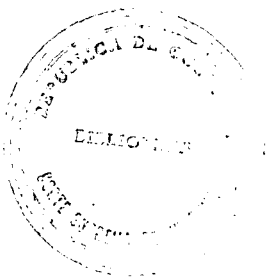
GACETA JUDICIAL

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XCIV



BOGOTA
"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"
1960

Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y Dignatarios de la misma

SALA PLENA

Dr. ARTURO C. POSADA, Presidente.
Dr. LUIS ALBERTO BRAVO, Vicepresidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. JOSE J. GOMEZ R., Presidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

Magistrados: Doctores ENRIQUE CORAL VELASCO
GUSTAVO FAJARDO PINZON
JOSE J. GOMEZ R.
JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ
ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA
ARTURO C. POSADA

SALA DE CASACION PENAL

Dr. GUSTAVO RENDON GAVIRIA, Presidente.
Dr. PIOQUINTO LEON L., Secretario.

Magistrados: Doctores HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ
SIMON MONTERO TORRES
GUSTAVO RENDON GAVIRIA
JULIO RONCALLO ACOSTA
ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD
PRIMITIVO VERGARA CRESPO

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. ROBERTO DE ZUBIRIA C., Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.

Magistrados: Doctores LUIS ALBERTO BRAVO
ROBERTO DE ZUBIRIA C.
LUIS FERNANDO PAREDES A.
JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. EFREN OSEJO PEÑA, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.

Magistrados: Doctores RAMIRO ARAUJO GRAU
EFREN OSEJO PEÑA
CARLOS PELAEZ TRUJILLO
LUIS CARLOS ZAMBRANO

Relator: Dr. LUIS IGNACIO SEGURA A.

Noviembre y Diciembre de 1960.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR LUIS IGNACIO SEGURA A.

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCIV Bogotá - Colombia Noviembre y Diciembre de 1960 Números 2233 - 2234

S A L A P L E N A

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNOS ARTICULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 3418 DE 1934, SOBRE TELECOMUNICACIONES. — IMPOSIBILIDAD JURIDICA DE PROVEER EN EL FONDO, POR SUSTRACCION DE MATERIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, D. E., veintidos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

El doctor Eduardo Zuleta Angel, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha impetrado de esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 1º, 3º, 4º, 25º, 28º, 32º y 40º del Decreto Legislativo número 3418 de 25 de noviembre de 1954 "por el cual se dictan normas sobre Telecomunicaciones en general", los que el acusante estima ser violatorios de varios preceptos de la Carta, según los argumentos en su demanda expuestos.

Corrido el traslado del caso al señor Procurador General de la Nación, éste contestó solicitando se declare "que no hay lugar a decidir sobre la inexequibilidad de las disposiciones acusadas", y al efecto formula el siguiente razonamiento:

"Se observa que la petición del señor doctor Eduardo Zuleta Angel se refiere a las disposiciones antes citadas del 'Decreto Legislativo 3418 de 25 de noviembre de 1954' según reza la propia demanda. Sin embargo, a virtud de la Ley 2ª de 1958, cuya vigencia fué prorrogada mediante la ley 105 de 1959, los Decretos Legislativos expedidos por el Gobierno Nacional con invocación del artículo 121 de la Constitución dejaron de existir como tales para continuar su vida en forma de leyes, como partes integrantes de la mencionada ley 2ª de 1958, según lo ha declarado la Corte en forma continuada a partir de la sentencia, proferida por la Sala Plena, de fecha agosto 11 de 1959 (G. J. Nos. 2215 y 2216).

"De aquí se desprende que las acciones de inexequibilidad contra las normas de los antiguos

Decretos Legislativos hay que dirigirlas, a partir de la expedición de la ley 2ª, contra esta disposición en cuanto dió "fuerza Legal" a aquellas otras normas y en cuanto las mismas se estimen contrarias a la Constitución.

"Mientras lo que se demande por inexequible no sea la ley 2ª de 1958 no habrá base para ningún pronunciamiento, y, por tanto, se habrá operado lo que la jurisprudencia ha denominado 'sustracción de materia'."

Ciertamente, el decreto a que pertenecen las disposiciones acusadas fué expedido por el Gobierno, invocando las facultades otorgadas por el artículo 121 de la Constitución, y dejó de regir como tal, para convertirse en ley, a virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la ley 2ª de 1958, que confirió esta categoría, con imperio hasta el 31 de diciembre de 1959, a los decretos dictados por el gobierno a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Carta y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados para el día de la sanción de la misma ley, cuya vigencia fué prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1960 por merio del artículo 1º de la ley 105 de 1959.

Doctrina constante de la Corte ha sido la de que ésta no puede, por substracción de materia, decidir de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad de preceptos cuya vigencia ya cesó; por lo cual, las demandas de tal índole, a partir de la sanción de la ley 2ª de 1958, contra los decretos a que ésta alude, en que se omite acusar la misma ley, no dan base a la Corte para dictar un pronunciamiento de mérito en el particular.

Es así cómo, determinando el alcance del artículo 1º de la ley últimamente citada, enseñó esta Corporación en su memorada sentencia de Sala Plena de 11 de agosto de 1959, cuya doctrina ha venido manteniendo en sus decisiones posteriores sobre los casos iguales al de que se ocupa el actual pronunciamiento, lo siguiente:

Que la vigencia de los decretos dictados con carácter legislativo a partir del 9 de noviembre de 1949, no fue extendida por la ley 2ª de 1958 para después del acto de restablecimiento del orden público, sino que el contenido de tales decretos quedó incorporado por remisión o referencia de ella, en la misma Ley 2ª de 1958; que, por lo tanto, si los referidos decretos legislativos han desaparecido como tales, "es claro que no podrían en la práctica ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, que la produjo el Congreso al incluír su contenido en una ley, así como se habría configurado respecto a cualquier ley por su derogatoria o en relación con decretos legislativos al restablecerse el orden público. Mas debe advertirse que si cualquiera de los preceptos de tales decretos atenta contra normas constitucionales diversas al artículo 121, ya como parte integrante de la Ley 2ª de 1958 puede ser demandado con apoyo en el artículo 214 de la Constitución" (XCI, 2215-2216, pág. 357 a 361).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, declara que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda en referencia.

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

Arturo C. Posada—Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo—Enrique Coral Velasco—Roberto de Zubiría—Gustavo Fajardo Pinzón—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Enrique López de la Pava—Simón Montero Torres—Efrén Osejo Peña—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Gustavo Rendón Gaviria—José Joaquín Rodríguez—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo—Luis Carlos Zambrano.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 2º DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 2770 DE 1953, SOBRE OCUPACION DE ZONAS PARA CARRETERAS. — IMPOSIBILIDAD DE PROVEER EN EL FONDO, PORQUE EL DECRETO DEJO DE EXISTIR EN CUANTO TAL

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, D. E., veintiseis de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El abogado Raúl H. Sánchez M., mayor de edad y vecino de Medellín, mediante escrito de fecha 2 de septiembre de este año, en ejercicio del derecho conferido por el Art. 214 de la Constitución, solicita se declare inexequible el Art. 2º del Decreto Legislativo Nº 2770 de 23 de octubre de 1953, que a la letra dice:

"En la construcción de carreteras y de ensanches y variantes de las mismas, se reconocerá a los propietarios el valor de los terrenos que sea necesario adquirir para las zonas, se moverán las cercas reconstruyéndolas a cargo de la obra y se repondrán o indemnizarán previamente los perjuicios que se hayan ocasionado. En compensación al beneficio que reciben, establécese un gravamen sobre los inmuebles de que hagan parte las zonas necesarias para las carreteras, igual al valor de la zona ocupada en cada propiedad".

Según el actor, "la disposición acusada viola el principio de equidad o igualdad ante la ley, y, en especial se quebrantan los artículos 16, 20, 26, 28, 30, 33 y 34 de la Constitución Nacional".

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado y después de emitir concepto de fondo, en el sentido de considerar el artículo acusado dentro de las normas constitucionales, agrega:

"No halla, pues, tampoco este Despacho razón para considerar que esta segunda parte de la disposición acusada sea violatoria de los artículos de la Constitución invocados, al efecto, por el demandante, o de cualesquiera otros de ella, ni siquiera del artículo 121, pues habiendo la ley 2ª de 1958 conferido fuerza legal a los Decretos Legislativos expedidos con invocación de esta disposición, aquellos mudaron su naturaleza y pasaron a ser leyes, de suerte que cualquier vicio que los afectara por no haberse ceñido el Gobierno al expedirlas a los poderes que disfruta en estado de sitio, desaparecieron con las mismas normas extraordinarias que sobreviven, pero como leyes, según lo tiene dicho la Corte en varios fallos".

La doctrina de la Corte, a la cual alude el señor Procurador en el párrafo copiado, está expuesta en la sentencia de fecha once de agosto de 1959, según la cual los decretos dejaron de existir como tales, para adquirir fuerza obligatoria en virtud de las leyes dictadas con el fin de levantar el estado de sitio, sin reproducirlas textualmente, por "la necesidad superior del restablecimiento del orden público sin que se ocasionaran trastornos jurídicos", en virtud de lo dispuesto en el 4º inciso del Art. 121 de la C. N. (G. J. Nº 2215 pág. 356).

En consecuencia, como el fundamento legislativo de la norma acusada no es ahora el Art. 121 de la Constitución, sino el Art. 76 que atribuye al Congreso la facultad de expedir leyes, con el fin de regular la actividad jurídica de la República, después de la vigencia de las leyes 2 de 1958 y 105 de 1959, no pueden ser acusados directamente los decretos legislativos, sino las leyes en cuya virtud conservan fuerza obligatoria las normas

expedidas durante el tiempo de estado de sitio; y como así no lo hizo el demandante que acusa parcialmente el Decreto Legislativo, sustituido por las leyes mencionadas, resulta que se ha operado el fenómeno de sustracción de materia, como así lo ha declarado la Corte en varios fallos sobre esta materia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y en ejercicio de la facultad que le confiere el Art. 214 de la Constitución, se abstiene de decidir en el fondo de la demanda propuesta por el abogado Raúl H. Sánchez M., contra el Art. 2º del Decreto Legislativo Nº 2770 de 23 de octubre de 1953.

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

Arturo C. Posada—Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo—Enrique Coral Velasco—Roberto de Zubiría—Gustavo Fajardo Pinzón—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres—Efrén Osejo Peña—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Gustavo Rendón Gaviria—José Joaquín Rodríguez—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo—Luis Carlos Zambrano.—Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA

ACUSACION DEL ARTICULO 2º DEL DECRETO NUMERO 18 DE 1958, QUE SEÑALA A QUIENES SE APLICA LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

1º—La Corte no tiene oportunidad de tratar del cargo sobre extralimitación de las facultades extraordinarias del Gobierno, porque la disposición acusada rige no por su propia virtud, sino por imperio del artículo 1º de la ley 2ª de 1958, que le dio fuerza legal.

2º—La proposición de que la ley 2ª de 1958 no puede purgar del vicio de inconstitucionalidad, con relación al rebasamiento de facultades extraordinarias, a la disposición acusada, es cuestión ya contemplada por la Corte, con desestimación del cargo, y tiene fuerza de cosa juzgada.

3º—El artículo 2º del Decreto Legislativo número 18 de 1958 no envuelve atentado alguno contra la libertad de asociación que el 44 de la Carta garantiza. El precepto se limita a brindarle, al trabajador no sindicalizado, la opción de acogerse o no a la convención colectiva celebrada por el sindicato; y quien puede libremente optar, no sufre coacción ni castigo.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

El doctor Gerardo Arias Mejía, en ejercicio de la acción pública consignada por el artículo 214 de la Carta, ha solicitado, mediante dos memoriales de igual argumentación y finalidad, la declaración de ser inexequible el artículo 2º del decreto número 18 de 6 de febrero de 1958 y subsidiariamente el artículo 1º de la ley 2ª del mismo año, en cuanto por éste se da fuerza legal al precepto primeramente referido. Esta última parte de su pedimento, en el segundo de los memoriales dichos, está formulada así: "Subsidiariamente solicito que se declare inexequible el artículo 1º de la Ley 2 de 1958, en cuanto por él se da fuerza legal al artículo 2º del Decreto número 18 de 6 de febrero de 1958, y que como consecuencia, se declare la inexequibilidad de este artículo 2º".

El texto del último, como aparece en el número 29598 del Diario Oficial, es así: "La convención colectiva de trabajo que celebre un Sindicato sólo se aplica a sus afiliados. Los trabajadores no sindicalizados que quieran beneficiarse de ella deberán pagar al Sindicato durante su vigencia una suma igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización. El patrono deberá retener del valor de los salarios de tales trabajadores la cuota correspondiente. Quedan en estos términos modificados los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo".

Y el artículo 1º de la ley 2º de 1958 dice: "Con el fin de que el Gobierno pueda declarar restablecido el orden público, sin que esa medida ocasione trastornos de carácter jurídico, tendrán fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución Nacional, y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados para la fecha de la sanción de la presente ley".

Posteriormente expidióse la ley 105 de 1959, cuyo artículo 1º preceptúa: "Prorrógase la vigencia de la ley 2ª de 1958 hasta el 31 de diciembre de 1960".

La sustancia de la acusación está contenida en

los siguientes pasajes del segundo de los memoriales que la informan:

"Dada la expresa e inequívoca voluntad del constituyente, reiterada y desarrollada de manera no menos precisa y clara por el Legislador en los preceptos legales citados (arts. 12, 353, 354 y 358 del Código Sustantivo del Trabajo, 309 del Código Penal y 1º del decreto 2184 de 1951), de que el derecho, facultad o libertad de asociarse o no asociarse, es una garantía constitucional que la ley no puede interferir ni desvirtuar haciendo compulsivo u obligatorio lo que es de la autónoma decisión del ciudadano, se desprende que el artículo 2º del Decreto 18 citado, infringe el artículo 44 de la Constitución porque atenta contra la libertad del trabajador para afiliarse o no afiliarse a un sindicato. Es verdad que el texto del Decreto no impone explícita y directamente al trabajador la obligación de pertenecer al sindicato, pero al establecer una pena o castigo por la no asociación, ejerce coacción sobre su voluntad, que es una manera de quebrantar la norma constitucional.

"Según el Decreto, los trabajadores no afiliados quedan privados de los beneficios de la convención colectiva que celebre el sindicato, a menos que se allanen a pagar una suma mensual igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización. Todo acto de coacción o violencia, sea física o moral, sea directa o indirecta, sea positiva o negativa, para obligar al trabajador a pertenecer al sindicato, es un atentado a la libertad, al derecho que tiene ese trabajador de asociarse con otras personas, y es, por tanto, un quebrantamiento del artículo 44 de la Constitución".

Impugna, además, el mismo artículo 2º del decreto, arguyendo que excede los límites de tiempo y finalidad a que están sujetas las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 121 de la Constitución al Presidente de la República, para los casos de guerra exterior o conmoción interna, límites que, según la acusación, infringió el Gobierno al dictar una norma como la cuestionada, que estima ser de carácter permanente y no tener nexo alguno con el objetivo de restablecer el orden. Luego de lo cual, asienta la siguiente conclusión: "La ley 2 de este año no puede purgar del vicio de inconstitucionalidad el artículo 2º del Decreto. Si este último precepto es inconstitucional, sigue siéndolo a pesar de la fuerza legal que intente darle la ley"; y finalmente agrega: "El artículo 1º de la Ley 2 de este año, en cuanto trata de darle fuerza legal al artículo 2º del Decreto 18 de 6 de febrero de este año, es inconstitucional, porque infringe los artículos 44 y 121 de la Constitución".

La Procuraduría General de la Nación, en la vista correspondiente, pide a la Corte que declare "exequible el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 0018 de 6 de febrero de 1958", y a este propósito expone lo siguiente:

"No se puede remitir a duda, que la convención colectiva de trabajo al fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, parte de la base, de que según el contenido del artículo 467 del C. S. del T. que la define, significa un acuerdo entre patronos y sindicatos de trabajadores. Lo que quiere decir, que para que ella se verifique, presupone la existencia del sindicato, como organización plural para que la convención tenga el carácter de colectiva.

"En este orden de ideas, la convención colectiva constituye un privilegio para las organizaciones sindicales, pues cumple con una importantísima función social de lograr en las relaciones de trabajo el entendimiento entre los diversos grupos, el mejoramiento y la seguridad para los trabajadores y la igualdad contractual que tiende a hacer desaparecer el criterio de explotación en el grupo más poderoso.

"Luego, si es a la organización sindical a la que beneficia la convención colectiva, es apenas lógico y natural que sus benificios o privilegios al extenderse a los trabajadores no sindicalizados, implique una erogación por parte de estos, ya que no es justo, que se coloquen en un pie de igualdad con los trabajadores sindicalizados que contribuyen con sus cuotas periódicas para el sostenimiento de su organización.

"No es pues, en el concepto de la procuraduría, la cuota que establece la disposición acusada para los trabajadores no sindicalizados que quieran beneficiarse de los privilegios de la convención colectiva, una coacción para que ingresen al sindicato y que restrinja su libertad para pertenecer o no a determinada agrupación, sino la natural contribución económica para lograr fines que legalmente se han establecido en beneficio exclusivo de las asociaciones de trabajadores denominados Sindicatos.

"El criterio opuesto llevaría a apreciaciones desde todo punto de vista excesivas, en relación con la libertad de asociación garantizada por la Cons-

titución Nacional, pues dentro de él, se haría casi imposible la organización de grupos que para su desarrollo y la debida aplicación de sus privilegios, exijan la correspondiente contribución económica. Las mismas organizaciones sindicales estarían por este concepto viciadas de inconstitucionalidad.

"Estima pues la Procuraduría, que por este aspecto de la acusación, la disposición atacada no es contraria al principio constitucional que se desarrolla en el artículo 44 de la Carta.

"La segunda acusación fundada en el criterio restrictivo del artículo 121 de la Constitución Nacional, que solamente permite la expedición de leyes por parte del Ejecutivo, con el carácter de transitorias y con el fin de restablecer el orden público alterado, bien pudiera servir de fundamento para la inexequibilidad de la disposición acusada, que ni tiene la específica finalidad del restablecimiento del orden, ni es de carácter temporal, si no existiera la expedición de la ley 2ª de 1958, que dió fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959, a todos los decretos extraordinarios dictados a partir del 9 de noviembre de 1949 y para cuya expedición se haya invocado el citado artículo 121".

La Corte considera:

— I —

No tiene esta Corporación oportunidad para tratar del cargo sobre extralimitación por el Gobierno, de las facultades extraordinarias consagradas por el artículo 121 del estatuto fundamental, en la expedición del artículo 2º del decreto número 18, por cuanto este precepto no rige por su propia virtud, sino por imperio del artículo 1º de la ley 2ª de 1958, cuya vigencia actúa prorrogada hasta el 31 de diciembre del presente año, según la ley 105 de 1959.

La proposición de que la ley 2ª de 1958 "no puede purgar del vicio de inconstitucionalidad el artículo 2º del Decreto", en cuanto se relaciona, no con la sustancia misma de la disposición, sino con la pretendida tacha de rebasamiento por el Gobierno de las facultades extraordinarias en la expedición del acusado artículo del decreto, es cuestión ya contemplada por la Corte, con desestimación del cargo, en su sentencia de Sala Plena de 11 de agosto de 1959, que declaró exequible el artículo 1º de la ley 2ª de 1958, en donde estimó no ser de recibo la pretensión de que los decretos de carácter legislativo a que esa ley se refiere, que siendo inconstitucionales en su origen, no por razón de materia, sino por haberse dictado fuera de los límites del artículo 121 de la Carta continúan siéndolo, y que la ley que les diera fuerza legal sería opuesta a la misma Constitución, porque, habiéndose incorporado el contenido de tales decretos en la misma ley 2ª por remisión o referencia de ella, "el Congreso no puede incidir en desviación del artículo 121 de la ley de leyes" (XCI, 2215-2216, págs. 357 a 361).

Se entiende, sí, que la acusación, en lo que atañe a la sustancia del artículo 2º del decreto, ha de ventilarse en cuanto éste fué dotado de fuerza legal por el artículo 1º de la ley 2ª de 1958, pero sin que sobre este precepto legal en sí mismo considerado se proceda a reabrir un debate ya decidido con declaración de exequibilidad en la sobredicha sentencia de 11 de agosto de 1959, que tiene la fuerza de cosa juzgada.

— II —

Dos normas integran el artículo 2º del decreto referido, a saber: a) La convención colectiva sólo se aplica a los afiliados al Sindicato que la celebre; y b) De los beneficios de la convención no gozarán los trabajadores ajenos a la asociación sindical, a menos que paguen, durante su vigencia, el cincuenta por ciento de las cuotas ordinarias con que contribuyen los afiliados.

Las cuestiones que el demandante plantea tienen que ver con el principio relativo a la extensión de la convención colectiva, esto es, a sus efectos tanto en relación con los afiliados al Sindicato contratante, como con respecto a los trabajadores que no pertenezcan a él.

El punto, antes de la expedición del decreto, tenía en el Código del Trabajo esta regulación:

Artículo 470. "Las convenciones colectivas entre patronos y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda del límite indicado en el artículo siguiente, solamente son aplicables a los miembros del organismo sindical que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato".

Artículo 471. "1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato o agrupación de sindicatos cuyos afiliados excedan a la tercera parte del total de los trabajadores de las empresas o es-

tablecimientos respectivos, las normas de la convención se extienden a todas las personas, sean o no sindicalizadas, que trabajen o lleguen a trabajar en ellos.

"2. Lo dispuesto en el inciso 1 rige también cuando el número de afiliados del sindicato o sindicatos llegue a exceder del límite indicado".

El artículo 2º del decreto, en su primera parte, esto es, la que se ha señalado bajo el punto a) se atempera a la mente del artículo 470 del citado Código, en cuanto a los trabajadores que al celebrarse la convención pertenezcan al sindicato. El precepto del decreto deja sin efecto las disposiciones del artículo 471 ibidem ya transcrito.

La ley, antes de la promulgación del decreto, estableció un sistema sobre extensión a terceros de la convención colectiva, sin duda de mayor amplitud del que acoge el artículo 2º del decreto, pues según los términos de aquella la convención puede cobijar a trabajadores no sindicalizados sin someterlos al cumplimiento de requisito alguno. La previsión del decreto impuso a los trabajadores extraños al organismo sindical el deber de pagar las cuotas ordinarias en un cincuenta por ciento, durante la vida de la convención. Mas, el espíritu que en este cambio se descubre no es otro que el de fomento de la institución sindical, esto es, el de procurarle fondos para el mejor cumplimiento de sus diversas funciones, entre otras las que con el carácter de principales enumera el artículo 373 del Código del Trabajo.

Ni debe perderse de vista que la ley ordena incluír, entre las cláusulas del estatuto de los sindicatos, la que fije las cuotas ordinarias a cargo de los afiliados y la que disponga señalar el procedimiento para decretar y cobrar cuotas extraordinarias (artículo 362, ordinales 7º y 8º del C. del T.).

Sentadas estas bases, se pasa a considerar la constitucionalidad del precepto acusado:

Según el artículo 44 de la Carta, el derecho de asociación está sujeto a dos restricciones: la moral y el orden legal, colocándose así bajo la potestad reglamentaria del legislador, quien, es obvio, no puede llegar a la expedición de normas prohibitivas de su ejercicio, no exigidas por la moral o el orden público.

Por lo que hace a la primera parte del artículo 2º del decreto, o sea la que dispone que "la convención colectiva de trabajo que celebre un sindicato solo se aplica a sus afiliados", hay que decir que su exequibilidad es patente, porque el precepto se limita apenas a determinar una consecuencia inherente en principio a toda convención: la de que sus estipulaciones únicamente se apliquen a quienes la han pactado, sin que haya en la norma nada que impida el ejercicio del derecho de asociación o que limite la libertad de los trabajadores para afiliarse, sí o no, a un sindicato.

De igual manera cabe afirmar la constitucionalidad de la segunda parte del precepto acusado, en cuanto prescribe que los trabajadores no sindicalizados que quieran beneficiarse de la convención colectiva deberán pagar al sindicato una cuota periódica igual a la mitad de la ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización, porque reclamar a los no asociados que quieran aprovecharse de los beneficios de la convención un sacrificio menor que el impuesto a los afiliados, como lo hace la norma en estudio, no es atentar contra libertad alguna, cual lo sostiene el demandante, sino apenas disminuír en punto a obligaciones las diferencias entre quienes sean usufructuarios de unos mismos beneficios, tratando de orientar el régimen del sindicato hacia el principio de la igualdad. Pero, no tiene el trabajador extraño al sindicato la obligación de hacer el pago de la cuota en referencia, sino quiere acogerse a la convención. El cumplimiento de aquella depende de su voluntad; puede adherir al sindicato o abstenerse de hacerlo. Su actividad en uno u otro sentido se conforma a las dos modalidades del derecho de asociación: la positiva, que faculta al trabajador para ingresar o acogerse al sindicato, y la negativa que le permite no tomar participación en él. Esto es que el precepto se limita a brindarle una opción, y quien puede libremente optar no sufre coacción, ni castigo.

La última parte del artículo 2º del decreto, que dice: "El patrono deberá retener del valor de los salarios de tales trabajadores la cuota correspondiente", estatuye simplemente una modalidad aseguradora del pago de la cuota a cargo de los trabajadores no sindicalizados que opten por beneficiarse de la convención colectiva, siendo por lo mismo regla que no se aplica a aquellos trabajadores que se abstengan de tal beneficio. Es, pues, una previsión consecuencial a lo dispuesto en lo anterior del artículo, cuya suerte sigue; y, si lo primero es exequible, según se vió, igualmente lo es lo último.

En resumen: el referido artículo del decreto implica apenas una regulación en las relaciones del derecho colectivo laboral, sin que su preceptiva

envuelva atentado alguno contra la libertad de asociación que el artículo 44 de la Carta garantiza.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, oído el concepto de la Procuraduría General de la Nación, declara EXEQUIBLE el artículo 2º del decreto legislativo número 0018 de 6 de febrero de 1958.

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

Arturo C. Posada—Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco—Roberto de Zubiría,—Gustavo Fajardo Pinzón—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres—Efrén Osejo Peña—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Gustavo Rendón Gaviria—José Joaquín Rodríguez—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez, Primitivo Vergara Crespo—Luis Carlos Zambrano. Ricardo Ramírez L. Secretario.

EXEQUIBILIDAD DEL LITERAL d) DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 15 DE 1959, SOBRE INTERVENCIONISMO DEL ESTADO EN LOS TRANSPORTES. — IMPOSIBILIDAD DE RESOLVER SOBRE EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 6º DE LA MISMA LEY, POR HABER SIDO DECLARADO EXEQUIBLE POR SENTENCIA ANTERIOR

Acusado de inconstitucionalidad el literal d) del artículo 1º de la Ley 15 de 1959, ley por medio de la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte, deben hacerse las anotaciones siguientes: del contenido de los artículos 30, 32 y 39 de la Carta se infiere la atribución del Estado para intervenir en esta clase de fenómenos, sin que haya sido necesario que en la Constitución se determine y reglamente el modo de operar en cada caso concreto. Tratar de interpretar los principios constitucionales en sentido puramente gramatical, sin atender a su contenido ideológico y sistemático, sería contrario a elementales normas de exégesis y llevaría a la pugna permanente entre la ley de leyes y la movilidad del acontecer social, o paralizaría la función del Estado frente a situaciones cuya solución, inclusive, pudiera incidir en su estabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, D. E., diciembre primero de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

Con fundamento en el artículo 214 de la Constitución Nacional, los abogados doctores Alberto Zuleta Angel y Francisco Zuleta Holguín, solicitan se declare inexequible el literal d) del artículo 1º y el Parágrafo del artículo 6º de la Ley 15 de 1959, que dicen;

32 y 39 de la Constitución Nacional, el Gobierno, en representación del Estado y por mandato de esta Ley, intervendrá en la industria del transporte automotor, tanto urbano como en servicio por carreteras, para la movilización de carga y pasajeros, con los siguientes objetivos:

"a) .....; b) .....c);

"d) Fijar para todas las ciudades del país las tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental, y establecer la forma de pago o prestación del servicio de transporte que por esta Ley le corresponde al empleador en beneficio del empleado; y

"e) .....".

"Artículo 6º .....

"Parágrafo. (transitorio). En el D. E. de Bogotá el Gobierno iniciará el cumplimiento de esta Ley estableciendo una tarifa uniforme de $ 0.15 en todas las líneas y empresas de transporte urbano".

Estiman los demandantes que las disposiciones transcritas y que éllos acusan, son violatorias del artículo 39 de la Constitución Nacional, cuyo texto es:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

"Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

"La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

"También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las

servicios públicos. (Artículo 15 del Acto Legislativo número 1 de 1945)".

Para demostrar su afirmación se expresan de la siguiente manera:

"Según la exposición de motivos que se acompañó al proyecto que una vez aprobado se convirtió en la ley 15 del año en curso, lo mismo que de acuerdo con el texto del artículo 1º, las disposiciones contenidas en tal ley no son otra cosa que el desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución.

"Es muy claro que algunas disposiciones de la mencionada ley, como las relacionadas con expropiaciones por utilidad pública o interés social, con racionalización, distribución y consumo del servicio público de transporte están acordes con lo dispuesto en los artículos 30 y 32. Otras disposiciones de esta misma ley, precisamente las acusadas, ordenan al Gobierno fijar en forma unilateral la tarifa de transporte en todo el país y, además, ordenan fijar una determinada tarifa provisional, en la misma forma, para la ciudad de Bogotá. Estas dos últimas disposiciones que, se repite, son las acusadas violan en forma directa el artículo 39 de la Carta y en especial su inciso 4º, ya que éste no autoriza al Legislador para **fijar tarifas** sino simplemente para **ordenar la revisión y fiscalización** de las mismas. A este propósito conviene anotar que cuando el Legislador ordena revisar y fiscalizar las tarifas de transporte, el ejercicio de esas funciones le corresponde, como es natural, al Gobierno ya que ellas deben cumplirse previo un estudio que se realiza con intervención y audiencia de los empresarios interesados. Por este aspecto resulta también inconstitucional la disposición del artículo 6º, parágrafo, como quiera que, por medio de ella el Legislador señala una tarifa para la ciudad de Bogotá en vez de hacer uso de la atribución constitucional de ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas. En todo caso, la Constitución no autoriza ni al Congreso ni al Ejecutivo para fijar tarifas de transporte. Así lo han entendido siempre las varias ramas del poder público a través de la historia constitucional y legal del país".

El señor Procurador General de la Nación afirma la constitucionalidad de las normas acusadas y, estima que el problema planteado no solo debe mirarse frente al artículo 39 de la Carta, sino conjuntamente con los artículos 30 y 32 de ella, que en su opinión forman lo que llama "el estatuto intervencionista".

La Corte considera:

1º—Por sentencia de 22 de octubre de este año (1960) y a virtud de demanda contra varios artículos de la Ley 15 de 1959, entre ellos el 6º, con su Parágrafo, la Corte declaró exequible dicho artículo, motivo también de acusación en la demanda que ahora se resuelve.

La declaración de exequibilidad referida, imposibilita a la Corte entrar sobre materia que constituye cosa juzgada, con alcance erga omnes.

2º—Se infiere del contenido de los artículos 30, 32 y 39 de la Carta, la atribución del Estado para intervenir en esta clase de fenómenos, sin que haya sido necesario que en la Constitución se determine y reglamente el modo de operar en cada caso concreto.

Tratar de interpretar los principios constitucionales en sentido puramente gramatical, sin atender a su contenido ideológico y sistemático, sería contrario a elementales normas de exégesis y llevaría a la pugna permanente entre la ley de leyes y la movilidad del acontecer social, o paralizaría la función del Estado frente a situaciones cuya solución, inclusive, pudiera incidir en su estabilidad.

Por lo demás, es importante relievar que la facultad concedida por el artículo 39, en comento, ya se había concedido por el Acto Legislativo Nº 1º de 1918 y, es natural, que su comentario y alcance, deba ser entendido en armonía con los artículos 30 y 32 de la Carta. (Artículos 28 y 38 de la reforma del 36).

RESOLUCION

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia—Sala Plena— acorde con el concepto del Sr. Procurador General de la Nación, en uso de las facultades que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, DECLARA:

a). EXEQUIBLE el literal d) del artículo 1º de la Ley 15 de 1959; y

b) Sin lugar a resolver sobre la acusación del

Parágrafo del artículo 6º de la propia ley, por haber sido declarado exequible por sentencia de 22 de octubre de este año.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a quien corresponda y archívese.

Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Con salvamento de voto, Luis Alberto Bravo.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José J. Gómez R.—Enrique López de la Pava—Angel Martín Vásquez A.—Simón Montero Torres—Efrén Osejo Peña—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Arturo C. Posada.—Gustavo Rendón Gaviria.-José Joaquín Rodríguez-Julio Roncallo Acosta—Primitivo Vergara Crespo—José Hernández Arbeláez—Luis Carlos Zambrano—Roberto de Zubiría.— Ricardo Ramírez L. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS ALBERTO BRAVO.

El inciso final del artículo 39 de la Constitución contiene una norma independiente y distinta de la que consagra el artículo 32.

Este último tiene su antecedente en el artículo 15 del Acto Legislativo Nº 1 de 1936, repetido en el Acto Legislativo Nº 1 de 1945, con la modificación consistente en que éste dice "por mandato de la ley" en vez de "por medio de leyes", expresión que utilizó el Acto Legislativo de 1936.

El texto actual del artículo 32 es como sigue:

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

Se consagra así el intervencionismo estatal, con el fin de racionalizar ciertos aspectos del proceso económico o para proteger al trabajador.

El autorizado expositor doctor Tulio Enrique Tascón, en comentario que conserva su prístino valor, se refiere al artículo 11 del Acto Legislativo Nº 1 de 1936 en estos términos:

"La producción se puede racionalizar mediante el aumento del rendimiento con el menor costo, con la mejora de las condiciones del trabajo para darle el máximo de eficiencia con el mínimo de esfuerzo, etc.

"La distribución puede racionalizarse evitando los acaparamientos, la intervención inútil de intermediarios, etc.

"El consumo puede racionalizarse, prohibiendo, por ejemplo, la destrucción de las cosechas (como ha acontecido con la incineración de millones de sacos de café en el Brasil), evitando el derroche de materia prima y de energía, etc.

"La intervención para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, consiste en facultar al Legislador para fijar salarios mínimos, auxilios de retiro, jubilaciones, seguros, medidas de higiene, participación del obrero en los beneficios de las empresas, etc. (Derecho Constitucional Colombiano, 1944, página 93).

El texto del inciso final del artículo 39 es el siguiente:

"También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos".

Corresponde dicho texto al artículo 15 del Acto Legislativo Nº 1 de 1936, esto es, el mismo Acto en cuyo artículo 11 se introdujo en la Carta el principio intervencionista.

Pero la revisión y fiscalización de las tarifas y los reglamentos de las empresas de transporte, habían sido materia anteriormente de regulación constitucional. En efecto, el Acto Legislativo Nº 1 de 1918, sustitutivo del artículo 44 de la Constitución de 1886, adicionando a éste, dispuso:

"La ley podrá ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transportes o conducciones..."

Tal ordenamiento aparece reproducido en el Acto Legislativo Nº 1 de 1921 y en el Acto Legislativo Nº 1 de 1932.

El mantenimiento de este precepto en la carta

Codificación Constitucional denota por sí solo que se trata de una materia autónoma respecto de la otra especie de intervención a que se refiere el artículo 32.

La finalidad del artículo 39 es la de evitar que los empresarios puedan señalar y ejecutar las tarifas libremente, excediendo los límites de la equidad y de la conveniencia públicas.

En cambio, el objeto específico del artículo 32 es el de racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza y el de amparar los derechos del trabajador.

La Corte, en la sentencia de fecha 26 de marzo de 1954, al decidir de la demanda de inexequibilidad que se presentó contra los artículos 1º a 20 del Decreto 1976 de 1940, distingue entre el "intervencionismo económico propiamente dicho" (artículo 32) y "la facultad de revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de conducciones" (artículo 39).

Ahora bien, el inciso pertinente del artículo 39 de la Carta, aplicable desde luego no solo a las empresas de transporte ya establecidas sino también a las que llegaren a funcionar en el futuro, supone un **modus operandi** bilateral: iniciativa de los empresarios para proponer las tarifas y reglamentos, y, por parte del gobierno, examen, aprobación y control de dichos actos.

Por ello resulta adecuado el desarrollo que a la facultad de ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte, le ha dado el artículo 1º de la ley 53 de 1918, así:

"Las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transportes deberán ser sometidos a la aprobación del Gobierno, y no podrán regir sin ella. La aprobación tiene por objeto impedir que aquellas empresas que por contrato o por cualquier otro título puedan señalar libremente sus tarifas, excedan los límites de la equidad y conveniencia públicas".

En consonancia con este criterio, dijo el artículo 10 del Decreto Extraordinario 0826 de 1954:

"Las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte público deberán ser sometidas a la aprobación del Ministerio de Fomento y no podrán regir sin ella. Las tarifas se fijarán con base en el costo por pasajero-kilómetro y por tonelada-kilómetro, en forma que consulte la conveniencia pública y la moralidad comercial".

La Constitución no faculta al Legislador para fijar las tarifas de las empresas de transporte, y ello sería absurdo desde el punto de vista de la técnica jurídica, pues estando sujetas dichas tarifas a tan cambiantes circunstancias, la función legislativa sería impropia al efecto, ya que a cada paso tendría que resolver el Congreso, por medio de leyes de posible larga gestación y para casos particulares, una serie de problemas que requieren pronta y activa vigencia.

Mas tampoco atribuye la Carta al Legislador la facultad de ordenar al Gobierno el señalamiento unilateral de las tarifas, sino solo su revisión y control, que envuelve naturalmente la posibilidad de corregirlas, enmendarlas o repararlas, pero sin excluír la participación o audiencia de los empresarios.

Y no cabe el temor de que tal participación o audiencia ponga en grave peligro el orden público o los intereses de los usuarios de los servicios de transportes, pues el Gobierno estará siempre en condiciones de protegerlos eficazmente al ejercitar su prevalente acción fiscalizadora.

En lo tocante al aspecto simplemente literal, no carece de importancia en el presente caso la consideración de que la ley haya elegido, en la forma reflexiva y deliberada que se presume en sus autores, el vocablo "fijar", del cual se deriva una regla o consecuencia práctica diferente de la que surge de los términos "revisión" y "fiscalización", empleados por el constituyente.

Por tanto, en respetuoso desacuerdo con la mayoría de la Corte, estimo que las disposiciones acusadas, en cuanto ordenan al gobierno "fijar para todas las ciudades del país las tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental" (Parágrafo d) del Artículo 1º de la Ley 15 de 1959) y para iniciar el cumplimiento de esta Ley en el Distrito Especial de Bogotá, "estableciendo una tarifa uniforme de $ 0.15 en todas las líneas y empresas de transporte urbano", violan el inciso final del artículo 39 de la Constitución.

Bogotá, D. E., diciembre 1º de 1960.

Luis Alberto Bravo.

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD CONTRA EL ARTICULO 2º DEL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 1778 DE 1954, SOBRE LA MANERA DE PROVEER LOS CARGOS DE NOTARIOS Y REGISTRADORES. — IMPOSIBILIDAD DE DECIDIR EN EL FONDO, POR SUSTRACCION DE MATERIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

El doctor Pedro E. Del Río L., en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Carta, ha pedido a esta Corporación que declare inexequible, como inconstitucional, el artículo 2º del decreto extraordinario Nº 1778 de 8 de junio de 1954 (D. O. Nº 28518 de 6 de julio del mismo año).

La demanda cumple los requisitos legales, y se han satisfecho los trámites de rigor.

El acto acusado se expidió invocando las facultades del artículo 121 de la Constitución, y figura transcrito en la demanda y en el ejemplar del Diario Oficial a ésta adjunto.

Dice así:

"Artículo 2º—Los Notarios y Registradores, tanto principales como suplentes, de capitales de Departamentos o de Distrito Judicial, serán nombrados por el Presidente de la República, para períodos de cinco años, que comenzarán el 1º de enero de 1955. Los demás notarios y registradores serán nombrados para los mismos períodos por los Gobernadores, Intendentes o Comisarios.

"El suplente reemplaza al principal en los casos de falta absoluta o temporal o de impedimento.

"Los empleados subalternos son de libre nombramiento y remoción de los notarios y registradores".

El artículo 1º del decreto extraordinario 3694 de 1954, que no está acusado, dispuso:

"Aplázase la vigencia del decreto Nº 1778 de 1954, con excepción de los artículos 2º y 5º..., que entrarán a regir inmediatamente".

El demandante estima que el Gobierno al arrebatarle a los Tribunales y a los Gobernadores de los respectivos departamentos la referida facultad de nombrar registradores y notarios, quebrantó el mismo artículo 121 de la Carta en que pretendió apoyarse para dictar el acto acusado.

DICTAMEN DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación considera, "que el artículo 2º del Decreto" acusado "fue inconstitucional, pues con él se rebasaron los límites que tanto la letra como el espíritu del artículo 121 señalan al Presidente... para expedir decretos cuando el orden público se encuentra turbado; pero observa, sin embargo, que habiéndose promulgado la ley 2ª del presente año, (1958) que por medio de su artículo 1º dió **fuerza legal** a todos los decretos que desde 1949 se expidieron con apoyo en el citado artículo 121, la disposición acusada dejó de regir como medida de carácter extraordinario para continuar su existencia, a partir de aquel hecho, y hasta la época fijada por el legislador, bajo la nueva naturaleza de **disposición legal**".

"Así pues —agrega la Procuraduría— por mandato del legislador la medida extraordinaria acusada dejó de regir en ese carácter, y, por tanto, se ha operado para esta demanda la llamada **sustracción de materia**".

Por último la Procuraduría expresa que "la disposición acusada, en su modalidad actual de Ley de la República, no viola artículo ninguno de la

Constitución, sino que por el contrario, se ajusta a ella en un todo".

Se considera:

El Decreto acusado fue dictado por el Gobierno Nacional, con fundamento en las atribuciones otorgadas por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Para un caso igual al que en este negocio se contempla, y con ocasión de la demanda de inexequibilidad del artículo 2º del Decreto Extraordinario Nº 2.770 de 1953, la Sala Plena de la Corte, en sentencia del 27 de enero pasado, expuso lo siguiente:

"Según la doctrina de la Corte, ella no puede entrar a decidir de fondo, en materia de demanda de inconstitucionalidad de un decreto extraordinario, en el caso de que éste haya dejado de regir como tal.

"Es lo que ocurre en el presente caso, en que la norma cuestionada hace parte de un decreto incorporado al texto del artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, por el que se dio fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 a los decretos dictados por el Gobierno a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados para el día de la sanción de la misma ley, cuya vigencia fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1960 por medio del artículo 1º de la Ley 105 de 1959.

"El alcance del sobredicho artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, quedó determinado en la sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha 11 de agosto de 1959, sobre la demanda de declaratoria de inexequibilidad de tal precepto, sentencia en donde se enseña lo siguiente: Que la vigencia de los decretos dictados con carácter legislativo a partir del 9 de noviembre de 1949, no fue extendida por la Ley 2ª de 1958 para después del acto de restablecimiento del orden público, sino que el contenido de tales decretos quedó incorporado por remisión o referencia de ella, en la misma Ley 2ª de 1958; que, por lo tanto, si los referidos decretos legislativos han desaparecido como tales, "es claro que no podrán en la práctica ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, que la produjo el Congreso al incluír su contenido en una ley, así como se habría configurado respecto a cualquier ley por su derogatoria o en relación con decretos legislativos al restablecerse el orden público. Mas debe advertirse que si cualquiera de los preceptos de tales decretos atenta contra normas constitucionales diversas al artículo 121, ya como parte integrante de la Ley 2ª de 1958 puede ser demandado con apoyo en el artículo 214 de la Constitución". (G. J. XCII, 5.)

"Y lo así dicho de los mencionados decretos extraordinarios en relación con la Ley 2ª, se predica necesariamente de los mismos en relación con la Ley 105 de 1959, que prorrogó hasta el último día del presente año la vigencia de aquélla".

La doctrina transcrita tiene para el caso en estudio adecuada aplicación, por cuanto el decreto acusado quedó incorporado en la ley 2ª de 1958 hasta el 31 de diciembre de 1959, y especialmente por cuanto la ley 156 de 1959 "por la cual se devuelve a los Gobernadores de los Departamentos la facultad de nombrar los Notarios y Registradores" expresamente derogó el Decreto Legislativo número 1778 del 8 de junio de 1954, a que se refiere la demanda de inconstitucionalidad que dió origen al presente juicio.

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

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

Arturo C. Posada—Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco—Roberto de Zubiría—Gustavo Fajardo Pinzón—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Enrique López de la Pava—Simón Montero Torres—Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo, Gustavo Rendón Gaviria—José Joaquín Rodríguez—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo—Luis Carlos Zambrano—Ricardo Ramírez L. Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES. — SIMULACION FRAUDULENTA O ILICITA

1—No deben confundirse la nulidad y la simulación pues existen diferencias importantes que permiten que cada uno de estos dos fenómenos jurídicos conserve su fisonomía propia. Las respectivas acciones deben igualmente distinguirse la una de la otra, basándose para diferenciarlas en los hechos que las generan, sin tener en cuenta el nombre que les ponga el demandante.

2—El contrato simulado crea situaciones diferentes entre los contratantes y con relación a terceros. En tratándose de un contrato de aquéllos que ad substantiam necesitan de escritura pública, como es la compraventa de inmuebles, la situación procesal es bien diferente según que el actor tenga la calidad de contratante o la condición de tercero. Este bien puede valerse de todos los medios probatorios previstos por la ley, para demostrar la simulación; no así las partes contratantes que sólo pueden contar con muy restringidos medios de prueba para destruír lo que ellos mismos han declarado en las cláusulas escriturarias.

3—El propósito de insolventarse en fraude de los acreedores constituye causa ilícita que destruye por su base la acción de simulación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

El presente proceso fue iniciado por demanda ordinaria de Jesús Romero Vargas contra su hijo Félix Romero Castro con las siguientes peticiones:

"**Primera.**—Que se declare que es absolutamente nulo, porque es simulado, el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número 79 de fecha 16 de marzo del año de 1954 otorgada en la Notaría del Circuito de Charalá y celebrado entre Jesús Romero Vargas como aparente vendedor y Félix Romero Castro como aparente comprador.

"**Segunda.**—Que se declare, además, que es igualmente nulo de nulidad absoluta el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 79 de fecha 16 de marzo de 1954 de la Notaría de Charalá y celebrado entre Jesús Romero Vargas y Félix Romero Castro, por falta de precio, el cual ni se fijo ni se pagó.

Parágrafo.—En consecuencia de cualesquiera de las declaraciones anteriores debe decretarse la cancelación de la diligencia de registro de dicho público instrumento, que lleva fecha 12 de abril

de 1954, en el Libro 1º, Tomo I, Partida 214, fl. 128; Matrícula 128, Tomo IV. 101 Tomo II, &, Libro Encino y en Libro 2º, Tomo I, Partida 52 en la Oficina del Circuito de Charalá, a donde debe darse la orden correspondiente;

"**Tercera.**—Que se declare que el título escriturario determinado en las súplicas anteriores y en esta demanda, no produce efectos jurídicos entre los otorgantes y que, en consecuencia, se declare sin valor ni efecto en cuanto a la transferencia del dominio de los bienes allí determinados y se ordene la cancelación de las diligencias de inscripción y matrícula, y se comunique a la oficina correspondiente y en oportunidad.

"**Cuarta.**—Que en caso de oposición se condene al demandado el pago de las costas de este juicio".

Las aseveraciones de hecho conciernen a que por la citada escritura número 79 de 16 de marzo de 1954 se simuló compraventa en que por precio irrisorio y no pagado de $2.500, Jesús Romero Vargas aparentó transferir en favor de su hijo Félix Romero Castro, además de 5 mulas y 3 yeguas, "todos los derechos y acciones que al exponente le correspondan o a cualquier título le pueda corresponder, ya como gananciales, ya como heredero, ya los adquiridos por compras hechas durante la sociedad conyugal con su finada esposa señora Isabel Castro de Romero, cuya sucesión no se ha liquidado, vinculados dichos derechos y acciones sobre los siguientes bienes, ubicados todos en la jurisdicción municipal del Encino", que la escritura señala con los nombres de **El Guacharacal, La Vega del Barbachal, La Osera, Las Tapias, San Miguel**, y determina por sus linderos.

Agregan los hechos de la demanda inicial que Romero Vargas no tuvo intención ni voluntad de transferir real y efectivamente esos bienes, sino que con el consentimiento de su hijo Romero Castro, se propuso "insolventarse aparentemente por temor a que se le obligara a pagar unos supuestos daños y perjuicios porque había sido demandado ante el señor Juez de Encino, y en tal virtud, ni se fijó efectivamente el precio de la aparente venta, ni pagó (Romero Castro) el que figura en la escritura número 79 citada en este libelo" de tal modo que los inmuebles han permanecido en manos de Romero Vargas, quien además dispuso con posterioridad de varios de los semovientes.

El demandado se opuso. Afirmó la realidad del contrato, si bien el precio no fue pagado de inmediato sino más tarde y en su mayor parte con el producido de la venta de los semovientes, en complemento de arras por valor de $ 120; y que si el padre continuó en el disfrute de los bienes vendidos, ello se debió a generosidad de su hijo.

Desatado el litigio en primera instancia por el Juez del Circuito de Charalá en fallo plenamente absolutorio del 26 de junio de 1958, que recibió confirmación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con fecha 10 de agosto de 1959, es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el actor.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de inventariar las pruebas allegadas al proceso, con referencia a la acción instauradá dice el sentenciador:

"Indudablemente, del contexto de las súplicas de la demanda, así como de los hechos que le prestan fundamento, aparece que lo que persigue el demandante es que la justicia declare la simulación del contrato de compraventa que recoge el instrumento escriturario número 79 del 16 de marzo de 1954.

"Aunque en su alegación de segunda instancia se queje el actor de no haber sido correctamente interpretado por el **a quo**. 'Pues confundió —dice— la acción de simulación, es decir de prevalencia de un contrato oculto, que modifica o destruye el ostensible y público, que dicho sea de paso, no es la que se ventila en esta causa, con la acción de nulidad por simulación, es decir, porque los aparentes contratantes no se propusieron celebrar el contrato de que se ocupa el título escriturario que amerita el proceso, no hubo precio ni pago de éste, no hubo tradición y se hicieron aseveraciones contrarias a la verdad, lo cual constituye falsedad. Es decir, la tesis del señor Juez, al exaltar la acción de simulación y prevalencia, es contraria y distinta de la acción de nulidad por simulación que es la propuesta en la demanda".

"No solamente del párrafo transcrito, sino de otras varias puntualizaciones hechas a través de su memorial dirigido al Tribunal, como también del texto del libelo, se aprecia qué persigue el actor. Sencillamente que se declare sin valor el título escriturario a que se ha hecho insistente referencia. Llanamente, porque se trata de un acto no real sino ficticio que únicamente persiguió como finalidad amparar las propiedades de Jesús Romero ante posible condena de perjuicios en su contra. Pasado ese peligro, la escritura debía **ser devuelta**".

El Tribunal cita algunos autores y dice a continuación:

"En el presente caso se celebró un contrato que se afirma nada tuvo de efectivo o real. Porque las partes no quisieron afectar en ninguna manera su situación jurídica. Simplemente el acto de voluntad de los contratantes, el acuerdo intencional, creó una apariencia, una ficción, haciendo creer en la realización de un convenio serio. Para conseguir en tal forma la insolvencia de una de las partes firmantes de la negociación. Para mejor decir, no queriéndose efecto jurídico ninguno en la esfera patrimonial, se trataría de una simulación absoluta, en la cual, según expresión gráfica de algunos, el acto ostensible es un fantasma".

Después de otras consideraciones expresa:

"Sin embargo, no cabe confundir la nulidad con la simulación. Confusión en que a las claras se ve que incurre desde los mismos términos de la demanda, el personero de la parte actora. Aun cuando tal incertidumbre se explica, no solamente por la similitud de la simulación y la nulidad absolutas sino también por la imprecisión jurisprudencial y doctrinaria que ha caracterizado el enfoque del tema, a partir de 1935 que fue cuando en realidad se trajo a discusión al país.

"Pero en realidad, las dos acciones obran ya bien diferenciadas".

Cuanto a la prueba, considera el sentenciador que no se produjo ninguna de las conducentes entre las partes, "aunque —dice— no es posible negar que obran elementos muy serios de convicción que apoyan la pretensión del actor de la demanda". Y agrega:

"Félix Romero confesó extrajudicialmente que la escritura era de confianza. El hecho de su manifestación se encuentra suficientemente demostrado con los dichos de Aníbal Sánchez (f. 14 v.), José Díaz (f. 17 v.) y Alejandro Pérez (f. 20).

"Pero así como se desecha la prueba testimonial para la finalidad de que se trata, ya que este medio probatorio puede flaquear en virtud de variadas circunstancias, sucede también respecto de la confesión no hecha en forma literal o a la parte contraria, sino en forma confidencial. Porque al decir de Ricci "probar la confesión viene a ser lo mismo que probar la conversación declarada".

Sigue en el análisis de la confesión extrajudicial para considerarla en el asunto sub iudice como elemento indiciario, y añade:

"La misma condición es dado predicar de otras circunstancias establecidas en autos:

"El presunto vendedor continuó administrando los bienes objeto de la negociación. Así aparece de variada prueba testifical sin que valgan en contra las declaraciones traídas por la parte demandada. Precisamente la circunstancia de haber vendido, Jesús Romero, las bestias que aparecían como transferidas en la escritura, realza la realidad de la situación que se enuncia.

"El precio dado en la escritura es irrisorio. Así lo demuestra el valor de los animales que vendió el demandante.

"El presunto comprador estaba en imposibilidad económica de adquirir lo que se dice que adquirió. Se deduce de su propio dicho. Como de las manifestaciones de Heliodoro Lozada:... el Félix no se le ha conocido que haya tenido plumas con qué pagar ni un solo derecho. De Fidelina Lozada: 'No se le reconoce que haya tenido con qué pagar nada". De José Díaz: 'Entonces Aurora Duarte la mujer de Félix contestó:... que agradeciera que su papá Roberto Duarte le había prestado cincuenta pesos a don Jesús y que de esos cincuenta pesos antes don Jesús le había prestado a Félix veinte pesos para ir a Charalá para la escritura porque Félix no tenía un centavo para gastos' ".

Señala además el Tribunal como indicios de simulación el estrecho vínculo familiar entre los contratantes, la enajenación de la totalidad del patrimonio, principalmente cuando el motivo que tuvo el vendedor fue el de buscar la insolvencia. Y dice a continuación:

"Pero, como antes se ha afirmado, los indicios no pueden ser tenidos como bastantes legalmente para desvirtuar aquello que los contratantes han afirmado por escrito. Cuando es precisamente uno de los firmantes del convenio quien acciona en contra de la veracidad de las estipulaciones contenidas en el instrumento".

El sentenciador examina las respuestas de Félix Romero Castro a posiciones rendidas extrajuicio y dentro del proceso, y comenta:

"Claro que los términos del absolvente dejan abierto el camino para razonar en el sentido de que, si no hubo pago del precio, como tampoco entrega real de los bienes a quien aparece adquiriéndolos, es porque de veras se está en presencia de un pacto ficticio cuyo elemento característico radica en la ausencia de intención de transferir, por una parte, y, por la otra, en inexistencia de ánimo de adquirir. Esto es que, con ayuda de las demás probanzas, podría concluírse que, al aceptar implícitamente el demandado que no pagó el valor que reza la escritura, aunque contradictoriamente pretenda remitirse al instrumento para alegar que sí lo cubrió, de veras fue apenas supuesta la cláu-

sula al respecto. Quizá cabría dentro de un razonamiento lógico ya que realza la verosimilitud de lo que se quiere probar.

"No obstante, encuentra el Tribunal demasiado peligroso, por el aspecto jurídico, tomar como pie, para tan trascendental cuestión, un conjunto de respuestas que caracterizan las contradicciones en el afán de sostener, a todo trance, por parte del absolvente, la realidad de la negociación. Porque el demandado, enfáticamente, responde siempre que la escritura no fue de confianza".

Hace otras observaciones para concluír así:

"Vale decir que, la vinculación de causalidad entre las comentadas respuestas y la circunstancia que se busca acreditar, no se muestra lo suficientemente precisa. Porque se abre en varias posibilidades".

LA IMPUGNACION

El libelo invoca los motivos 1º y 2º, artículo 520 del Código Judicial, pero la causal de incongruencia es intrascendente al recurso por sustracción de materia, desde luego que el fallo plenamente absolutorio contempla en su integridad los extremos del litigio.

La alegación fundamental en cuanto hace al primer motivo, consiste en que la acción incoada es la de nulidad por ser ficticio y simulado el contrato entre padre e hijo, y sin embargo fue cambiada en el fallo por la de simulación y prevalencia, "que no es la propuesta en la demanda". Agrega el recurrente que la absoluta nulidad de la convención se predica porque no se cumplieron los requisitos para su validez, no se pagó el precio ni se quedó debiendo el fijado inequitativamente en el contrato ficticio, porque no fue esa la intención de los supuestos contratantes, porque no hubo ni objeto ni causa lícita, ni consentimiento en la realidad del pacto acusado. Afirma que el fin de la simulación consistió en que el vendedor aparente se insolventara para quedar a cubierto del evento adverso en litigio que se le adelantaba por demanda de pago de perjuicios. Considera que el sentenciador erró en derecho al exigir prueba literal de la simulación, que está demostrada en autos por un acopio de elementos que el Tribunal no tuvo en cuenta. Y que incurrió en yerro de hecho cuanto a las posiciones absueltas por Félix Romero Castro, y cuando rechazó los testimonios de Alejandro Pérez, Aníbal Sánchez, José Resurrección Díaz o Núñez, "así como a los restantes deponentes traídos al juicio". Estima que con sus declaraciones se prueba la confesión extrajudicial de Romero Castro, de ser de confianza la escritura, así como el hecho de que Jesús ha mantenido los bienes en su poder sin que hayan pasado a manos de su hijo Félix; bienes que en segunda instancia quedaron avaluados en $ 29.050, lo que prueba que el precio fue ridículo.

De todo lo cual el libelo, bajo el rubro de cuatro cargos que fundamentalmente constituyen la misma acusación, desprende que el sentenciador ha violado los artículos 1740, 1741, 1743, 1759, 1766, 1501, 1502, 1503, 1524, 1603, 1618, 1828, 1849, 1857, 1864, 1880, 1928, 1929, 1766 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936, 91 de la Ley 153 de 1887 y 1759 sobre restricciones a la prueba testimonial; además de los artículos 604, 605, 606, 664, 665, 696 y 697 del Código Judicial.

Se considera:

1.—Sin duda que en materia de simulación la doctrina de la Corte fue vacilante e imprecisa. Antes de 1935 estimó que se trataba de nulidad absoluta por falta de causa y consentimiento real de las partes. De 1935 a 1940 dió a la simulación la fisonomía jurídica que le corresponde y a la acción la finalidad que le es propia, de obtener que prevalezca la realidad sobre la apariencia. Distinguió y separó las acciones de simulación y de nulidad, ya que en el ámbito de esta última la ineficacia se produce contra la voluntad de las partes, mientras que en la simulación se quiere algo determinado, pero con el propósito de encubrirlo al público. De 1941 a 1945 la Corte empezó de nuevo a considerar la simulación como causal de nulidad, a pesar de que buscaba el desarrollo de la doctrina de 1935. Pero últimamente son numerosas las sentencias en que la Corte ha restablecido con nitidez la diferencia entre las acciones de nulidad y de simulación para conservarles su peculiar trascendencia, que arranca de los hechos generadores y no del nombre que errónea o acertadamente el actor le haya dado en la demanda.

Así en sentencia del 2 de septiembre de 1954 dijo:

"La nulidad y la simulación como fenómenos

jurídicos no pueden ser equiparadas, ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse, y así lo aceptó la doctrina por largos años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad absoluta y a la simulación para conservarles su propia fisonomía.

"La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico, sino sólo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal, como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena". (LXXVIII 2146-555)

Si son, en consecuencia, de naturaleza diferente las condiciones de la acción de nulidad y los presupuestos de la acción de simulación, y si en concreto las afirmaciones de hecho de la demanda inicial predican simulación, es indudable que el sentenciador estuvo acertado al referir su fallo a la acción de prevalencia, aunque el actor le diese el rótulo de nulidad absoluta.

2.—Sin perjuicio de las buenas costumbres y el orden público, rige la autonomía de la voluntad en el campo convencional, de suerte que el contrato válidamente celebrado es ley para los contratantes. (1602 C. C.)

Por ello la voluntad real prima entre las partes sobre la declaración, sin menoscabo de terceros.

Si el negocio es de aquellos que ad substantiam necesitan de escritura pública, tal como sucede con la compraventa de inmuebles, la seguridad jurídica exige que terceras personas puedan sustentar su buena fe y obtener posición firme en derecho al amparo de la voluntad declarada por los otorgantes, o preferir, si a bien lo tienen, la voluntad real en el supuesto concreto de demostrarse que esa verdadera voluntad es diversa de la ostensible y pública.

La fe debida a los instrumentos notariales no permite a las partes, o a quienes lleguen a ocupar su puesto jurídico, destruír por simulación el mérito de las declaraciones escriturales, si no es por contraprueba idónea dentro del perímetro restringido de las contraescrituras privadas, previstas especialmente por la ley (1766); de la confesión, o reconocimiento judicial de parte; o del principio de prueba escrita, complementada por testigos, indicios u otros medios conducentes a integrar la convicción del juzgador. Nada más natural que esta limitación probatoria, por ley de equivalencia y equilibrio, pues si se pretende postergar el valor del instrumento que en sí mismo lleva los atributos de probanza plena, es de rigor que en contrario se produzcan medios tan poderosos y de tanto valor que alcancen a desvanecer lo que en la escritura aparece a la vista de todos.

No así cuanto a terceros, porque entonces la simulación constituye, no un acto propio de ellos, sino el hecho fundamental de la acción de prevalencia; y como hecho generador viene a ser susceptible de prueba por cualquiera de los medios previstos por la ley.

3.—Si en el presente litigio trabado entre los contratantes, la sentencia recurrida basa la absolución en que ni por contraescritura, ni por reconocimiento judicial, ni por principio de prueba escrita debidamente complementada se demostró la simulación, ningún género de error de derecho puede atribuírsele precisamente por exigir las únicas probanzas de recibo en la materia sub iudice.

En error de derecho habría incurrido, eso sí, en el evento de admitir el dicho de testigos o indicios como prueba de la simulación inter partes; que no se invoca sino el testimonio cuando por ese medio se desea establecer confesión extrajudicial.

Ni tampoco el sentenciador se equivocó manifiestamente de hecho, puesto que el Tribunal no dió por existente medio que no figurara en el proceso, ni dejó de apreciar ninguno de los que aparecen. No ha fallado contra la evidencia de los autos, porque si bien los considerandos le dejan la impresión de que el negocio fue simulado, no procedió a declararlo así en vista de que las prue-

bas no revestían las características admisibles para ese resultado jurisdiccional.

4.—Además: no puede perderse de vista que aún en el evento de que la simulación estuviese acreditada por medios idóneos, en este caso lo sería inseparablemente de la **causa simulandi**, reconocida por el actor a lo largo del proceso desde la demanda inicial: Que tuvo el propósito de **insolventarse** a fin de eludir las resultas del juicio en que a la sazón se le perseguía para el pago de perjuicios.

Tal **causa simulandi** destruye la acción propuesta con fundamento en la posición antijurídica del traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Porque no se trata en este caso de corregir la conducta errónea, de evitar o reparar las consecuencias de la falta, lo cual sería lícito y aún plausible base de la acción. Por el contrario, se pretende obtener que por injusticia, como instrumento, se corone la maniobra proyectada en fraude de los acreedores, cuando se estima que ha cesado el peligro de persecución. Nadie entonces con apoyo en causa reprobada por el derecho puede recabar acción ante los tribunales (artículo 1525 C. C.). Claro es que la ilicitud de la **causa simulandi** debe estar plenamente acreditada en el proceso, como lo ha sido en esta oportunidad por confesión del actor.

Caso distinto sería que la acción fuese propuesta por los herederos ajenos al fraude de su causante.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 10 de agosto de 1959 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

No aparecen costas causadas en el recurso.

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

José J. Gómez R.—Con salvamento de voto, **Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón.**—Con salvamento de voto, **Enrique López de la Pava—José Hernández Arbeláez.**

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS, DOCTORES ARTURO C. POSADA Y ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA.

RESUMEN:

Aunque es inmoral esgrimir un fraude a terceros como argumento justificativo de la acción de simulación, resulta excesivo y sobretodo jurídicamente inadecuado sancionar esa torpeza con la aplicación oficiosa de la regla Nemo auditur propriam turpitudinem allegans. **En efecto: La acción de simulación es una acción de prevalencia, mediante la cual se busca descorrer el velo del convenio ficticio para hacer prevalecer el contrato real y secreto. Pero como el fraude a terceros se comete por el pacto ostensible y no por el secreto, síguese que la acción de simulación, que intenta la prevalencia y efectividad de este segundo contrato, no puede ser tachada de inmoral para el efecto de rechazarla cuando la ejercita una de las partes simulantes. De otra parte, aplicar al campo de la simulación la regla de no oír a nadie que funde su demanda en un hecho ilícito, es introducir confusión en los linderos que separan la simulación de la nulidad.**

Los motivos que inspiran nuestra discrepancia del fallo anterior no se refieren a su parte resolutiva, justificada en este caso por la ausencia de

prueba de la simulación demandada, sino que se circunscriben a la tesis que se esboza al final de su parte expositiva (punto cuarto). Se expresa allí que a lo largo del proceso el actor hizo y repitió la manifestación de que la simulación que alega tuvo por fin crear su insolvencia para eludir las resultas de un juicio que se le seguía para el pago de unos perjuicios, y que esta **causa simulandi** destruye la acción incoada con fundamento en esa posición antijurídica de traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Esta tesis conduce a admitir la posibilidad de rechazar la acción de simulación que ejercita una de las partes, de modo particular quien ha hecho traspaso de bienes, cuando el contrato simulado ha tenido por fin defraudar a terceros, esto es, cuando se resiente de esta causa o móvil calificado de inmoral o ilícito. Lo cual equivale a introducir en esta materia de simulación la aplicación de la regla **Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.**

Estimamos que la tesis enunciada es inaplicable en el campo de la simulación, y las razones que respaldan este concepto podemos resumirlas así:

A) Es esta la primera vez que la Corte alude a la simulación fraudulenta o ilícita para el efecto de prohijar la tesis a que hacemos referencia. En ninguna otra ocasión anterior se ha tenido en cuenta la distinción que en otras partes se hace entre simulación lícita y simulación ilícita para el mismo efecto de rechazar en la segunda la acción de la parte que la alega, con fundamento en la ilicitud de la causa. Entre nosotros la doctrina y la jurisprudencia han visto en la simulación un negocio válido y les han reconocido siempre a las partes el derecho de alegarla.

B) En materia civil el dolo y el fraude se distinguen, entre otros aspectos, por el hecho de que el primero sólo puede producirse entre las partes contratantes en tanto que el segundo se dirige y comete únicamente contra la ley o contra terceros (Bédarride, "Traite du dol et de la fraude", t.I, Nº 12. Ripert, "La regla moral", Nº 168. Josserand, "Los móviles", Nº 185). Entre las partes contratantes no puede haber fraude, sino dolo; contra terceros se comete fraude, pero no dolo.

Conforme a la doctrina que la Corte ha venido exponiendo y propugnando últimamente, en la simulación hay dos convenciones, así: una ostensible y ficticia y otra real y secreta que modifica, altera o destruye los efectos de la primera. El convenio ostensible está destinado a producir ante la ley o ante terceros una apariencia y un engaño, y es por medio de él como los simuladores pueden cometer un fraude contra quienes va dirigido.

La convención secreta tiene por objeto regular las relaciones reales de las partes simulantes; está por lo común sustraída del conocimiento de los terceros, no va dirigida contra éstos y ningún fraude se puede cometer con ella. Varias veces la Corte ha reconocido que entre dichas partes no hay engaño y que su pacto secreto es válido, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1766 del C. Civil (XLV-1925, 256.- LXXIX 2151, 759).

La misma Corte tiene establecido que la acción de simulación es una acción de prevalencia, mediante la cual se busca descorrer el velo del convenio ficticio y hacer prevalecer el contrato real y secreto. Con ella no se pretende hacer efectivo el pacto aparente, sino hacer producir sus efectos a la convención real. Tal acción tiene, pues, su origen en el contrato secreto y no en el fingido. Como el fraude a terceros se comete con el pacto ostensible y no con el secreto, síguese que a la acción de simulación que persigue la prevalencia y efectividad de este segundo contrato no puede tachársele de inmoral para el efecto de rechazarla cuando la ejercita una de las partes simulantes. El origen y los fines de la acción la inmunizan de la ilicitud del convenio ficticio y fraudulento e impiden desecharla con el pretexto de sancionar esa ilicitud. Acaso sea esta la razón para que la Corte en ningún momento la haya rechazado ni pueda rechazarla, si aspira a mantener y continuar desarrollando los lineamientos benéficos de la teoría de la simulación que viene elaborando desde el año de 1935.

C) La causa ilícita produce nulidad absoluta (C. C. 1741). Esta es la sanción que la ley consagra contra los actos y contratos que adolecen de esa ilicitud, fuera de que el mismo vicio impide la repetición de las prestaciones efectuadas en virtud de esos actos y contratos. (C. C. 1525 y 1746). El artículo 1742 **ibidem** no permitía alegar la nulidad absoluta a quien había intervenido en el contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba. Este precepto fue sustituído por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, norma que sólo introdujo la modificación de permitir que la nulidad pueda ser alegada por todo el que tenga interés en ello.

La regla **Nemo auditur propriam turpitudinem**

allegans es la fuente en que se inspiraron los artículos 1525 y 1742 del C. Civil. Esa regla, según lo anotan algunos doctrinantes modernos (Ripert. "La regla moral", Nº 106. Demogue, "Traité des obligations", t. II, Nº 878), ha perdido su influjo hasta el extremo de que son muy pocos los casos de ilicitud en que ahora se la aplica. Entre nosotros, como se acaba de ver, cualquier interesado puede alegar la nulidad absoluta, aunque provenga de causa ilícita, lo que de suyo implica una notoria restricción de la regla aludida.

La misma regla ha tenido y tiene su campo de aplicación dentro de la teoría de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, pero no en el campo de la simulación. Su traslado y aplicación en este campo constituye un acercamiento de la simulación a la nulidad. Entre nosotros este acercamiento es hoy inadmisible, debido precisamente a los persistentes esfuerzos de la Corte por señalar los perfiles que distinguen y caracterizan a uno y otro fenómeno jurídico.

La materia que nos ocupa es de muy vastos alcances y aquí no podemos sino enunciarla. No negamos que es inmoral esgrimir un fraude a terceros como argumento justificativo de la acción de simulación; lo que pensamos es que resulta excesivo y jurídicamente inadecuado sancionar esa torpeza con la aplicación oficiosa de la regla **Nemo auditur.**

Dejamos así brevemente expuestas las razones que respaldan nuestro disentimiento.

Bogotá, 5 de noviembre de 1960.

Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.

SOCIEDAD DE HECHO. — SOCIEDAD CONYUGAL. — SOCIEDAD ENTRE CONCUBINOS

1. Los elementos específicos del contrato de sociedad en general son: el concurso de dos o más personas, el aporte de cada una de estas, un fondo común, un objeto social, la participación en las ganancias y pérdidas y la affectio societatis o ánimo de formar una sociedad y de colaborar activamente en el desarrollo de sus actividades. Además de estos factores, la sociedad debe reunir también los elementos que son comunes a todo acto jurídico, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

2. La ley prevé el caso de que llegue a funcionar una sociedad con alguno de sus factores esenciales afectados por un vicio. En ese supuesto la sociedad adolece de invalidez pero funciona de hecho con apariencia de tal sociedad, y la ley la toma en cuenta para ciertos efectos que se relacionan con los propios socios y con terceros.

3. Además de aquéllas que por causa de un vicio interno resulten ser sociedades de hecho, hay otras que lo son por obra de un vicio externo. Así, las sociedades mercantiles, la anónima civil y la de responsabilidad limitada, están sujetas a ciertas formalidades cuya inobservancia produce la nulidad absoluta de tales compañías.

4. Una sociedad puede ser nula y funcionar de hecho, bien por un vicio interno o de fondo, ora por un defecto externo o de forma. Para distinguir el vicio algunos doctrinantes han propuesto llamar sociedad de hecho a la que adolece de un defecto de fondo y sociedad irregular a la que está afectada de un vicio de forma.

5. La nulidad que afecta a una sociedad, ya por vicio de fondo, ya por vicio de forma, no produce efecto retroactivo; porque tal efecto es contrario a los intereses de terceros y a la naturaleza propia de la sociedad como contrato de ejecución sucesiva. Esa nulidad no causa sino la disolución de la compañía de hecho y por ello la doctrina la distingue con el nombre de nulidad-disolución.

6. El artículo 475 del Código de Comercio ciertamente ordena aplicar a la liquidación de la sociedad de hecho las reglas de la comunidad singular, pero sólo cuando judicialmente se decreta la nulidad de esa compañía y no cuando ella se disuelve por cualquiera otra causa legal. De modo que si la sociedad de hecho se disuelve, no por causa de una declaración de nulidad, sino por motivo de la muerte de uno de los socios, no procede ordenar su liquidación por el sistema de la comunidad singular, sino por la vía de la comunidad herencial conforme al artículo 2141 del C. Civil.

7. La conyugal es la única sociedad de ganancias a título universal que nuestra ley autoriza, porque los cónyuges, al unirse en matrimonio, ponen en común su trabajo, sus actividades y esfuerzos en beneficio mutuo: cada cónyuge trabaja y adquiere, no para sí solo, sino también para su consorte.

8. La sociedad conyugal no es un contrato sino una institución de orden público y de carácter accesorio, porque se forma por el hecho del matrimonio y no puede subsistir sin él. La sociedad (regular o de hecho), sí es un contrato, a veces implícito y presenta modalidades que la distinguen de la sociedad conyugal. Entre concubinos no puede haber sociedad conyugal, pero sí es posible que

se forme una compañía de índole convencional cuando la pactan de modo expreso o cuando ambos trabajan y colaboran en una empresa o negocio común, independiente de sus relaciones concubinarias.

9. El artículo 2095 del Código Civil establece que cuando uno de los socios contribuye solamente con su industria, servicio o trabajo y no hay estipulación sobre su cuota de beneficios, corresponde al Juez regular esta cuota, en caso necesario. El señalamiento de tal cuota es asunto que la ley defiere en este último caso a la facultad discrecional del juzgador.

10. La nulidad con que el artículo 3º de la Ley 28 de 1932 sanciona determinados contratos entre cónyuges, no es aplicable por analogía a los celebrados entre concubinos: primero por ser una sanción de carácter estricto y segundo porque éstos no se hallan ligados por ningún vínculo que la ley considere inconciliable con dichas convenciones.

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

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

La señora Clementina Toro Ramos promovió ante el Juez Civil del Circuito de Santander (Cauca) un juicio ordinario contra la sucesión de Jesús Antonio Giraldo Barco, representado por la señora Julia Barco viuda de Giraldo, para que en la sentencia respectiva se hicieran estas declaraciones:

"Primera.— Que entre el señor Jesús Antonio Giraldo Barco, ya fallecido, y la señora Clementina Toro Ramos, existió una sociedad de hecho, constituída en el mes de abril del año de 1950 y cuya duración alcanzó hasta el día 16 de julio de 1956, y su objeto social estuvo representado por los negocios de compra y venta de café en grano, compra y venta de maderas, ventas de carne, compra, venta, engorde y beneficio de ganado e inversiones en bienes raíces, actividades y negocios todos estos que tuvieron como centro principal el Corregimiento de Timba, Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca.

"Segunda.— Que el día 16 de julio de 1956, por la muerte del señor Jesús Antonio Giraldo Barco, se disolvió la sociedad de hecho de que trata la petición anterior y, en consecuencia, ha de procederse a su liquidación y adjudicación y entrega de los bienes que legalmente corresponden a cada uno de sus únicos consocios, Clementina Toro Ramos y Jesús Antonio Giraldo Barco, hoy su sucesión, representada por la señora Julia Barco viuda de Giraldo o por quienes en adelante sean reconocidos y tenidos como herederos.

"Tercera.— Que, como consecuencia de lo indicado en los hechos de esta demanda y solicitado en las peticiones anteriores, se tengan como bienes integrantes del patrimonio social de esta sociedad de hecho, los siguientes, con sus correspondientes frutos hasta la fecha de adjudicación y entrega: .....

"Cuarta.— Que al efectuarse la liquidación de la sociedad de hecho a que se refiere la presente demanda, se adjudiquen y entreguen a mi mandante, la señora Clementina Toro Ramos, los bienes que le correspondan en proporción de una mitad sobre el haber social líquido, o sea, sobre los bienes que acaban de determinarse y especificarse en la petición inmediatamente anterior, una vez deducido el pasivo allí indicado.

"Quinta.— Que la parte demandada debe pagar las costas y costos del presente juicio".

Como hechos sustentantes de las peticiones anteriores la parte actora expuso los que en seguida se compendian:

1)— En el mes de abril de 1950 y en el Corregimiento de Timba, Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, los señores Jesús Antonio Giraldo Barco y Clementina Toro Ramos "se asociaron juntando sus capacidades y actividades de trabajo, mediante el establecimiento de los siguientes negocios": primero, compra y venta de café en grano y de maderas, y luego ventas de carne en la plaza de la misma población de Timba y en el paraje de "La Esperanza", del citado Municipio de Buenos Aires, "dando principio así a una serie continuada de actividades y negocios en común".

2)— El resultado satisfactorio de estos negocios permitió que se los fuera ampliando y se los extendiera a la compra y venta de ganado y a la adquisición de diversos bienes raíces.

3)— El trabajo en común y las actividades y negocios expresados denunciaron desde un principio la existencia de una sociedad de hecho entre los señores Giraldo y Toro.

4)— Esta sociedad existió y funcionó de modo continuo desde el indicado mes de abril de 1950 hasta el 16 de julio de 1956, fecha en que falleció el señor Giraldo.

5)— Los negocios en referencia eran atendidos personalmente por los propios señores Giraldo y Toro en su casa de habitación, donde vivían juntos y llevaban vida marital, siendo considerados como casados por todo el vecindario en atención a las virtudes, cualidades y distinción de la señora Toro y el trato que le dispensaba el señor Giraldo, haciéndola figurar como su esposa legítima en sus declaraciones de renta y patrimonio y hasta el extremo de que en esa misma casa se alojaban y celebraban la misa los sacerdotes que iban al lugar.

6)— La unión de los señores Giraldo y Toro no tuvo por objeto crear, fomentar o prolongar las relaciones sexuales fuera de matrimonio, sino asociarse para la explotación de los negocios sobredichos, mediante una absoluta unidad de trabajo y una igualdad de posiciones, esto es, sin que la señora Toro pudiera considerarse como empleada o subalterna del señor Giraldo.

7)— Al morir el señor Giraldo el 16 de julio de 1956, los haberes de la sociedad de hecho existente entre él y la señora Toro consistían en varios bienes que ésta señala en su demanda.

8)— La sociedad aludida surgió de las actividades y negocios emprendidos en común por los señores Giraldo y Toro, del consentimiento tácito y del ánimo de asociarse que revelan esos hechos, del aporte y riesgos comunes y de la capacidad e igualdad jurídica entre los socios.

9)— La circunstancia de que el patrimonio de la sociedad de hecho figurara en cabeza del señor Giraldo, no es motivo para desconocer el derecho que en igual proporción a éste tiene sobre ese patrimonio la señora Toro, en su calidad de socia.

10)— La sociedad de hecho se disolvió por causa de la muerte del señor Giraldo y por tanto es el caso de proceder a liquidarla para establecer lo que le corresponde a la sucesión de dicho señor y a la señora Toro.

11)— En el Juzgado Civil del Circuito de Santander se abrió y se adelanta el juicio mortuorio del señor Giraldo a instancias de la señora Julia Barco viuda de Giraldo, madre del extinto y única heredera que hasta ahora se ha presentado; en esa sucesión no se denunció la sociedad de hecho y los bienes relacionados allí se hicieron figurar como de tal mortuoria, siendo así que la casi totalidad de ellos corresponde al patrimonio de la sociedad mentada.

La demandada, señora Julia Barco viuda de Giraldo, contestó el libelo anterior y en su respuesta negó todos los hechos referentes a la sociedad alegada, admitió que Giraldo Barco y la señora Toro se instalaron y vivieron en Timba, "tratándose como esposos legítimos y presentándose en dicho carácter", aceptó ser madre y heredera del difunto Giraldo Barco y propuso varias excepciones perentorias. Surtidos los demás trámites de la primera instancia, el Juez del conocimiento le puso término a ésta con la sentencia de 23 de junio de 1958, en la cual se absolvió a la parte demandada por no haberse comprobado la acción propuesta y se condenó en costas a la parte demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelado por esta misma parte el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán lo revocó por sentencia de cuatro de agosto de 1959, en cuya parte resolutiva se dispuso:

"Primero.— Declárase que entre Jesús Antonio Giraldo Barco y Clementina Toro Ramos existió una sociedad de hecho desde abril de mil novecientos cincuenta hasta el diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis, en que se disolvió por muerte del primero.

"Segundo.— Procédase a la liquidación de dicha sociedad en la forma ordenada en la conclusión de la parte motiva de este fallo.

"Tercero.— No se declaran probadas las excepciones perentorias.

"Cuarto.— Condénase en las costas del juicio a la parte demandada. Las de la segunda instancia se liquidarán por el Tribunal".

Las razones en que se funda esta decisión pueden sintetizarse así: el Tribunal prohija el planteamiento doctrinal que sobre el fenómeno de las sociedades de hecho expuso la Corte en casaciones de 30 de noviembre de 1935 y 26 de marzo de 1958, cuyos pasos principales transcribe; examina las declaraciones de trece testigos y asevera luego que, si bien es cierto, como lo anota el Juez de primer grado, que de ese conjunto de testimonios no es posible "distinguir y aislar el elemento aporte con la singularidad y determinación necesarias, ni deducir tampoco inequívocamente el consentimiento recíproco con ánimo de asociación económica" (LXII, 2048, 348), sería contradictorio exigir en una sociedad de esa índole un consentimiento expreso y por escrito cuando los hechos mismos que la configuran lo llevan implícito y lo revelan; dice que si se observa el modo de convivir los señores Giraldo y Toro y se tienen en cuenta la atención y el empeño con que la señora Toro ayudaba a Giraldo "en el crecimiento de su patrimonio", no puede menos de aceptarse que entre ellos existió un consentimiento o acuerdo para trabajar en común, para acrecentar su capital, labor en que ambos colaboraron en la medida de sus capacidades y dentro de los límites impuestos por la naturaleza y las circunstancias; anota que el defecto de aporte en dinero o en bienes de la señora Toro no impide reconocer la sociedad de hecho si se considera que el artículo 2081 del C. Civil autoriza el aporte en industria, servicio o trabajo apreciable en dinero; afirma que las declaraciones de renta del señor Giraldo durante los años de 1950 a 1955, en que hacía figurar a la señora Toro como su esposa, y de modo especial las correspondientes a los años de 1954 y 1955, en que ambos aparecían como cónyuges denunciantes en conjunto de renta y patrimonio, constituyen "un indicio bastante grave" de que sus relaciones no fueron simplemente concubinarias, sino que entre ellos se formó una comunidad de intereses económicos y pecuniarios, como lo confirma la prueba testimonial aducida que si es verdad que el matrimonio no se demuestra con declaraciones de renta ni con prueba testifical, aquellas sí revelan en este caso que Giraldo no tuvo a la señora Toro como una mera concubina, sino como esposa o cónyuge que le ayudaba a sobrellevar la carga; sostiene que, aunque la declaración de renta y patrimonio no tiene otro objeto que buscar la liquidación del impuesto, la circunstancia de ser hecha bajo juramento le da el mérito de confesión extrajudicial, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 604 y 608 del C. Judicial; añade que en este caso concreto esa confesión reviste "el carácter y la calidad de plena prueba" sobre que entre los señores Giraldo y Toro existió "una verdadera sociedad de hecho que ellos pretendieron disfrazar con una sociedad conyugal"; dice en seguida que la declaración conjunta de renta y patrimonio durante los años de 1954 y 1955, es "la mejor prueba de que la voluntad de ellos no quedó limitada o restringida a una simple unión de cuerpos, sino que fue más allá: la voluntad de acrecentar el patrimonio inicial del hombre. De este querer, así patentizado y hecho notorio, se desprenden el consentimiento y el aporte, elementos éstos que echó de menos el señor Juez **a quo** con el mero análisis de la prueba testimonial de la parte demandante. Ningunos más calificados que los mismos cónyuges, tomada esta palabra no simplemente en el sentido de personas unidas legítimamente en matrimonio, sino en uno más lato y extenso, para dar fe de sus propias intenciones y hechos, con tanto mayor razón cuanto, se insiste, que así lo efectuaron en documento cuyo fin era y es esencialmente probatorio". La sentencia clausura este análisis de la prueba expresando que la confesión extrajudicial contenida en las declaraciones conjuntas de renta y patrimonio de los señores Giraldo y Toro y la circunstancia de presentarse en ellas y ante el público como ligados por un contrato de matrimonio que confiere derechos e impone obligaciones y del cual se derivan también beneficios patrimoniales, son elementos que prueban de manera plena que "entre tales individuos existió una verdadera sociedad de hecho y que ella debe liquidarse por el fallecimiento de Jesús Antonio Giraldo Barco".

El fallo considera luego el punto relativo a la legitimación en causa de las partes. Da por admitida la doctrina de la Corte, expuesta en casación de 19 de agosto de 1954 (LXXVIII, 2145, 351 — LXXXVII, 2194, 661), sobre que la legitimación en causa es un elemento estructural de la acción y distinta de la legitimación procesal, y dice que la

demandante Toro está legitimada en esta causa por aparecer establecida la sociedad de hecho y por haberse ésta disuelto debido a la muerte del señor Giraldo Barco. Afirma que la demanda se dirigió contra la señora Julia Barco viuda de Giraldo como heredera del causante Giraldo en su calidad de madre legítima de éste; que dicha señora aceptó este carácter al conferir poder a su abogado y al dar respuesta a la demanda; que al juicio se trajeron tanto la partida de bautismo de Giraldo Barco, en que consta ser hijo de la señora Barco, como el acta de la diligencia de inventario y avalúo de bienes practicada en la sucesión del mismo difunto Giraldo, el auto que aprobó esa diligencia, la sentencia aprobatoria de la partición de bienes y el auto por el cual se la declaró ejecutoriada; que, aunque estas pruebas no están completas, sí son suficientes para "proclamar que para este caso concreto y en este juicio, Julia Barco v. de Giraldo, demandada, obra legítimamente como heredera de Jesús Antonio Giraldo Barco". La sentencia concluye diciendo que las excepciones propuestas no pueden prosperar porque la acción está comprobada y porque ellas vienen encaminadas a contradecir dicha acción.

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo de segundo grado se alzó en casación la parte demandada, y, con base en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, formula quince motivos contra dicha sentencia, unos por violación directa y otros por infracción indirecta de varios preceptos del C. Civil y del C. de Comercio. Estos motivos serán examinados, no en el orden en que vienen expuestos, sino atendiendo a su jerarquía y agrupando los que se refieren a puntos similares.

Primer Cargo

1)— En los motivos señalados con los ordinales quinto-bis, séptimo y décimo de la demanda de casación, el recurrente acusa la sentencia por violación directa del artículo 2083 del C. Civil proveniente de aplicación indebida. Afirma en primer lugar que, según doctrina constante de la Corte, la sociedad de hecho requiere, para serlo de veras, los mismos elementos esenciales de las compañías regulares; que esos elementos son tres, a saber: convenio de lucro común, aporte y affectio societatis; que esto lo reconoce la doctrina universal, nuestra jurisprudencia y la ley; que no obstante esta circunstancia, el fallo reposa sobre la afirmación de que la señora Toro sólo ayudó al señor Giraldo en sus negocios; que "en la sociedad de hecho no hay ayuda en negocio ajeno, sino aporte en negocio común, que es cosa distinta"; que en la ayuda al prójimo sólo existe el negocio particular del favorecido con esa colaboración, mientras que en la sociedad de hecho no hay tal ayuda, sino aporte social. Agrega que en toda sociedad, así regular como de hecho, debe existir el **animus contrahendi societatis**, la relación jurídica de igualdad entre los socios, negocio común, aporte en cualquiera de sus formas y participación en los riesgos, y que el Tribunal, al admitir la existencia de la sociedad de hecho, partiendo de la base de que la Toro sólo ayudó a Giraldo en sus negocios, violó por aplicación indebida el artículo 2083 del C. Civil, toda vez que este precepto exige el aporte y los demás elementos esenciales nombrados para dar por constituída dicha sociedad. Según esto, el sentenciador incurrió en un "error de derecho sustantivo consistente en confundir el trabajo en negocio ajeno con trabajo en negocio social, lo que llevó a la aplicación indebida del artículo 2083 y concordantes".

En otra parte (motivo quinto-bis) sostiene el impugnante que, también según doctrina constante de la Corte, la sociedad de hecho "no constituye una sociedad jurídica", sino que es una simple comunidad o condominio; que, siendo esto así, tal sociedad no se liquida como la regular, esto es, conforme a las reglas de la partición de bienes herenciales (C. C., 2141), sino de acuerdo con las normas de la división de comunidades (C. de Co., 475), con la advertencia de que en tal evento el liquidador no es mandatario de la sociedad, sino de los socios. Afirma en seguida que, por haberse dispuesto liquidar la sociedad de hecho como una comunidad hereditaria, se violó por aplicación indebida el artículo 2083 del C. Civil, que sólo confiere a los socios el derecho de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubieren aportado, y añade que la sentencia quebranta también por la misma causa el artículo 2141 **ibidem**, por aplicación indebida, y el 475 del C. de Comercio por falta de aplicación.

En el motivo décimo se repite que el fallo infringió el citado artículo 2083 por aplicación indebida, consistente en darse por formada y esta-

blecida una sociedad de hecho entre los señores Giraldo y Toro cuando allí mismo se expresa que la señora Toro "contribuyó con su trabajo a la formación y aumento del patrimonio del concubino", lo que no es suficiente para constituír una tal sociedad.

Sobre este cargo considera la Corte:

A)— El artículo 2079 del C. Civil dispone que "la sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación". Este precepto señala los elementos específicos del contrato de sociedad, que en general son: el concurso de dos o más personas, el aporte de cada una de éstas, un fondo común, un objeto social, la participación en las ganancias y pérdidas y la **affectio societatis** o ánimo de formar una sociedad y de colaborar activamente en el desarrollo de sus actividades. Además de estos factores la sociedad debe reunir también los elementos que son comunes a todo acto jurídico, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Todos estos elementos esenciales, específicos unos, genéricos los otros, constituyen la estructura interna de la sociedad y son indispensables para la formación y validez de este contrato.

No obstante esto, la ley prevé el caso de que llegue a funcionar una sociedad con alguno de sus factores esenciales afectado por un vicio. En ese supuesto la sociedad está afectada de invalidez, pero funciona de hecho, con apariencia de tal sociedad, y la ley la toma en cuenta para ciertos efectos que se relacionan con los propios socios y con terceros. A estas sociedades que adolecen de un vicio interno o de fondo y que, no obstante esto, funcionan de hecho, se refieren precisamente los artículos 2083 y 2084 del C. Civil, el primero de los cuales dispone que, "si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubiere aportado". El segundo precepto consagra el principio de que la nulidad del contrato de compañía no perjudica a los terceros de buena fe que hubieren entrado en relaciones con esa sociedad de hecho.

Y aun más: las sociedades mercantiles, la anónima civil y la de responsabilidad limitada están sujetas a ciertas formalidades cuya inobservancia produce la nulidad absoluta de tales compañías. A estas sociedades nulas por vicios externos o de forma también las llama la ley sociedades de hecho (C. de Co., 476 y 477) y les reconoce existencia para efectos relacionados con los socios y con terceros. En casación de 10 de marzo de 1936 expresó la Corte que las sociedades solemnes pueden ser afectadas de nulidad por vicios internos o de fondo y vicios externos o de forma (XLIII, 1909-1910, 561).

Así, pues, una sociedad puede ser nula y funcionar de hecho, bien por un vicio interno o de fondo, ora por un defecto externo o de forma. Para distinguir el vicio algunos doctrinantes han propuesto llamar sociedad de hecho a la que adolece de un defecto de fondo y sociedad irregular a la que está afectada de un vicio de forma. A estas sociedades afectadas de uno u otro vicio las denomina la ley sociedades de hecho y les reconoce algunos efectos, porque, habiendo funcionado de hecho, con la apariencia de sociedades perfectas, y realizado operaciones con terceros, no es posible desconocer estos hechos cumplidos ni obtener su reversión al **statu quo ante.**

A propósito de las sociedades de hecho no es inútil recordar en esta sazón que desde 1935 la Corte ha venido exponiendo algunas doctrinas que bien pueden servir de base para elaborar una teoría sobre esas sociedades. En casación de 30 de noviembre de 1935 la Corte reconoció de manera enfática la existencia de las sociedades de hecho y expresó que ellas pueden tener origen ya en un consentimiento expreso, bien "en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito". (XLII, 1901-1902, 479). Anteriormente la Corte le había dado a la sociedad de hecho el tratamiento de una simple comunidad. La doctrina expuesta en 1935 ha sido reiterada en otras ocasiones posteriores. (LXII, 2048-2049, 347.- LXXVIII, 2145, 255.- LXXXI, 2159, 461.- LXXXVII, 2194, 499).

En casación de 10 de marzo de 1936 (XLIII, 1909-1910, 561) y de modo más categórico en la

de 28 de mayo de 1956 (LXXXII, 2167, 591), la Corte asentó la doctrina de que la nulidad absoluta que, por un vicio externo o de forma, afecta a una sociedad, no produce efecto retroactivo (ex-tunc), sino que sólo obra para el futuro (ex nunc) y a manera de disolución de la compañía de hecho. Por las mismas razones que la sustentan y de acuerdo con el sistema consagrado por los artículos 2083 y 2084 del C. Civil, esta doctrina es también extensiva y aplicable a las sociedades de hecho por un vicio interno o de fondo. La nulidad que afecta a una sociedad, bien por vicio de fondo, ya por vicio de forma, no produce en realidad efecto retroactivo, porque tal efecto es contrario a los intereses de terceros y a la naturaleza de la propia sociedad como contrato de ejecución sucesiva. Esa nulidad no causa sino la disolución de la compañía de hecho y por ello la doctrina la distingue con el nombre de nulidad-disolución.

B)— Arguye el recurrente que la sentencia viola, por aplicación indebida, el artículo 2083 del C. Civil por concluír que hubo una sociedad de hecho entre los señores Giraldo y Toro, con aporte y consentimiento recíprocos, cuando fue una simple ayuda lo que la señora Toro le dispensó al señor Giraldo. En sustancia, el cargo se funda en el defecto de aporte de la demandante y de animus societatis en uno y otro señores y en que por lo mismo no pudo existir la sociedad que el fallo reconoce.

El Tribunal examinó la prueba testimonial aducida para demostrar el trabajo realizado por la señora Toro en varias actividades y negocios; estudió también las manifestaciones hechas primero por Giraldo y más tarde por ambos concubinos en sus declaraciones de renta y patrimonio, les asignó a esas manifestaciones el carácter de confesión extrajudicial, le atribuyó a esta confesión el mérito de plena prueba y concluyó luego que todo ello constituye "la mejor prueba de que la voluntad de ellos (Giraldo y Toro) no quedó limitada y restringida a una simple unión de cuerpos, sino que fue más allá: la voluntad de acrecentar el patrimonio inicial del hombre. De este querer, así patentizado y hecho notorio, se desprenden el consentimiento y el aporte, elementos éstos que echó de menos el señor Juez a quo con el mero análisis de la prueba testimonial de la parte demandante". Pocas líneas adelante añade la sentencia que las pruebas mencionadas dejan "establecido como verdad legal que entre tales individuos existió una verdadera sociedad de hecho".

De estos y otros pasos del fallo se desprende que para el Tribunal la sociedad de hecho que halló establecida entre los señores Giraldo y Toro reune en sí todos los elementos específicos que estructuran ese fenómeno jurídico, entre ellos el aporte común, el consentimiento y el ánimo de asociarse, consistente el aporte de la Toro en su trabajo y colaboración activa en varios negocios. De acuerdo con este concepto, a esa sociedad de hecho no le haría falta ninguno de sus elementos esenciales internos. Su irregularidad no consiste, a juicio del fallador, sino en la carencia de formalidades o en vicios externos por tratarse de una sociedad comercial. Por donde se infiere que la sentencia no quebranta el artículo 2083 del C. Civil, desde luego que la compañía formada entre Giraldo y la señora Toro reunió todos sus elementos esenciales incluso el ánimo de asociarse y el aporte en trabajo de dicha señora, y que por consiguiente no le es aplicable, ni le fue indebidamente aplicado el precepto positivo citado.

Sostiene también el recurrente que la sentencia infringe, por aplicación indebida, el mismo artículo 2083 por disponer la liquidación de la sociedad de hecho entre Giraldo y la Toro en la forma como se liquida una sociedad regular y no del modo como se dividen las comunidades singulares. Agrega que por la misma razón el fallo quebranta, también por aplicación indebida, el artículo 2141 del C. Civil, y el 475 del C. de Comercio por falta de aplicación.

La sentencia ordena liquidar la sociedad de hecho y dispone en realidad que la "liquidación, previas las deducciones correspondientes, se verificará según las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios. (Artículo 2141, C. C.)".

El citado artículo 2083 prescribe que en la sociedad que se forma de hecho —la cual no puede subsistir legalmente por el vicio que la afecta— cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubiere aportado. El artículo 2141 ibidem dispone que, disuelta la sociedad, se procederá a la división de los objetos que componen su haber y que en esa división se aplicarán las reglas de la partición de los bienes herenciales. El artículo 475 del C. de Comercio estatuye que, "declarada la nulidad, pendiente aún la sociedad de hecho, los socios procederán a la liquidación de las operacio-

nes anteriores, sujetándose a las reglas del cuasicontrato de comunidad". Este último precepto ordena aplicar a la liquidación de una sociedad de hecho las reglas de la comunidad singular, pero sólo cuando se decreta judicialmente la nulidad de esa compañía y no cuando ella se disuelve por cualquier otra causa legal.

En el presente caso la sociedad de hecho se disolvió, no por causa de una declaración de nulidad, sino por motivo de la muerte del socio Giraldo Barco, y en consecuencia no procedía ordenar su liquidación por el sistema de la comunidad singular, sino por la vía de la comunidad herencial, como se dispone en la sentencia. De lo cual resulta que el Tribunal no violó por aplicación indebida el artículo 2141 del C. Civil, sino que por el contrario aplicó correctamente este precepto. Por la misma razón tampoco infringió el sentenciador los artículos 2083 del C. Civil y 475 del C. de Comercio porque no los aplicó ni eran aplicables.

Cabe recordar además para la mejor inteligencia de estos dos últimos preceptos que en ellos se alude a la "liquidación de las operaciones anteriores" y que el trabajo de liquidar una compañía, cualquiera que ésta sea, es un acto complejo que, por lo regular, comprende tres operaciones primordiales, consistentes en la realización del activo, en la cancelación del pasivo y en la participación del haber líquido restante. Las "operaciones anteriores" de que habla la ley están comprendidas precisamente dentro de las dos primeras que constituyen la parte inicial de la liquidación de toda sociedad. La partición, que es el postrer acto de esa labor, se efectúa de acuerdo con las normas que regulan la división de la comunidad. De suerte que no es extraño que el artículo 475 del C. de Comercio ordene aplicar las reglas del cuasicontrato de comunidad a la liquidación de una sociedad de hecho disuelta por nulidad, y menos cuando se considera que el artículo 2335 del C. Civil dispone observar, en lo no previsto para la división de una comunidad singular, las normas de la partición de la herencia.

Estas consideraciones demuestran que este cargo carece de fundamento.

Segundo Cargo

2)— En el primer motivo se acusa la sentencia de violar en forma directa el artículo 2082 del C. Civil, por falta de aplicación, y se sustenta el cargo diciendo que la circunstancia de disponer el ingreso en la sociedad de hecho y la partición por mitad de todos los bienes adquiridos por Giraldo Barco desde el mes de abril de 1950 hasta el día de su fallecimiento, implica la admisión de una sociedad universal de ganancias contra la prohibición de constituír una compañía de esta clase establecida por el precepto legal citado.

Se considera:

En el fallo se admite la existencia de una sociedad de hecho entre Giraldo y la Toro, se dispone liquidarla por haberse disuelto a causa de la muerte del primero y se ordena dividir por partes iguales, previas las deducciones correspondientes al pasivo, "aquellos bienes que separada o conjuntamente hayan adquirido quienes formaron tal sociedad de hecho a partir del mes de abril de mil novecientos cincuenta y hasta su disolución. Los adquiridos por cada una de tales personas con antelación a tal mes, formarán su patrimonio exclusivamente propio que no entrará a engrosar o aumentar el social o común o partible".

La sociedad cuya finalidad consiste en lucros, utilidades o ganancias a título universal (**omnium quae ex quaestu veniunt**) sería aquella en que las partes conciertan poner en común todo el patrimonio futuro que, conjunta o separadamente, lleguen a adquirir a título oneroso en cualquier género de actividades durante la existencia de la compañía. En algunas partes se permite esta sociedad a título universal y aun se ha llegado a admitir que ella puede formarse de hecho entre personas que, llevando vida concubinaria, se consagran a trabajar en provecho recíproco. El artículo 2082 del C. Civil prohibe la constitución de esta clase de sociedad, salvo entre cónyuges. La conyugal es la única sociedad de ganancias a título universal que nuestra ley autoriza, porque los cónyuges, al unirse en matrimonio, ponen en común su trabajo, sus actividades y esfuerzos en beneficio mutuo. Cada cónyuge trabaja y adquiere, no para sí solo, sino también para su consorte.

La sentencia, como se ha visto, no señala con la precisión que fuera de desearse los bienes que constituyen el objeto de la distribución entre la señora Toro y la mortuoria del señor Giraldo. Esta circunstancia no es, sin embargo, suficiente para acusarla de reconocer una sociedad universal de ganancias, y ello por estas tres razones: primera, porque allí mismo se hace la salvedad de que

no ingresan en la masa social partible los bienes adquiridos por Giraldo y la Toro antes de la iniciación de su compañía de hecho; segunda, porque en la súplica tercera de la demanda incoada de esta litis se solicitó la declaración de que los bienes allí especificados integran el patrimonio de la sociedad mencionada, lo que circunscribe ese patrimonio y su liquidación a esos mismos bienes y excluye cualquier supuesta universalidad, y tercera, porque la decisión de partir tales bienes en la forma expresada se sustenta en la comprobación de que todos ellos fueron el fruto de las actividades y negocios en que ambos señores colaboraron activamente. El fallo no expresa en parte alguna que Giraldo y la Toro hubieran aportado a la sociedad toda su capacidad adquisitiva; pero en cambio sí analiza las pruebas demostrativas de que trabajaron en común en varios negocios y de que éstos les produjeron la renta y el patrimonio que más tarde denunciaron en forma conjunta como fingidos cónyuges. Este examen probatorio llevó al fallador la convicción de que los bienes adquiridos por Giraldo y la Toro, desde el mes de abril de 1950 hasta el deceso del primero, forman el haber social partible y de ahí que en la sentencia se ordene la división por mitad de esos mismos bienes, previas las deducciones correspondientes al pasivo. Esta decisión no entraña el reconocimiento de ninguna sociedad universal de ganancias ni por tanto quebranta la prohibición legal de constituír una compañía de esta índole.

El cargo no prospera.

Tercer Cargo

3)— En los motivos segundo, sexto y décimocuarto se ataca la sentencia por violación directa de los artículos 180, 1830 y 2095 del C. Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, derivada de aplicación indebida.

Afirma el recurrente que el Tribunal, al ponderar la prueba testimonial que alude a la vida en común de los señores Giraldo y Toro y a la creencia surgida en el público de que esos mismos señores eran casados, admitió la posesión notoria del estado de matrimonio no obstante que ese concubinato sólo duró seis años, y que como consecuencia de este error colectivo o común el sentenciador aceptó también haberse formado una sociedad conyugal aparente entre los concubinos dichos y dispuso liquidar tal sociedad por partes iguales, todo lo cual constituye una aplicación indebida y el quebranto consiguiente de las normas positivas citadas. Agrega que al ordenarse partir la compañía de hecho como si se tratara de una sociedad conyugal, se aplicó indebidamente y se infringió el artículo 1830 del C. Civil, y que también se violó el artículo 2095 ibidem por haberlo aplicado sin que se presentase el caso de necesidad que esta misma norma prevé.

Considera la Corte:

En la sentencia se tienen en cuenta así los testimonios aducidos como las declaraciones de renta y patrimonio presentadas primero por el solo señor Giraldo Barco y más tarde (años de 1954 y 1955), en forma conjunta, por este mismo señor y por la demandante Toro. Según ese fallo, la prueba testifical acredita que en el caserío de Timba los señores Giraldo y Toro vivían juntos y pasaban ante el público como casados, lo cual se confirma con las declaraciones de renta en que ambos se hacían figurar como cónyuges. Con respaldo en estas probanzas sostiene el Tribunal, entre otros argumentos, que la circunstancia de presentarse aquellos señores como ligados por un contrato que otorga derechos, impone obligaciones y engendra beneficios de índole patrimonial, es suficiente a demostrar que entre ellos "existió una verdadera sociedad de hecho y que ella debe liquidarse por el fallecimiento de Jesús Antonio Giraldo Barco". Esta liquidación ha de hacerse por partes iguales entre la señora Toro y la sucesión de Giraldo, previas las deducciones correspondientes al pasivo, todo conforme a lo prescrito por el artículo 1830 del C. Civil.

El Tribunal juzgó establecida la existencia de una sociedad de hecho entre Giraldo y la Toro, pero no la de una sociedad conyugal aparente o de hecho. La sociedad conyugal no es un contrato, sino una institución de orden público y de carácter accesorio, porque se forma por el hecho del matrimonio y no puede subsistir sin él. La sociedad, regular o de hecho, sí es un contrato, a veces implícito, y presenta modalidades que la distinguen de la sociedad conyugal. Entre concubinos no puede haber sociedad conyugal, pero sí es posible que se forme una compañía de índole convencional cuando la pactan de modo expreso o cuando ambos trabajan y colaboran en una empresa o ne-

gocio común, independiente de sus relaciones concubinarias. Así lo observó ya la Corte en casación de siete de mayo de 1947: "Sobra advertir que la posibilidad de que exista una compañía o sociedad en el hecho o por los hechos dentro de un concubinato, no da base a pensar, porque sería jurídica y moralmente imposible, en una sociedad conyugal de hecho, como parece darlo a entender el recurrente cuando aduce en abono de sus tesis la marcada analogía del caso con lo que acontece entre cónyuges. La sociedad conyugal no se origina en el consentimiento particular; se forma fuera de la zona contractual del derecho privado, dentro de la institución familiar que corresponde al orden público, como una consecuencia legal del matrimonio, que es su fuente y su antecedente ineludible" (LXII, 2048 - 2049, 348).

La sentencia no contiene ningún concepto ni aserción, directa ni indirecta, expresa ni tácita, sobre la posesión notoria del estado de matrimonio entre Giraldo y la Toro ni sobre la formación de una sociedad conyugal de hecho. Lo que el fallador sostiene, con fundamento en las pruebas, es que las circunstancias de comportarse y hacerse pasar Giraldo y la Toro como casados, de denunciar rentas y patrimonio comunes y de haber explotado varios negocios en colaboración recíproca, constituyen una demostración suficiente de que entre ellos se formó de hecho o por los hechos, no una sociedad conyugal, sino una compañía de carácter contractual. Esta conclusión no entraña el reconocimiento de un matrimonio aparente ni la existencia de ninguna sociedad conyugal de hecho y por tanto no hubo violación de los artículos 180 del C. Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, porque no se los aplicó ni era del caso aplicarlos.

Acerca de los motivos sobre infracción de los artículos 1830 y 2095 del C. Civil por disponer la sentencia la partición de los bienes en dos porciones iguales como si se tratase de una sociedad conyugal, ocurre ser verdad que en la parte considerativa del mismo fallo se cita entre paréntesis el primero de estos preceptos como para dar a entender que él constituye el fundamento legal de esa división igualitaria. Está dicho que entre concubinos no puede existir una sociedad conyugal, pero que sí es posible la formación por pacto expreso o tácito de una compañía de otra índole. La liquidación de esta sociedad contractual o formada de hecho o por los hechos, está sujeta a los preceptos comunes, salvo cuando se anula la compañía por un vicio de fondo o de forma. Entre esos preceptos figuran los artículos 2092, 2094 y 2095 del C. Civil. La primera de estas normas dispone que los socios pueden acordar el modo de dividir las ganancias y pérdidas. El artículo 2094 prescribe que, a falta de estipulación, los beneficios deben distribuírse a prorrata de los aportes y las pérdidas a prorrata de la división de beneficios. Y el artículo 2095 establece que cuando uno de los socios sólo contribuye con su industria, servicio o trabajo y no hay estipulación sobre su cuota de beneficios, corresponde al juez señalar esta cuota, en caso necesario. El señalamiento de tal cuota es asunto que la ley difiere en este último caso a la facultad discrecional del juzgador, quien ha de tener en cuenta todos los factores que lo induzcan a tomar una decisión equitativa, tales como la importancia del aporte en industria o trabajo, la eficacia de la colaboración prestada por el socio industrial y la prosperidad de la empresa o negocio común.

En el presente caso el Tribunal ordenó demediar los bienes de la sociedad de hecho entre la sucesión de Giraldo y la señora Toro con fundamento en el artículo 1830 del C. Civil, que se refiere y es sólo aplicable a la sociedad conyugal. No hay duda de que en realidad se aplicó indebidamente este precepto a la liquidación de una compañía de hecho que por varios aspectos difiere de una sociedad conyugal, pero este error no tiene aquí trascendencia alguna, como para determinar la infirmación del fallo, porque el sentenciador bien pudo tomar aquella decisión en el ejercicio del poder discrecional que le confiere el artículo 2095 **ibidem,** máxime cuando ella se funda en el hecho de que el aporte de los socios consistió, no en bienes, sino en su trabajo personal y en la cooperación activa que ambos tuvieron en varios negocios comunes.

El cargo se rechaza por infundado.

Cuarto Cargo

4)— En el motivo noveno el recurrente acusa la sentencia por "violación directa de los artículos 8º de la Ley 153 de 1887, en relación con el 3º de la Ley 28 de 1932, por falta de aplicación". En desarrollo de este cargo dice el mismo impugnante:

"No hay ley que prohiba a los concubinos tener entre sí una sociedad de hecho relativa a in-

muebles, prohibición que sí existe respecto a los cónyuges. Indiscutiblemente entre los amancebados existe una sociedad conyugal de hecho, privada de todo valor legal, es cierto, pero cuya existencia no puede desconocerse, pues una cosa es la validez (mundo axiológico) y otra la existencia (mundo fáctico).

"Si, además, entre los concubinos existe una sociedad de hecho, sería absurdo que esta sociedad pudiera girar sobre negocios jurídicos prohibidos a los cónyuges, como si en Colombia el amancebamiento tuviera más protección que el matrimonio, pues lo prohibido a los cónyuges se permite en la barraganía.

"Para resolver este vacío debe acudirse a la analogía por mandato del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que fue violado directamente al no haber sido aplicado en este pleito, al no tener en cuenta la prohibición de contratos relativos a inmuebles, entre cónyuges, contenida en el artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

'Por consiguiente, la pretendida sociedad de hecho entre Giraldo y la Toro podría subsistir en todo, menos en lo relativo a los inmuebles.

"Es iluso pensar que pueda ordenarse una partición de los inmuebles adquiridos por Giraldo, so pretexto de que ellos pertenecían a una sociedad de hecho con su concubina. Esto no hubiera podido lograrlo la Toro si fuera mujer legítima del señor Giraldo".

Considera la Corte:

El artículo 180 del C. Civil dispone que por el hecho del matrimonio se forma una sociedad de bienes entre los cónyuges. Ya se ha recordado que esta sociedad conyugal se forma a título universal, que es una institución de orden público que sólo puede formarse entre quienes están unidos por el vínculo del connubio y cuyo patrimonio se halla por lo regular constituído por todos los bienes, muebles e inmuebles, que los cónyuges adquieren a título oneroso durante la existencia de la misma sociedad.

El artículo 3º de la Ley 28 de 1932 prescribe que "son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial". De este modo la ley prohibe los contratos sobre inmuebles entre cónyuges, en el propio beneficio de éstos y en salvaguardia de los intereses de terceros.

Entre concubinos no se forma sociedad conyugal, pero sí puede constituírse una compañía de carácter lucrativo, civil o comercial, regular o de hecho, y celebrarse toda clase de contratos, porque ellos no están unidos por un vínculo legalmente incompatible con esas convenciones y porque, como personas jurídicamente independientes, gozan de libertad para concertar esos mismos contratos sobre cualquier clase de bienes, raíces o muebles. La nulidad consagrada por el transcrito artículo 3º de la Ley 28 de 1932 no es aplicable por analogía a los contratos celebrados entre concubinos, primero por ser una sanción de carácter estricto y segundo porque éstos no se hallan ligados por ningún vínculo que la ley considere inconciliable con dichas convenciones.

El Tribunal admitió la existencia de una sociedad de hecho entre los señores Giraldo y Toro, no de carácter conyugal, sino de orden contractual, y concerniente a los bienes, muebles e inmuebles, adquiridos por dichos señores durante todo el tiempo comprendido entre el mes de abril de 1950 y el día del fallecimiento del nombrado Giraldo. Con esta decisión no se quebrantaron, por falta de aplicación los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 3º de la Ley 28 de 1932, porque la nulidad que este último precepto consagra no es aplicable por analogía a los contratos entre concubinos.

El cargo es infundado.

Quinto Cargo

5)— Otra de las acusaciones formuladas contra la sentencia es la de violación indirecta, por aplicación indebida, del artículo 2083 del C. Civil, proveniente del error de derecho que consiste "en considerar las declaraciones de renta de Giraldo Barco de 1950 a 1955, especialmente las de 1954 y 1955, como confesión extrajudicial de sociedad de hecho con su concubina, por haberla denunciado como cónyuge". El impugnante señala como disposiciones probatorias infringidas los artículos 604 y 608 del C. Judicial, por cuanto una declaración de renta jamás demuestra la existencia de una

compañía de hecho, sino sólo la de una sociedad conyugal, y ello para fines simplemente fiscales.

En desarrollo de este cargo expresa la demanda de casación que la sociedad de hecho es una comunidad y que no tiene la naturaleza de contrato, según el contexto del artículo 2083 del C. Civil, en tanto que la sociedad conyugal sí es una convención, y que esta sociedad se forma a título universal mientras que no puede existir ninguna otra compañía al mismo título. "Por esto hay error de derecho —añade el recurrente— en la estimación de la confesión extrajudicial de las declaraciones de renta al considerarlas como idóneas para acreditar una sociedad de hecho entre concubinos cuando sólo sirven apenas para demostrar la existencia de una sociedad conyugal, simplemente aparente para fines fiscales, del declarante, señor Giraldo Barco, con su manceba o barragana, señora Toro. En otros términos, la declaración de renta prueba la sociedad conyugal cuando se incluye el nombre del otro cónyuge, pero es error de derecho tener tal documento como prueba de una sociedad de hecho".

Considera la Corte:

La conclusión del sentenciador de que entre los señores Giraldo y Toro existió una sociedad de hecho, se sustenta en dos clases de pruebas, una testimonial y otra de confesión extrajudicial. En el fallo se analizan los testimonios de los declarantes traídos por la parte actora y se infiere de ellos que la señora Toro colaboró activamente en los negocios de Giraldo y que entre estos señores existió un "consentimiento o acuerdo mutuo para trabajar en común; para acrecentar un capital". Se estudian luego tanto las declaraciones de renta y patrimonio de Giraldo durante los años de 1950 a 1953, en las cuales éste se hizo figurar como casado con Clementina o Clemencia Toro, así como las declaraciones conjuntas de renta de los mismos Giraldo y Toro en los años de 1954 a 1955, en donde ambos, diciéndose casados, hicieron denuncia mancomunada de sus rentas y patrimonio. El fallador, con respaldo en los artículos 604 y 608 del C. Judicial, les atribuyó a estas declaraciones de renta la calidad de confesión extrajudicial y el valor de plena prueba sobre que entre aquellos señores se formó y existió una sociedad de hecho.

El impugnante sostiene que las sobredichas declaraciones de renta comprueban la existencia de una sociedad conyugal, pero no la de una compañía de hecho, y que por consiguiente el sentenciador incurrió en un error de derecho al apreciar tales declaraciones como una confesión extrajudicial con mérito de prueba plena de la existencia de la sociedad de hecho entre Giraldo y la Toro.

Se repite que la sociedad conyugal no es un contrato, sino una institución de carácter legal y accesorio que se forma por el hecho del matrimonio. No existiendo éste, tampoco puede formarse dicha sociedad conyugal, y sólo mediante la prueba pertinente del casamiento se acredita la existencia de tal sociedad. Una declaración de renta y patrimonio no es prueba adecuada para demostrar la celebración de un matrimonio ni la consiguiente formación de una sociedad conyugal. En cambio, esa misma declaración de renta, en que el denunciante, haciéndose pasar como casado con determinada persona, o en que, en asocio de ésta, presenta sus rentas, sí revela de modo muy convincente que entre el mismo declarante y su presunta cónyuge existen un patrimonio común y actividades paralelas y conjuntas que les proporcionan esas rentas.

Si se considera que, según el artículo 604 del C. Judicial, es confesión la manifestación que hace una persona de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por otra y que tal confesión reviste carácter extrajudicial cuando consta en un documento cualquiera, y si se estima también que, conforme al artículo 608 **ibidem** la confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta, pero puede llegar a tener plena fuerza demostrativa, según las circunstancias y a juicio del juez, cuando no hay duda acerca de la confesión misma, no es posible negar que una manifestación de aquella índole, consignada en una declaración de renta y patrimonio, puede constituír una confesión extraprocesal. En esta litis el fallador juzgó que las declaraciones de renta de Jesús Antonio Giraldo, en que se hacía figurar como casado con Clementina Toro, y luego las de estos mismos señores, hechas en conjunto y también como casados entre sí, tienen la calidad de confesión extrajudicial con valor de plena prueba acerca de que entre dichos señores existió, no una sociedad conyugal, sino una compañía de hecho o formada por los hechos. Como, según doctrina constante de la Corte, el sentenciador de mérito goza de la autonomía que le otorga el artículo 608, citado, para

ponderar la fuerza demostrativa de la confesión extrajudicial (Cas., abril 24 de 1953 - LXXIV, 2127, 705), no se ve que el Tribunal haya incurrido en error de derecho al apreciar las referidas declaraciones de renta como prueba plena de la existencia de una sociedad de hecho entre Giraldo y la Toro, y tanto menos cuanto que el poder de convicción de esos elementos de juicio tiene en la sentencia el respaldo confirmativo de la prueba testifical. No hubo, pues, infracción de los artículos 604 y 608 del C. Judicial y menos del 2083 del C. Civil, por el aspecto alegado, y en consecuencia el cargo carece de fundamento.

Sexto Cargo

6)— En los motivos tercero y cuarto de la demanda de casación se ataca la sentencia por "violación indirecta del artículo 1155 del C. C. como consecuencia del error de hecho manifiesto consistente en dar por acreditada la vocación hereditaria de la señora Julia Barco viuda de Giraldo, sin prueba alguna".

Para sustentar este cargo afirma el recurrente que, según la Corte, la calidad de heredero depende de la vocación hereditaria y de la aceptación de la herencia: que la primera puede acreditarse con las partidas del estado civil o con el auto de reconocimiento judicial: que a este litigio no se trajo dicho auto, aunque sí se allegaron la partida de nacimiento de Jesús Antonio Giraldo Barco, en que éste aparece ser hijo legítimo de la señora Julia Barco, el acta de inventario y avalúo de los bienes de aquél y la sentencia aprobatoria de la partición de esos bienes, en la cual figura la señora Barco como interesada única; que con estos elementos el Tribunal dio por existente un hecho que no existe, como es la calidad de heredera de la misma señora Barco, y que este manifiesto error de hecho lo condujo a quebrantar el artículo 1155 del C. Civil.

Se considera:

La señora Julia Barco fue demandada en este juicio en su condición de heredera única de Jesús Antonio Giraldo Barco: dicha señora contestó la demanda y en su respuesta admitió ser la madre legítima del citado Giraldo y haber sido reconocida en la mortuoria de éste como heredera única del mismo causante. Además, a este negocio se allegaron estas pruebas: la partida de nacimiento del nombrado Giraldo Barco, en que aparece ser hijo legítimo de Jesús Antonio Giraldo y Julia Barco; la partida de defunción de aquél, y copia del acta de la diligencia de inventario y avalúo de los bienes de la sucesión del mismo Giraldo Barco, de la sentencia aprobatoria de la partición y del auto por el cual se la declaró ejecutoriada, piezas éstas en las cuales figura la señora Barco como heredera o interesada única en dicha mortuoria.

La manifestación de la propia demandada y los documentos antes expresados demuestran que el sentenciador no dio por existente un medio probatorio que no figura en el proceso y que por tanto no incurrió en un error manifiesto de hecho al considerar establecida la calidad de heredera de Jesús Antonio Giraldo que la parte actora le atribuye a la señora Barco. Otra cosa bien diferente es que la sentencia aprecie las piezas sobredichas como prueba idónea de esa misma condición de heredera de la señora Barco, pero este punto no es materia de este cargo, sino del siguiente, relativo a un error de valoración de los mismos documentos. Por lo pronto basta con decir que no aparece demostrado el error manifiesto de hecho y que por lo mismo este cargo es infundado.

Séptimo cargo

7)— En los motivos quinto y undécimo se ataca el fallo por violación indirecta del mismo artículo 1155 del C. Civil a causa del error de derecho cometido en la apreciación de las pruebas que se aportaron para establecer la calidad de heredera y la legitimación en causa de la demandada Julia Barco viuda de Giraldo. Como preceptos de orden probatorio violados se señalan los artículos 347 y 1760 del C. Civil, 935 del C. Judicial, 22 de la Ley 57 de 1887 y 18 de la Ley 92 de 1938.

El recurrente desarrolla este cargo diciendo que la condición de heredero se comprueba con las respectivas partidas del estado civil o con el auto sobre reconocimiento de esa calidad; que estas pruebas no pueden suplirse por otras, tales como la sentencia de partición y el acta de la diligencia de inventario, "so pretexto de que son pruebas implícitas y enérgicas"; que el Tribunal incurrió en un error de derecho al admitir estos últimos elementos como demostración de la calidad de heredera y de la legitimación en causa de la señora

Barco y quebrantó por ello los artículos 22 de la Ley 87 (sic) de 1887 y 18 de la Ley 92 de 1938; que "también violó el artículo 1760 del C. Civil, por falta de aplicación, ya que dio a los inventarios y sentencia de partición de un juicio mortuorio eficacia para probar un hecho solemne, como es la vocación hereditaria, por un medio distinto del consagrado por la ley, según los artículos 347 del C. C. y 935 del C. J. La violación de estas normas sobre pruebas llevó al Tribunal a considerar como representante de la sucesión de Jesús Antonio Giraldo a la señora Julia Barco de Giraldo, aplicando por tanto indebidamente el artículo 1155 del C. C., no estando acreditada tal representación herencial".

La Corte considera:

Está ya dicho que este litigio se propuso contra la señora Julia Barco viuda de Giraldo en su condición de heredera universal y única de Jesús Antonio Giraldo Barco. También se indicaron las pruebas aducidas para demostrar esa calidad de heredera de la señora demandada. El Tribunal dio por plenamente establecida con dichos elementos la legitimación en causa de la señora Barco, mediante los razonamientos que atrás se compendiaron.

Las pruebas referentes al estado civil de las personas están sujetas al régimen especial que el Código Civil consagra en el Título 20 del Libro I. Este régimen es de preferente aplicación en esta materia al que gobierna la prueba de las obligaciones y que el mismo C. Civil regula en el Título 21 del Libro IV, al cual sólo puede acudirse para decidir las cuestiones que no aparezcan reglamentadas por las normas relativas a aquel estado.

El artículo 347 del C. Civil dispone que el estado civil de las personas debe constar en el registro correspondiente, "cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado".

El artículo 18 de la Ley 92 de 1938 establece que las pruebas principales del estado civil son las copias auténticas de las partidas de registro de ese estado, expedidas por los funcionarios encargados de tal registro.

El artículo 19 de la misma Ley 92 prescribe que la falta de las pruebas principales del estado civil puede suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, por las actas o partidas de origen eclesiástico, por declaraciones de testigos presenciales de los hechos constitutivos del respectivo estado y, en defecto de estas pruebas, por la posesión notoria de dicho estado civil.

Las disposiciones anteriores consagran en esta materia de la prueba del estado civil el sistema de la prueba principal y de la prueba supletoria; las mismas normas indican cuáles son estas pruebas y cómo se las puede emplear.

El artículo 1758 del C. Civil establece qué instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente, y el artículo 632 del C. Judicial dispone que también son documentos auténticos "los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos con autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones" y "las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos". De acuerdo con estas normas no cabe duda de que los fallos y demás actos procesales provenientes de un Juez, tienen la calidad de documentos públicos o auténticos, carácter que también ofrecen las actas o partidas del estado civil asentadas en el registro correspondiente.

En este juicio obran las partidas de nacimiento y de defunción de Jesús Antonio Giraldo Barco y copia del acta de inventario y avalúo de bienes en la sucesión de éste y de la sentencia por la cual se adjudicaron esos bienes a la señora Julia Barco viuda de Giraldo. Con estos elementos de prueba consideró el sentenciador demostradas la calidad de heredera de la señora Barco respecto del difunto Giraldo Barco y su legitimación en causa dentro de este mismo pleito.

Dada la calidad de documento auténtico que tiene una sentencia de partición o de adjudicación de bienes en una mortuoria y teniendo también presente que esa misma pieza es corolario obligado de las pruebas demostrativas del estado civil y del reconocimiento de heredero hecho previamente en beneficio del favorecido con aquella adjudicación de bienes, no puede menos de concluirse que dicho fallo constituye uno de aquellos documentos auténticos que la ley permite emplear como prueba supletoria del estado civil o del pa-

rentesco y vocación hereditaria entre el causante y el adjudicatario aludido, a menos que éste sea cesionario de un heredero. De donde se sigue que en el caso presente los enunciados elementos de prueba demuestran en realidad que la señora Barco fue declarada heredera del difunto Giraldo Barco en su calidad de madre de éste y que como tal recibió en adjudicación los bienes dejados por dicho causante. Tal conclusión, corroborada aquí por la manifestación de la misma demandada, conduce a tener por debidamente establecida la legitimación en causa de la señora Barco.

Síguese asimismo que el Tribunal, al apreciar los documentos mencionados como prueba idónea de la calidad de heredera de la señora demandada y de su legitimación en causa, no incurrió en el yerro de valoración que alega el recurrente, ni quebrantó los preceptos probatorios que se señalan en la demanda ni tampoco el artículo 1155 del C. Civil. Por el contrario, el sentenciador entendió y aplicó esas disposiciones en forma acertada.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

Cargo octavo

8)— En el cuarto motivo de la demanda se acusa la sentencia por "violación indirecta del artículo 1298 del C. C., como consecuencia del error de hecho manifiesto de dar por probada la aceptación de la herencia sin prueba alguna al respecto".

Para sustentar este cargo hace el recurrente algunas consideraciones sobre la aceptación, expresa o tácita, de la herencia y sobre los actos que entrañan una adición implícita, y agrega en seguida que "no hay ninguna prueba de que la señora Julia Barco viuda de Giraldo hubiera aceptado la herencia de Jesús Antonio Giraldo Barco", para argüir por último que "dar por existente una aceptación inexistente o no probada es incurrir en manifiesto error de hecho", lo que llevó al sentenciador a violar en forma indirecta el artículo 1298 del C. Civil.

Se considera:

Muy cierto es que, según el artículo 1494 del C. Civil, la aceptación de una herencia constituye un acto jurídico que depende de la exclusiva voluntad de quien es llamado por la ley o por testamento a suceder a una persona difunta, pero no debe olvidarse que esa aceptación puede ser expresa o tácita. "Es expresa —dispone el citado artículo 1298— cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no hubiere tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero". Para los efectos de la aceptación expresa, establece el artículo 1299 *ibidem* que "se entiende que alguien toma el título de heredero cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial".

En este proceso, como se observó atrás, figuran en copia el acta de la diligencia de inventario y avalúo de los bienes de la sucesión de Jesús Antonio Giraldo Barco y la sentencia de partición y adjudicación de tales bienes a la señora Julia Barco, como madre y heredera única de dicho causante. Estos documentos acreditan plenamente que la señora Barco aceptó la herencia del extinto Giraldo Barco de manera expresa, pues en el supuesto contrario no habría obtenido aquella adjudicación. Y además de esto, sucede que al contestar el hecho undécimo de la demanda inicial de esta litis el procurador de la misma señora Barco admitió ser cierto que el juicio sucesorio de Giraldo Barco se abrió y ventiló a instancias de dicha señora y que allí fue ésta reconocida heredera de aquel causante. Todo lo cual demuestra que el cargo es infundado.

Cargo noveno

9)— En el motivo duodécimo el recurrente formula contra la demanda el cargo de violación indirecta, por aplicación indebida, del artículo 2083 del C. Civil, proveniente del error manifiesto de hecho que consiste "en la determinación del comienzo de la supuesta sociedad de hecho, que el Tribunal fija en abril de 1950, en Timba, cuando la demandante, al absolver posiciones, afirma que llegó a Timba en mayo de 1950, es decir, un mes después de la fecha del protuberante error del Tribunal, que aparece asimismo en el hecho primero de la demanda".

Se considera:

Es evidente que la sentencia da por formada y existente la sociedad de hecho entre Giraldo y la Toro desde el mes de abril de 1950 hasta el 13 de

julio de 1956 y dispone liquidar tal compañía, comprendiendo en ella los bienes adquiridos, separada o conjuntamente, durante aquel lapso por quienes formaron la misma sociedad. Pero no se ciñe a la realidad procesal la aserción de que la Toro hubiera dicho en sus posiciones que ella y Giraldo llegaron a Timba en mayo de 1950, pues lo que aquella señora afirma es que fue con Giraldo el 10 de abril de 1950 a una finca llamada "Mozambique", en la población de Restrepo, que allí permanecieron los dos una semana, que luego regresaron a Cali, donde estuvieron otra semana, y que en seguida fueron a establecerse en Timba. Además, la misma señora dice que conoció a Giraldo y con él tuvo relaciones amorosas desde muchos meses antes de abril de 1950. Estas manifestaciones de la demandante no comprueban el error manifiesto de hecho que alega el recurrente. El Tribunal señaló la fecha de iniciación de la sociedad de hecho con base, no en lo dicho por la Toro, sino en otras pruebas que no han sido desvirtuadas, de suerte que no dio por existente un hecho indemostrado ni incurrió por ello en error de hecho y menos manifiesto al fijar la fecha referida. El cargo no aparece, pues, demostrado.

Cargo décimo

10)— En el décimo tercer motivo se formula contra la sentencia el cargo de violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 2079, 2081 y 2094 del C. Civil, a causa del error de derecho consistente en haber decretado la partición por mitad de los bienes de la compañía de hecho sin estar pericialmente justipreciado el aporte de la señora Toro. "Es sabido —dice el recurrente— que la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero es materia de aporte, porque así lo estatuye el artículo 2081 del C. C., pero de ello no se infiere que el aporte de industria, servicio o trabajo otorgue derecho a la mitad de la masa partible, pues, para fijar la cuota del aportante, es menester apreciarla en dinero y relacionarla, como es obvio, con la apreciación pecuniaria que se haga de toda la masa partible". Agrega que no se ha fijado el valor pecuniario del aporte de la Toro, como lo dispone el artículo 705 del C. Judicial, precepto que fue violado, así como también por indebida aplicación consecuencial el artículo 2081 del C. Civil, y termina: "Estimar que el trabajo de la concubina le da derecho a la mitad de patrimonio social es violar el artículo 593 del C. J., según el cual los hechos deben comprobarse conforme a la ley, la que enseña que el valor de las cosas debe determinarse pericialmente, según el artículo 721 del C. J., disposiciones sobre derecho probatorio que fueron violadas por falta de aplicación y que constituyen un error medio que influyó en la violación de las disposiciones sustantivas 2079, 2081 y 2094 del C. C., sobre prorrateo del haber social. Estos errores de derecho, probatorio el primero por ausencia de peritaje, y sustantivo el segundo, por aplicación indebida de las normas sobre repartición de la masa liquidable, influyeron en la condena de la parte resolutiva".

Se considera:

De manera reiterada la Corte ha expuesto su doctrina sobre lo que constituye el error de derecho en la apreciación de las pruebas. Así en casación de 16 de noviembre de 1954 se expresó que el error de derecho consiste "en haber violado el sentenciador algunas de las disposiciones legales que definen y reglamentan la producción de los distintos medios de prueba; o alguna de las disposiciones que valorizan esas pruebas, es decir, que dicen qué valor probatorio tienen dentro de la tarifa legal de pruebas" (LXXIX, 2149, 68).

Y en casación de 31 de agosto de 1955 se dijo lo siguiente: "Es bien sabido que el sentenciador incurre en error de derecho en la apreciación de las pruebas cuando les otorga un valor que la ley les niega o les desconoce el que la ley les asigna, y en virtud de esa falsa estimación, que contraría abiertamente los textos legales sobre tarifa de pruebas, viola esas disposiciones, además de las normas legales sustantivas que se refieren al fondo mismo del asunto que se debate en el pleito". (LXXXI, 2155-2158, 88).

El error de derecho que ahora alega el recurrente se hace consistir en haber ordenado la sentencia dividir en dos porciones iguales el patrimonio de la sociedad de hecho sin estar justipreciado pericialmente el aporte de la señora Toro. Este error produjo la infracción, por falta de aplicación, de los artículos 593, 705 y 721 del C. Judicial, así como el quebranto consecuencial, por aplicación indebida, de los artículos 2079, 2081 y 2094 del C. Civil. Este error de derecho estriba, pues, en la ausencia del avalúo pericial de la contribución en trabajo de la señora Toro.

Este cargo no consulta la técnica del recurso de casación, porque el error de derecho en la estimación de una prueba supone y exige de modo necesario la existencia de esa prueba. "Esta especie de error —ha dicho la Corte— parte de la presencia de determinado medio probatorio en autos; no se discute si existe o no en el proceso" (LXXVIII, 2145, 332). Si en el juicio no figura una prueba, mal puede el fallador incurrir en apreciación errónea de la misma. La ausencia de un medio probatorio puede dar ocasión a un error de hecho, pero no a uno de derecho, porque éste radica en la valoración equivocada de una prueba existente. En este negocio no fue en realidad avaluado por perito el aporte en trabajo de la señora Toro, pero la falta de este justiprecio no genera el error de derecho que se alega, esto es, el yerro de valoración de un dictamen pericial que no existe y que por lo mismo no ha podido ser objeto de apreciación probatoria alguna, correcta ni errónea. Esta la razón para que el cargo no pueda prosperar.

Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que el recurso no puede tener prosperidad, porque ninguno de los motivos en que se asienta aparece fundado.

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 cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en este juicio ordinario de la señora Clementina Toro Ramos contra la sucesión de Jesús Antonio Giraldo Barco, representada por la señora Julia Barco viuda de Giraldo.

La parte recurrente debe pagar las costas del recurso.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada—Ricardo Ramírez L. Secretario.

RECURSO DE HECHO EN JUICIO ORDINARIO. — ESTIMACION DE LA CUANTIA PARA EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION

Como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, el valor de una condena no señala la cuantía de un negocio ni puede tomarse como fundamento para decidir si es o no procedente el recurso de casación; en cambio, la estimación cuantitativa que haga el actor en la demanda principal circunscribe el valor de la acción intentada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., noviembre nueve de mil novecientos sesenta.

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

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Tunja el señor Juan Escobar Salas demandó a los señores Leonidas Delgadillo y Alfonso Ardila Montaña para que, mediante un juicio ordinario, se condenara a éstos a resarcirle el valor de los daños mecánicos de todo orden sufridos por un automóvil de propiedad del mismo demandante. En su libelo manifestó éste que estimaba ese valor de los perjuicios en la suma de $ 3.500.00 o en lo que se apreciara por peritos y que fijaba la cuantía del negocio "en suma mayor de tres mil pesos, moneda corriente".

En la primera instancia se desestimaron las súplicas de la demanda, pero, apelada por el actor la decisión respectiva, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja la revocó por sentencia de 10 de junio del año en curso y en su lugar declaró a los demandados responsables de los daños experimentados por el vehículo del demandante y los condenó a pagar a éste la cantidad de $ 3.687.00 por concepto de indemnización.

El procurador de los demandados interpuso contra la sentencia dicha el recurso de casación, el cual fue denegado por el Tribunal en atención a que la cuantía del negocio no alcanza el guarismo que la ley exige para poder interponer tal recurso. Por esta causa el mismo personero de los demandados recurrió de hecho, recurso que ahora procede a decidir la Corte.

El artículo 1º del Decreto Nº 3547 de 1950 fijó en $ 10.000.00 la cuantía que se requiere para poder interponer en un juicio el recurso de casación.

El Tribunal consideró que, aunque en la demanda se dijo que la cuantía de la acción era mayor de tres mil pesos, el motivo de duda que pudo surgir de esta afirmación quedó disipado por el hecho de que en la sentencia se condenó a los demandados a pagar una suma inferior a la cuantía necesaria para recurrir en casación. El recurrente de hecho impugna este concepto diciendo que el actor no fijó la cuantía en cantidad precisa y que el monto de una condena jamás puede tomarse como base para decidir si es o no procedente el recurso de casación.

Si bien es cierto que, al señalar el actor la cuantía de su demanda, expresó que la estimaba "en suma mayor de tres mil pesos", también es verdad que en la parte petitoria del mismo libelo fijó de modo claro y preciso el valor de los perjuicios en la cantidad de $ 3.500.00, dando a entender así que en esta cifra consistía precisamente aquella suma mayor. Esta determinación del mon-

to del resarcimiento demandado, circunscribe la cuantía de la acción y despeja toda duda que pudiera derivarse de la estimación en suma mayor de tres mil pesos. La circunstancia de ser el monto de la reparación demandada inferior a la cuantía requerida para el recurso de casación, demuestra que este recurso es inadmisible en este caso y que el Tribunal obró conforme a derecho al denegarse a concederlo a la parte demandada.

No huelga recordar por vía de doctrina que, habiendo el Tribunal denegado el otorgamiento del recurso, no por la razón que se deja expuesta, sino porque la cuantía del juicio quedó determinada por el monto de la condena proferida en la sentencia, la Corte tiene dicho en repetidas ocasiones que el valor de una condena no señala la cuantía de un negocio ni puede tomarse como fundamento para decidir si es o no procedente el recurso de casación (LXVI-2073-2074, 103.- LXXVII 2142, 825).

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de diez de junio del año en curso dictada en este juicio ordinario de Juan Escobar Salas contra Leonidas Delgadillo y Alfonso Ardila Montaña.

Transcríbase esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para que sea agregada a los autos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívense estas diligencias.

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada. Ricardo Ramírez L. Secretario.

BIBLIOTECA

ACCION REIVINDICATORIA DE UNA FINCA RURAL PARA UNA SUCESION

No procede en casación impugnar globalmente un conjunto de pruebas: es preciso formular el cargo en el sentido que el ataque demuestre que el Tribunal cayó en error evidente de hecho o en error de derecho, pero no de una manera general, con relación a toda la prueba, sino concretando la censura a prueba determinada. Si se trata de error evidente de hecho debe indicarse la prueba que a pesar de no existir se dio como existente, o la que, empero de figurar en los autos, y ser decisiva, no se tuvo en cuenta por el fallador; y, si de error de derecho, deben señalarse las disposiciones de carácter probatorio infringidas y la influencia de ese error medio en la violación de la ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diez de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

ANTECEDENTES

César Jalil Rengifo Díaz, en carácter de heredero de Julio César Rengifo Guzmán, como hijo natural y a nombre de la sucesión intestada de su padre que en esa calidad representa, inició demanda ordinaria frente a Jorge Rengifo Guzmán y Camilo Antonio Rengifo Guzmán, para obtener en favor de la sucesión, en síntesis, las siguientes declaraciones:

1ª— Que es de propiedad y dominio exclusivo y pertenece al patrimonio de la sucesión intestada de Julio Rengifo Guzmán, el derecho de posesión y dominio de la finca rural de mejoras conocida con el nombre de "La Granja", ubicada en la fracción de 'Chapetón", jurisdicción del Municipio de Ibagué y de las mejoras que allí existen, descritas circunstanciadamente en el punto primero de la demanda y por los linderos allí mismo establecidos.

2ª— Que se condene a los demandados Jorge y Camilo Antonio Rengifo Guzmán, como poseedores de mala fe, "viciosa, indebida, por suversión (sic) del título, a que deben restituír a la parte demandante, la edificación, mejoras, anexidades y dependencias que, se describen, expresan, alinderan y ubican en la declaración primera, de esta demanda, a excepción de unas mejoras, consistentes en una pequeña plantación de café, caña de azúcar, plátanos y unos pocos árboles frutales que se encuentran dentro de los linderos generales de "La Granja" y que tienen la siguiente alinderación especial": (Aquí ellos).

3ª — Que se condene a la parte demandada al pago de los frutos naturales y civiles que hayan producido las mejoras, desde el 18 de julio de 1948 hasta el día que se verifique la entrega o restitución con excepción de las mejoras y frutos de la parte antes excluída.

4ª— Que se condene a los demandados al pago de costas procesales.

En diecisiete hechos ensaya el demandante fundar las peticiones del libelo, y en cuanto a disposiciones de derecho, citó en su apoyo los artículos 205, 152 en su regla 12ª, 630, 635, 736 y 737 del C. J., 714, 740, 741, 745 y ss. del C. Civil.

Los demandados contestaron la demanda negan-

do hechos y derecho y afirmaron ser poseedores de esas mejoras con anterioridad al causante.

En sentencia de 17 de junio de 1958, el Juzgado de primera instancia absolvió a los demandados, la que apelada ante el Tribunal por el actor del juicio, fue confirmada íntegramente y ésta es objeto del presente recurso de casación.

LA SENTENCIA ACUSADA

Los argumentos del Tribunal, después de analizar las condiciones de la acción reivindicatoria y del análisis de las pruebas aportadas por las partes del juicio, son los siguientes:

"Vista la situación objetiva, de indiscutible realidad, en este caso, la parte actora a quien corresponde la carga de la prueba, no ha demostrado como queda advertido en el estudio de las pruebas, su calidad de titular del derecho de dominio, posesión inscrita (sic) del predio de mejoras denominado "La Granja", pretendido reivindicar, ni la calidad de mejor poseedor material, o poseedor de mejor derecho sobre el mismo predio, frente a las demostraciones de la posesión material de mayor antigüedad aducidos por la parte demandada".

Y agrega:

"Y, para este caso la parte actora no ha demostrado mejor derecho de titularidad ni mejor derecho de poseedor material, porque la posesión material con animus domini de las mejoras reclamadas por la parte demandada está amparada por un tiempo anterior a los títulos exhibidos por la parte demandante y por un tiempo también anterior al pretendido por la parte actora en el ejercicio de ella.

"Las pruebas estudiadas necesariamente llevan al convencimiento del juzgador de que los demandados sí son poseedores de mejoras también dentro de ese predio de La Granja, de más antigua data que la parte actora, que también tiene allí las suyas, y quien no ha demostrado su derecho para obtener la restitución de aquellas otras no compredidas dentro de la relación mencionada en los títulos presentados como fundamentos de su acción".

EL CARGO

"Acuso, H.H. Magistrados, la sentencia del Tribunal, por la causal Ia del artículo 520 del C. J., por violación de ley sustantiva, consistente, en falta de apreciación de las pruebas aducidas por el demandante, y por apreciación errónea de la prueba testimonial allegada por los demandados opositores...".

Analiza en la primera parte la prueba documental presentada con la demanda y dice de ella que no fue apreciada debidamente por el Tribunal.

Afirma que el sentenciador nó debió apreciar la prueba de testigos, trasladada del juicio sucesional de Julio César Rengifo Guzmán, porque no fueron ratificadas dentro de este nuevo procedimiento, y, con respecto a las aducidas directamente a éste, las califica de insuficientes para acreditar la posesión de los demandados como anterior a la de la parte actora.

Y concluye el cargo en esta forma:

"El Tribunal Superior de Ibagué, al dejar de apreciar en su verdadero valor probatorio los testimonios que la parte demandante hizo practicar, que en total suman cinco (5) y que concuerdan en el hecho de sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, violó el artículo 697 del C. Judicial, y al aceptar con valor probatorio las declaraciones de testigos trasladados de otro juicio, sin la ratificación correspondiente, y las de testigos que se contradicen notoriamente, también violó los artículos 693 y 701 del mismo C. Judicial, violaciones de tales artículos de carácter sustantivo del C. Judicial sobre el valor probatorio de testigos, que lo indujeron a violar también, el artículo 210 del mismo C.J. ya comentado, y el 946 y demás pertinentes del Título 12, libro 2º del C. Civil, que ha debido aplicar estando como están debidamente demostrados todos los elementos o requisitos indispensables para la prosperidad de la acción de dominio o reivindicatoria impetrada en la demanda".

Se considera:

1º— De la lectura del cargo aparece que el ataque se formula por la falta de apreciación de toda la prueba documental, en su primera parte, y,

por errónea apreciación de la prueba testimonial, en la segunda.

a) - No procede en casación impugnar globalmente un conjunto de pruebas. Esa posibilidad solo puede realizarse en las instancias porque allí pueden discutirse todos los problemas del pleito. En cambio, en el recurso de casación, extraordinario y riguroso, solo se juzga la sentencia frente a la ley sustancial o la ley procesal dentro de los motivos que engendran los errores in procedendo. Por eso, el recurso extraordinario no puede comprender la totalidad de lo que fue objeto en los debates de instancia, en orden a sustituír el juicio del fallador, ni de volver sobre las pruebas aducidas por las partes para asignarles valor distinto, porque en esto goza el Tribunal de soberanía y la sentencia se ampara con presunción de acierto, salvo la presencia de error evidente de hecho o error de derecho.

b) - Por el aspecto probatorio es preciso formular el cargo en el sentido que el ataque demuestre que el Tribunal cayó en uno de los errores dichos, pero no de una manera general, con relación a toda la prueba, sino concretando la censura a prueba determinada. Si se trata de error evidente de hecho debe indicarse la prueba que a pesar de no existir se dio como existente, o la que, empero de figurar en los autos, y ser decisiva, no se vio por el fallador; y, si de error de derecho, deben señalarse las disposiciones de carácter probatorio infringidas y la influencia de ese error medio en la violación de la ley sustancial.

c) - Referir la falta de apreciación a determinadas normas de la tarifa, sin embargo del mal planteamiento de la impugnación, podría dar lugar a interpretar el cargo como de error de derecho. Afirmar la falta de apreciación de una prueba, es postular un error de hecho. Pero sostener error por falta de apreciación del haz probatorio, equivale a no formular técnicamente la censura respectiva, porque entre otras cargas, el recurrente tiene la de señalar concretamente qué prueba dejó de apreciarse, en su caso, o cuáles se apreciaron con desvío, para que el recurso tenga prosperidad.

Por lo demás, no sobra decir que el Tribunal tuvo en cuenta y valoró las pruebas documentales cuya apreciación el recurrente echa de menos.

2º— El Tribunal llegó a la absolución de los demandados porque no encontró que el demandante hubiese demostrado las condiciones constitutivas de la acción reivindicatoria ejercitada, entre ellas la titularidad del fundo "La Granja", por los linderos de la demanda; por eso, no tiene influencia el cargo en lo que se refiere a la prueba trasladada.

Se rechaza el cargo.

RESOLUCION

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué de fecha 9 de septiembre de 1959.

No se causaron costas en el recurso.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez.—Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

REIVINDICACION, PARA UNA COMUNIDAD UNIVERSAL, DE LA MITAD PRO INDIVISO DE UN INMUEBLE

1. Cuando en juicio reivindicatorio alguno de los demandados manifiesta no ser poseedor sino simple tenedor de la cosa que se persigue, el punto debe tramitarse como excepción dilatoria, según lo dispone el artículo 215 del Código Judicial. Pero habiéndose incurrido en la falla de no haberle dado este trámite al aserto de tal demandado, la definición de si tiene o no la calidad de poseedor queda deferida al fallo definitivo. Sería absurdo, en efecto, que la manifestación de ese demandado fuese por sí sola suficiente para desligarlo de la acción, quitándole su calidad de parte, colocándolo a cubierto de todo pronunciamiento en su contra y eximiéndolo de la necesidad de recurrir contra el fallo desfavorable.

2. Nada impide el que uno cualquiera de los comuneros a efecto de defender su parte en la cosa o derecho común, pueda perseguir para la comunidad todo lo que a ésta corresponde. Ello no significa que los comuneros se representen los unos a los otros, ni que la comunidad constituya una persona jurídica, sino que dada su misma naturaleza, en que el derecho de cada comunero versa sobre el conjunto de la cosa común indivisa y no sobre una parte determinada de la misma, es de rigor lógico que un comunero, gestionando su propio derecho y representando por lo mismo su personal interés, pueda, en procuración de éste, perseguir todo lo que al conjunto pertenece.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Victoriano Henao contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 22 de agosto de 1958, en el juicio de reivindicación promovido por Inés Machado v. de Henao, en su nombre y en representación de sus menores hijas Clara Rosa e Inés Emilia Henao M., contra el mencionado señor Henao y Jesús Calle M.

— I —

ANTECEDENTES

Los señores Victoriano y Marco A. Henao, quienes tenían una sociedad de hecho relativa a un negocio de almacén, adquirieron en comunidad, a título de compraventa, por partes iguales, mediante la escritura número 693 de 18 de noviembre de 1924, de la Notaría del Circuito de Santa Rosa, en el Departamento de Antioquia, "un local construído de tapias y tejas y parte de zinc, de dos pisos y de cuatro puertas en el frente, con su correspondiente solar, situado en esta población, en la plaza principal, con armario, mostrador y depósito, demarcado por estos linderos: por el frente con la plaza dicha; por el costado de arriba, con propiedad del señor Ismael Roldán, siguiendo por el mismo costado con propiedad de los herederos del señor José María Correa; por el centro con propiedad de los herederos del señor Emilio Marulanda; y por el otro costado, con propiedad de los herederos del señor Carlos E. Berrío, a salir a la plaza, primer lindero". Esta escritura fué aceptada por Marco A. Henao en su propio nombre y en el de Victoriano Henao.

En tal fecha, el mencionado Marco A. Henao era casado con Clara Inés Machado, por lo cual

el derecho por él adquirido mediante el referido contrato ingresó al haber de la sociedad conyugal entonces existente entre estos dos consortes.

Marco A. Henao murió el 15 de noviembre de 1942, dejando de su referido matrimonio varios hijos legítimos, entre éstos las dos menores nombradas Clara Rosa e Inés Emilia.

En el juicio de sucesión de Marco A. Henao, tramitado ante el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos, no se inventarió ni adjudicó el referido derecho o cuota de dominio equivalente a la mitad pro indiviso del inmueble mencionado, que el causante había adquirido dentro de la sociedad conyugal referida. Se inventarió sí y fue materia de adjudicaciones un derecho en el almacén que el finado tenía en comunidad con su hermano Victoriano Henao. Y existen constancias privadas expedidas por la viuda y herederos de Marco A. Henao, de haber recibido de Victoriano Henao el valor de sus derechos en el negocio del almacén o sociedad de hecho que el causante Marco A. Henao tuvo con Victoriano Henao.

El condueño Victoriano Henao resultó asumiendo la posesión total del inmueble descrito, en el que luego dió entrada a Jesús Calle M., con quien se dice celebró una promesa de venta, de que no hay documento escrito en el proceso.

— II —

EL JUICIO

Así las cosas, la señora Inés Machado v. de Henao, obrando en su propio nombre y en representación de sus menores hijas legítimas Clara Rosa e Inés Emilia Henao Machado, interpuso ante el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos demanda contra los señores Victoriano Henao y Jesús Calle M., como a poseedores materiales del inmueble, para que, según las peticiones consignadas en la corrección del libelo, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª— Que pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida en parte, que formaron los esposos Marco A. Henao e Inés Machado de Henao, y a la sucesión de Marco A. Henao y representada en sus hijos legítimos María del Carmen, María Rafaela, Francisco A., Juan Gabriel, Clara Rosa e Inés Emilia Henao Machado, y Luis María Henao M., mayores de edad todos, y menores púberes los dos penúltimos, el bien delimitado e individualizado en el numeral **Primero** del libelo de demanda y de que da cuenta la escritura pública Nº 693 de 18 de noviembre de 1924 de la Notaría de Santa Rosa de Osos, en la proporción de una mitad, tal como reza el correspondiente título adquisitivo de dominio.

"2ª— Que como consecuencia de la anterior declaración los señores Victoriano Henao y Jesús M. Calle, actuales poseedores del inmueble, están en la obligación de restituirlo a la sociedad conyugal formada por Marco A. Henao e Inés Machado de Henao y la sucesión de Marco A. Henao, representada ésta en sus hijos legítimos enunciados anteriormente, y dentro del término que el despacho a su cargo les fije, en la cuota de la mitad que es lo que indica la escritura pública de adquisición;

"3ª— Que como hubo ocultación por parte de Victoriano Henao de este bien a la sociedad conyugal Henao-Machado, ya disuelta, y a la sucesión de Marco A. Henao, representada en sus hijos, y ello constituye mala fe, el señor Victoriano Henao está en la obligación de restituir los bienes que haya producido la cosa en su poder desde el día 15 de noviembre de 1942 hasta cuando se efectúe la entrega, y no solamente los que haya producido sino los que hubiese producido estando el inmueble en poder de los reivindicantes con mediana inteligencia y actividad.

"4ª— Que sean condenados en costas los demandados".

El demandado Victoriano Henao contestó a la demanda original, declarando ser éste el adquirente y poseedor único del inmueble, sobre el cual adelanta un juicio especial de pertenencia y en conclusión dijo: "Me opongo, pues, a las peticiones de la demanda, y propongo las excepciones de pago, prescripción extraordinaria y las que en el curso del juicio resulten perfiladas"; y a la corrección del libelo, manifestó lo siguiente: "Como no hay hechos nuevos a qué referirme en la modificación de la demanda, descorro el traslado, manifestando simplemente que me opongo a las declaraciones impetradas".

El demandado Jesús Calle M., por su parte,

contestó diciendo: "Soy absolutamente un tercero respecto a los hechos en que se fundamenta la demanda, que en nada me incumben; simplemente estoy en la tenencia del inmueble en disputa, pero de ello no se sigue que haya de responder en esta litis. Ni afirmo ni niego los hechos materia de la controversia; el hecho séptimo, que ligéramente me concierne, está contestado por el codemandado señor Henao conforme a la realidad. Propongo, pues, respecto a mí, la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda".

Según relata el Tribunal el curriculum subsiguiente del proceso, éste abrióse a prueba y "Vencido dicho ciclo, se decretó la acumulación del presente juicio a otro ordinario sobre **pertenencia** o adquisición de dominio por prescripción, seguido por don Victoriano Henao y referente al mismo inmueble. Posteriormente se dictó sentencia en los procesos acumulados. Pero en virtud de providencia del Tribunal declaróse la nulidad de lo actuado, por falta de publicaciones de edictos en el juicio de **pertenencia** y dispúsose la separación de tales procesos".

Quiere, pues, decir que seguido independientemente el presente juicio, vino a dictarse en él la sentencia de primera instancia con fecha 5 de noviembre de 1957 y por ella se resolvió: que no están probadas las excepciones propuestas por uno y otro demandado; que pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida en parte, que formaron los esposos Marco A. Henao e Inés Machado de Henao, y a la sucesión de Marco A. Henao, representada por sus hijos legítimos María del Carmen, María Rafaela, Francisco A., Juan Gabriel, Luis María, Clara Rosa e Inés Emilia Machado, la mitad del inmueble atrás descrito; que Victoriano Henao y Jesús Calle M., actuales poseedores del inmueble descrito, entregarán la mitad del mismo a Inés Machado v. de Henao, en el carácter mencionado y para las referidas sociedad conyugal disuelta y sucesión de Marco A. Henao, en el término de seis días, contados desde la ejecutoria de la sentencia; que se considera a Victoriano Henao como poseedor de mala fe, para los efectos de las prestaciones mutuas, quien como tal responderá de los frutos naturales y civiles a partir de la diligencia de inventario y avalúo practicada en el juicio de sucesión de Marco A. Henao; y que al señor Calle M. se le considera poseedor de mala fe a partir de la contestación de la demanda en adelante, para los mismos efectos; que la sentencia sea registrada en el libro correspondiente de la competente oficina; que se cancele la inscripción de la demanda, para lo cual se librará el oficio respectivo; y que las costas del juicio son de cargo de los demandados.

Frente a esta sentencia, guardó silencio el demandado Jesús Calle M.; pero el demandado Victoriano Henao apeló de ella, en virtud de lo cual tramitóse la segunda instancia que concluyó con el pronunciamiento del Tribunal, de fecha 22 de agosto de 1958, en cuya resolución se "Confirma la sentencia apelada, de cuyo origen y fecha se hizo mención, en la parte materia del recurso, con la única **modificación** de que el apelante señor Victoriano Henao será considerado como poseedor de buena fe para los efectos de las prestaciones mutuas, y no de mala fe como dice el fallo prealudido. No se condena en costas en esta instancia, por haber obtenido el apelante modificación o reforma de la sentencia de primer grado"

— III —

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Contra el fallo de segundo grado únicamente alzóse en casación el demandado Victoriano Henao, formulando siete cargos, a saber: uno en razón de la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, otro por concepto de la causal 2ª del propio artículo y los demás en relación con la causal 1ª del mismo. Se procede a su estudio, siguiendo el orden lógico de las materias.

CARGO PRIMERO

Se hace consistir en haberse incurrido en el proceso en la segunda de las causales de nulidad del artículo 448 del citado código, en relación con la personería del apoderado de la parte demandante.

Los fundamentos de este reparo contenidos en la exposición acusatoria se reduce en síntesis a lo siguiente:

Que la señora Inés Machado de Henao, al hablar en su propio nombre y en el de sus menores hijas Clara Rosa e Inés Emilia Henao M. en el otorgamiento del poder al abogado Pompilio Morales M. para promover el juicio, no facultó al mandatario para reivindicar el bien inmueble de que se trata en pro de la sociedad conyugal ilíquida resultante del disuelto matrimonio de la nombra-

da señora con el señor Marco A. Henao, sino únicamente para pedir tal reivindicación en favor de la sucesión del último; y que la presente acción reivindicatoria, como se desprende de la demanda corregida, se impetró y ha sido sustanciada, tanto en favor de la referida sociedad conyugal disuelta, como de la sucesión mencionada. Lo cual, en cuanto se refiere a la dicha sociedad conyugal, implica el ejercicio de la acción sin poder por parte del abogado de la señora Machado de Henao, circunstancia generante de la nulidad del juicio. En el caso, "la señora Machado de Henao ha manifestado inequívocamente que no deseaba que se reivindicase la propiedad para la sociedad conyugal, ya que no hizo uso de la calidad de representante de ella, la que de modo más obvio y claro la vinculaba a la acción", o sea que cuando "confirió poder para este juicio lo hizo restrictivamente, no ejerciendo las calidades diversas que le pertenecen"; y que no aparece de su parte ninguna ratificación de lo actuado, en los únicos eventos en el asunto posibles, que lo serían los previstos en los ordinales 3º y 4º del artículo 450 ibídem.

Finalmente, se argumenta que el apoderado recibió mandato para promover la reivindicación de un inmueble; pero la acción se ha encaminado a obtener la restitución de una cuota o parte del inmueble, que es una acción distinta de esotra, como resulta de los artículos 947 y 949 del Código Civil, lo que significa que el mandatario acudió a una acción para la cual no se le dió el poder, sin que haya en el proceso acto alguno del demandante que permita suponer por parte de éste la convalidación de tal conducta.

Se considera:

Los acotados razonamientos se nutren apenas de la interpretación rígidamente literal dada por el recurrente al texto del poder conferido por la señora Inés Machado de Henao al abogado Pompilio Morales M., para promover esta acción. Porque, contra el primero de los argumentos, basta considerar que la dicha señora, al conferir el mandato, dijo obrar, no sólo en nombre de sus citadas hijas menores, sino en su propio nombre, con lo cual se refirió a su interés personal en la reivindicación, esto es que al dar poder a fin de que ésta se solicitara para la sucesión de su finado marido Marco A. Henao, sucesión respecto de la cual la mencionada señora tenía el carácter de cónyuge sobreviviente, implícitamente estaba facultando para que el pedimento se propusiera también en pro de la disuelta sociedad conyugal que ella tuvo con su finado cónyuge, como quiera que el bien reivindicado o sea la mitad pro indiviso de la finca en referencia no se relacionaba ni podía relacionarse con la sucesión de Marco A. Henao, sino a través de la dicha sociedad conyugal, dentro de cuya vigencia y para la cual se adquirió tal cuota pro indiviso, dando por resultado a la muerte de Marco A. Henao que esta cuota se encontrase comprendida, en una comunidad universal formada por las dos llamadas sociedad conyugal y sucesión.

Así lo entendió el apoderado de la señora de Henao, al intentar la demanda corregida, conformando su conducta al espíritu de las disposiciones legales en materia de mandato, que si bien establecen por un lado que el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del encargo, por otro lado lo autorizan a efectuar las gestiones que obviamente impone la realización de su cometido.

El último de los argumentos del acusante en este primer cargo es notoriamente descaminado, en cuanto que al pasaje del instrumento de poder que dice "para que solicite la reivindicación de un bien inmueble situado en el Municipio de Santa Rosa de Osos", le da el significado único y exclusivo de que se trata de una finca tomada como cuerpo cierto. Pues basta saber que el artículo 667 del C. C. enseña que "los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe", para comprender que dentro de la frase "bien inmueble situado en el Municipio de Santa Rosa de Osos" que se lee en el poder pudo quedar perfectamente comprendido no el inmueble como cuerpo cierto, sino una cuota de dominio pro indiviso en el mismo inmueble.

Así las cosas, resulta que no han existido en el apoderado de la parte demandante las deficiencias de poder a que se alude en este cargo.

Por lo demás, aunque así no fuera, la parte demandada carecería de legitimación para alegar la nulidad por indebida representación de la otra parte. En la inteligencia de la 2ª de las causales de nulidad estatuídas por el artículo 448 del Código Judicial en relación con el artículo 457 ibí-

dem, es constante la doctrina de que "La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio".

Ni viene al caso la alegación de que la nulidad procesal no es materia de interés privado sino de orden público, porque aunque esto sea verdad, no lo es menos que en el punto de que se trata, la manera de servir ese interés la ha entendido la ley concediendo a una de las partes o sea a la mal representada la facultad de gestión pertinente, no reconocida a la otra.

CARGO SEGUNDO

Corresponde ventilar en este punto el cargo formulado como sexto en la demanda de casación, con base en la causal 2ª del artículo 520 del C. J., y así se procede:

Al efecto dice el recurrente que acusa el fallo, "porque la sentencia no resuelve las cuestiones propuestas por las partes", aserto que intenta demostrar con razonamientos cuya sustancia cabe condensar así: que habiendo estado el presente juicio acumulado a otro de pertenencia respecto de la misma finca iniciado por el señor Victoriano Henao, el Tribunal, cuando conocía de ambos sumados en uno solo encontró una nulidad procesal por falta de citación y emplazamiento en relación con la demanda en el de pertenencia, por lo cual ordenó retrotraer la actuación de éste y dispuso la tramitación separada de los antiguos procesos, ocasionando un desequilibrio entre las partes en materia de pruebas, ya que las practicadas en el juicio de pertenencia han debido operar en beneficio de Victoriano Henao dentro del de reivindicación; que la acumulación decretada por auto ejecutoriado es fenómeno procesal irreversible, pues determina que dos o más procesos se conviertan en uno solo; que una nulidad que afecte el proceso acumulado por causas anteriores a la acumulación es una nulidad del juicio acumulado y no puede ocasionar el efecto de que éste se convierta en dos procesos, reviviendo la separación; y que por este motivo el juicio ha quedado sin fallar o lo que es lo mismo que la sentencia es incongruente, en cuanto no resuelve sobre todas las pretensiones de los litigantes, sino sobre una parte de ellas.

Consideraciones de la Corte:

Para precisar el ámbito procesal en que este cargo se mueve, importa reproducir aquí los siguientes apartes de la sentencia recurrida:

"En el auto anulatorio se dice que puede continuarse la tramitación de este asunto, desde el estado en que se encontraba al decretarse la acumulación, o sea ya vencido el término probatorio. Además, al declararse nulo el proceso sobre **pertenencia** desde la notificación del auto admisorio de demanda, para que se hiciesen unas publicaciones de edictos, resulta que sólo cuando ellas se verificasen quedaba hecha la notificación de la demanda a los interesados desconocidos o al público; y entretanto no había juicio de pertenencia que pudiera acumularse al reivindicatorio. En efecto, sólo en mérito de la notificación del libelo o de su contestación nace el juicio o relación jurídico-procesal, y para la acumulación se requiere la existencia de **dos juicios**, en vista de los artículos 396 y siguientes del C. J. Lo cual indica que por virtud de la nulidad decretada quedó subsistiendo solamente este juicio y una demanda de pertenencia, sin notificar, y por ende sin base alguna la acumulación antedicha.

"Conforme al expediente, abrióse a prueba este juicio por diez días para pedirlas y treinta para practicarlas, en auto del 20 de agosto de 1957. Las partes las pidieron en el primer lapso indicado y fueron practicándose durante un período mayor que el señalado. Sólo en 30 de enero de 1958, es decir, cuando había transcurrido ya más del triple del término probatorio, impetróse aquella acumulación, la cual se decretó en providencia del doce de febrero siguiente, y en este expediente figuran las probanzas pedidas y practicadas. Lo que hace ver que el grupo demandado disfrutó de las más amplias garantías para la recepción de sus pruebas, que aquí están incorporadas, y que si algunas dejaron de efectuarse, se debió al poco interés de su parte a ese propósito. De modo que sí existió la igualdad procesal, sin que se menoscabaran los derechos de la parte demandada con la desmembración de los procesos, siendo infundadas las objeciones analizadas y no existiendo nulidad en el juicio".

Así las cosas, se imponen las siguientes consideraciones:.

1ª— Con esta causa de reivindicación no ha venido a la Corte el expediente del aludido juicio de pertenencia, en el que fueron dictados el auto del Juez del Circuito, de 12 de febrero de 1957, que decretó la acumulación, y las providencias del Tribunal de fechas 5 de julio de 1957 en Sala Unitaria y 9 de agosto del mismo año en Sala Dual, por la primera de las cuales se declaró nula la actuación y por la segunda se aclaró aquella "en el sentido de que la nulidad decretada afecta al juicio de pertenencia, 'a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda', en tanto que al juicio reivindicatorio o de dominio, sólo lo afecta desde el auto que decretó la acumulación, inclusive, en adelante, de manera que como queda subsistente la actuación anterior, puede continuarse el trámite de esta acción ya desligada de la pertenencia". Tanto del auto de acumulación, como de la última de las providencias del Tribunal citadas, sólo hay testimonio en el presente juicio de reivindicación, en cuanto se produjeron en la segunda instancia en copias tomadas del de pertenencia, presentadas por parte del demandado Victoriano Henao.

2ª— Como se ve, el Tribunal en su mencionado proveído de 9 de agosto de 1957, al determinar para cada uno de los dos juicios acumulados el respectivo punto de partida de la nulidad, resultando el de pertenencia inválido desde la notificación del auto admisorio de la demanda, y al disponer que ellos quedaban en consecuencia desligados, no hizo sino acogerse a lo dispuesto por la última parte del artículo 455 del C. J., según el cual por anulación **"se invalida el juicio** desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal, quedando en firme la actuación practicada antes".

3ª— La realidad procesal es, pues, la de que los dos juicios vinieron a seguirse independientemente el uno del otro; y así ha subido a esta Corte por la vía del recurso extraordinario únicamente el proceso de reivindicación.

4ª— Así, pues, requiriendo el estudio de la congruencia o incongruencia de un fallo la confrontación de lo resuelto en la sentencia con las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el juicio, y estándose en el presente caso únicamente ante un juicio de reivindicación, en el que se contradijo la demanda y se le opusieron varias excepciones y el cual remató con fallo de segunda instancia por el que se confirmó el de la primera en que se declararon no probadas las excepciones propuestas y se decretó la reivindicación impetrada, con la única modificación de considerar al demandado Victoriano Henao como poseedor de buena fe, no encuentra la Corte, dentro de la órbita del mismo juicio, inconsonancia alguna entre las cuestiones falladas y las que fueron manteria de la relación jurídico-procesal orgánica de esta controversia.

CARGOS TERCERO Y CUARTO

Se reúnen en este capítulo, para tratarlos conjuntamente, los formulados en la demanda de casación como segundo y tercero y que en el fondo constituyen uno sólo, con variedad de argumentos.

En efecto: al enunciar el segundo cargo dijo el recurrente:

"Acuso la sentencia con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. por infracción de los artículos 762 y 775 del Código Civil, y consecuencialmente de los artículos 946, 952, 953 y 954 del Código Civil, y del artículo 214 del Código Judicial, infracciones que provienen de error de derecho debido a la falta de apreciación de las siguientes pruebas: 1) demanda, hechos 6º y 7º (fs. 14 vto. y 15 Cuaderno Actuación Juzgado); 2) Contestación de la demanda (fs. 24 vto. ibídem); 3) Memorial de Jesús Calle (fs. 30 ibídem); 4) Acta de inspección ocular (fs. 11 vto. a 14 vto. Cuaderno Pruebas Actor); 5) Memorial del señor Jesús Calle del 30 de mayo de 1958 (fs. 25 vto. Cuaderno Actuación del Tribunal)".

Y al enunciar el tercer cargo, lo hizo en iguales términos, con relación a los mismos artículos y pruebas ya mencionados, salvo en cuanto la referencia a la contestación de la demanda la hizo con respecto al hecho séptimo y en cuanto expresó: "infracciones que provienen de error evidente de hecho por falta de apreciación de las siguientes pruebas". Es decir, que en ambos casos el recurrente arguye infracción indirecta de ley sustancial, atribuyendo tal quebranto en el uno a "error de derecho debido a la falta de aprecia-

ción" de ciertas pruebas, y en el otro a "error evidente de hecho por falta de apreciación" de las mismas pruebas. Pero, no se concibe error de derecho medio o de valoración por falta de apreciación de pruebas, que son términos incompatibles, pues que si las pruebas no se han apreciado no hay cabida a semejante especie de error, sino que el único posible en esta hipótesis sería el error de hecho. Quiere, pues, decir que los dos reparos que se han acumulado en este punto, como ya se dijo, constituyen uno solo, con diversos argumentos, y así entra la Corte en su elucidación:

Estos, extractados en relativo orden, según lo permite su difusa exposición, aparecen ser los siguientes:

Que la demanda es inepta en cuanto a la situación que atribuye al demandado Calle, pues en el hecho sexto refiriéndose a la entrega material del inmueble por Henao a Calle se dice: "...parece que lo ha entregado en posesión —el derecho que se reivindica— al señor Jesús M. Calle"; y en el hecho séptimo se expresa: "Los poseedores actuales del referido inmueble son los señores Victoriano Henao, quien lo retiene, y Jesús M. Calle quien parece que lo tomó en venta y tiene allí establecido un negocio";

Que semejante situación no podía dar lugar a una demanda de restitución dirigida conjuntamente contra Henao y Calle, sino a demandas alternativas, porque la posesión por su naturaleza es excluyente, siendo lo usual que un comunero posea la cosa a nombre propio y de sus condueños, o, como es lo usual en predios rústicos que, un comunero posea una porción o lote y los demás otras partes, separada e independientemente, o que haya un régimen administrativo de la comunidad;

Que si Henao entregó materialmente el bien al prometiente comprador Calle, éste sería el único poseedor; pero que no existe el "animus" de poseedor en el último, quien respondió a la demanda manifestando estar simplemente en la tenencia del inmueble disputado, cuyo dominio reconoce en el señor Henao;

Que si Calle alegó no ser poseedor, "no debe ser tenido como parte, ya que la sedicente posesión es el único hecho que lo puede vincular a la relación procesal";

Que "el fallador de instancia (sic) deduce la calidad de poseedor en Calle del acta de inspección ocular en que se dice lo contrario, o sea: "En consecuencia el Juzgado y los peritos dejan la constancia de que el poseedor inscrito es el señor Victoriano Henao y el que tiene la tenencia (subrayo) es el señor Jesús Calle M. o su representante el señor Román Calle R. en su nombre";

Que las pruebas no apreciadas establecen en conjunto el hecho de que Jesús Calle M. no es poseedor material del inmueble que se reivindica, sino mero tenedor de él;

Que "el error evidente de la decisión es considerar a Calle como poseedor, que no lo es según las pruebas enunciadas";

Que una cosa es la calidad procesal de parte demandada, que depende del señalamiento que como a sujeto pasivo de la acción le hace el actor, y otra es la de si "de acuerdo con el proceso, la acción se dirigió contra la persona obligada, o contra otra que no lo era", caso este último en que se produce la ineptitud sustancial;

Que el Tribunal erró al considerar que la calidad de Calle no podía ser decidida en el fallo de segundo grado por no haber él apelado contra el de la primera instancia, lo que implica el sofisma de exigir a una persona que no se considera ligada al proceso el que interponga un recurso que por definición pertenece exclusivamente a quien es parte; y que por el aspecto de la mecánica procesal, apelado el fallo de primera instancia por uno de los interesados integrantes de la parte demandada, el superior estaba obligado a revisarlo en todos sus aspectos, en virtud de la apelación por el interpuesta, y por razón del litisconsorcio entre ellos existente.

La Corte considera:

El eje central de estos cargos viene a ser en definitiva el error de hecho que el recurrente imputa al Tribunal, de considerar al codemandado Jesús Calle M. como uno de los poseedores del inmueble, por falta de apreciación de pruebas que, dice, lo señalan como simple tenedor y, por lo mismo, como a individuo no pasible de la acción reivindicatoria, en el caso.

Ahora bien:

No obstante la falta de seguridad que se ofrece en los hechos sexto y séptimo de la demanda en cuanto a las circunstancias de la posesión del señor Calle, es lo cierto que éste y Victoriano Henao fueron demandados como actuales poseedores del inmueble, en lo cual es terminante la segunda de las solicitudes del petitum. No es menos cierto que, al contestar la demanda, Henao afirmó ser el poseedor del inmueble(respuesta al hecho séptimo) y en cambio Calle declaró ser un tercero, tenedor simplemente del inmueble en disputa, por lo que propuso la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, excepción que, no obstante la forma de su planteamiento, ha debido tramitarse como dilatoria, según lo dispuesto por el artículo 215 del C. J., lo que así no se hizo, pero sin que esta deficiencia pudiese afectar la validez del proceso. También es evidente que, adelantado el juicio, la primera instancia terminó con sentencia en que, declarando ser Victoriano Henao y Jesús Calle M. los actuales poseedores del inmueble, se les condena a restituír a la sociedad conyugal y sucesión sobredichas, representadas como allí se dice, la mitad del inmueble mencionado. Esta serie de evidencias procesales culminó con el hecho cierto e indiscutido de no haber apelado Calle contra la mencionada sentencia del Juez del Circuito, lo que derechamente condujo al Tribunal, en la consideración de la excepción de ilegitimidad de personería propuesta por Calle, a asentar lo siguiente:

"No há lugar a estudiar y decidir esta interesante cuestión, si se observa que la demanda reivindicatoria dirigióse contra Henao y contra Calle M.; que a ambos se les notificó el libelo corregido; que en el fallo de primer grado analizóse y rechazóse tal excepción y se condenó a la restitución tanto al uno como al otro; que sólo apeló de lo resuelto Henao o su procurador, no Calle Machado; y que, por ende, solamente a aquél se le otorgó tal recurso. Lo que traduce que la acción contra el señor Calle se ventiló con su citación y audiencia, con observancia de trámites legales, y que al no apelar del fallo, se conformó con él y respecto de él vino a adquirir el sello de ejecutoria o de la cosa juzgada. De aquí que el Tribunal carezca de jurisdicción para revisar la sentencia en lo pertinente a la restitución decretada contra dicho opositor, o a las excepciones que él propuso, las cuales quedaron descartadas del debate judicial en esta instancia".

Ante la situación procesal así contemplada, se imponen las siguientes consideraciones: Que cuando, como en el caso del pleito, se ha omitido tramitar como excepción dilatoria la afirmación de uno de los demandados, de no ser poseedor de la cosa, la definición del punto, que atañe a uno de los predicamentos sustanciales de la acción, cual es el de la legitimación pasiva en la causa, queda deferida al fallo definitivo, pues sería absurdo que la manifestación de tal demandado de no ser sino un tenedor de la cosa o de no ser poseedor de la misma fuese por sí sola suficiente para desligarlo de la acción, quitándole su calidad de parte, colocándolo a cubierto de todo pronunciamiento en su contra y eximiéndolo de la necesidad de recurrir contra el fallo desfavorable, como lo pretende el recurrente. Porque el objetivo de los artículos 953 y 954 del C. C. y 214 del C. J. no es otro que el de precaver del seguimiento de una controversia ineficaz y perjudicial al actor ante la falta de lealtad o de honradez del demandado que calla o disimula su verdadera condición respecto de la cosa demandada; pero, cuando a pesar de haber manifestado el reo no ser poseedor de la cosa que se persigue el juicio se ha continuado, bien por que se omitió tramitar la excepción dilatoria del artículo 215 del C. J., bien porque fué fallada en contra del excepcionante, entonces la cuestión tocante a tal calidad debe resolverse definitivamente en la sentencia, como ya se dijo.

Así, pues, si el Tribunal, por encontrar que el demandado Calle no apeló de la sentencia de primera instancia, se abstuvo de revisarla en lo tocante al mismo demandado, no hizo sino atenerse tanto a lo dispuesto en el artículo 494 del C. J., según el cual la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable a quien apela, sin que el superior pueda enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, como también a lo ordenado por el artículo 468 ibídem que considera firme una sentencia cuando, no debiendo ser consultada, no se ha interpuesto contra ella dentro del término pertinente el recurso a que haya habido lugar. Por lo mismo, no habiendo tenido el Tribunal la oportunidad legal de revisar la sentencia del juez **a quo**, en lo relativo al demandado Calle, mal pudo incurrir en los errores que le atribuye el recurrente por falta de apreciación de las pruebas indicadas al efecto.

La alegación de que la demanda de restitución

ha debido ser dirigida en forma alternativa, ya contra Henao, ya contra Calle, pero no contra los dos conjuntamente, por ser la posesión excluyente, esto es un "señorío de hecho" que "no suele, ni aún en los casos de comunidad, dividirse entre varios", envuelve una afirmación errónea, como quiera que nada se opone a que bienes, cuya naturaleza no lo impida, como son los predios, puedan ser poseídos en común por dos o más personas, lo que configura la coposesión, a que se refiere el artículo 779 del C. C. Y ya se vió que en este juicio Henao y Calle han sido demandados y condenados como poseedores en común; que Calle aceptó la sentencia que así lo declara, por no haberla apelado, y que Henao ha invocado y sostenido su calidad de poseedor.

No tiene cabida el argumento de que, en cuanto a la mecánica procesal, dados los artículos 202 y 227 del C. J., según los cuales "Se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones" y es "demandado la persona o personas contra quienes se dirige la acción", el Tribunal, por razón del litisconsorcio existente entre los demandados Calle y Henao, y en virtud de la apelación interpuesta por el último contra el fallo de primera instancia, estaba obligado a revisarlo en todos sus aspectos.

Las razones para no acoger esta alegación son obviamente las siguientes: Ante todo, su falta de pertinencia en relación con los cargos que se estudian; y luego el que, habiendo quedado en firme, según ya se vió, respecto de Jesús Calle la sentencia de primer grado, el codemandado Henao carecía de legitimación para pretender su reforma o revocación respecto de aquél, como carece igualmente de tal derecho para acusar en casación el pronunciamiento del Tribunal en lo tocante con el mismo Calle, con tanto mayor razón cuanto que por este último no se interpuso el recurso extraordinario contra este pronunciamiento.

Lo expuesto hace ver que mal han podido ser infringidas por el Tribunal las disposiciones de la ley sustancial con que por el recurrente se han relacionado estos cargos.

CARGOS QUINTO Y SEXTO

Corresponden a los enumerados como cuarto y quinto en la demanda de casación, los que por tener conexión de materias, se reúnen aquí para tratarlos simultáneamente. En ambos cargos se impugna el fallo con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por infracción de preceptos de ley sustancial, proveniente "de error evidente de hecho por indebida apreciación" de las siguientes pruebas: documento suscrito por Gabriel Henao Machado, Francisco Henao Machado y Rafaela Henao Machado de Lopera (fs. 15 vto. cuaderno de Pruebas Actor) y documento suscrito por Luis Henao Machado (fs. 16 ibídem). Los preceptos sustanciales citados como infringidos son: el cargo cuarto de la acusación, los artículos 1505, 1506 y 1507 del Código Civil, en relación con los artículos 233, 240, 269 y 270 del Código Judicial y 946 y 949 del Código Civil; y en el cargo quinto, los artículos 2469, 947, 949 y 950 ibídem.

Los documentos que se indican como erróneamente apreciados por el Tribunal consisten en dos memoriales dirigidos al Notario del Circuito de Santa Rosa, uno suscrito por Francisco, Gabriel y Rafaela Henao Machado y el otro por Luis de iguales apellidos, en que los memorialistas confieren poder al señor Libardo Roldán Díaz para enajenar por medio de escritura pública, a título de venta, en favor del señor Victoriano Henao o a la persona que éste indique los derechos pro indiviso de los poderdantes en la mitad del almacén que, en la plaza principal de la misma ciudad, tuvo el finado Marco A. Henao con el nombrado Victoriano Henao, derechos que comprenden "todo el activo patrimonial de dicho almacén, muebles e inmuebles", dando por recibidos los respectivos precios, que allí se dice ya fueron satisfechos por Victoriano Henao, y tratándose ahora solamente de solemnizar la venta.

El recurrente hace consistir el error de hecho que atribuye el sentenciador en que, al paso que en los poderes referidos se expresa que los derechos de cuya enajenación se trata comprenden "todo el activo patrimonial de dicho almacén, muebles e inmuebles", el Tribunal en el párrafo de la sentencia, relativo a tales poderes, dijo "que hacen referencia únicamente a los negocios sobre la liquidación de la sociedad de hecho, en la cual —se repite— no quedó jurídicamente incluída la propiedad del edificio..."

Dado lo cual, dice el recurrente que erró el sentenciador al no caer en cuenta de que "tales do-

cumentos prueban que la señora Inés Machado de Henao no tiene personería, ni por sí ni como representante de sus hijos menores, para promover la reivindicación de la mitad del inmueble que se supone pertenece a la sociedad conyugal disuelta y a la herencia de Marco A. Henao, por iguales partes, cuando cuatro de los legitimarios en la sucesión de Henao estaban en vía de transferir al demandado Victoriano Henao sus derechos, reales o supuestos, sobre el inmueble cuya mitad se reivindica". Y pretendiendo fundar este aserto alega que "En las normas del capítulo correspondiente al cuasicontrato de comunidad no hay texto expreso que otorgue a cada comunero, separadamente, el derecho a la representación judicial de la comunidad y, al contrario, el conjunto de disposiciones de la Ley 95 de 1890 más bien se orienta a la representación expresamente conferida por la mayoría de los condueños a un administrador, lo cual concuerda con el texto del artículo 2323 del Código Civil, según el cual 'el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social' ". Y luego agrega que "sabido es que el socio por sí no tiene derecho de representación judicial de la compañía"; que resulta contraria a las normas generales "la conducta de la demandante cuando promueve a nombre de la herencia y de la sociedad conyugal una reivindicación de la mitad del inmueble abrogándose la representación de unos comuneros que en documentos que obran dentro del juicio han hecho declaraciones perentorias que excluyen toda intención reivindicatoria y declaran que han recibido el precio de cesión de sus derechos herenciales en el inmueble", es decir que se opone a las normas citadas el que "un comunero pida para otros comuneros que no desean pedir". Finalmente, en relación con el quinto cargo de la acusación, dice su autor: "El error del fallo consiste en haber admitido las pretensiones reivindicatorias de la señora de Henao en relación con los derechos de los herederos de Marco A. Henao que habían celebrado un arreglo transaccional con Victoriano Henao, de que dan clara cuenta los documentos aludidos"; que tales herederos otorgantes del poder al señor Roldán "remataron así un acuerdo que con evidencia tenía por objeto cancelar la situación dudosa relativa al dominio del inmueble, con lo cual evitaban las partes el litigio que promovió después la señora de Henao"; y que "El sentido transaccional de estos documentos es aún más claro cuando se considera que la fecha de ellos es un poco anterior a la fecha de la demanda".

Consideraciones de la Corte:

Aparte de que para el Tribunal no está demostrado que la propiedad del bien raíz de que se trata hubiese sido adquirida por la sedicente sociedad de facto formada entre Victoriano y Marco A. Henao, por no constar ello en escritura pública registrada, por lo cual, al apreciar los documentos de poder mencionados, pudo el sentenciador, en uso de su autonomía, estimar como lo hizo, que tales poderes no comprendían la facultad de enajenar derechos en el inmueble en referencia, sin incurrir así en el error de hecho evidente que le atribuye el acusante, con todo, aún en la hipótesis de que hubiera incidido en esta especie de error, ello sería intrascendente, como aparece de las razones con que se pasa a rechazar el cargo:

No consta que el mandatario señor Roldán Díaz hubiese efectuado la enajenación para la cual, se supone, se le autorizaba por algunos de los interesados en la sucesión de Marco A. Henao, distintos de la señora Inés Machado de Henao y de las menores Clara Rosa e Inés Emilia Henao Machado, o lo que es lo mismo que, no habiéndose realizado por el apoderado tal enajenación, el simple otorgamiento de aquel poder no tuvo la virtud de modificar la preexistente situación jurídica del bien inmueble aludido; que, aunque quisiera verse en los documentos referidos, como lo pretende el recurrente, no solo el otorgamiento de un poder, sino la comprobación de un negocio consumado, esto sería legalmente imposible en el caso del pleito, porque, tratándose de la venta de derechos, ya en un bien raíz, ya en una sucesión hereditaria, tal acto requiere para su validez el que sea otorgado por escritura pública, al tenor del artículo 1857 del Código Civil y sus concordantes; que debe predicarse exactamente lo mismo respecto del supuesto arreglo transaccional que el recurrente sostiene estar contenido bajo los documentos privados en referencia, en los cuales no se trató por los poderdantes de facultar al mandatario para una transacción, sino para una venta, y que si de llevar a efecto una transacción se hubiera intentado, también hubiera necesitado para su validez, por comprender derechos inmuebles, del otorgamiento de escritura pública, con arreglo a los artículos 749 y 2577 ibídem; que, en estas cir-

cunstancias, si en los pagos hechos por Victoriano Henao a la viuda y herederos de Marco A. Henao de que dan cuenta documentos privados existentes en el juicio, se hubiere comprendido el valor del derecho inmueble de que se trata, en tal supuesto ello, como lo dijo el Tribunal, daría motivo para la correspondiente reintegración o restitución en favor del mencionado Victoriano, lo que en caso de controversia "requeriría juicio aparte con probanzas adecuadas..."; que, correspondiendo la mitad pro indiviso del inmueble en que funcionó el almacén a la comunidad universal formada por la sociedad conyugal que existió entre Inés Machado de Henao y Marco A. Henao y por la sucesión de este último, en la liquidación de las cuales no se incluyó tal derecho, bien han podido la cónyuge sobreviviente y las herederas menores del causante, éstas representadas por aquélla, demandar para tal comunidad, ilíquida en lo relativo al derecho inmueble de que se trata, la reivindicación del mismo

La alegación del recurrente, de que no hay texto expreso que otorgue a cada comunero, separadamente, el derecho a la representación judicial de la comunidad, y de que resulta contraria a las normas generales la conducta de la demandante al promover a nombre de la herencia y de la sociedad conyugal referidas a este juicio de reivindicación, arrogándose la representación de los comuneros que otorgaron los documentos de poder de que ya se habló, es improcedente. Porque, el artículo 2353 del C. C. invocado en el recurso y según el cual "el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social", es precepto que mira a la concurrencia de los comuneros en materia de beneficios y cargos de la comunidad, sin que impida el que uno cualquiera de ellos, a efecto de defender su parte en la cosa o derecho común, pueda perseguir para la comunidad todo lo que a ésta corresponde. Ello no significa que los comuneros se representen los unos a los otros, ni que la comunidad constituya una persona jurídica, sino que dada su misma naturaleza, en que el derecho de cada comunero versa sobre el conjunto de la cosa común indivisa y no sobre una parte determinada de la misma: "toto in tota et toto in qualibet parte", es de rigor lógico que un comunero, gestionando su propio derecho y representando, por lo mismo, su personal interés, pueda, en procuración de éste, perseguir todo lo que al conjunto pertenece.

En este sentido, ha sido terminante la doctrina de la Corte contenida en numerosos fallos, de uno de los cuales proferido con fecha 1º de abril de 1954, se transcriben en seguida los siguientes apartes:

"Pero si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquélla. La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor".

"Tanto bajo el antiguo régimen patrimonial en el matrimonio, como bajo el nuevo consagrado en la Ley 28 de 1932, por la muerte de uno de los cónyuges surge una comunidad universal, a saber, la sociedad conyugal ilíquida constituída por la masa de bienes que deben repartirse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del finado. Nuestra jurisprudencia ha aceptado que los derechos de la sociedad conyugal ilíquida pueden hacerse efectivos judicialmente por los copartícipes en esta comunidad, o sea, el cónyuge sobreviviente y los herederos del de cujus, no siendo necesaria la concurrencia de consumo de uno y de otros para el ejercicio de las acciones que favorecen a la comunidad; pero también ha establecido que para demandar debidamente a la sociedad conyugal ilíquida y obtener sentencia condenatoria que produzca sus efectos contra el cónyuge sobreviviente y los herederos, deben comparecer todos dentro del juicio (Casación, junio 11 de 1952, LXXII, 418).

"En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular, puede promover la acción reivindicatoria en beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conservación de la cosa común aprovecha a toda la comunidad, a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda, favorece a todos los comuneros, como lo establece el artículo 2525 del Código Civil. Y en materia de servidumbre establece el artículo 943 del mismo Código: "Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos

no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno".

"El artículo 1325 del Código Civil reconoce expresamente al heredero la acción reivindicatoria sobre las cosas hereditarias que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por éstos, caso en el cual se ejercita la acción no para sí sino para la sucesión". (LXXVII, 2140, págs. 346 y 347).

Todo lo dicho quiere decir que no han sido violados por el sentenciador los preceptos sustanciales señalados como infringidos en la formulación de estos cargos, los que así resultan imprósperos.

CARGO SEPTIMO

Mediante este último cargo, se acusa la sentencia por infracción directa del artículo 949 del Código Civil, debida a interpretación errónea del mismo texto.

A este intento, dice el acusante que "se puede reivindicar una cosa o un derecho de cuota sobre una cosa"; que "el comunero, por tanto, no tiene la acción reivindicatoria común sino una acción especial, la del artículo 949 del Código Civil"; que, cuando el heredero pide para la sucesión, "en realidad sódo pide para sí y para sus coherederos"; que, en el caso del pleito, la viuda de Henao, excediendo el ámbito de la acción que la ley le confiere, ha demandado a nombre de otros comuneros, de quienes no tiene la representación; y concluye así: "La interpretación errónea, que imputo a la sentencia según este cargo, consiste en haber considerado el Tribunal que el comunero tiene acción para promover la reivindicación de los derechos que corresponden a sus condueños en la cosa común, y no, exclusivamente, para propugnar la reivindicación de su cuota, y sólo de ella. Así, la sentencia ha acordado la restitución de las cuotas de los menores hijos de la señora de Henao y la de otros comuneros de los cuales ella no posee representación".

Se considera:

Además de las razones expuestas por la Corte en el capítulo ánterior y que también se imponen en este punto, conviene decir que el derecho consagrado en el artículo 949 del Código Civil, de poderse reivindicar una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular, presupone que el reivindicante tenga título de dominio pertinente á tal cuota; pero este requisito no se cumple, respecto de bienes de la comunidad universal que aún no han sido asignados a ninguno de los partícipes. En relación con estos bienes sin adjudicar, el derecho del heredero es solamente el de herencia, pero no el de dominio, el que por la vía de la sucesión, sólo podrá llegar a tener cuando se le haga la adjudicación correspondiente. Es así cómo, tratándose de bienes que han quedado por fuera de la partición, el heredero o uno cualquiera de los herederos no puede reivindicar para sí, sino para la comunidad universal por tal aspecto ilíquida. Así resulta del propio artículo 949 del C. C. y del artículo 1325 ibídem. Por lo tanto, en el caso de este juicio, el Tribunal no violó en forma alguna el referido artículo 949.

No proceden, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.—Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL

1. **Bien es que el art. 6º de la Ley 45 de 1936 no expresa que el proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo natural se haga de un modo competente, como sí aparece de la literalidad del artículo 397 del Código Civil para la posesión notoria del estado de hijo legítimo. Pero como es claro que en el modo competente no se trata de una noción absoluta sino por el contrario eminentemente relativa a las circunstancias concretas y peculiares de cada hipótesis en particular, sometidas de suyo a la discreción del sentenciador que ha de ponderarlas para determinar si están proporcionadas a la inferencia de paternidad por los hechos posesorios de estado civil, se sigue obviamente que tal predicamento corresponde del mismo modo relativo tanto a la filiación legítima como a la filiación natural.**

2. **No basta la notoriedad de relaciones sexuales con la madre y que el hijo nazca después de ciento ochenta días desde que empezaron o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, para que se integre la presunción de paternidad. Se requiere, además, que las relaciones sean estables, aunque no haya comunidad de habitación. Por lo mismo, es indispensable acreditar hechos concretos y tan significativos que permitan rectamente al juez llegar a la profunda convicción de que tales relaciones no experimentaron interferencias perturbadoras, ni fueron concurrentes, precarias o efímeras, según las modalidades características de cada hipótesis en particular.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez (10) de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, por vía ordinaria y como herederos de Nazario Borja Morales, fueron citados Francisco, Rosalía, Isabel, Elvira, Belarmina, Jesús Antonio, Julia, Josefina y Laura Borja Morales para responder a la demanda de Mario Cruz, quien formuló estas súplicas:

"1ª— Que el señor Mario Cruz es hijo natural de Pedro Nazario Borja Morales, fallecido en esta ciudad (Roldanillo) el 31 de mayo del corriente año (1955);

"2ª— Que Mario Cruz, en dicho carácter tiene derecho a recoger toda la herencia del causante señor Pedro Nazario Borja M., con exclusión de cualquiera otra persona que no ostente la calidad de hijo legítimo o natural de dicho causante;

"3ª— Que con base en la anterior declaración judicial, el señor Mario Cruz tiene derecho a invenir en la causa de sucesión intestada del señor Pedro Nazario Borja M., si a la fecha de la sentencia no estuviere liquidada esta causa mortuoria;

"4ª— Que los demandados Francisco, Rosalía, Isabel, Elvira, Belarmina, Jesús Antonio, Julia, Josefina y Laura Borja Morales quedan obligados a restituír o entregar al señor Mario Cruz, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, los bienes hereditarios detallados en el hecho 13º de la demanda, y todos los demás bienes, raíces, muebles, semovientes o valores que constituyen el patrimonio del causante Pedro Nazario Borja M., junto con sus frutos naturales y civiles, causados a partir de su fallecimiento;

"5ª—Que se ordene oficiar a los señores Notario Público y Cura Párroco de este Municipio, a fin de que, el primero extienda en el Registro Civil la correspondiente acta de reconocimiento del nuevo estado del señor Mario Cruz, y el segundo, haga la respectiva anotación marginal en la partida bautismal, todo en conformidad a lo ordenado por el Decreto reglamentario de la Ley 92 de 1938, número 1003 de 1939 en su artículo 33;

"6ª— Que los demandados deben pagar las costas y expensas del juicio a que dieren lugar, si se opusieren a las declaraciones de esta demanda".

Se hizo depender la filiación natural de que desde los primeros meses de 1910 Nazario Borja mantuvo relaciones sexuales públicas y estables hasta principios de 1912 en la población de Roldanillo con Cleofe Cruz, de las que nació Mario Cruz el 1º de julio de 1911. Además afirma la demanda que Nazario rodeó al niño de cuidados paternales desde el nacimiento "y mediante hechos ostensibles que implícita pero inequívocamente demostraban el propósito de considerarse y ser considerado como padre natural de dicho menor, conducta manifestada en diversas circunstancias y de manera persistente durante todos los años de su vida". Agrega que esos cuidados y tratamiento paternales "se manifestaron por la atención a las necesidades primordiales de su crianza, por la provisión de menesteres para su modesta educación en la escuela pública de esta población (Roldanillo), y posteriormente para su establecimiento, y presentándolo siempre como hijo suyo ante sus amigos y relacionados". Afirma que tan sincera y franca fue la conducta de Nazario para con Mario que lo llevó a que conviviera por más de dos años en casa de su propia madre Lugarda Morales, "recibiendo en dicho hogar toda clase de cuidados y afectos que generosamente se le prodigaban como a miembro de la familia".

En suma: quedaron invocadas las causales 4ª y 5ª del artículo 4º, Ley 45 de 1936 para la declaración judicial de paternidad natural.

Terminó el proceso en primera instancia con fallo plenamente absolutorio de fecha 11 de septiembre de 1958, que, apelado por el actor, recibió confirmación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 2 de diciembre de 1959.

Compete ahora a la Corte resolver sobre el recurso de casación que interpuso el demandante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Sobre la causal 4º de paternidad reconocida por la justicia, consistente en relaciones sexuales notorias y estables entre los presuntos progenitores, el sentenciador, después de consideraciones generales, expresa:

"Examinado y considerado detenidamente el múltiple acervo testimonial allegado por la parte actora resulta muy claro y salta obviamente que por más que muchos de esos deponentes afirman que Cleofe Cruz y Nazario Borja Morales tuvieron relaciones sexuales entre los años de 1910 y 1912 y que afirmen enfáticamente que tales relaciones sexuales fueron notorias y estables, es lo cierto que en verdad tales calificaciones se hacen por los testigos sólo conceptualmente sobre el conocimiento de que Borja Morales entraba con frecuencia y aún diariamente y con confianza en la casa de **Las Mediaguas** en que habitaba la Cruz en tal época y porque tal hecho era entonces de público conocimiento. Es decir, puede afirmarse, sin duda alguna, que ninguno de los testimonios, responsivamente, con fundamento en un hecho o hechos concretos o en una continuidad de determinados elementos de hecho que conduzcan a establecer el concepto, puede deducirse que tales relaciones sexuales, que eran de carácter notorio, también lo fueran en forma estable, en las condiciones de este concepto".

Comenta cada una de las declaraciones de Espíritu Santo Vaca, Jeremías Lozano, Fernando Madrid, Ismael Reyes Valencia, Vicente Rayo, Lucas Reyes y Miguel Alvarez; y estima que "ninguno de los testigos traídos al juicio por el actor para acreditar el primer extremo en que funda su demanda de filiación, formula una declaración concreta y exacta sobre un hecho o un conjunto de hechos que a través de su percepción personal y directa conduzca clara y directamente a tener como establecido que las relaciones sexuales habidas entre Pedro Nazario Borja y Cleofe Cruz tuvieron el carácter de estables", y concreta el Tribunal su apreciación así:

"Pero como se ha visto antes, ninguno de los deponentes citados por el actor manifiesta con fundamento objetivo y concreto que tales relaciones sexuales se hubiesen realizado en forma estable, condición y carácter éste que el artículo 4º de la

Ley 45 de 1936 exige en tales relaciones entre hombre y mujer para los efectos de la presunción de paternidad que en ellas se funda, pues no basta que tal calificación de estable, como también de notoriedad, la exprese el testigo sino que es necesario además que ese mismo testigo exprese y dé razón de un hecho o conjunto de hechos concretos que objetivamente haya sido materia de su percepción y conocimiento y que contribuyan a la articulación y conformación de aquellos conceptos, y por todo ello se llega a la conclusión y se repite, que en el presente caso, a pesar del numeroso acervo testimonial, no puede estimarse como acreditada (sic) las relaciones sexuales entre Cleofe Cruz y Pedro Nazario Borja con calidad de estables, aunque fueron innegablemente notorias, lo que impedirá la prosperidad de la acción de filiación al respecto".

Tocante a la invocada posesión notoria del estado civil, el sentenciador señala el criterio jurisprudencial sobre la materia, y expone:

"La mayoría de los testigos más caracterizados y de mayor respaldo en sus afirmaciones sobre hechos personales y propios refieren actos respecto del actor atribuídos a Nazario Borja, situándolos en la niñez de Mario Cruz. así, Jeremías Lozano refiere que Borja Morales "cogía al niño, lo montaba en la bestia y lo paseaba": Espíritu Santo Vaca reconoce ese hecho de paternidad durante "toda la niñez de Mario": Ismael Reyes refiere que Borja M.. daba a Mario Cruz "centavitos para que comprara cuadernos": Lisímaco Quintero afirma que cuando "Cruz tenía ocho años iba con frecuencia al Rey", mas este testigo desconoce la verdadera ocupación de Cleofe Cruz: Fernando Madrid afirma que don Nazario "cargaba y acariciaba al niño": Lucas Reyes afirma que Nazario sacaba al niño a pasear: Nicolás Torres cuenta que teniendo Mario ocho o diez años Borja Morales mandó a aquel a hacerle dos vestidos a Mario: Ricardo Romás repite que Nazario montaba a Mario a caballo: Remigio Millán afirma que "mi compadre le ayudaba también al niño en asuntos de educación": Antonio Millán afirma que Mario "le hacía a Nazario pedidos de dinero para vestuario. drogas. educación. etc.". pero limita sus conocimientos a los cinco años que trabajó en la finca El Rey: Emilio Villegas afirma, y ello es verdadero como se ve de la partida de nacimiento eclesiástica que obra en el juicio, que don Nazario "buscó a mi hermano Cornelio para que apadrinara al niño" y que aquél continuó "nombrando a mi hermano como su compadre", y agrega que Mario vivió en su casa en su niñez por unos dos años pero que en ese lapso Borja Morales "nunca llegó a ir a la casa mía"; y Ubaldina Urdinola afirma que don Nazario llevaba a Mario "cogido de la mano por las calles de Roldanillo", lo montaba a caballo, lo llevaba a la finca y le daba al niño de vestir "porque vió a Nazario una vez con Mario en una sastrería".

"Mas, como bien fácilmente puede observarse, todas las copiadas expresiones, frases y afirmaciones son relativas a la niñez del actor sin que los testigos formulen afirmaciones sobre otros hechos ocurridos a una edad más avanzada de Mario Cruz hasta antes del año en que cambió su domicilio de Roldanillo para el año de 1933, según el dicho de algunos testigos, y en forma tal que dichos actos atribuídos a Nazario Borja Morales articulen un trato de éste para con Cruz en calidad de hijo natural por un lapso de diez años o más que exige el artículo 397 del Código Civil.

"De otra parte, los hechos que relatan tan desarticuladamente los testigos, y que se han citado, no evidencian una posesión notoria de Mario Cruz del estado de hijo natural de Pedro Nazario Borja Morales, porque tales actos no han sido expuestos por los deponentes como ejecutados por el pretendido padre Borja con calidad de permanentes, constantes y regulares en orden y acento definido a cumplir finalidades de subsistencia, educación y establecimiento del beneficiado con aquellos actos, ni en tales hechos relatados por los referidos testigos se encuentran evidenciados los elementos tradicionales de la posesión de estado ni, con criterio más extremo, puede predicarse que con esos hechos relatados incidentalmente por los testigos, Mario Cruz gozara notoriamente de la calidad de hijo".

Hace otras consideraciones alrededor de los testimonios, y agrega:

"Se ve entonces que con el acervo testimonial se han establecido algunos hechos atribuídos a Nazario Borja Morales respecto del actor Mario Cruz y se podían estimar como ciertos y verdaderos tales hechos Pero cosa distinta es que la forma como los deponentes hacen sus afirmacio-

nes, la apariencia incidental de cada hecho relatado por cada testigo, la imposibilidad de conformar por cada testimonio y por la apreciación global y conjunta de todas las declaraciones la estructura de una actividad permanente de reconocimiento público de paternidad por parte de Borja Morales mediante esos hechos y la continuidad de una voluntad manifiestamente pública en tal sentido y muy especialmente porque tales incidencias aparecen solitarias, todo ello impide aceptar como probado que Nazario Borja Morales tuviera voluntad de establecer competentemente a Mario Cruz ni con educación ni con profesión u oficio, todo ello hace imposible que pueda llegar a estimarse que Mario Cruz gozara en el tiempo en que residió en Roldanillo de las prerrogativas, o por lo menos, los favores de su presunto padre y de la voluntad de éste de proveer a aquel a su subsistencia, educación y establecimiento, como lo exige el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 como medios restrictivos de acreditar la posesión notoria del estado de hijo natural, y porque aquí es evidente que lo relatado por los testigos sólo pueden calificarse y estimarse como actos esporádicos, independientes, sin espíritu de voluntad (sic) continua y permanente que siempre debe presidir el tratamiento y cumplimiento del padre con el hijo dirigidos a aquellos fines eminentes".

LA IMPUGNACION

"Invoco —dice el libelo— la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial para pedir la infirmación de la sentencia, así:

"1º— Violación de ley sustantiva por infracción directa;

"2º— Violación de ley sustantiva por aplicación indebida; y

"3º— Violación de ley sustantiva como resultado de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y en falta de apreciación de otras".

I.— Con respecto a la posesión notoria del estado de hijo natural la demanda estima directamente infringido el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, por cuanto a la educación y establecimiento del hijo, prescindiera de exigir que se haya hecho de **un modo competente** para el natural, como diferencia con lo estatuído por el artículo 397 del Código Civil para el tratamiento del legítimo.

"Educación y establecimiento **de un modo competente** —se lee en la demanda— es un predicado de la posesión notoria del estado de hijo legítimo, conforme al artículo 397 del Código Civil. De esta exigencia se prescindió, por la naturaleza de las cosas, en la Ley 45 de 1936 artículo 6º.

"En presencia de este hecho, el Tribunal sentenciador ha debido reconocerlo en la sentencia. No lo hizo así, desconociendo la voluntad abstracta de la ley nueva. Este desobedecimiento del mandato del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, hizo incurrir a la sentencia en la infracción directa del precitado artículo 6º de la Ley 45 de 1936, por cuya causa la acuso".

II.— Cuanto al segundo aspecto de la impugnación expresa el recurrente:

"Entre la posesión notoria del estado de hijo legítimo y la posesión notoria del estado de hijo natural, existen las siguientes diferencias:

"a) Los hijos legítimos suponen una unión socialmente autorizada de los padres. Los hijos naturales no la suponen;

"b) La conducta de los padres legítimos en cuanto a subsistencia, educación y establecimiento de sus hijos, es cóngrua. La conducta del padre o madre naturales es diferente; y

"c) La conjunción es copulativa para hijos legítimos y disyuntiva para hijos naturales. Por tanto, para que sean reputados como hijos legítimos o como naturales, según la posesión notoria, la presentación es a: deudos y amigos Y éstos Y el vecindario. Deudos y amigos O el vecindario".

De lo cual desprende que la sentencia "incurrió en un error de subsunción del caso particular en la norma abstracta", en cuanto el Tribunal encontró que Nazario Borja no tuvo voluntad de establecer competentemente a Mario Cruz. Y expresa el recurrente:

"Adelante agrega (el Tribunal) en la síntesis que hizo que no hay actos o hechos 'atribuídos a Mario Borja Morales que permitieran a sus deudos, amigos y vecindario en general fundar el concepto de posesión notoria de estado de hijo natural...'

"Por tanto, la sentencia resolvió a través del artículo 397 del Código Civil un caso no contemplado por dicho artículo, incurriendo de ese modo en su aplicación indebida y violando de contragolpe los artículos 6º y 7º de la Ley 45 de 1936 por falta de aplicación. Y así lo acuso".

III.— Por el tercer aspecto de la acusación el recurrente ensaya su propio criterio para valorar los testimonios y contraponerlo al de la sentencia, con el ánimo de demostrar error de derecho. Y por cuanto atañe a la censura referente a error manifiesto de hecho, expresa que el fallo dejó de apreciar los testimonios que a continuación describe la demanda, a saber:

"Ascensión Sánchez v. de Millán, f. 26: Testifica sobre la existencia de las relaciones sexuales estables entre Nazario y Cleofe de 1910 a 1911; sobre la platica que Nazario daba a Cleofe; sobre las compras de comistraje que Nazario le hacía a ella para llevar a Mario a quien se lo presentó como a su hijo; que cuando Nazario llevaba a Mario sobre el caballo, lo cubría con una ruana.

"Gregoria Quintero, f. 34: Da cuenta de las relaciones de carácter sexual estables entre Nazario y Cleofe por los años de 1910 a 1911; de su modo de constatar cómo en días de mercado Nazario le compraba productos de su venta para llevar a Cleofe y a Mario; de la manera como Nazario presentaba a Mario a sus amigos y manifiesta como el tratamiento que Nazario daba a Mario se prolongó por más de diez años.

"Antonio Reyes Latorre, f. 37: Condiscípulo de Mario observó que Nazario proveía a los menesteres escolares de dicho Mario, además de lo necesario para alimentación y vestidos. Muchas veces veía a Mario en anca del caballo de Nazario. Afirma este tratamiento de padre a hijo hasta la muerte de Nazario.

"Pablo Emilio Llanos, f. 40: Le consta que Mario es hijo de Nazario porque tanto éste como Cleofe lo trataban como hijo y Lugarda lo trataba en su calidad de abuela. Afirma más de 10 años.

"Juan Quintero, f. 43: Observó el tratamiento de padre que Nazario daba a Mario, presentándolo como hijo.

"Petrona Rayo de Ayala, f. 46: Relata que estando Cleofe en casa de la deponente, Mario se presentó con un árbol de gualanday .Cleofe trató de castigar a Mario. En ese momento pasaba Nazario a caballo y lo salvó del peligro. Posteriormente observó el tratamiento de padre que por más de diez años Nazario dió a Mario.

"Daniel Romero, f. 48: Nazario en alguna ocasión le dijo: "Daniel, le voy a pedir un favor... el favor que le pido es que no se lleve el niño para esos lugares porque deja por ello de concurrir a la escuela, a lo cual le contesté: Vea don Nazario, yo no lo convido, sino que él se va detrás". Y en otra ocasión: "Daniel, usted me ha visto a Mario a lo cual le contesté que hasta la tarde anterior habíamos estado jugando pelota. Dígamele a Mario que tengo conocimiento de que hace unos cinco días no va a la escuela y que le mando decir que concurra a la escuela, que no sea sinverguenza, que eso era lo que le servía, para que después no dijeran que no había tenido padres que les ayudara".

Y finalmente da testimonio del trato que Lugarda daba a Nazario.

"Ana María Chamorro de Quintero, f. 51: Varias veces vió a Mario en la finca de Nazario o en la casa de Lugarda. Nazario le preguntaba por Mario cuando ella llegaba de Palmira.

"Casimira Mendoza, f. 65: Cuando Mario tenía unos doce años lo veía en la finca El Rey recibiendo el tratamiento de su padre Nazario.

"Esteban Mendoza, f. 81: "Recuerdo perfectamente (trabajando en la finca) llegó el señor Mario Cruz quien en ese entonces tendría unos quince años de edad... saludó a don Nazario alabó a Dios y le dijo cómo está papá y don Nazario le contestó "bien mijo".

"Emiliano Lerna Pérez, f. 85: Testifica sobre las relaciones sexuales entre Nazario y Cleofe, sobre educación y establecimiento.

"Trinidad Millán de Mendoza, f. 89: Da cuenta de las relaciones sexuales entre Nazario y Cleofe. Habido Mario veía como Nazario lo cargaba.

"Gabriel Dradá, f. 96: Buen amigo de Nazario, éste dormía por ratos en el taller de Dradá y lue-

go salía para donde Cleofe y dice que "Nazario nunca se preocupó de disimular u ocultar el estado de amancebamiento en que vivía con Cleofe. "Y por espacio superior a diez años presencia el trato que Nazario prodigaba a Mario para establecerlo.

"Célimo Mendoza, f. 98: Era encargado de llevar los menesteres alimenticios a Cleofe y a Mario.

"Modesto Pérez Pedroza, f. 278: Amigo íntimo de Nazario cuenta cómo éste último lo noticiaba de sus relaciones con Cleofe y con su hijo Mario.

"Marceliano Alvarez Ruiz, f. 278: Nazario presentó a este testigo a Mario como su hijo. Los vió paseando por las calles de Roldanillo y testifica sobre subsistencia y educación".

Cita como normas medio los artículos 34, 92, 395, 398 y 399 del Código Civil; 472, 593, 661, 664, 696 y 697 del Código Judicial; y como disposiciones sustanciales violadas, los artículos 4º, numerales 4º y 5º, 6º y 20 Ley 45 de 1936, y 660 del Código Judicial.

LA OPOSICION

En su réplica la parte demandada estima que "el Tribunal aplicó correctamente el artículo 6º de la Ley 45 que es el que gobierna el régimen de la prueba en materia de filiación natural", transcribe pasos del fallo, y dice:

"El Tribunal no hace así ninguna mala aplicación del artículo 6º de la Ley 45 ni menos del artículo 397 del C. C. Esta última disposición aparece citada en la sentencia de casación que el Tribunal reproduce. En esa sentencia se reafirma el criterio de severidad que según la Corte debe guiar el examen de las pruebas tendientes a establecer la filiación natural apoyada especialmente en las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45. El Tribunal no hace más que ceñirse a ese criterio investigativo en el análisis de las pruebas. De manera que si algún error cometió estaría radicado en ese análisis, y entonces la cuestión se desplaza en casación al campo probatorio, y en ese campo debe probar el recurrente que se incurrió en errores manifiestos de hecho o de derecho, en la estimación de las pruebas, y señalarlos".

Y en cuanto a la valoración probatoria efectuada en la sentencia el opositor trae en su apoyo la doctrina de la Corte y trascribe la consignada en sentencia de casación proferida el 5 de diciembre de 1958, además de observar que el sentenciador no dejó de tener en cuenta los testimonios que cita el recurrente, "pues bien al contrario aquél afirma que su convicción se formó sobre la base de todos los testigos traídos al juicio para demostrar los dos extremos de la demanda".

Y añade:

"No es el solo hecho de que el Tribunal omita en la relación de testimonios examinados algunos de los que figuran en el juicio, lo que configura un error de hecho; se requiere además que del conjunto de estos testimonios dejados de examinar, resulte una prueba tan concluyente del hecho debatido que ciegue por su claridad.

"Empero, esta circunstancia lejos de ser el caso de las declaraciones que cita el recurrente, las cuales el Tribunal omite mencionar precisamente porque son las que menos datos, y por ende indicios, aportan en orden a demostrar las dos causales de filiación propuestas. Lo esencial de lo que dicen esas declaraciones transcríbelo el recurrente en la demanda de casación; y son datos de escasa importancia los que apuntan los testigos, que sería absurdo que con base en ellos la justicia aceptase la declaración de filiación demandada".

SE CONSIDERA:

1.— No ha desconocido el sentenciador la regulación sustancial aplicable al reconocimiento por la justicia de la paternidad natural con base en las presunciones organizadas por los ordinales 4º y 5º, artículo 4º, Ley 45 de 1936. Sucedió simplemente que a pesar de los numerosos testimonios aportados al debate el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga no encontró acreditada la estabilidad de relaciones sexuales entre Nazario Borja Morales y Cleofe Cruz, aunque fueran de conocimiento público; ni con respecto a la posesión notoria de estado cosa alguna distinta de hechos esporádicos, incapaces de producir la inferencia cierta conducente a la convicción de ser Mario Cruz hijo natural de Borja Morales.

Bien es que el artículo 6º de la Ley 45 no expresa que el proveer a la subsistencia, educación

y establecimiento del hijo natural se haga de un modo competente, como sí aparece en la literalidad del artículo 397 del Código Civil para la posesión notoria del estado de hijo legítimo. Pero como es claro que en el modo competente no se trata de una noción absoluta sino por el contrario eminentemente relativa a las circunstancias concretas y peculiares de cada hipótesis en particular, sometidas de suyo a la discreción del sentenciador que ha de ponderarlas para determinar si están proporcionadas a la inferencia de paternidad por los hechos posesorios de estado civil, se sigue obviamente que tal predicamento corresponde del mismo modo relativo tanto a la filiación legítima como a la filiación natural.

2.— Cuando el planteamiento de la cuestión no ofrece duda acerca de las normas sustanciales por ser claro el sistema aplicable, se localiza en la comprobación de la causa petendi el contenido del recurso extraordinario, y no procede la infirmación por vía directa, sino indirectamente cuando la demanda demuestra que en el recinto probatorio hubo incidencia en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

La jurisprudencia de la Corte nunca ha contradicho el principio fundamental de que no es la casación tercera instancia, sino recurso extraordinario y estricto que se mide por causales predeterminadas en la ley para limitar los poderes del juzgador y circunscribir el alcance del respectivo libelo.

3.— Si en filiación natural la titularidad que se invoca corresponde a las presunciones organizadas por los numerales 4º y 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es forzoso el entendimiento de que la suerte de la acción estriba en la prueba completa de los hechos que, eslabonados, sirven de antecedentes a las susodichas inferencias de paternidad natural.

No basta la notoriedad de relaciones sexuales con la madre y que el hijo nazca después de ciento ochenta días desde que empezaron o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, para que se integre la presunción de paternidad. Se requiere, además, que las relaciones sean estables, aunque no haya comunidad de habitación. Por lo mismo, es indispensable acreditar hechos concretos y tan significativos que permitan rectamente al juez llegar a la profunda convicción de que tales relaciones no experimentaron interferencias perturbadoras, ni fueron concurrentes, precarias o efímeras, según las modalidades características de cada hipótesis en particular.

Y en cuanto a la posesión notoria de estado, es imprescindible que los antecedentes de trato paternal concretamente repetido en el tiempo, de proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del presunto hijo, aparezcan indubitablemente esclarecidos en forma que permita a deudos y amigos o al vecindario del domicilio inferir por general consenso la filiación, y al juez formar su íntimo convencimiento de que está plenamente probada como base para la declaración que se le demanda.

En ambas situaciones queda abierto con amplitud al sentenciador su poder discrecional para valorar los elementos de prueba ingresados al proceso, sin que la austeridad de criterio exigida siempre para escrutar lo verdadero en campos de natural incertidumbre pueda ser objeto de reparos en casación.

4.— Por todo ello procede repetir lo expuesto en sentencia de casación, citadas por el opositor, del 27 de noviembre y 5 de diciembre de 1958 (LXXXIX —2203 a 2205— 504 y 517), a saber:

"Cuando la censura consiste en alegar errónea apreciación probatoria, no es suficiente el nuevo examen de los medios aportados al debate para obtener la prosperidad del cargo. Es ineludible que el Tribunal de instancia haya incurrido en error de derecho o en error manifiesto de hecho.

"Si se plantea la existencia de relacicnes sexuales notorias y estables entre los progenitores o la posesión de estado por el hijo, el objetc propio de la controversia arraiga fundamentalmente en materias y circunstancias de hecho, y el juicio del sentenciador al respecto no es susceptible de reparo salvo yerro evidente, cuya demostración, lejos de existir ulterior ensayo crítico de las probanzas, se produce con sólo señalarlo, puesto que para ser manifiesto el error debe saltar al ojo.

"No es de recibo en casación la reapertura del debate de pruebas ni aún con el propósito de des-

cubrir errores que, por lo mismo, no son manifiestos. Ni tampoco para revaluar los medios a la luz de principios ponderativos que las partes consideren superiores a los que el Tribunal encontrara adecuados. Con razón más poderosa todavía si se trata de inferencias sobre hechos que por su naturaleza no admiten prueba directa y por ello mismo se refugian en la conciencia del sentenciador. Su convicción prevalece ante la Corte.

"El convencimiento judicial formado en uso de los poderes que para valorar los medios de prueba es concedido al fallador de instancia no queda en órbita dentro de la casación como recurso extraordinario y estricto. No es posible supeditar lo resuelto por el sentenciador en lo íntimo de su conciencia, cuando el fallo recurrido ante la Corte viene con el amparo de la presunción según la cual el derecho fue aplicado acertadamente en la instancia".

5.— Sobre la invocación de error manifiesto de hecho, por cuanto el Tribunal dejara de apreciar las declaraciones que la demanda relaciona y describe, es notorio que de esos relatos no surge contraevidencia alguna con la decisión del sentenciador, quien, por lo demás, la apoya explícitamente en el acervo testimonial, esto es, en el conjunto de las declaraciones allegadas al proceso.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1959 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

José J. Gómez R.—Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—Enrique López de la Pava—José Hernández Arbeláez.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA DE UN PREDIO

Reconocimiento en la sentencia de una excepción perentoria no alegada. — Inmueble vendido separadamente a varias personas. — Situación de la cosa vendida por quien no es dueño, cuando el vendedor adquiere el dominio. — Error de hecho.

Para tachar una sentencia de error de hecho, no es suficiente la afirmación de haber pasado inadvertida una prueba, cuando en verdad se trata de haberle negado a esa prueba valor preponderante sobre otra. El error de hecho es objetivo, material, por creer el sentenciador que está acreditado un hecho al suponer en el proceso la prueba legal del mismo; o que no está comprobado, por no haber advertido la prueba existente en autos. Que si se trata, no ya de omitir o suponer pruebas sino de valorarlas, esta labor no es de la órbita del error de hecho, sino del campo propio de los errores de derecho en la apreciación de las probanzas. El de hecho, además, debe aparecer de manifiesto en los autos, vale decir, que la negación del hecho por haber omitido la prueba, o la afirmación del mismo por haberla supuesto, no puede mantenerse, porque la única conclusión evidente ante la existencia o inexistencia de la prueba, es la opuesta diametralmente a aquella a que llegó el sentenciador.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio ordinario de Luis Alberto Rodríguez Mendieta contra Leonidas Hernández Parra.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechado el 9 de septiembre de 1959.

Recurrente: el demandado.

ANTECEDENTES

1.— Luis Alberto Rodríguez Mendieta demandó en juicio ordinario, ante el Juez del Circuito de Ubaté, a Leonidas Hernández Parra, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera: Pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Luis Alberto Rodríguez Mendieta, mayor y vecino de Chiquinquirá, el lote de terreno matriculado con el nombre de "Santanita", ubicado en la vereda de "El Fical", jurisdicción del Municipio de Simijaca, Departamento de Cundinamarca, comprendido dicho inmueble dentro de los siguientes linderos: Partiendo del camellón que dá entrada a la hacienda de "La Rosita", en línea recta hasta la hacienda de "El Fical", de propiedad de Laura Guerra de Peña, lindando con lote de propiedad de Aquileo Reyna (conocido con el número 14), de aquí vuelve a la derecha en recta, lindando con la hacienda "El Fical", hasta llegar a un mojón; de aquí vuelve a la derecha en recta lindando con propiedad de Eduardo Márquez, hasta llegar al camellón que da entrada a "La Rosíta"; de aquí vuelve a la derecha en recta y lindando con camellón de cuatro metros de ancho de por medio con lote conocido con el número doce (12), hasta llegar al punto de partida, lote o inmueble que tiene una cabida aproximada de dos (2) fanegadas y cuatro mil ochocientos cuarenta y cuatro (2 f. y 4.844 v.2) varas cuadradas.

"Segunda: Como consecuencia de la declaración anterior condénase al demandado Leonidas Hernández Parra, mayor de edad y vecino de Simijaca a RESTITUIR seis días después de ejecutoriada la correspondiente sentencia el inmueble des-

crito en el punto "Primero" de las peticiones, al demandante señor Luis Alberto Rodríguez Mendieta.

"Tercera: El demandado Leonidas Hernández Parra ha de pagar al demandante Luis Alberto Rodríguez Mendieta, seis días después de ejecutoriada la correspondiente sentencia el valor de los frutos naturales y civiles, no sólo de los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de peritos, desde la fecha en que el demandado vendió el inmueble y hasta el momento en que se haga la entrega correspondiente al demandante.

"Cuarta: El demandante no está obligado a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 965 del C. C. como consecuencia de la posesión de mala fe del demandado.

"Quinta: En la restitución del inmueble referido se comprenderán las cosas que hacen parte de él al tenor de lo dispuesto en el C. C. sobre la materia.

"Sexta: Declárase inexistente el gravamen hipotecario constituído por medio de la escritura pública Nº 646 del 2 de agosto de 1953 de la Notaría Primera de Chiquinquirá y constituída a favor del demandado Leonidas Hernández Parra gravando el inmueble descrito en el punto "Primero" de estas peticiones.

"Séptima: Inscríbase esta sentencia en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ubaté.

"Octava: Condénase en costas a la parte demandada, petición que formulo en caso de oposición".

2.— Se surtió el juicio con la oposición del demandado y la primera instancia se cerró con este fallo:

"1º— Declarar que pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Luis Alberto Rodríguez Mendieta, el lote de terreno matriculado con el nombre de "Santanita" ubicado en la vereda de "El Fical", jurisdicción del Municipio de Simijaca, Departamento de Cundinamarca, comprendido dicho inmueble dentro de los linderos que se describen en el punto primero de la parte petitoria de la demanda, porque el título por el cual se le hizo transferencia del derecho está vigente.

"2º— Condénase al demandado Leonidas Hernández Parra a restituir al demandante Luis Alberto Rodríguez Mendieta, o a quien represente sus derechos, dentro de los seis días siguientes de la ejecutoria de esta providencia, el inmueble materia de la reivindicación, de acuerdo con el punto anterior.

"3º— Condénase a Leonidas Hernández Parra, a pagar a Luis Alberto Rodríguez Mendieta, o a quien represente sus derechos, los frutos naturales y civiles, a partir del día trece de agosto de 1953, con arreglo a las bases establecidas en la parte motiva de esta providencia, sinembargo la liquidación total de los frutos naturales y civiles se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 553 del C. J.

"4º— Condénase al demandante Rodríguez Mendieta a pagar al demandado Hernández Parra el valor de las expensas necesarias. El valor de éstas se regulará de acuerdo con el artículo 553 del C.J.

"5º— Inscríbase esta sentencia en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ubaté.

"6º—Condénase al demandado en las costas del juicio. Tásense".

3.— Interpuesta la alzada por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resolvió:

"1º— Confirmar el numeral primero resolutivo de la sentencia apelada.

"2º— Reconocer la excepción de contrato no cumplido y en consecuencia negar las peticiones segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima de la demanda.

"3º— No es el caso de declarar inexistente el gravamen hipotecario constituído por la mencionada escritura pública 646 de dos de agosto de 1953, de la Notaría de Chiquinquirá.

"4º— Sin costas en ninguna de las instancias.

"5º— Queda en estos términos reformada la sentencia apelada".

4.— Recurrieron en casación ambos contendientes, pero el actor no formuló ante la Corte la co-

rrespondiente demanda, motivo por el cual fue declarado desierto el recurso por él introducido, El demandado la formuló en oportunidad, sin réplica de aquél, de modo que este fallo se referirá únicamente al recurso de la misma parte.

LA SENTENCIA

5. — El fallo, en cuanto hace a la declaración de pertenencia del inmueble, a favor del demandante, se funda en estos hechos:

a) Leonidas Hernández vendió el inmueble a Luis Castellanos Páez mediante escritura Nº 646, de 2 de agosto de 1953, de la Notaría Primera del Circuito de Chiquinquirá, y el último lo vendió a su turno a Luis Alberto Rodríguez Mendieta según instrumento Nº 679, de 13 de agosto del mismo año, pasado en la Notaría del Circuito de Simijaca. Estas escrituras no fueran registradas, sino en julio de 1957.

b) El 25 de septiembre de 1953, Leonidas Hernández Parra vendió de nuevo el inmueble a Leonidas Murcia Morato, por medio de escritura Nº 228 de la Notaría de Simijaca, y éste a su vez lo traspasó al mismo título a Hernández Parra, como consta del instrumento Nº 180, de 9 de julio de 1954, también de la Notaría de Simijaca. Ambos instrumentos fueron inscritos en el Registro Público, el 29 de septiembre de 1953, el primero, y el 13 de agosto de 1954, el segundo.

6.— Concluye la sentencia que habiendo readquirido el fundo Hernández Parra en virtud de la escritura registrada Nº 180 de 9 de julio de 1954, las inscripciones de la escrituras Nos. 646 y 679, fechadas el 2 y el 13 de agosto de 1953, inscripciones verificadas cuando ya Hernández Parra había recobrado la propiedad del inmueble, cumplieron su efecto legal de transferirla, primero a Luis Castellanos Páez (escritura Nº 646), y luego a Luis Alberto Rodríguez Mendieta, el demandante. (escritura Nº 679).

7.— Para apoyar tanto la excepción **non adimpleti contractus**, como la negativa dada a las peticiones segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima, afirma la sentencia que habiendo confesado el actor en su demanda, que debe al demandado la suma de dos mil pesos "como excedente del precio que al tenor del título de adquisición ha de pagar al demandado Leonidas Hernández", el actor está en mora de pagar ese saldo desde el 2 de enero de 1954, ya que según el título de adquisición, o sea la escritura Nº 679, de 13 de agosto de 1953, Luis Alberto Rodríguez Mendieta, al comprar a Luis Castellanos Páez, se obligó a satisfacer dicho saldo al tenor de esta cláusula: "... que vende por la suma de cinco mil pesos moneda legal, que el comprador pagará en esta forma:... y el resto, o sean dos mil pesos moneda legal que deja el vendedor en poder del comprador para que los pague al señor Leonidas Hernández Parra..."

LA ACUSACION

Se funda en las causales primera y segunda.

Causal de incongruencia

8.— Consiste el cargo de inconsonancia en que, al reconocer la sentencia la excepción **non adimpleti contractus**, por aparecer probada en autos —mas no alegada, agrega la Sala— debió negar todas las peticiones del libelo inicial, incluso la referente a la declaración de dominio, "pues habiéndose demostrado la existencia de la excepción **non adimpleti contractus**, por imperativo legal ha debido abstenerse de pronunciarse favorablemente sobre las pretensiones del actor".

Se considera:

9.— Si la excepción que no ha sido alegada, no es reconocida y declarada por el Juez, no hay causal de incongruencia, según constante doctrina de la Corte, ya que no se trata en tal caso de pretensión oportunamente deducida por la parte demandada. La habría, sí, en caso de haber sido alegada, al no **ocuparse de ella** la sentencia y ser ésta **condenatoria.**

En el presente caso no fue alegada la dicha defensa; empero, el Juez la declaró, con invocación del artículo 343 del C. J.; y con arreglo a tal excepción falló la litis, rechazando las peticiones del libelo inicial que juzgó incompatibles con ella, entre las cuales no figura la concerniente al reconocimiento y declaración de pertenencia del inmueble, la que quedó en pie.

De donde se infiere que el punto de si reconocida la expresada excepción, puede o no subsistir la declaración de propiedad, es asunto que no atañe a la causal segunda de casación.

CAUSAL DE VIOLACION DE LA LEY

Primer cargo

10.— Consiste en la infracción directa de los artículos 740, 756 y 1873 del C. C. "por haberlos dejado de aplicar a hechos y situaciones reglamentados por ellos y debidamente comprobados".

Se apoya la acusación en estos hechos: que Hernández Parra vendió un mismo bien a dos personas, Leonidas Murcia Morato y Luis Castellanos Páez, pero que aquél fue el primero en inscribir su título, y de conformidad con el artículo 1873 del C. C., debe ser preferido, es decir, que "Murcia debe ser considerado como dueño, mientras que Castellanos sólamente vendrá a ser un acreedor personal de Leonidas Hernández"; que el actor presentó para probar su dominio la escritura 679, de 13 de agosto de 1953, registrada el 4 de julio de 1957, pero que tal título "se deriva de un **non domine**", y que, por tanto, no puede enfrentársele al título del reo, que tiene su origen en Leonidas Murcia Morato "comprador que primero registró el suyo"; que con arreglo al mismo artículo 1873, la prevalencia del título de Murcia sobre el de Castellanos se transmitió a su actual causahabiente Leonidas Hernández Parra; que como el título del actor le viene de Luis Castellanos Páez, "forzoso es concluír que la situación del demandado se halla mejor caracterizada que la del demandante"; y que por exigir la tradición, según el artículo 740 del C. C., que el tradente sea dueño, y disponer el 756 que tal modo de adquirir, en materia de inmuebles, se efectúa únicamente por la inscripción del instrumento, sólo la adquisición del reo se efectuó en esas condiciones, ya que Murcia Morato, al verificarse la tradición a Hernández, era propietario del bien raíz.

Se considera:

11.— Celebrada la venta de que da cuenta la escritura Nº 646 de 2 de agosto de 1953 —de Leonidas Hernández Parra, el demandado, a Luis Castellanos Páez— y la contenida en la escritura Nº 679 de 13 de agosto del mismo año —de Castellanos Páez a Luis Alberto Rodríguez, el actor— y sin que tales instrumentos hubiesen sido registrados, Hernández Parra volvió a vender el mismo inmueble a Leonidas Murcia Morato, según instrumento Nº 228 de 25 de septiembre de 1953, habiéndolo readquirido de éste el mismo Hernández Parra, de acuerdo con la escritura Nº 180 de 9 de julio de 1954.

Como la mencionada escritura Nº 228 fue inscrita el 29 de septiembre de 1953, Hernández Parra transfirió a Murcia Morato el dominio que conservaba por no haber sido registrados los títulos Nos. 646, a favor de Castellanos Páez, y 679, a favor de Luis Alberto Rodríguez. Y como la venta de Murcia Morato al mismo Hernández Parra, fue inscrita igualmente, éste recuperó la propiedad del fundo, de tal manera que al ser registrada la escritura Nº 646, el dominio fue adquirido por Castellanos Páez, y al inscribirse dos días después la Nº 679, pasó a pertenecer a Rodríguez, el actor.

12.— Ciertamente, según el artículo 1873 del C. C., vendida una cosa inmueble a varias personas, aquella cuyo título sea primeramente registrado será preferida, por la razón de haber llegado a ser el primero y único adquirente de la propiedad, motivo por el cual de las ventas a Castellanos Páez y a Murcia Morato, habría de ser preferida la última. Así se resolvería el caso si a ello se circunscribiera.

Mas, habiendo recobrado el dominio quien lo había vendido antes a Castellanos Páez, se abría entonces la posibilidad de la transferencia a éste en primer término, con el registro de la escritura Nº 646, de la cual se originó a cargo de Hernández Parra y a favor de Castellanos Páez, la obligación de traspasarle la propiedad; y en segundo término, a Luis Alberto Rodríguez, a través de la inscripción de la escritura Nº 679, de la cual nació igualmente un deber semejante, a favor del último y a cargo de Castellanos Páez. (arts. 752 y 1875 C. C.)

Y en estas circunstancias, el registro del primer instrumento no podía menos que verificar la tradición del dominio a Castellanos Páez, y el del segundo, a Rodríguez Mendieta, sin que haya, por tanto, la menor duda de que en el proceso está demostrada la pertenencia del inmueble que al actor del juicio asiste.

No podía, por tanto, resolverse únicamente a la luz del artículo 1873 del C. C. —violando, según la demanda— una litis que no se limitaba a confrontar la venta de Hernández Parra a Castellanos Páez, con la que hiciera del mismo bien el primero a Murcia Morato. Porque el factor preponde-

rante en las relaciones controvertidas es la readquisición del inmueble que realizara Hernández Parra, subsistiendo la obligación que había contraído al venderlo a Castellanos Páez.

El cargo, por tanto, no puede fundar la casación.

Segundo cargo

13.— Se acusa el fallo de errores de hecho manifiestos, en la tarea estimativa de los títulos de dominio aducidos por las partes, errores que condujeron a la violación de los artículos 1873, 946 y 950 del C. C.

La argumentación del recurrente consiste, en una palabra, en que la propiedad del actor la halló probada la sentencia por medio de las escrituras números 646 y 479, de 2 y 13 de agosto de 1957, cuando los títulos prevalecientes son los contenidos en los instrumentos números 228 de 25 de septiembre de 1953, y 180 de 9 de julio de 1954, ambos otorgados en la Notaría del Circuito de Simijica; de manera que "el Tribunal pasó por alto la titulación presentada por Leonidas Hernández, concretó su análisis a la llevada por el demandante y dió por probado que éste era el titular del derecho de dominio sobre el predio "Santanita", incurriendo así en manifiesto error de hecho, pues, ya se dijo, lo que aparece comprobado plenamente conforme a los títulos presentados por las partes es el hecho contrario o sea el dominio del predio en cabeza del demandado Leonidas Hernández".

Se considera:

14.— Para tachar una sentencia de error de hecho, no es suficiente la afirmación de haber pasado inadvertida una prueba, cuando en verdad se trata de haberle negado a esa prueba valor preponderante sobre otra prueba.

El error de hecho es objetivo, material, por creer el sentenciador que está acreditado un hecho al suponer en el proceso la prueba legal del mismo; o que no está comprobado, por no haber advertido la prueba existente en los autos.

De nada de esto se trata en el presente caso: la sentencia estudia los títulos de dominio aducidos por el demandante, compuestos por las diversas escrituras y las inscripciones de ellas efectuadas en el Registro Público, para concluír que el actor había adquirido la propiedad del terreno y es actualmente su titular. Este examen implica no la omisión o suposición de pruebas, sino la valoración de las mismas, labor ésta que no es de la órbita del error de hecho, sino del campo propio de los errores de derecho en la apreciación de las probanzas.

El de hecho, además, debe aparecer de manifiesto en los autos, como lo puntualiza el artículo 520 del C. J., vale decir, que la negación del hecho por haber omitido la prueba, o la afirmación del mismo por haberla supuesto, no pueda mantenerse, porque la única conclusión evidente ante la existencia o inexistencia de la prueba, es la opuesta diametralmente a aquella a que llegó el sentenciador. Muy lejos está la acusación en este punto de demostrar el error de hecho en la estimación de los títulos.

Por consiguiente, no podrá infirmarse el fallo.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Luis Alberto Rodríguez Mendieta contra Leonidas Hernández Parra.

Costas de la casación a cargo de la parte recurrente.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco.—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez—Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

PAGO CON SUBROGACION

1.— Por ministerio de la ley se efectúa con subrogación el pago de una deuda ajena "consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor" (5º, 1668, C. C.). Va entendido, eso sí, en el supuesto de la norma, que quien verifica el pago lo hace de su propio peculio. Porque mal podría efectuarse con subrogación el pago de quien lo hace como contravalor de lo que tiene ya recibido para verificarlo. Si lo hace, apenas cumple la obligación suya de cancelar determinada deuda, que por lo mismo no le es ajena.

2.— Si el único interesado en la deuda solidaria es quien paga, la obligación se extingue sin consecuencias, se libertan las cauciones, y no hay lugar de ningún modo al fenómeno subrogatorio contra quienes con su firma se limitaron a respaldar el crédito del deudor. La subrogación por el contrario es obvia y se predica para cuando la deuda es cubierta por el codeudor que no estuvo interesado en el negocio o que apenas recibió una cuota de beneficio y paga la totalidad.

3.— Frente a la disposición contenida en el artículo 1579 del C. C., según la cual, el deudor solidario que ha pagado la deuda queda subrogado en la acción del acreedor, se debe advertir que el titular de la acción de reembolso es el propio coobligado y no quien por valor recibido de sus manos asumió la obligación de cancelar la deuda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En demanda de que conoció el Juez 1º Civil del Circuito de Armenia, Aura Echeverri Velásquez citó a juicio ordinario a Gabriel Gutiérrez Botero y, como sucesores de Vicente Vélez Mejía, a Olga, Fabiola y Ligia Vélez Echeverri.

Suplicó la actora que se le declarara subrogada en el crédito de $ 35.000 suscrito a favor del Banco de Bogotá, oficina de Armenia, el 8 de marzo de 1954 con vencimiento al 8 de agosto siguiente, por Vicente Vélez Mejía y Gabriel Gutiérrez Botero, por cuanto el respectivo pago quedó efectuado por ella el 5 de agosto del año susodicho, y que, "en consecuencia, los demandados solidariamente, deberán pagar a mi mandante la suma de $ 35.000 moneda corriente, más los intereses de dicha suma a partir de la fecha en que ella hizo el pago del crédito al Banco de Bogotá, hasta el día que la reembolsaren a mi mandante". (sic)

Solicitó además el pago de costas, y en subsidio de las súplicas principales:

"Que los demandados están obligados a pagar o a reembolsar a mi mandante, por partes iguales, el valor total del crédito cubierto por ella al Banco de Bogotá de esta ciudad y suscrito por los demandados el día 8 de marzo de 1954, comprendiendo, igualmente, los intereses hasta el día del pago".

Fue desatada la litis en primera instancia el 26 de agosto de 1958 con pronunciamiento declarativo de la subrogación de la actora en el derecho de crédito del Banco de Bogotá y condenación de Gabriel Gutiérrez Botero a pagarle el capital de $ 35.000 con los intereses estipulados. En cuanto a Olga, Fabiola y Ligia Vélez Echeverri declaró "probada la excepción perentoria temporal de ilegitimidad de la personería sustantiva" y por con-

secuencia las absolvió "de los cargos formulados en la demanda". Impúsose el cincuenta por ciento de las costas al demandado Gutiérrez Botero.

El segundo grado procesal quedó abierto por apelación de los demandados, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en fallo revocatorio del 9 de febrero de 1960 los absolvió plenamente, con costas en ambas instancias a cargo de la actora.

Admitido el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, presentada la demanda y su réplica en oportunidad, corresponde ahora resolver sobre el mérito de la censura.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

De la motivación se transcriben estos apartes:

"Según la demanda, la obligación contraída por los señores Vicente Vélez Mejía y Gabriel Gutiérrez Botero, era solidaria. Cualquiera de los deudores solidarios puede pagar y la obligación se extingue respecto de todos los deudores. De consiguiente Vélez Mejía o Gutiérrez Botero, podían cubrir aquella obligación y la deuda se extinguía no sólo para el codeudor que pagaba sino también para el otro codeudor. Y la pagó, de modo indirecto, el codeudor Vicente Vélez Mejía, quien para el efecto convino con su esposa en que ésta la pagaría y en cumplimiento de tal convenio la cónyuge realizó el pago. De consiguiente la obligación se extinguió, porque el pago es uno de los modos de extinguir las obligaciones.

"Dice la actora que posteriormente ella y su esposo declararon sin valor ni efecto tal convención y que de consiguiente la deuda volvió a quedar en cabeza de los señores Vélez Mejía y Gutiérrez Botero; pero como ella ya había hecho el pago, se subroga en los derechos del acreedor contra los deudores. Es decir, que lo que fue en un principio simplemente pago, se convirtió posteriormente en pago con subrogación.

"Empero si la obligación contraída por Vicente Vélez Mejía y Gabriel Gutiérrez Botero, se había extinguido y dejado libres a los deudores, es obvio que posteriormente uno solo de ellos sin la intervención del otro, no podía revivirla y convertir en pago con subrogación, lo que había sido pago simple. En otras palabras si el pago lo hizo la actora sin subrogarse en los derechos del acreedor, extinguiendo de consiguiente por completo la obligación, por convenio posterior con uno de los deudores no podía verificarse la subrogación, porque ello equivale a radicar en cabeza de otro codeudor una obligación no contraída por él.

"Por otra parte no parece, como lo cree la actora, que la liquidación definitiva de la sociedad conyugal que ella formó con su esposo, hubiera dejado sin efecto lo pactado por los mismos cónyuges en la liquidación provisional, sobre pago del crédito de que se trata. Por lo contrario todo parece indicar que fue respetado tal pacto. En efecto en la cláusula séptima de aquella liquidación dicen los cónyuges: "Desde esta misma fecha los comparecientes se hacen entrega recíproca de los bienes que han sido materia de adjudicación con todas sus mejoras, anexidades, dependencias, quedando los cónyuges a paz y salvo por todo concepto..." Si pues, en la liquidación definitiva no dejaron los cónyuges crédito ninguno pendiente, porque de otra manera no hubieran dicho que quedaban a paz y salvo por todo concepto, no se comprende entonces cómo la cónyuge considera que tal acta revivió la obligación que pesaba sobre su esposo y el señor Gabriel Gutiérrez Botero. Si tal revivicencia se hubiera producido los estipulantes no hubieran quedado a paz y salvo por todo concepto como declaran que quedaron.

"En la liquidación definitiva no se hace alusión ninguna a la deuda del cónyuge que había sido objeto de convención en la liquidación provisional ni se alude tampoco al café que por esta liquidación se adjudicó a la cónyuge con la carga de pagar aquella deuda, ni se alude al pago mismo. Este silencio debe interpretarse en el sentido de que los cónyuges consideraron innecesario hacer referencia a estos hechos. Porque si la actora se había obligado a pagar una deuda de su esposo, para hacer tal pago se le adjudicó un lote de café. Consta en los autos que, efectivamente, con el valor del café hizo el pago a que se había obligado y extinguió, de consiguiente, aquella deuda. Resulta innecesario mencionar estos hechos cumplidos, en la liquidación definitiva.

"La cónyuge pretende que esta liquidación la libertó de pagar la deuda que se obligó a solucionar por la liquidación provisional, porque aquella liquidación invalidó la última y de consiguiente borró la carga que tenía la cónyuge de pagar la expresada deuda. Sobre lo cual se anota que si el pago lo había hecho ya la cónyuge la nueva y definitiva liquidación no podía "borrar" la obligación de hacerlo. Lo que hubieran podido convenir los cónyuges, pero que no lo convinieron, era el reembolso de lo pagado por la actora a nombre de su esposo, si al hacer la liquidación definitiva hubiera considerado que el valor de aquel pago se

obligaba el cónyuge a restituírlo a su esposa. Pero tal reembolso no fue pactado en la liquidación definitiva porque de haberlo sido se hubiera dejado la respectiva constancia, y por el contrario lo que se expresó fue que los cónyuges quedaban a paz y salvo por todo concepto".

LA IMPUGNACION

Contempla el libelo cuatro cargos por la causal 1ª:

I.— La violación directa del artículo 1668 del Código Civil, en su ordinal 5º.

Aduce el recurrente que en la liquidación provisional de la sociedad conyugal de la actora Aura Echeverri Velásquez con Vicente Vélez Mejía por escritura 1394 de 2 de agosto de 1954, Notaría 2ª de Armenia, la mujer recibió un lote de café con cargo de pagar la obligación de $ 35.000 suscrita solidariamente a favor del Banco de Bogotá por su marido y Gabriel Gutiérrez Botero. Que posteriormente, el 10 de diciembre de 1954, por escritura 1260, Notaría 1ª del mismo Circuito, los referidos cónyuges resolvieron dejar sin efecto la anterior liquidación y definir para siempre sus relaciones recíprocas, sin decir nada sobre el café y el crédito bancario, que Aura había pagado desde el 5 de agosto anterior.

Con base en todo ello sostiene que Aura Echeverri al verificar el pago era un tercero que no obraba por cuenta de los deudores, por donde se subrogó en los derechos del acreedor y puede cobrar con el mismo privilegio de solidaridad pasiva que el crédito bancario poseía. Si el sentenciador, afirma, hubiera aplicado el ordinal 5º, artículo 1668 del Código Civil, habría condenado a Gabriel Gutiérrez Botero como codeudor solidario.

II.— Violación directa del artículo 1631 del Código Civil, porque el recurrente considera que aún en el caso de que no hubiese subrogación, Aura Echeverri Velásquez por lo menos tendría derecho a reembolso, según la súplica subsidiaria de la demanda inicial, puesto que no hay prueba de que procediese contra la negativa de los deudores. Se trataría de pago hecho por un tercero sin el conocimiento de ellos, que da lugar a reembolso en conformidad con aquella disposición legal.

III.— Violación del ordinal 5º, artículo 1668 del Código Civil. Porque —dice el recurrente— si se absolvió en el supuesto de que el pagador fue Vélez indirectamente y no la Echeverri, la conclusión estaría basada "en un ostensible error de hecho en la consideración de los elementos convictivos aportados al juicio, concretamente en la certificación bancaria del folio 2 del cuaderno 1º, y de su reproducción al folio 19, cuaderno 2º".

Estima que tales documentos hacen plena fe sobre el pago hecho por Aura Echeverri Velásquez el 5 de agosto de 1954, y que esto no puede desconocerse sin quebranto del artículo 637 del Código Judicial. De donde desprende que si el Tribunal absolvió a Gutiérrez Botero, fue por violación indirecta del texto en referencia, que no aplicó por ignorar que el pago fue hecho por la demandante.

IV.— Violación directa del artículo 1579 y del ordinal 3º, artículo 1668 del Código Civil.

Después de considerar que son meras suposiciones del Tribunal que el pago fuera hecho indirectamente por Vicente Vélez, el libelo arguye que aunque Aura hubiera obrado por el mismo Vicente y no como un tercero, se tendría que cuando paga uno de varios deudores solidarios el acreedor sale, "pero eso no significa —agrega— que los que no pagaron al acreedor pudieran alegremente considerarse ya libres de nexo y responsabilidad, porque entonces la ley contempla la subrogación". De que desprende falta de aplicación de las citadas normas.

SE CONSIDERA:

1.—Por ministerio de la ley se efectúa con subrogación el pago de una deuda ajena "consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor", (5º, 1668, C. C.). Va entendido eso sí en el supuesto de la norma que quien verifica el pago lo hace de su propio peculio. Porque se trata de evitar injusto enriquecimiento para el deudor, y se quiere, además, que quien así paga con la aquiescencia del obligado, disfrute de las mismas garantías que amparaban al acreedor, desinteresado ya con la prestación que le era debida.

Pero si la deuda es objeto del pago por cuanto el tercero ha recibido del deudor bienes o valores en general para asumir la obligación de cancelarla, no es ya por fenómeno subrogatorio legal como entre ellos dos se miden los efectos que en derecho se derivan del pago, sino en conformidad con la convención surtida entre el deudor y quien tomó a su cargo la extinción de la deuda a trueque de aquellos bienes o valores recibidos precisamente para tal finalidad.

Quien así satisface un pagaré que no ha suscrito, frente al acreedor es un tercero ciertamente. Mas no del mismo modo en sus relaciones con el

deudor libertado en cumplimiento de la respectiva obligación surgida del pacto bilateral en que ambos son partes que ejecutaron las contraprestaciones recíprocamente prometidas. Mal podría efectuarse con subrogación el pago de quien lo ha hecho como contravalor de lo que tiene ya recibido para verificarlo. Si lo hace, apenas cumple la obligación suya de cancelar determinada deuda, que por lo mismo no le es ajena. Al extinguirla frente al acreedor, extingue en el acto su propia obligación de cancelarla, asumida por recibo previo de contravalor y, desde luego, sin derecho a reembolso alguno de su parte.

2.— Cuanto a que por vía indirecta, pero mediante bienes extraídos de su patrimonio se pagara con subrogación la deuda por alguien que se hallaba obligado solidaria o subsidiariamente, (3º, 1668, C. C.) el sistema de la ley estriba en saber quién o quiénes concretamente fueron en realidad los interesados en la operación. Pues si lo fuere nada más que quien pagó, el pleno efecto extintivo de la deuda habría de producirse no sólo ante el acreedor sino también por lo que atañe a las relaciones entre codeudores.

Si ninguna probanza directa se ha aducido al respecto, pero consta que uno de los codeudores toma la iniciativa conducente al pago, destina bienes para ello, los traspasa para que un tercero ejecute la cancelación y en realidad el pago se efectúa por esa vía, todo concurre al entendimiento de que esa persona fue la única interesada en la deuda, a falta de otra demostración.

3.— El deudor solidario que paga la deuda o la extingue por alguno de los medios equivalentes al pago, "queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda". Y "si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le corresponden en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores". (1 y 2, 1579, C. C.)

De suerte que si el único interesado en la deuda solidaria es quien paga, la obligación se extingue sin consecuencias, se libertan las cauciones, y no hay lugar de ningún modo al fenómeno subrogatorio contra quienes con su firma se limitaron a respaldar el crédito del deudor.

La subrogación por el contrario es obvia y se predica para cuando la deuda es cubierta por el codeudor que no estuvo interesado en el negocio o que apenas recibió una cuota de beneficio y paga la totalidad. Tendrá claro derecho al reembolso con el respaldo de los privilegios y seguridades de la acreencia por lo que hace a su importe completo o con deducción de la cuota del codeudor que paga **in integrum.**

Pero el titular de la acción de reembolso es el propio coobligado y no quien por valor recibido de sus manos asumió la obligación de cancelar la deuda. Si hace el pago en su propio nombre, será apenas para ejecutar aquello a que está jurídicamente vinculado en interés y por cuenta ajena. Cumplida su misión, queda libre de responsabilidad por los bienes recibidos al efecto, pero por ello mismo no puede pretender sucesión en el lugar del codeudor solidario libertado, que es quien tendría derecho a reembolso de los otros codeudores, caso de no ser el único interesado en el negocio, según viene expuesto.

Es así, en cuanto quien por virtud de contraprestación cumplida de antemano es deudor a través de un contrato bilateral y a su turno satisface su promesa, desata el vínculo que lo ligaba a su directo acreedor y queda en paz y a salvo, liberta su responsabilidad, pero no puede pretender que además de lo que tuvo recibido para obligarse, merezca titularidad para colocarse en la situación jurídica del codeudor que le hizo el suministro para el pago, y perseguir sin causa el reembolso del codeudor o codeudores restantes.

4.— En autos aparece que la actora Echeverri Velásquez recibió en café de Vicente Vélez Mejía la provisión necesaria para cancelar la deuda que este último tenía pendiente en el Banco de Bogotá, con la firma solidaria de Gabriel Gutiérrez Botero.

Si contra ese lote de café, Aura Echeverri cumplió su propia obligación de cancelar la deuda de Vélez Mejía, ambos quedaron desinteresados del negocio, por cumplimiento recíproco de la contratación surtida entre los dos. Esto es suficiente para explicar la razón del silencio al respecto en la liquidación definitiva de la sociedad conyugal entre ellos mismos.

Y si de reembolso se tratara, es ostensible que la titularidad de la acción estaría en Vicente Vélez para los eventos legales, pero nunca, por causa fenecida, en Aura Echeverri Velásquez.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia

en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha 9 de febrero de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

José J. Gómez R.—Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—Enrique López de la Pava—José Hernández Arbeláez—Ricardo Ramírez L. Secretario.

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA

Requisitos para que se surta la notificación en el caso del artículo 322 del C. J. — El principio de la eventualidad procesal en materia probatoria. — Providencias que no llegan a ser ley del proceso auncuando estén ejecutoriadas. — Legítimo contradictor en juicio de filiación natural

Cuando la notificación del primer auto que se dicte en un juicio en suspenso no pueda hacerse personalmente, se cumple por edicto que dura fijado quince días en la secretaría y por la publicación del mismo en el periódico de la localidad; satisfechas estas exigencias del artículo 322 del Código Judicial, se surte la notificación. Los términos claros del artículo citado no dan base para sostener que ésta requiera, para su cumplimiento, la presentación al juicio del ejemplar del periódico en que se hizo la publicación, porque sería agregar una formalidad que la ley no contempla. Tal agregación se hace solamente para dar fe de que se cumplió, pero no para establecer que sólo entonces deba darse por surtida la notificación del auto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintidos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

La menor Margarita Uribe, representada por su madre Margarita Uribe Parra, Pedro José y Abigail Uribe, ante el Juzgado Civil del Socorro, demandaron a Carlos Humberto, Pompilio, Horacio, Virginia y Victoria Mejía Guzmán en vía ordinaria, para que se declarara:

1º— Que Flavio o Flavio José Mejía Guzmán es el padre natural de los actores Pedro José, Abigail y Margarita Uribe, quienes, en consecuencia, son "sus legitimarios con derecho a sucederle dentro de las reglas de la sucesión intestada".

2º—Que en dicha condición excluyen a los demandados en la sucesión de Flavio Mejía Guzmán.

3º— Que, por la misma causa, tienen derecho a la universalidad de los bienes del causante Mejía Guzmán, entre los cuales se encuentra el terreno denominado Paloblanco, situado en la vereda del mismo nombre, municipio de Oiba, habido por él en el juicio divisorio con Virginia Mejía Guzmán, protocolizado en la Notaría 2ª del Socorro por escritura 485 de 18 de junio de 1945, y alinderado como lo expresa ésta súplica.

4º— Que los demandados están obligados a restituír a la sucesión de Flavio Mejía Guzmán, representada por los actores Uribe, en el término de seis días o en el que se señale, "el inmueble antes descrito".

5º— Que éste "pertenece a la sucesión de Flavio Mejía Guzmán representada como antes se dice".

6º— Que los demandados están obligados a restituír los frutos naturales y civiles del inmueble, en el mismo término, no sólo los percibidos sino los que hubiera podido producir teniéndolo el dueño en su poder, desde el 15 de julio de 1946, o desde la fecha de la contestación de la demanda.

Los hechos generadores de las acciones, son en síntesis:

Entre Flavio Mejía Guzmán y Margarita Uribe, siendo solteros, "existieron de manera notoria relaciones sexuales estables, durante las cuales fueron concebidos y nacieron Pedro José, Abigail y Margarita Uribe".

Existen escritos y cartas de Flavio Mejía Guzmán en los cuales se contiene una confesión inequívoca de paternidad para los tres demandantes, entre aquellos hay dos tarjetas postales dirigidas a Abigail, y las matrículas de Pedro José Uribe con el apellido de Mejía que autorizó con su firma en el Colegio Universitario del Socorro en los años de 1940 y 1941, haciéndolo aparecer como hijo suyo.

Flavio Mejía Guzmán trató por espacio mayor de diez años a Pedro José, Abigail y Margarita Uribe como hijos naturales, proveyendo a la subsistencia, educación y establecimiento de ellos; y los deudos y amigos de aquel y el vecindario del Socorro a donde tuvo su domicilio, en general, han reputado a los dichos Uribe "como hijos del mismo a virtud de ese tratamiento".

Los demandados son hermanos legítimos de Flavio Mejía Guzmán.

Este murió soltero el 15 de julio de 1946 en el Municipio de Confines.

El presunto padre natural había adquirido el inmueble a que se refieren las peticiones de la demanda, según escritura 485 de 18 de junio de 1941, pasada en la Notaría Segunda del Socorro.

De los cinco demandados solamente contestaron el libelo Horacio, Virginia y Victoria negando los hechos fundamentales y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas.

Los dos primeros propusieron las excepciones de carencia de acción, carencia de personería sustantiva "y las demás que según el Código Civil tienden a desconocer el derecho que se invoca".

Por sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el Juzgado resolvió:

"1º— Reconocer como en efecto reconoce la excepción perentoria de la personería sustantiva de la parte demandada. 2º—Como consecuencia de la declaración anterior, no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda, y por tanto se absuelve a los demandados. Condénase en costas a la parte demandante".

El Tribunal Superior de San Gil, en la alzada en que conoció del juicio, confirmó la sentencia del Juzgado en todas sus partes mediante la proferida el 29 de agosto de 1948.

El fallo del Tribunal

El Tribunal funda su resolución en que no se acreditó que los demandados sean herederos de Flavio Mejía Guzmán, en razón de que, si bien en la primera instancia se trajo copia del auto de 21 de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, por medio del cual Carlos, Luis Pompilio, Victoria y Virginia Mejía Guzmán fueron reconocidos herederos ab intestato de Flavio Mejía Guzmán, no la tuvo en cuenta por cuanto esta prueba fué pedida después de haber vencido el período que le fué concedido para tal fin.

"La decisión del Juzgado sobre inoportunidad de la prueba, por haberse pedido fuera del término señalado, la estima la sala inobjetable. Según el principio de eventualidad —que rige entre nosotros y que ha sido abandonada por los códigos modernos— el proceso civil se articula por etapas, de tal suerte que para la eficacia de los hechos procesales, éstos deben ejecutarse dentro del término señalado por la ley. Terminada la etapa para ejecutar determinados actos, surge el efecto preclusivo, que no es otro que el dejar sin valor o mérito los actos que han sido cumplidos fuera de término. Este principio tiene especial importancia tratándose de la etapa probatoria. Conforme al numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial, para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso: "Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiere tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión". Lo importante es que las pruebas hayan sido pedidas oportunamente, es decir, dentro del término señalado al efecto, porque el artículo 598 ibídem, permite al superior, cuando los autos lleguen a su estudio por apelación o consulta, dar mérito y considerar las pruebas practicadas y agregadas inoportunamente, pero que hayan sido pedidas en tiempo. Este último requisito es, por tanto, de estricto cumplimiento para que el Juez pueda estimar el mérito de las probanzas en la decisión del pleito.

"El hecho de que el Juez haya decretado la práctica de pruebas pedidas, fuera del término señalado, no subsana el error, ni vincula al funcionario falladór para no desestimarlas, porque el auto que las decretó es contrario a la ley y por consiguente no tiene obligatoriedad en el proceso".

Finalmente, advierte que tampoco acreditan en los demandados la calidad de herederos de Flavio Mejía Guzmán ni la copia del auto por el cual ellos y Flavio Mejía Guzmán fueron reconocidos

herederos de Juan de Dios Mejía y Lucrecia Mejía, por ser hijos todos del primero y sobrinos de la segunda, ni la del juicio ejecutivo seguido por Rafael Celis contra la sucesión de Flavio Mejía Guzmán "donde se tuvo a los demandados de ahora como representantes de la sociedad por haber manifestado ellos que habían aceptado la herencia de su hermano legítimo Flavio Mejía Guzmán..."

Y concluye: "La falta de legitimidad en la causa de la parte demandada, que equivale a la carencia de personería sustantiva de la misma, como la estimó el Juzgado en la sentencia, afecta profundamente la titularidad del derecho de acción, hasta el punto de producir la absolución en el caso de no estar suficientemente establecida".

El apoderado de los demandantes representados en el juicio, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que se procede a decidir, ya que su tramitación se halla cumplida.

Demanda de casación

Con respaldo en la causal primera del artículo 520 del C. J., la demanda de casación formula tres acusaciones al fallo del Tribunal, la primera por violación directa de la norma sustantiva, la segunda por trasgresión indirecta de la misma, como consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de determinados elementos de convicción, y la tercera también por violación indirecta a causa de error de derecho en una prueba

El orden lógico impone la consideración de las tachas en orden inverso de como están propuestas.

PRIMER CARGO. (2º de la demanda)

Se acusa en él la sentencia de haber violado indirectamente el artículo 4º de la ley 45 de 1936, a causa del error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal al no apreciar los elementos probatorios que se trajeron al juicio para acreditar la calidad de herederos de los demandados.

Durante la primera instancia, a solicitud de la parte demandante, se adujo como prueba copia auténtica del auto por el cual el Juzgado Segundo Civil del Socorro reconoció como herederos de Flavio Mejía Guzmán a sus hermanos legítimos, Carlos, Luis Pompilio, Horacio, Victoria y Virginia Mejía Guzmán. No obstante, tanto el Juzgado como el Tribunal dejaron de estimarla "porque consideraron que había sido solicitada después de vencido el término de diez días, "lo cual constituye un error de hecho que aparece evidente y manifiesto en los autos".

Por auto de 10 de agosto de 1950, se señaló el término de diez días para pedir pruebas en la primera instancia, pero se ordenó que su notificación se hiciera conforme lo preceptúa el artículo 322 del C. Judicial, por haber estado paralizado el negocio más de seis meses. Como la publicación en el periódico oficial no se hizo hasta el 7 de junio de 1955, estimó el Tribunal que en esta fecha "quedó ejecutoriado el auto y al siguiente comenzó a contarse el término de diez díaz, que venció el 21 de dicho mes de junio", y que como el escrito de la parte demandante en que solicitaba la copia del auto de reconocimiento de herederos de Flavio Mejía Guzmán y otras pruebas, fué presentado el 24 del mismo mes de junio, lo fué una vez vencido el término de diez días fijado para hacerlo.

Pero lo cierto es que el referido auto de 10 de agosto, no podía quedar ejecutoriado el 7 de junio de 1955, fecha de la publicación en el periódico, sino el 24 de dicho mes, en que fue presentado y agregado a los autos el periódico Gaceta de Santander, en la cual se publicó el edicto.

En la fecha del 24 de junio y no en otra, "se cumplió la ejecutoria del auto" porque el Juez no tiene otra forma de enterarse de si se hizo o no la publicación y en qué fecha, mientras no se entregue y agregue al proceso el ejemplar del respectivo periódico.

Observa el recurrente que si se solicitan pruebas, ya vencido el término señalado por la ley, debe denegarse la práctica de ellas; pero que, en el caso **sub lite**, las pedidas el 24 de junio de 1955 no fueron denegadas sino que se decretaron en proveído de 11 de junio de 1955 "por haber sido pedidas en tiempo oportuno". Así, no es jurídico ni legal que "no se tengan en cuenta al tiempo de fallar por estimar a esa hora que fueron pedidas cuando ya se había vencido el término respectivo".

Además la providencia que decretó las pruebas recibió ejecutoria sin haber sido reclamada, y se convirtió en ley del proceso al tenor de lo estatuído por el artículo 467 del C. Judicial.

Con este proceder del funcionario se violaron las garantías que la ley le otorga a las partes litigantes en defensa de sus derechos, puesto que se privó al demandante de poder interponer los recursos que la ley le brinda, en caso de que las pruebas hubieran sido negadas".

Deduce de sus razonamientos anteriores que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho por haber dejado de estimar "la copia del auto mediante el cual fueron reconocidos como herederos del presunto padre natural los demandados en este juicio".

Segundo Cargo.

Se refiere luego la demanda a que en el proceso obra copia íntegra del juicio ejecutivo seguido por Rafael Celis contra la sucesión de Flavio Mejía Guzmán, en el cual figuran Carlos, Pompilio, Horacio, Victoria y Virginia Mejía Guzmán como herederos "o representantes legales del causante y contra todos ellos y en tal carácter se les siguió la referida ejecución". Sin embargo el Tribunal juzgó que con esta copia completa del juicio ejecutivo no se demuestra que los demandados tengan la calidad de herederos del presunto padre natural Flavio Mejía Guzmán, con olvido del artículo 1434 del C. Civil, según el cual "los títulos ejecutivos contra el difunto, lo serán igualmente contra los herederos", a los cuales debe notificárseles judicialmente los recaudos y seguirse la ejecución contra ellos. Olvidó también el valor de plena prueba que el artículo 632 del C. J. asigna al contenido de las copias de los documentos expedidos por funcionarios que ejerzan cargos de autoridad pública en lo referente al ejercicio de sus funciones. El Tribunal cometió error de derecho por no haber dado a la prueba que se comenta el valor que le señala la ley.

Finaliza las impugnaciones exponiendo que a consecuencia del error manifiesto de hecho y del de derecho en la apreciación de las pruebas mencionadas, violó de modo indirecto la norma sustantiva del artículo 4º de la ley 45 de 1936 "al fallar el negocio confirmando la sentencia del Juez a quo, o sea, declarando ilegítima la personería sustantiva de la parte demandada.

Se considera:

El error de hecho, lo tiene muy repetido la jurisprudencia, se presenta cuando el fallador ha tenido como probado un hecho por haber ignorado un medio de prueba que demuestra que ese hecho no existió, o cuando considera no establecido un hecho o causa de no haber tenido en cuenta un medio de prueba que demuestre de modo evidente que tal hecho sí existió. El error alegado en la demanda de casación sería el segundo, es decir, que el Tribunal estimó que la calidad de herederos de los demandados respecto del presunto padre natural no estaba demostrada, por haber ignorado la copia del auto que los reconoció como tales en el juicio de sucesión de Flavio Mejía Guzmán.

Evidentemente, la copia de tal providencia se trajo al proceso. Pero el sentenciador no la ignoró o no la tuvo en cuenta, porque no la viera en él, sino que no la apreció, porque se había solicitado ya precluída la etapa concedida a las partes para pedir la práctica de pruebas.

De todo lo hasta aquí expuesto, resulta muy claro que, a instancia de la parte demandante, el Juzgado abrió el juicio a prueba por el término de diez días mediante auto de 10 de agosto de 1950, que ordenó notificar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 del C. J., en razón de que el juicio estuvo en suspenso por más de seis meses.

La notificación que este precepto prescribe es la personal a todos los litigantes que se hallen en el lugar del juicio, pero si pasados tres días no han sido hallados todos, "se notifica por medio de edicto" que dura fijado quince días en la secretaría del Juzgado, y se publica una vez en un periódico del lugar o en el oficial del Departamento..."

No habiendo sido hallados los demandados, se dispuso su notificación por edicto que se desfijó el 12 de septiembre de 1950. La publicación, empero, no se hizo en la Gaceta de Santander sino en la edición del 7 de junio de 1955. Y el memorial de pruebas presentado el 24 del mismo mes, se resolvió decretando las pedidas en auto de julio de dicho año.

Cuando la notificación de un auto, según lo preceptuado en el artículo 322 del C. J. no se puede hacer personalmente a todos los litigantes dentro de los tres días siguientes a su pronunciamiento, ella se cumple por edicto que dura fijado quince días en la secretaría y por la publicación del mismo en el periódico de la localidad o en el oficial del Departamento. Satisfechas estas dos formalidades, se llenan las exigencias de la norma citada y, por consiguiente, se surte la notificación. De los términos claros del artículo citado, no se pue-

de sostener que esta requiera para su cumplimiento la presentación al juicio del ejemplar del periódico en que se hizo la publicación, porque sería agregar una formalidad que la ley no contempla. La agregación del ejemplar del periódico en que se hizo la publicación se hace solamente para dar fe de que se cumplió, pero no para establecer que sólo entonces debe darse por surtida la notificación del auto, pues ésta solamente demanda la fijación del edicto y la publicación de él en el periódico.

Aplicando entonces lo estatuído en el artículo 327 del C. Judicial, al caso de autos, resulta: el auto de apertura a pruebas quedó notificado el 7 de junio de 1955, fecha de la publicación del edicto, y al siguiente comenzó a correr el término de diez días para pedir pruebas, el cual, como dice el Tribunal, venció el 21, descontados los cuatro días feriados a que alude la sentencia.

Se tiene entonces que el 24 de junio estaba precluído el período señalado para pedir pruebas, debido a culpa del apoderado de la parte demandante, culpa de la cual da cuenta también la circunstancia de que entre la fecha de desfijación del edicto y su publicación en la Gaceta de Santander transcurrieron casi cinco años.

La providencia que decretó las pruebas ya expirado el término, en modo alguno podía vincular al fallador, porque el principio de la preclusión, que informa nuestro sistema procesal, precisamente "consiste en supeditar la eficacia de los actos procesales a los plazos marcados para su realización en el C. Judicial" (C. J. Nº 1917 pág. 329).

En cuanto a que la providencia ejecutoriada que ordenó la práctica de la prueba, objeto de la tacha, era una ley del proceso, al tenor de lo preceptuado por el artículo 467 del C. Judicial, deben recordarse las siguientes doctrinas: "La Corte no se explica el criterio según el cual toda resolución ejecutoriada es una ley del proceso. Las únicas providencias que vinculan al Juez son las sentencias. De ahí la necesidad del artículo 467 del Código Judicial, el cual no tiene otra explicación que la de ser la consecuencia lógica de aquel principio, esto es, vincular al Juez, constituír la ley del proceso". (XLIII pág. 632). "Los actos procesales fallidos esto es, que se dicten al margen de las reglas procesales propias de cada juicio pero que no están previstos como causal de nulidad, aunque se hayan dejado ejecutoriar no obligan al Juez en el momento de desatar el litigio, pues de lo contrario se estaría sosteniendo que por efecto de la ejecutoria y obligatoriedad de una resolución errónea ejecutoriada, el fallador se vería compelido a incurrir en nuevo y ya irreparable yerro". (T-LXXV pág. 727).

Esta doctrina tiene especial relevancia en la aplicación del artículo 597 del C. J. que, para estimar el mérito o eficacia de las pruebas que forman parte del proceso, entre otros requisitos, impone el de que se hayan pedido dentro de los términos señalados al efecto, y del 746 ibidem que, en los juicios ordinarios de mayor cuantía, descompone el término de pruebas en dos períodos, el primero de diez días para pedir las que interesen a las partes, y el segundo de treinta para practicar las solicitadas.

Conforme a la primera de estas dos disposiciones, el fallador tiene el deber de examinar si las pruebas aportadas se solicitaron dentro del término de diez días que, como toda providencia, corre desde el día siguiente al de su notificación. (Art. 327 ibidem).

En aplicación de estas normas fue como el sentenciador de segunda instancia, acogiendo el fallo de primera, halló que las pruebas aducidas por la parte actora en el juicio, se habían pedido ya precluído el período señalado al efecto, y que no podía "otorgarles mérito y consideración".

Sobre este particular la Corte ha dicho: "..... el imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado en favor de alguna de las partes la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y por consiguiente falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 antes citado encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que llevan las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes les señalan. (T-70, pág. 29).

No habiendo estimado el fallador la copia del auto por el cual los demandados fueron reconocidos como herederos de Flavio Mejía Guzmán, a causa de no haberse solicitado dentro del término señalado para ello, no puede decirse que haya incurrido en error de hecho.

El cargo, en caso de que la prueba se hubiera

allegado oportunamente o en conformidad con el artículo 597 del C. Judicial debería haber sido por error de derecho, el cual, consiste también en que se aprecien pruebas "allegadas inoportunamente al proceso, o sea, fuera de los momentos previstos en el artículo 597 del C. J. o se rechacen las allegadas oportunamente... "El error de derecho no consiste simplemente, en que a juicio del recurrente y de la Corte, el Tribunal haya apreciado mal las pruebas, consiste en que la causa de que el Tribunal haya hecho esa mala apreciación esté en haber violado el sentenciador algunas de las disposiciones legales que definen o reglamenten la producción de los distintos medios de prueba". (G. J. T. 79 pág. 68).

Con relación al cargo de error de derecho que el recurrente hace consistir en no haberle dado el valor de plena prueba a la copia traída del juicio ejecutivo en cuanto a la calidad que tienen los demandados de herederos del causante Mejía Guzmán, cabe observar:

En la copia de las distintas actuaciones del juicio ejecutivo, no aparecen los documentos que se presentaron y se tuvieron en cuenta para notificarles la cesión del crédito, causa del recaudo, a Carlos, Pompilio, Horacio, Virginia y Victoria Mejía Guzmán como herederos de Flavio Mejía Guzmán; ni para librar contra ellos en la misma condición el mandamiento de pago, y adelantar el cobro hasta culminar en el remate de un bien inmueble y la sentencia aprobatoria de dicha diligencia.

No se trata, por consiguiente, de una prueba trasladada, porque no obran en la copia los documentos presentados en el juicio ejecutivo para reconocer a los demandados Mejía Guzmán como herederos de Flavio Mejía Guzmán, ni en el caso de que así fuera, podrían tenerse tales documentos como trasladados de un juicio a otro, dado que los demandantes en el presente juicio no fueron parte en la ejecución. Doctrina constante de la Corte ha sido la de que las pruebas practicadas en un juicio tienen valor en otro, siempre que ambos se ventilen entre las mismas partes. (T- 8º pág. 490. T-64, pág. 404).

Pretende el recurrente que, por cuanto la cesión del pagaré que sirvió de recaudo se dispuso notificar a Carlos, Horacio, Pompilio, Victoria y Virginia Mejía Guzmán, como herederos de Flavio Mejía Guzmán; se libró mandamiento de pago contra ellos que fue notificado en la misma forma, y se prosiguió la ejecución hasta el remate de un inmueble de propiedad del ejecutado, ha de aceptarse que obra la plena prueba de la calidad de herederos, y que el fallador cometió error de derecho en cuanto dijo que la actuación traída en copia "no acredita en ninguna forma la calidad y condición de herederos... en el presente juicio de filiación natural". Si "la copia auténtica de una sentencia, como documento, es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión" (T 80 pág. 490), los autos proferidos por el Juez en la ejecución de que se trata, apenas constituyen plena prueba de haberse proferido y de haberse notificado la ejecución a los demandados Mejía Guzmán, pero en manera alguna lo es de que éstos sean herederos de Flavio Mejía Guzmán. Varios son los fallos de la Corte en los cuales ha dicho que la tal calidad puede establecerse con las partidas del estado civil y con la copia del auto de reconocimiento de herederos (T-59 pág. 682 T. 64 pág. 362. T. 67 pág. 130. T. 71 pág. 104. T. 79 pág. 538. T. 81 págs. 131-439).

No obrando en la copia del juicio ejecutivo plena prueba de que los demandados en el caso **sub judice** son herederos de Flavio Mejía Guzmán, no puede aceptarse que el fallador haya incurrido en el error de derecho invocado por el recurrente.

TERCER CARGO. (1º de la demanda)

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, tacha la sentencia por haber trasgredido el artículo 4º de la ley 45 de 1936 "por interpretación equivocada e indebida aplicación al caso de los artículos 401, 402, 403 y 404 del C. C.".

Desarrolla el cargo en éstos términos: El fallador para desconocer la personería sustantiva de la parte demandada, sentó como principios fundamentales que la acción sobre filiación natural sólo puede establecerse contra legítimo contradictor, y que éste es el padre mientras viva o sus herederos después de muerto; y que en el segundo caso "era indispensable acreditar la calidad de herederos mediante la copia del decreto judicial que contenga la declaración de heredero".

Transcribe el aparte del fallo acusado en que el Tribunal dice que el apoderado de los demandantes olvidó que lo importante en este juicio, muerto el padre, es que las personas señaladas como "legítimo contradictor" tengan la calidad de herederos de aquél, la cual se acredita con copia del decreto judicial.

Este razonamiento, continúa el recurrente, entraña una equivocada interpretación de los artículos del Código Civil ya citados, y pugna contra la doctrina y jurisprudencia sostenidas constantemente sobre la materia.

En primer término, la institución del legítimo contradictor, consagrada en los artículos 401, 402, 403 y 404 del C. C. lo fue también por el 7º de la ley 45 de 1936 para las acciones sobre paternidad natural.

Según la correcta interpretación y el tenor literal de estas disposiciones, en cuestiones de paternidad no hay sino dos personas de quienes "puede predicarse la calidad de contradictores legítimos"; el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre. De suerte que, muerto este, no puede hablarse de "legítimo contradictor", y si la acción se intenta contra sus herederos, ellos solamente "representan al contradictor legítimo que ha fallecido, pero en ningún caso con el carácter de contradictores legítimos, que sólo pertenece al difunto".

La aplicación del sistema de legítimo contradictor en las acciones de filiación natural, tiene una consecuencia de extraordinaria importancia que se relaciona con el alcance de la sentencia. Y consiste en que si el juicio se adelanta con intervención del padre, legítimo contradictor, la sentencia produce efectos contra todos **erga omnes**; pero si el juicio se promueve después de fallecido el padre o legítimo contradictor, la sentencia solamente tiene un alcance relativo, es decir, únicamente obliga o vincula a las personas que han intervenido en el juicio.

Deduce el recurrente de los razonamientos expuestos que es equivocado decir que en los juicios de filiación natural, muerto el padre, sus herederos son legítimos contradictores "y es también errónea la conclusión de que tal principio se deduciría en relación con el alcance o efectos de la sentencia".

El cargo por el segundo aspecto lo formula así: La calidad de hijo natural como cualquier estado civil no depende, no puede estar vinculado a un interés patrimonial o económico, y menos, a un interés puramente hereditario. De ahí la definición que el artículo 346 del C. C. da del estado civil como la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones.

La jurisprudencia tiene definido que, una vez muerto el padre, la acción de filiación natural puede establecerse contra cualquier persona, con quien el presunto hijo natural necesite definir una situación jurídica nacida de tal calidad, situación que puede ser de naturaleza muy diferente de la patrimonial o meramente hereditaria.

Transcribe un parágrafo de la sentencia de la Corte pronunciada el 20 de octubre de 1952 en un juicio de filiación natural, en el cual, refiriéndose a la legitimación en causa, dice que esta no se halla limitada a la exclusiva intervención del padre o de los herederos que la representan, cuando aquél ha fallecido, sino también frente a otras personas con las cuales el presunto hijo natural necesite definir "Situaciones jurídicas de dicho estado", y que no pueden limitarse al derecho de heredar patrimonialmente al padre. Esto lo deduce de los artículos 219 a 223 del C. C. aplicables al juicio natural por mandato del artículo 7º de la ley 45 de 1936.

De que la acción de filiación natural no se circunscribe al padre, o a los herederos, cuando aquel ha muerto, sino que se extiende a cualquiera otra persona con la cual el presunto hijo natural pretenda definir su estado civil, "con base en cualquier interés que puede no ser económico ni hereditario" dados los efectos relativos del fallo, cuando no interviene legítimo contradcitor, se pregunta el recurrente por qué se exige la prueba de heredero para que tenga personería la parte demandada y, más aún, por qué tal comprobación ha de hacerse con la declaratoria judicial de herederos.

Los errores de interpretación del Tribunal llevarían a las conclusiones absurdas de que la acción de filiación natural solamente podría intentarse contra los herederos: que no cabría intentarse, muerto el padre si no hubiese herederos reconocidos; y que, no abriéndose el juicio sucesorio, si un tercero se apodera de los bienes herenciales, el presunto hijo natural no podría intentar la acción para legalizar su estado civil y poder actuar luego como heredero de su padre natural.

Prosigue que no hay fundamento jurídico para que la acción de filiación natural, una vez fallecido el padre, solo pueda promoverse contra sus herederos, y que sea indispensable, so pena de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, acreditar la calidad de heredero "sea en cualquier forma", mucho menos si se tienen en cuenta los efectos relativos del fallo, cuando no interviene el padre como legítimo contradictor.

De lo anterior deduce que el Tribunal, al fundar la sentencia en ilegitimidad de la personería

sustantiva de los demandados, por no haberse acreditado su calidad de herederos, violó por interpretación errónea e indebida aplicación los artículos 401, 402, 403 y 404 del C C. y desconoció, en consecuencia, el derecho de los hijos naturales que le otorga el artículo 4º de la ley 45 de 1936 para obtener la declaración de su estado civil.

La Corte considera:

Para mejor determinar el alcance de esta impugnación, debe tenerse presente que la demanda acumula las súplicas sobre declaración de que los demandados Mejía Guzmán son hijos naturales de Flavio Mejía Guzmán, de que son legitimarios, que excluyen a los demanddaos de la sucesión del mismo, que tienen derecho a la universalidad de los bienes herenciales, entre ellos el denominado Paloblanco, que deben restituír con sus frutos a la misma sucesión representada por los demandados. Aparecen acumuladas las acciones de filiación natural basadas en relaciones sexuales estables y notorias, en confesión inequívoca de paternidad y la posesión notoria del estado reclamado, y la petición de herencia, deducida de que los demandados son herederos en su condición de hermanos legítimos del causante, quien murió soltero, y los cuales se hallan en posesión del bien reclamado desde el fallecimiento de Flavio Mejía Guzmán.

Trabada la relación jurídico-procesal con este contenido de la demanda y la respuesta, que negó los hechos fundamentales y se opuso a las declaraciones, era obligación de los demandantes acreditar en los reos el carácter de herederos del presunto padre natural, extremo que hubieran logrado bien con las actas completas que acreditaran el estado de hermanos legítimos de aquel, bien con la copia del auto de reconocimiento de herederos de la mortuoria del mismo. No habiéndolo logrado, según acaba de verse en la consideración de los cargos anteriores, esta tacha, como viene formulada, resulta inconducente por violación directa de los artículos 401, 402, 403 y 404 del C. C. y de la ley 45 de 1936. Y la razón es muy sencilla: no demostrada la calidad de herederos, no cabía hacer las declaraciones impetradas, si ella se considerara como elemento de la titularidad o de la legitimación en causa, o debía haberse inhibido el fallador, si la condición de heredero es integrante del presupuesto procesal llamado capacidad para ser parte, como lo tiene expuesto la Corte (G. J. T. XCI Nº 2214 pág. 51). Pero este punto no es materia de la acusación y la Corte no puede oficiosamente entrar en la consideración de él.

De otra parte, si bien el Tribunal dió equivocadamente a los demandados la denominación de legítimos contradictores, ello no tiene incidencia alguna en el fallo, porque de esto no se sigue que no fuera indispensable la prueba de herederos en los demandados, echada de menos por el fallador, de la cual, dice, ha debido preocuparse el apoderado de la parte actora, como de lo principal en los juicios de filiación natural, muerto el pretendido padre.

Pero el alcance del equivocado concepto de legítimo contradictor, como sinónimo de demandados en este juicio, lo fija el mismo fallador con la transcripción de la doctrina de la Corte en sentencia en que se destacan estas conclusiones: Muerto el padre, son los herederos, parientes o extraños, como continuadores jurídicamente de su persona, los llamados a contestar la demanda de filiación natural, puesto que no siempre la vocación hereditaria obedece al estado civil, ya que éste y la calidad de heredero no pueden confundirse, por más que el ordenamiento de la sucesión abintestato se funde en el parentesco y el estado de las personas, no siempre son bastantes las pruebas del estado civil para acreditar la calidad de herederos. Si después de muerto el padre, no se trata de acreditar el parentesco entre el demandado y el causante, sino la calidad de heredero como condición de ser la persona o personas a las cuales el ordenamiento jurídico coloca en el rango de contradictores para el reconocimiento de la paternidad por ministerio de la justicia, no hay duda de que es el decreto judicial que contiene la declaratoria del causante, aunque en no pocos casos de sucesión testamentaria no existe entre el instituído y el **de cujus** ninguna relación causada por el estado civil o los vínculos de parentesco. (G. J. T. 78 pág. 923).

Esta doctrina de que, una vez muerto el padre natural, el hijo natural tiene la acción de investigación de la paternidad contra sus herederos ha sido sostenida por la Corte en numerosas sentencias desde la de octubre de 1945, en que la expuso por primera vez. Así sería superfluo volver sobre ella. (G. J. T. 49 pág. 692. T. 78 págs. 42-82-648-923.- T. 79 pág. 538).

Infiérese que el fallador en el punto que es objeto de la tacha solo expresó que, tratándose de una demanda de filiación natural, instaurada después de muerto el presunto padre, y en la cual se señala, como demandados, a los hermanos de este en su calidad de herederos, la prueba indicada para establecer dicha calidad era la copia del auto

en que les fue reconocida, ya que no se había logrado con las partidas de estado civil aducidas al proceso.

Tal aserto no viola los artículos 401 a 404 del C. C. porque el Tribunal no se ocupó del tema de legítimo contradictor, a que ellos se refieren, sino únicamente del planteado en el caso sub judice respecto de la prueba sobre la condición de herederos de los demandados.

Conclúyese de todo lo visto que el recurso no puede prosperar.

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 proferida por el Tribunal Superior de San Gil el veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho en el juicio ordinario seguido por Margarita, Pedro José y Abigail Uribe contra Carlos Humberto, Pompilio, Horacio, Virginia y Victoria Mejía Guzmán, como herederos de Flavio Mejía Guzmán.

Las costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada—Ricardo Ramírez L. Secretario.

EL PRESUPUESTO DE LA PLENA IDENTIFICACION DE LOS FUNDOS MATERIA DE LA ACCION REIVINDICATORIA

1.— El error de hecho y el de derecho corresponden jurídicamente a conceptos diversos, y técnicamente a formas que tienen causa, entidad y tratamiento diferentes.

2.— Se debe expresar, precisamente, si el cargo se formula por error de hecho o por error de derecho, y no por los dos, copulativa o disyuntivamente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio ordinario entre Jorge Orozco Valencia, de una parte, y David Londoño, Ana Andrade de Londoño y Maricela Londoño, de otra.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el 19 de enero de 1960.

Recurre el demandante.

ANTECEDENTES

1.— Jorge Orozco Valencia demandó ante el Juez del Circuito de La Dorada, a David Londoño, Ana Andrade de Londoño y Maricela Londoño, para que se declare que pertenece al actor la propiedad de cuatro lotes de terreno —que forman un solo globo—, situados en el corregimiento de "Guarinocito" del Municipo de La Dorada y determinados por los linderos que relaciona la demanda, y que los demandados, como poseedores de mala fe, no tienen derecho a que se les pague mejora alguna plantada en dichos terrenos; y, además, se les condene a restituírlos con sus mejoras, anexidades y frutos, así como también a pagar las costas procesales.

2.— Estos, en síntesis, son los hechos fundamentales:

En la partición del fundo llamado "Guarinocito", se le adjudicó al actor una extensión denominada "Casablanca", de que hacen parte los cuatro lotes de terreno referidos, partición que fue protocolizada mediante escritura Nº 318 de 14 de julio de 1944, de la Notaría de Manzanares.

Los demandados poseen en común los mencionados terrenos; y tanto el demandante como sus antecesores —éstos de tiempo inmemorial— han ejecutado actos de dominio en "gran parte" del fundo "Casablanca"; y por último, "la tradición de los terrenos de que vengo hablando se remonta al reinado de Carlos III cuando el 27 de marzo de 1767 ordenó la confiscación de los bienes de la Compañía de Jesús entre los cuales se encontraba la hacienda de "La Egipciaca", de la que hizo parte mi propiedad llamada "Casablanca", tradición que se ha venido operando regularmente hasta hoy. Estos hechos han sido reconocidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia que lleva fecha 24 de marzo de 1943 la cual está publicada en la Gaceta Judicial en los números 1996 y 1997, págs. 398 y siguientes, sentencia que desató un juicio entre los propietarios de Guarinocito y otros terrenos, con el Estado".

3.— El juicio se siguió con la oposición de la parte demandada, quien negó la propiedad al actor y propuso la excepción de prescripción ordinaria, extraordinaria y agraria; concluyó la primera instancia con sentencia absolutoria, de agosto 30 de 1958, la cual, recurrida por el actor, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha 19 de enero del año en curso.

Dicho fallo ha sido acusado en casación por el demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

4.— El Tribunal, con apoyo en citas jurisprudenciales pertinentes, a fin de mantener la decisión a tono con la doctrina de la Corte, hace un estudio detenido de los presupuestos de la reivindicación, de los cuales no halla probados la identidad y el mejor derecho que alega el actor.

Afirma, con reiterada jurisprudencia, que en los juicios reivindicatorios la disputa se limita a saber cuál de las partes tiene un mejor derecho a poseer la cosa que se reivindica, porque el carácter de dueño, de que habla el artículo 946 del C. C., y la noción de propiedad contemplada en el 950, tienen efectos relativos en esta clase de litigios.

5.— Anota que la parte demandada plantea la causa del derecho que alega, así: en cuanto a la propiedad del lote **primero**, salió del patrimonio del Estado en 1908, y del adjudicatario a sus dueños y poseedores actuales, que son demandados, se ha transmitido conforme a derecho; y respecto a los demás terrenos, se trata de mejoras ejecutadas en baldíos de la Nación, poseídos por un lapso mayor de treinta años, por los antecesores de sus presentes titulares y por éstos mismos.

6.— A fin de saber a cuál de las partes corresponde un mejor derecho en las cuatro parcelas, dice la sentencia que "dos conceptos deben analizarse desde el punto de vista probatorio:

"a) El de que los inmuebles poseídos por los demandados o el lote de terreno suma de éstos se halla incluído en el globo mayor del inmueble denominado "Casablanca", que afirma el actor le pertenece, por haberle sido adjudicado en el juicio divisorio adelantado entre él, y la señora María Barreto de Ramírez y el señor Horacio Luna Pardo; y b) el de que, en acuerdo con los principios que rigen la prueba de dominio en los juicios de reivindicación, el actor Dr. Jorge Orozco Valencia, tiene un mejor derecho para poseer tales inmuebles, por cuanto sus títulos son anteriores a los de los demandados o en razón de una posesión en las mismas condiciones, como consecuencia del principio romano de que el que es primero en el tiempo es primero en el derecho (prius in tempore potior in jure)".

7.— En cuanto a lo primero, no halla la sentencia la identidad de los lotes de terreno, porque la inspección ocular y el dictámen de peritos "carecen de las condiciones necesarias para producir certeza". Con respecto a lo segundo, o sea si de acuerdo con los principios que rigen la prueba del dominio en los juicios reivindicatorios, el actor tiene un mejor derecho para poseer los inmuebles, dice que, fuera del título de adjudicación al demandante del fundo "Casablanca", en el juicio divisorio protocolizado por instrumento público Nº 318 de 14 de julio de 1944, de la Notaría de Manzanares, no adujo otro u otros títulos anteriores a la posesión de la parte demandada, ni acreditó haber tenido en ningún tiempo la posesión de los terrenos objeto de la reivindicación.

8.— En lo atinente a los demandados, afirma estar acreditada la posesión de ellos, "uniendo la suya a la de sus tradentes, posesión que se remonta a una época anterior a la adjudicación del globo "Casablanca", que tuvo lugar en 1944, lo que afianza el derecho de la parte demandada, ya que el actor no adujo títulos anteriores a dicha posesión.

LA ACUSACION

En demanda bastante ajena a la técnica requerida en casación, el recurrente formula a la sentencia el cargo de violación de los artículos 756, 762, 765, 778, 946 y 950 del C. C., por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y al desarrollar el cargo dedica una parte a la identificación de los terrenos y otra a las titulaciones presentadas tanto por él como por los demandados.

La identificación:

9.— No halla la sentencia probada "la identificación plena de los lotes de terreno, como que sean parte integrante del globo mayor de "Casablanca", porque la inspección ocular y el dictamen de peritos "carecen de las condiciones necesarias para producir certeza", ya que adolece de "vaguedad, de imprecisión y el último de una fundamentación absolutamente contraria a la técnica de la prueba, pues debiendo haber sido practicada sobre el terreno, lo fue con vista o sobre unos mapas topográficos que ni siquiera fueron solicitados como prueba por las partes en litigio".

"Para la Sala —dice— no está demostrada esta identificación plena de los lotes primero, segundo, tercero y cuarto, singularizados en la súplica a) de la demanda, como que sean parte integrante del globo mayor de "Casablanca". Esta prueba no se produjo en la primera instancia y esta

circunstancia, principalmente, motivó la denegación de la acción reivindicatoria por el señor Juez a-quo y la absolución de los demandados. En esta segunda instancia, tampoco se produjo o creó, pues la diligencia de inspección ocular con dictamen de peritos, practicada por la Sala, carece de las condiciones necesarias para producir certeza. Tanto la inspección como el dictamen adolecen de vaguedad en el juicio o concepto, de imprecisión y el último de una fundamentación absolutamente contraria a la técnica de la prueba, pues debiendo haber sido practicada sobre el terreno lo fue con vista o sobre unos mapas topográficos que ni siquiera fueron solicitados como prueba por las partes en litigio.

"Pero, sucede en el caso de autos, que la inspección ocular con dictamen de peritos, como queda dicho, es deficiente, y que algunas pruebas aportadas por los demandados, que, en su hora serán analizadas, tienden a demostrar conceptos diversos de los contenidos en el dictamen pericial.

"El hecho segundo de la demanda dice textualmente: "De este gran lote llamado "Casablanca", que me fue adjudicado en la partición de "Guarinocito", he efectuado enajenaciones que pasan de un centenar; pero los lotes que se han alinderado en la súplica a) de la demanda no los he enajenado a ningún título a persona alguna y por consiguiente permanecen en mi patrimonio".

"Dada la estrecha conexión que, según la demanda, existe entre los hechos primero —referente a la adjudicación del globo general "Casablanca"— y el segundo —relativo a las enajenaciones que pasan de un centenar, desprendidas de dicho globo mayor—, ha debido el actor —auncuando ella resultara largo y fastidioso— singularizar en el último todas las enajenaciones, para sacar como conclusión que en esta porción de terreno no enajenado se hallaban ubicados los cuatro lotes de terreno materia de reivindicación. Sucede que el actor no procedió así. Se limitó a afirmar la ocurrencia previa de "enajenaciones que pasan de un centenar" y resulta que los certificados de la oficina de Registro aducidos con la finalidad de demostrar éstas dan cuenta de 210 operaciones de finca raíz, lo cual en cierto modo, no viene a estar de acuerdo con la demanda, y especialmente con el precitado hecho segundo".

Con la orientación dada por la parte actora a la prueba de la identificación de los inmuebles, consistente en establecer que hacen parte de "Casablanca", por no haberlos enajenado dentro de las ciento o doscientas parcelas vendidas del mismo fundo, el fallo no encuentra demostrada esa identidad. Dice:

"Sobre estas enajenaciones de lotes de terreno, urbanos y rurales, sitos en el Corregimiento de "Guarinocito", de las cuales se afirma en la demanda que hacían parte del globo mayor de Casablanca, se lee en la diligencia de inspección ocular, practicada por la Sala de Decisión en los días 24 y 28 de febrero de 1958 —fls. 5º y ss. del cuaderno número cinco— pruebas de la parte actora en la segunda instancia: "...y de allí se trasladó el mismo personal al caserío de "Guarinocito", con el fin de identificar los lotes que fueron vendidos a varias personas por el Dr. Orozco Valencia y a que se refieren los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos, habiéndose identificado varios lotes ubicados en la parte urbana del caserío": "... Abierto el acto se empezó con la continuación de la identificación de los predios ubicados en el caserío de Guarinocito y fuera de él y de que tratan los certificados de los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de La Dorada y Manzanares y que figuran en el expediente. Dichos predios fueron mostrados al personal de la diligencia por el demandante doctor Jorge Orozco Valencia y por el señor Tomás Meza, quien, según informes, intervino en casi todas las ventas de estos inmuebles...".

"En concepto de la Sala, la inspección ocular referida, no establece plenamente el hecho de que tales lotes o predios, "que pasan de un centenar", según el hecho segundo de la demanda, o que llegan a 210, como se explicó arriba, hubieran pertenecido al globo mayor de "Casablanca", como para tratar de determinar un excedente de tierras, sobre el cual vengan a delimitarse los lotes primero, segundo, tercero y cuarto, de la súplica a) de la demanda, y objeto de la acción sub-judice. Las alusiones del acta de la diligencia no tienen fuerza probatoria suficiente, en sana lógica y de acuerdo con la técnica de la prueba de inspección ocular, para fijar, en forma cierta e indubitable, en la "extensión inmensa del territorio", —según se lee en el acta de la diligencia— que conforma el globo de "Casablanca", el centenar de lotes o predios de que da razón la demanda o o el de 210 que rezan los certificados de la Oficina de Registro.

"El dictamen pericial, concurrente con la inspección ocular practicada por la Sala de Decisión, rendido por los expertos señores Octavio Gonzáles Robledo y doctor Jorge Gutiérrez Duque, sobre la materia de los lotes enajenados, expresa:

"De acuerdo con la visita del H. Tribunal, chequeadas las ventas que se han hecho y de que trata el certificado expedido por los Registradores de I. I. PP. de Manzanares y Dorada; y descontadas éstas, los lotes por cuya restitución ha demandado a David Londoño y otros aún son patrimonio del Dr. Jorge Orozco Valencia..." Esta peritación —fls. 1º y ss. del cuaderno quinto—, como se observó antes, adolece de una gravísima deficiencia, de tal magnitud que la destruye de todo valor en la controversia. Los expertos no crearon su concepto por la observación de los predios, sino que: —dicen— 'debido a la poca o ninguna facilidad prestada por las partes, nos vimos en la necesidad de hacer el estudio en los planos presentados por las partes y los que los peritos tuvieron a bien conseguir', es decir, no analizaron o discriminaron los puntos sometidos a su ciencia y experiencia sobre el terreno, como era de rigor, como era de necesidad, para que la comprobación pericial resultara adecuada, sino que optaron por hacer cálculos geométricos colocando o superponiendo un plano topográfico que obra al folio 4º del cuaderno segundo —pruebas de la parte demandante, en la primera instancia— a otro plano —según afirman— de la "Richmond Petroleum Company of Colombia Producing Departament Land and Leasse Division", plano el cual muestra el área total de la antigua hacienda de la "Egipciaca", antes de la partición material del año de 1874", con la circunstancia de que ninguno de estos planos fue solicitado como prueba. Desde luego el último de ellos no obra en autos y por ello viene a ser un elemento probatorio sorpresivo, al cual faltan las condiciones de publicidad y contradicción, que son propias de la plena prueba".

10.— La sentencia tampoco encuentra probada la identidad, de manera directa, sin someterla al hecho de no hallarse comprendidos los cuatro terrenos en las enajenaciones efectuadas por el actor, de las tierras de "Casablanca". Afirma:

"No se halla demostrado, en consecuencia, el hecho segundo de la demanda, en lo concerniente a las enajenaciones de lotes de terreno o predios desprendidos del globo mayor de "Casablanca" y afirmadas con el ánimo de objetivar un excedente de tierra o superficie sobre la cual se asientan, en concepto del actor, los lotes primero, segundo, tercero y cuarto, singularizados en la súplica a) y materia de la acción reivindicatoria. Es cierto que ha podido el actor prescindir de referirse a las enajenaciones y, simplemente, tratar de establecer que los dichos lotes sí son parte integrante de "Casablanca", en su estado actual, mas esto último no se encuentra probado en la causa.

"Ya se dijo antes que esta peritación no se efectuó sobre el terreno y que se basó en mapas topográficos no pedidos como prueba, razón por la cual se halla destituída de todo valor en juicio. De manera que no se encuentra probado el hecho de que el globo mayor de "Casablanca" comprenda o contenga especialmente los lotes de terreno poseídos por los demandados. Se trata de terrenos distintos? Probatoriamente no se ha establecido que sean uno mismo y esta aserción guarda estrecha relación con lo aseverado en los testimonios de los señores Justo Morales, Aquilino Delgadillo, Angel María Bustos, Avelino Rangel y Patrocinio Rivera, —cuaderno número tres, pruebas de la parte demandada, en la primera instancia— los cuales manifiestan que en la región de "La Española", donde se hallan ubicados los lotes de terreno que se reivindican, en ninguna época se ha reconocido al Dr. Orozco Valencia como dueño del suelo, ni en ninguna época se le ha conocido ejercitando actos de señorío, y tampoco se han conocido dichos terrenos como parte de la hacienda "Casablanca", la cual está ubicada a muchos kilómetros de distancia de la región de que se habla".

Se considera:

11.— Después del anuncio inicial de tratarse de una acusación por errores de hecho y de derecho en el examen de las pruebas, ya en concreto, refiriéndose el recurrente al punto de la identificación de los terrenos, y cuando era el momento de que precisara la exacta clase de error en que incurriera el fallo, especificando si respecto de una u otra prueba, o de ambas; ocurre que no aclara ni determina si los errores que cometiera el sentenciador al considerar las pruebas de inspección ocular y dictamen pericial, son de hecho o de derecho, y ello es de rigor, porque, según la técnica del recurso, no se produce el error de una y otra especie a la vez, dado que se trata, jurídicamente, de dos conceptos diversos claramente individualizados en el artículo 520 del C. J.; y técnicamente, de dos formas de error que tienen causas, entidad y tratamiento distintos; aparte de la necesidad de que la Sala de Casación y la parte opuesta al recurso, puedan proceder en sus respectivas esferas, sobre un derrotero inequívoco y seguro.

Al comenzar el desarrollo del cargo se afirma

que "el fallador se equivocó en la apreciación objetiva del peritazgo y de la inspección ocular"; pero más adelante agrega que "lo expuesto quiere decir que la pieza que se analiza, (el dictamen), versa sobre hechos sujetos a los sentidos y expuestos según la profesión de los peritos, en forma que no deja lugar a la menor duda (artículo 722 del C. J.)"; de modo que no es posible hallar la puntualización del error imputado, ya que la equivocación sobre la apreciación objetiva de una prueba, sugeriría error de hecho, en tanto que la estimación de la prueba, frente al artículo 722 del C. J., que cita el recurrente, configuraría error de derecho.

Se debe expresar, por tanto, precisamente, si el cargo se formula por error de hecho o por error de derecho, y no por los dos copulativa o disyuntivamente.

12.— Mas, en el supuesto de que hubiese sido formulado por errores de hecho, no se observa en la acusación interés alguno en demostrar la existencia de errores de orden material, en lo tocante a la apreciación de las pruebas en referencia, errores que han de aparecer evidentes en los autos, según requerimiento imperativo del citado artículo 520 del C. J., al punto de que por el error sufrido hubiese llegado el sentenciador a conclusiones absolutamente opuestas a la evidencia. De lo contrario, se convertiría la casación, de recurso extraordinario que es, creado en defensa de la ley sustancial, en un nuevo debate sobre las cuestiones de hecho controvertidas. Los conceptos del fallo a este respecto, extensamente fundamentados, no aparecen combatidos de manera eficaz, y la síntesis del fallador, de no haberse probado suficientemente la identidad de los fundos, no resulta desvirtuada por medio de un error de carácter objetivo que ponga de manifiesto que la única conclusión aceptable, por ser la evidente, es la de la demanda de casación.

Y si de error de derecho se tratara, por haberle negado el fallo a la probanza el valor legal que le concierne, debió, además de citar la disposición de la ley sobre pruebas, infringida, como medio, con motivo de la valoración del Tribunal, demostrar por qué fue quebrantada la norma probatoria a causa de no haber otorgado la sentencia mérito de plena prueba a un dictamen pericial que no reúne los requisitos exigidos en esa norma, en concepto del fallador de instancia.

Siendo así que la falta de prueba de cualquiera de los elementos constitutivos de la acción revindicatoria determina la improcedencia de la misma, huelga entrar en el estudio del cargo relacionado con la titularidad del actor.

No habrá lugar, en consecuencia, a la casación solicitada.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve(19) de enero de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario seguido por Jorge Orozco Valencia contra David Londoño, Ana Andrade de Londoño y Marícela Londoño.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez.—Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada—Ricardo Ramírez L. Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — CLASIFICACION DE LOS VARIOS ELEMENTOS QUE CONTIENE LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION

1.— La misión jurisdiccional se encamina a establecer en el proceso la verdad de los hechos para deducir sus efectos ante las normas aplicables. En cuanto a lo primero —prueba de los hechos— el fallo de instancia no es censurable en casación sino: 1) cuando se demuestra error de derecho en la apreciación de determinados medios, con quebranto de los preceptos que gobiernan el sistema probatorio en juicio; 2) o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, por falta de apreciación de alguna prueba que ingresara al proceso con valor determinante para el fallo, o por suponer un medio que no existe. Claro es, por lo demás, que el cargo no procede sin la demostración complementaria de que por vía de consecuencia se violó determinada norma sustancial. Por todo ello, esta forma de censura recibe el nombre de violación indirecta de la ley sustantiva. Respecto de la cuestión segunda —normas aplicables a los hechos— el cargo no discute la valoración de probanzas ni el modo como los hechos fueron esclarecidos en el debate, sino su significado y efectos ante el derecho sustancial que debe regirlos, e impugna el acto de jurisdicción como violador de la ley por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea. Así, a este vicio de la sentencia acusada corresponde el apelativo general de violación directa de la ley sustantiva, que comprende entonces la "violación directa" en sentido estricto.

2.— No habría recurso de casación sino tercera instancia, si fuera de recibo el ensayo de mejorar simplemente la tarea estimativa de los medios de prueba, o desconocer los poderes de apreciación del sentenciador.

3.— Si se predica muy bien que en materia de tanta incertidumbre como la inferencia de paternidad natural, la ponderación de los juzgadores debe ir al grado de la cautela más exquisita, no es dable sin embargo quebrar fallo alguno con base en posición dubitativa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho (28- de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Ante el Juez del Circuito de Mompós y por medio de apoderado, Aurora Helena Durán Martínez demandó en vía ordinaria a Estanislao Arévalo Dávila e hizo estas peticiones:

1ª— Que se declare que el demandado señor Estanislao Arévalo Dávila es padre natural de los dos hijos, aún menores, que con dicho demandado ha habido la señora Aurora Helena Durán Martínez (mi mandante), hijos que tienen los nombres de Estanislao y Luz Marina, nacidos el primero el 22 de junio de 1955 y la segunda el 4 de noviembre de 1957, en esta ciudad.

"2ª— Que, en consecuencia, se declare que dichos hijos pueden y deben llevar los apellidos de sus padres y llamarse Estanislao Arévalo Durán y Luz Marina Arévalo Durán, para todos los efectos legales.

"3ª— Que se ordene al señor Notario de Mompós se sirva extender en el registro la correspondiente acta, conforme a los artículos 369 y 370 del Código Civil; y

"4ª— Que se condene en costas al demandado".

Las afirmaciones de hecho estuvieron sustancialmente referidas a que desde el mes de mayo de 1954 se iniciaron relaciones sexuales notorias y estables entre la demandante Durán Martínez y el demandado Arévalo Dávila, de las que fueron fruto los menores Estanislao y Luz Marina.

Concluyó en primer grado el debate por sentencia del 8 de junio de 1959 con despacho favorable de todas las súplicas; y la segunda instancia, que abrió la apelación del demandado, por pronunciamiento confirmatorio proferido el 17 de febrero de 1960 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Y es oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Con respecto a las relaciones sexuales notorias y estables entre la madre y el presunto padre, el sentenciador alude al crecido número de declaraciones que obran en juicio, transcribe los apartes que considera pertinentes de los testimonios de Jacinta Solís, Neftalí Serrano, Elodia María de Morales, Francisco Chewing, Rafael Chewing González, Lucía Muñoz Mesa, Elizabeth Herrera Arias, Teresa de Jesús Palencia Bocanegra, Sergio Arévalo Galván y Leonidas Ruiz, y comenta:

"Las declaraciones cuyos apartes pertinentes se acaban de transcribir dejan, a juicio de la Sala, plenamente establecidos los siguientes hechos: Que Estanislao Arévalo Dávila se llevó a Aurora Durán Martínez, de la casa que habitaba ésta, para hacer vida marital con ella; que las relaciones sexuales habidas entre ellos fueron notorias y estables, y que los hijos de Aurora Durán Martínez (Estanislao y Luz Marina), nacieron durante el tiempo en que aquellas relaciones existían de una manera pública y notoria.

"En efecto, dentro de esta multiplicidad de testimonios, hay unos en que los declarantes afirman que Estanislao Arévalo Dávila se raptó a Aurora Durán Martínez de la casa de Jacinta Solís y la llevó a hacer vida marital con él; otros, en que los testigos afirman que Estanislao trajo a Aurora (de su finca) embarazada para que diera a luz; otros, que les consta el hecho del parto del primer hijo (el varón); otros, y entre éstos algunos de los anteriores, que afirman que, después de este parto, continuaron haciendo vida marital, por las apreciaciones personales que ellos (los testigos) tuvieron oportunidad de hacer; y, finalmente, afirman algunos testigos que, mientras continuaron haciendo vida marital, Aurora salió nuevamente embarazada y tuvo luégo un segundo hijo (la niña), que responde al nombre de Luz Marina.

"Estos testigos anotan, además, una serie de detalles complementarios, como el trato que Estanislao Arévalo daba a Aurora y al niño; el haber corrido él con los gastos de éstos; el haber pagado la clínica, etc., que demuestran claramente que entre ellos sí existió un trato continuado de marido y mujer y de padre e hijo. Por otra parte, los testimonios coinciden en afirmar que Estanislao sólo dejó de hacer vida marital con Aurora, esto es, que la abandonó, cuando ésta ya estaba próxima a alumbrar su segundo hijo (la niña), más o menos en agosto o septiembre de 1957.

"De acuerdo con tales testimonios se cumplen a cabalidad los presupuestos del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Es decir, que los niños Estanislao y Luz Marina nacieron después de los ciento ochenta días de haber empezado las relaciones sexuales entre Estanislao Arévalo y Aurora Durán, y dentro de los trescientos después de que cesaron. Porque aparece del contenido de los testimonios que Estanislao se llevó a Aurora en mayo de 1954, que sus relaciones fueron continuas hasta agosto o septiembre de 1957, y que los dos hijos de Aurora (Estanislao y Luz Marina), nacieron dentro del lapso señalado por la disposición legal que se acaba de citar. (Artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936). Estanislao nació el 22 de junio de 1955 y Luz Marina el 4 de noviembre de 1957".

LA IMPUGNACION

El recurrente invoca la causal 1ª de casación, y presenta dos aspectos del mismo cargo por error de derecho en que incurriera la sentencia en la apreciación de la prueba testimonial, con quebranto de los artículos 593, 688, 696, 697 y 698 del Código Judicial, como vehículo para infringir el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en sus ordinales 1º y 4º.

I.— Sostiene que hubo en el Tribunal error de derecho por dar a los testimonios citados en la sentencia el valor de plena prueba para acreditar los hechos fundamentales de la demanda "cuando en dichos testimonios sólo hay contradicciones, vaguedades, imprecisiones, suposiciones, testimonios de oídas y cierto interés —que resalta— en faltar a la verdad para favorecer a la demandante".

Examina cada una de las declaraciones y estima que "ningún testigo da la razón de lo que declara, ni expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Declaran sobre hechos vagos, imprecisos, por referencias, de oídas. Ningún testimonio —añade— tiene consistencia jurídica con valor probatorio".

II.— Cuanto al segundo aspecto del error de derecho, el libelo dice que consiste "en valorar fragmentariamente las declaraciones de los testigos, precisamente en la parte de ellas que le hacen cargo al demandado y no valorar íntegramente el testimonio de cada testigo, pues de su contenido íntegro aparecen los hechos o circunstancias que los desvirtúan, como por ejemplo, no concordar en el hecho ni en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y el no dar la razón de su dicho, le resta a cada testimonio valor probatorio".

SE CONSIDERA:

1.— La misión jurisdiccional se encamina a establecer en el proceso la verdad de los hechos para deducir sus efectos ante las normas aplicables.

a) En cuanto a lo primero —prueba de los hechos— el fallo de instancia no es censurable en casación sino: 1) cuando se demuestra error de derecho en la apreciación de determinados medios, con quebranto de los preceptos que gobiernan el sistema probatorio en juicio; 2) o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, por falta de apreciación de alguna prueba que ingresara al proceso con valor determinante para el fallo, o por suponer un medio que no existe. Claro es, por lo demás, que el cargo no procede sin la demostración complementaria de que por vía de consecuencia se violó determinada normación sustancial. Por todo ello, esta forma de censura recibe el nombre de **violación indirecta de ley sustantiva.**

b) Respecto de la cuestión segunda —normas aplicables a los hechos— el cargo no discute la valoración de probanzas ni el modo como los hechos fueron esclarecidos en el debate, sino su significado y efectos ante el derecho sustancial que debe regirlos, e impugna el acto de jurisdicción como violador de la ley por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea. Así, a este vicio de la sentencia acusada corresponde el apelativo general de **violación directa de ley sustantiva**, que comprende entonces la **"infracción directa"** en sentido estricto.

2.— Cuando la sentencia está impugnada por lo que atañe a la verdad de los hechos, no habría recurso extraordinario sino tercera instancia, si fuera de recibo en la demanda de casación el ensayo de mejorar simplemente la tarea estimativa de los medios, o lícito a la Corte desconocer los poderes de apreciación que, emanados del régimen legal de probanzas, permiten al sentenciador ponderar su propia convicción para emitir el pronunciamiento judicial.

Tocante al criterio legal probatorio de los antecedentes en que descansa la presunción del ordinal 4º, artículo 4º, Ley 45 de 1936, en que se funda el fallo para declarar judicialmente la paternidad natural, no aparece que el sentenciador haya incurrido en yerro alguno que trascienda al recurso. Porque no ha desconocido la literalidad sustancial y visible de los testimonios aportados, ni por ahí se le ataca, está exento de error manifiesto de hecho. Y si por la misma naturaleza de las cosas es absolutamente imprevisible la prueba directa de la paternidad, habrá de ser siempre necesario establecerla por inferencias más o menos elocuentes, pero que abren amplio margen de apreciación a los poderes discrecionales del juzgador, y entonces no hay lugar a yerro de derecho mientras no descienda, por abuso, al campo de la manifiesta arbitrariedad.

3.— No por escasas declaraciones aisladas sino por numeroso conjunto de testimonios, se integró la convicción del Tribunal acerca de los hechos constitutivos, no sólo de relaciones sexuales entre la demandante y el demandado, sino también con el carácter de notorias y estables, de manera que por las fechas de nacimiento de los menores Estanislao y Luz Marina, hijos de Aurora, desprendió el sentenciador, con apoyo en la ley, que la concepción se efectuó durante esas mismas relaciones, que así conducen a demostrar la paternidad natural del demandado.

No ha de exigirse en casación que el juicio del sentenciador al respecto sea de tal modo irrebatible que no admita ningún género de duda, o que las probanzas hubieran de tener absoluta nitidez. Porque si se predica muy bien que en materias de tanta incertidumbre como la inferencia de paternidad natural, la ponderación de los juzgadores debe ir al grado de la cautela más exquisita, no es dable sin embargo quebrar fallo alguno con base en posición dubitativa. La duda no trasciende, desde luego que sin certeza en contrario es improcedente la infirmación de la sentencia acusada.

Es así como el esfuerzo de la demanda para contraponer a la convicción del Tribunal el criterio propio del recurrente en el análisis y valoración de los testimonios aducidos, carece de incidencia en el recurso extraordinario, por más que hubiera sido de recibo como alegato de instancia.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 17 de febrero de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

José J. Gómez R.—Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—Enrique López de la Pava—José Hernández Arbeláez.—Ricardo Ramírez L. Secretario.



ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO

Interés jurídico y legitimación en causa. — Error de hecho en la apreciación de pruebas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos sesenta.

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

Las señoras María Esther Montaño viuda de Ospina y Hortensia Ospina Montaño, obrando por medio de apoderado y hablando ambas en nombre de la sucesión de Jerónimo Ospina y la primera también en representación de la sociedad conyugal que tuvo formada con este último, demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Sevilla (Valle) a los señores Leonidas Ospina Montaño, Jesús María Román, Miguel A. Eusse Correa, Elvia Ariza de Ospina, Evelio Ariza y a la mortuoria de José Moisés Ocampo, representada por sus menores hijos Ricardo Antonio, José Ignacio, Jorge Eliécer, Nelson Enrique, Fabio, Iván, José Dionisio y Aimer Diego Ocampo Ramírez, quienes están a su vez representados por su madre natural, señora Trinidad Ramírez, para que, previo un juicio ordinario, se hicieran en la sentencia respectiva las siguientes declaraciones:

"**Primera.**— Es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública Nº 197, de 15 de julio de 1949, otorgada ante el Notario de Riofrío, y a que se alude en el hecho VIII de esta demanda, por error en el consentimiento del vendedor Román, respecto de la persona de su comprador, ya que aquél estaba comprometido a trasladar el dominio del inmueble a Jerónimo Ospina, y al haber fallecido éste, a su cónyuge y herederos.

"**Segunda.**— A consecuencia de la declaración anterior, carecen de valor y debe ordenarse la cancelación de su registro en la Oficina respectiva, las Escrituras públicas Nos. 383, de 11 de mayo de 1953, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito; 247, de 28 de abril de este año (1954), otorgada ante el Notario Segundo de este Circuito; y 661, de 14 de agosto de este año, de la misma Notaría Segunda.

"**Tercera.**— En razón de las declaraciones anteriores y del contrato de compraventa constante en la Escritura pública Nº 391, de 29 de abril de este año, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Buga, la sucesión del señor Jerónimo Ospina, representada por mis poderdantes, es la verdadera dueña del predio que se determina en el hecho III de esta demanda.

"**Cuarta.**— Como resultado de las anteriores declaraciones, los demandados Ospina Montaño y Ariza de Ospina están en la obligación de restituír a la entidad demandante el inmueble objeto de esta acción, con los frutos naturales y civiles percibidos, a partir del año de 1950; y no sólo esos frutos, sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si el inmueble hubiera estado en su poder.

"**Quinta.**— Que se ordene la cancelación del registro de la Escritura pública Nº 197 de 1949.

"**Sexta.**— Que en razón de las declaraciones anteriores, carece de valor la cesión del crédito hipotecario a que se alude en el hecho XV de esta corrección; de suerte que el señor José Moisés

Ocampo no hizo una cesión legítima de ese crédito, ni el señor Evelio Ariza puede considerarse como legítimo cesionario de dicho crédito.

"**Séptima.**— Por virtud de las anteriores declaraciones, carecen de valor y por lo mismo no afectan el derecho de dominio de mis poderdantes o de la entidad que representan, la demanda del juicio hipotecario a que se alude en el hecho XVI de esta corrección, el embargo y secuestro que allí se decreten, la sentencia que en dicho juicio ordene la venta o adjudicación del inmueble objeto de esta acción, la subasta respectiva, el auto aprobatorio del remate y su registro.

"**Octava.**— Que los demandados sean condenados en costas, si se oponen".

La misma parte demandante formuló también varias súplicas subsidiarias, entre ellas las de nulidad absoluta y reivindicación expresadas como principales y la de simulación de unos contratos, de la cesión de un crédito hipotecario y de un juicio.

Los hechos en que se sustentan las peticiones precedentes pueden compendiarse así:

1)— El señor Jerónimo Ospina fue casado con la actora María Esther Montaño y de ese matrimonio nació la otra demandante Hortensia Ospina Montaño.

2)— Más o menos en el año de 1937 el nombrado Jerónimo Ospina celebró verbalmente con Jesús María Román un contrato de promesa de compraventa de una porción de terreno llamada "La Reforma" y conocida más tarde con el nombre de "Santa Rita", situada en el paraje de "Totoró", jurisdicción del Municipio de Sevilla, cultivada de café, pasto y con casa de habitación, y alindada como se indica en la demanda. El precio de compra se fijó en $ 800.00 y debía pagarse con los productos de las cosechas del mismo fundo.

3)— El señor Ospina entró en posesión del predio aludido desde el momento en que se concertó la promesa oral de compraventa; mejoró el inmueble con otros cultivos y con una casa nueva y se benefició con su familia de los productos de tal bien hasta su muerte, ocurrida el 11 de febrero de 1943.

4)— Como se había convenido, el señor Ospina le fue pagando a Román por cuotas el precio estipulado hasta cuando sobrevino su fallecimiento, habiéndole quedado a deber solamente cerca de $ 300.00.

5)— Muerto el prometiente comprador Ospina, la señora Montaño viuda de Ospina y sus hijos, es decir, la propia familia del difunto, continuó explotando la finca nombrada y pagando a Román el resto de su precio en la misma forma como lo venía haciendo el causante; los pagos los hacía Leonidas Ospina Montaño, hijo legítimo del propio causante, con los productos del inmueble y mediante recibo que a él le eran expedidos.

6).— Hecho el pago de los $ 800.00, el prometiente vendedor Román y el expresado Leonidas Ospina celebraron por escrito un contrato de promesa de compraventa del mismo fundo de "La Reforma" o "Santa Rita", por el precio originalmente convenido con Jerónimo Ospina, contrato que lleva fecha de 29 de junio de 1945 y en el cual se fijó un plazo de sesenta días para el otorgamiento de la escritura respectiva.

7)— Cuatro años más tarde, a partir de la fecha de la promesa mencionada, el señor Román dijo venderle al nombrado Leonidas Ospina Montaño por la Escritura Nº 197, otorgada en la Notaría de Riofrío el 15 de junio de 1949, el predio en referencia, considerando al comprador Ospina como representante de la familia de Jerónimo Ospina; el precio estipulado fue el que se había convenido originalmente con éste.

8)— Una vez inscrito el instrumento anterior, el presunto comprador Ospina Montaño procedió a hacer desocupar el inmueble tanto de su madre María Esther Montaño como de sus hermanos, sin ningún miramiento y no obstante la carencia de recursos de éstos y la realidad de su derecho.

9).— Desde la fecha de la misma Escritura Nº 197 el señor Leonidas Ospina ha venido disfrutando de los productos del inmueble comprado a Román y poseyéndolo materialmente hasta ahora, sin embargo de que por la Escritura Nº 247, extendida en la Notaría Segunda de Sevilla el 28 de abril de 1954, dijo venderle dicho predio a Miguel A. Eusse Correa por la irrisoria suma de $ 5.000.

10).— La citada Escritura Nº 247 otorgada por Ospina a favor de Eusse Correa, no da razón de ningún contrato real y menos de una compraventa, pues, a pesar de consignarlo así, no hubo pago de precio ni intención de vender por parte de Ospina ni de comprar por el lado de Eusse, ya que tal convención se efectuó no sólo para eludir las consecuencias de una declaración de confeso, sino también para que el comprador Eusse le pasase el mismo bien a la esposa de Ospina, señora Elvia Ariza, como así vino a cumplirse por la Escritura Nº 661, pasada ante el propio Notario de Sevilla el 14 de agosto de 1954.

11).— Para rectificar su primitivo error y para que la propiedad del fundo se radicara en quienes legalmente eran sus dueños, el señor Jesús M. Román otorgó a favor de la sucesión de Jerónimo Ospina, representada por las demandantes, la Escritura Nº 391, extendida en la Notaría Segunda de Buga el 29 de abril de 1954, por la cual Román transfirió en venta a la mortuoria dicha el predio en mención, con la advertencia de que ya antes le había sido vendido a Leonidas Ospina por la Escritura Nº 197, de 15 de junio de 1949.

12).— Los demandados Leonidas Ospina Montaño y Elvia Ariza son los actuales poseedores del inmueble.

13).— Por la Escritura Nº 383 extendida en la Notaría Primera de Sevilla el once de mayo de 1953, el mismo Leonidas Ospina simuló constituír sobre el fundo referido una hipoteca a favor de José Moisés Ocampo para respaldar un presunto préstamo de dinero por la cantidad de $ 6.800.00, con plazo de un año y sin interés.

14).— Mediante nota de cesión de 12 de julio de 1954, igualmente simulada, el acreedor hipotecario, señor Ocampo, le traspasó el crédito aludido al señor Evelio Ariza, pariente de la esposa de Leonidas Ospina.

15).— Con poder del citado Evelio Ariza, el Dr. Miguel Restrepo Estrada promovió el tres de septiembre de 1954 una demanda especial hipotecaria para el cobro del crédito mentado contra el comprador simulado y presunto tenedor del inmueble, señor Miguel A. Eusse.

16).— El acreedor hipotecario, señor Ocampo, falleció el 19 de agosto de 1954 y dejó como herederos a sus hijos naturales Ricardo Antonio, José Ignacio, Jorge Eliécer, Nelson Enrique, Fabio, Iván, José Dionisio y Aimer Diego Ramírez, quienes son menores y están representados por su madre natural Trinidad Ramírez.

Algunos de los demandados contestaron la demanda y en su respuesta admitieron unos hechos, negaron otros y se opusieron a las pretensiones de la parte actora.

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Juez del conocimiento profirió la sentencia de diez de febrero de 1956, en la cual se absolvió a los demandados y se condenó en costas a la parte demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por apelación que esta misma parte interpuso contra el fallo de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dictó la sentencia de 27 de agosto de 1959, por la cual se confirmó aquel fallo y se condenó también en costas a la parte actora.

Para tomar esta decisión el sentenciador de segunda instancia razona así: el contrato de promesa es distinto y produce efectos diferentes de la convención prometida; esos efectos consisten en demandar la celebración del convenio que se promete, o, en caso de incumplimiento, solicitar la indemnización de perjuicios y aun la resolución de la misma promesa; de donde se sigue que el prometiente comprador de un inmueble carece de acción para impugnar los actos de enajenación que del mismo bien haga a terceros el prometiente vendedor que incumple el contrato de promesa, y menos para alegar la causal de nulidad que consagra el artículo 1512 del C. Civil, aunque dicho prometiente vendedor haya hecho nueva enajenación a favor de aquel prometiente comprador, porque, conforme a lo dispuesto por el artículo 1746 **ibidem**, la declaración judicial de esa nulidad no beneficiaría a éste ni confirmaría la segunda enajenación, cuyos efectos se limitan a lo establecido por el artículo 1871 **ibidem**: de acuerdo con estas reflexiones ni Jerónimo Ospina ni sus sucesores tienen interés ni están legitimados para ejercitar la acción principal de nulidad ni las propuestas como consecuenciales. La venta hecha por la Escritura Nº 391, de 29 de abril de 1954, no puede prevalecer sobre la tradición que se realizó por la Escritura Nº 197, de 15 de julio de 1949, porque la promesa que Román hizo a Jerónimo Ospina fue verbal, es decir, no cumplió los requisitos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y porque además aquella segunda enajenación, como venta de cosa ajena, no destruye los efectos de la transferencia efectuada a favor de Leonidas Ospina y menos si se tiene en cuenta que ella se debió al cumplimiento de otra promesa legal de compraventa celebrada con éste, circunstancia que excluye la posibilidad de un vicio del consentimiento por error acerca de la persona de este comprador. La primera petición subsidiaria sobre nulidad es igual a la principal y sobre ella caben las reflexiones anteriores. Respecto de las súplicas sobre simulación de unos actos y contratos, sucede que ellas no conforman "una verdadera acción de simulación", porque, consistiendo ésta en la prevalencia del pacto oculto o secreto sobre el aparente o fingido, no se dirigen ellas a obtener esta prevalencia, lo cual las hace ineptas para producir la consecuencia de una declaración de dominio a favor de la mortuoria de Jerónimo Os-

pina, como se pide en las súplicas subsidiarias cuarta y quinta.

LA DEMANDA DE CASACION

No satisfecha con la sentencia de segundo grado, la propia parte demandante interpuso contra ella este recurso de casación que, hallándose debidamente sustanciado, se procede a decidir.

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente formula contra el fallo los cuatro cargos siguientes:

Primer cargo.— Violación directa de los artículos 1512 y 1746 del C. Civil por no haberlos aplicado al caso de este pleito.

Afirma el impugnante que el vicio del consentimiento por error en la persona de un contratante puede ocurrir no sólo en los contratos a título gratuito, sino también en los a título oneroso en que "la calidad de la persona con quien se contrata sea indispensable para el perfeccionmiento de la respectiva convención"; que la compraventa nada tiene que ver con el fenómeno del **intuitu personae**, pero que si ese contrato, por razón de la causa o de cualquier otro factor determinante, se quiere celebrar con una persona cierta y no se procede así, el consentimiento queda viciado y "puede haber lugar a deducir las consecuencias que implica el artículo 1512 de la obra en cita". Agrega que en el caso presente, antes de realizarse la compraventa entre Jesús M. Román y Leonidas Ospina, acaecieron varios fenómenos que convergían a celebrar esa convención con Jerónimo Ospina o con sus herederos; que Román tuvo en cuenta estos hechos y otorgó la Escritura Nº 197 de 1949 a favor del citado Leonidas en la consideración de ser éste representante del primitivo comprador, pero que, como otros hechos ulteriores del mismo Leonidas le dieron a comprender que había incurrido en un error, su voluntad de vendedor no quedó satisfecha y el contrato consignado en aquel instrumento resultó ineficaz "por deficiencias en el consentimiento, originadas en aquel error, es decir, por ausencia del factor 'intuitu personae' que aquí actuaba sustancialmente"; que esto condujo a Román a efectuar una venta posterior del mismo inmueble en beneficio de la sucesión de Jerónimo Ospina, y que por tanto "la sentencia del H Tribunal que no acepta esas conclusiones, que niega el error acerca de la persona del comprador al encontrar como obstáculo la promesa de Román con Leonidas Ospina, está infringiendo el artículo 1512 del C. C., porque deja de aplicarlo". Dice finalmente que la violación se acentúa por no haber tenido el fallador en cuenta la situación de estos contratantes frente a la promesa que ambos celebraron, y que por las mismas razones anteriores se quebrantó el artículo 1746 **ibidem**, "porque al no aplicar la disposición principal de que se desprende la nulidad, es lógico que deja de deducir las consecuencias de la misma, y que por lo tanto tampoco aplique la mencionada disposición".

Se considera:

El sentenciador estimó que ni Jerónimo Ospina ni sus sucesores tienen interés ni se hallan legitimados para promover la acción de nulidad absoluta ni las consecuenciales que ejercitan en su demanda, porque se apoyan en una simple promesa verbal de compraventa, porque la declaración de invalidez no los beneficiaría, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1746 del C. Civil, y porque la enajenación que a la mortuoria de Ospina le hizo Jesús M. Román por la Escritura Nº 391, de 29 de abril de 1954, no produce más efectos que los señalados por el artículo 1871 **ibidem** por tratarse de venta de cosa ajena.

Jesús María Román le vendió un predio rústico a Leonidas Ospina por la Escritura Nº 197, de 15 de julio de 1949, y más tarde el propio Román transfirió el mismo inmueble a la mortuoria de Jerónimo Ospina por la Escritura Nº 391, de 29 de abril de 1954, alegando haber celebrado con dicho Jerónimo una promesa verbal de venta y recibido de él la mayor parte del precio convenido y haberle transferido a Leonidas en consideración a ser éste representante de la sucesión mencionada. Las demandantes, hablando como partícipes de la citada mortuoria de Ospina, impetran la declaración de nulidad absoluta de la compraventa concertada entre Román y Leonidas Ospina con fundamento en el error sufrido por el primero acerca de la persona del segundo.

Obvio es que, si llegase a prosperar la referida acción de nulidad, el inmueble vendido por Román a Leonidas Ospina volvería a manos del primero y se consolidaría con ello la venta del mismo a Román a la sucesión de Jerónimo Ospina, conforme a lo prescrito por los artículos 752 y 1875 del C. Civil. Esta perspectiva les confiere a las demandantes interés para alegar la nulidad expresada, de suerte que por este aspecto no aparece la parte actora desprovista de personería,

La conclusión anterior sería suficiente para determinar la infirmación del fallo acusado si no

ocurriese que el análisis de los fundamentos de la nulidad alegada deja ver que hay otros motivos que respaldan dicha sentencia. En efecto, la acción de invalidez se apoya en el error que sufrió Jesús M. Román al venderle el inmueble al demandado Leonidas Ospina, considerándolo como representante de la sucesión de Jerónimo Ospina. Si Román tuvo la intención de transferir el bien a esta mortuoria y la realizó haciendo la venta a Leonidas como mandatario de la misma sucesión, no experimentó por ello el error que alegan las demandantes, sino que lo realmente sucedido fue otro hecho o fenómeno, consistente en el incumplimiento del nombrado Leonidas de sus obligaciones de tal mandatario. Román cumplió el propósito que él mismo dice haber tenido de vender el inmueble a la mortuoria de Jerónimo Ospina haciendo la tradición a Leonidas como representante de esa mortuoria, y la circunstancia de que éste no hubiera obrado luego como tal mandatario no implica que dicho vendedor sufriese el error que se alega como fundamento de la nulidad demandada

En realidad el Tribunal no aplicó al caso de este litigio los artículos 1512 y 1746 del C Civil, pero no por ello los quebrantó, porque no aparece demostrado el error en la persona que podría dar lugar a aplicarlos.

Segundo cargo.— El impugnante ataca la sentencia por violación indirecta de los artículos 1524 y 1740 del C. Civil a causa de un error de hecho en la interpretación de la demanda.

En desarrollo de este cargo dice su autor que en algunos contratos bilaterales la consideración de la persona puede constituír el elemento esencial de la convención, como acontece en la transacción; que en esos casos el error sobre dicha persona afecta la causa de la obligación; que en la ocurrencia de autos todos los antecedentes del contrato entre Román y Leonidas Ospina concluyen a establecer que quien tenía derecho a recibir la enajenación del inmueble era Jerónimo Ospina o en su defecto sus sucesores; que esto significa que, al venderle Román el bien a Leonidas, el vendedor sufrió un error acerca de la persona de su comprador y faltó por ello uno de los elementos esenciales del contrato, como es su causa; que en los hechos de la demanda inicial de esta litis se alegó esa ausencia de causa derivada del error aludido, pero que "por falta de un análisis a fondo de la demanda y llevado por el prurito de la falta de personería en la parte demandante a causa de un error de interpretación de la promesa original de venta, el Tribunal no observó las relaciones existentes entre el fundamento jurídico de la primera petición principal y las disposiciones legales sobre la causa de las obligaciones que notoriamente conforman esa primera petición, y por lo mismo, no llevó a cabo la interpretación de la demanda".

Se considera:

El error de hecho en la apreciación de las pruebas —y la demanda es una de ellas— "consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio que prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene comprobado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos" (LXXVII-2138-2139, 119). Además, para que ese error de hecho pueda prosperar en casación se requiere que sea ostensible o manifiesto, esto es, que se vea de modo palmario y que no se preste a dudas ni constituya el resultado de consideraciones más o menos lógicas.

El recurrente censura la sentencia "por falta de un análisis a fondo de la demanda" y por no haber observado el fallador "las relaciones existentes entre el fundamento jurídico de la primera petición principal y las disposiciones legales sobre la causa de las obligaciones que notoriamente conforman esa primera petición". No se expresa con precisión en qué consiste el error de hecho que se atribuye a la sentencia, ni qué factor concreto de la demanda dejó de apreciarse. El Tribunal negó el interés jurídico y la legitimación en causa de la parte demandante, y, aunque esta conclusión no es del todo acertada, como está dicho, tampoco aparece comprobado el error en la persona que se alega como fundamento de la nulidad, de suerte que el no haberlo tenido en cuenta para decretar la invalidez no constituye un error de hecho y menos de carácter manifiesto.

Cargo tercero.— Se impugna también la sentencia por violación de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1765, 1527 y 946 del C. Civil y 630 del C. Judicial, a causa del error de derecho cometido

en la apreciación de la Escritura Nº 391, extendida en la Notaría Segunda de Buga el 29 de abril de 1954.

Afirma el recurrente que en teoría es admisible que carezca de validez la promesa verbal de compraventa, pero que si, por ignorancia o buena fe, llega a celebrarse el contrato prometido, no puede desconocerse el interés que el comprador deriva de la promesa dicha para impugnar los actos de enajenación ejecutados por su vendedor durante la vigencia de la misma promesa; que si así no fuese se menospreciaría lo estatuído por el ordinal tercero del artículo 1527 del C. Civil; que si en autos no existiera la Escritura Nº 391, citada, sería correcta la ya expresada conclusión del fallador; pero que el instrumento sí existe, que el contrato consignado en él es la culminación de las negociaciones anteriores entre Román y Jerónimo Ospina y que además fue apreciado por el sentenciador, aunque no "en función de sus antecedentes probados, y no le dio por lo mismo el alcance probatorio que le correspondía, por lo cual erró de derecho en la apreciación de dicho instrumento"; que como el mismo fallador tampoco apreció otros medios probatorios, en ello erró también de hecho, y que, como "tales errores lo llevaron a negar la personería sustantiva de la parte que represento para reclamar la nulidad de la escritura de enajenación hecha al demandado, el aludido fallador violó por aplicación indebida, al deducir consecuencias que no se desprendían para el caso de esa disposición, el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Igualmente el error de hecho proveniente de haber omitido la consideración de los demás medios probatorios que se dejan relacionados, llevó al Tribunal a infrinigr, también por aplicación indebida los artículos 1527, 1765 y 946 del C. Civil y el artículo 630 del C. Judicial".

Se considera:

El error de derecho en la valoración probatoria consiste en concreto en atribuírle a una prueba un valor que la ley no le da o en desconocerle el mérito que la ley le asigna. Así lo ha expresado la Corte en diversas ocasiones (LXXVIII-2146, 723.- LXXIX-2151, 686).

En el proceso obra de veras la Escritura número 391, de 29 de abril de 1954, instrumento que el sentenciador sí apreció, como lo admite el propio recurrente, y al cual se le reconoció el valor probatorio que la ley le asigna, de manera que por este aspecto no incurrió el Tribunal en el error de derecho que se le atribuye ni quebrantó los artículos 1.765 del Código Civil y 630 del Código Judicial. Lo ocurrido es que al contrato consignado en esa escritura le da la sentencia el carácter de venta de cosa ajena, calificación que no constituye un error de derecho en la apreciación del mismo instrumento como simple medio de prueba. Una cosa es el contrato y otra la escritura que lo contiene. El Tribunal no desconoció el mérito demostrativo del instrumento aludido, sino que al revés lo tuvo como plena prueba de una compraventa de cosa ajena celebrada entre Román y los herederos de Jerónimo Ospina. Por donde se ve que no aparece probado el error de derecho en la apreciación de la Escritura Nº 391, citada, pues la referida calificación del contrato contenido en ella no entraña el menosprecio del mismo instrumento como medio probatorio.

Afirma el acusante que el Tribunal incurrió asimismo en error de hecho por haber omitido la apreciación de los demás elementos de prueba. No se indica cuáles son estos otros medios que el fallador dejó de considerar, y la Corte tiene dicho que la acusación de un fallo por error de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas exige la puntualización concreta del elemento probatorio cuya apreciación se omitió o se tacha de errónea, pues de lo contrario el cargo resulta mal formulado y sin base para su análisis.

Cargo cuarto.—Este cargo consiste en la violación indirecta, por aplicación indebida, del artículo 1871 del C. Civil, a causa del error de derecho cometido en la apreciación de la Escritura Nº 391, citada, y también por "desconocer los demás medios probatorios que determinan la calidad del demandado en mención al recibir éste el instrumento 197".

Se considera:

Este motivo carece de la técnica necesaria para poder obrar en casación. En efecto, el Tribunal estimó que el contrato contenido en la Escritura Nº 391 constituye una compraventa de cosa ajena, y el recurrente acusa el fallo por violación del artículo 1871 del C. Civil a causa de un error de derecho en la valoración de aquel instrumento, pero no señala cuál es el precepto de orden probatorio que el sentenciador pudo haber infringido al apreciar dicha escritura pública. Esta omisión impide la viabilidad del cargo. En casación de 31 de agosto de 1955 dijo la Corte que, "si, pues, el error de derecho supone necesariamente la violación de preceptos legales sobre pruebas, es preciso, para que el cargo por error de derecho sea viable en casación, que el recurrente diga cuáles son las dis-

posiciones de esa naturaleza que se han violado por el sentenciador" (LXXXI-2157-2158, 88).

Respecto del error consistente en el desconocimiento de los demás elementos probatorios, sucede ahora lo mismo que se anotó al examinar el cargo tercero, esto es, que el impugnante no señala cuáles son esos otros medios de prueba que el fallador ignoró y que por tanto el cargo tampoco es viable por este aspecto.

Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que el recurso no puede prosperar.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este juicio ordinario que en nombre de la sucesión de Jerónimo Ospina han venido ventilando las señoras María Esther Montaño viuda de Ospina y Hortensia Ospina Montaño contra los señores Leonidas Ospina Montaño, Elvia Ariza de Ospina, Jesús María Román y otros.

Sin costas.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

ACCIONES CONCURRENTES DE SIMULACION RESPECTO DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES. — SUBSIDIARIAS DE NULIDAD Y LESION ENORME

1.— Los artículos 209 y 398 del Código Judicial no autorizan la acumulación objetiva y subjetiva, inicial o sucesiva, sino en los casos y con las condiciones prescritas por ellos.

2.— No obstante ser manifiesta la indebida aplicación de las normas sobre acumulación de acciones, el cargo por lo tocante a la violación directa de la ley no es viable, dado que ellas no tienen carácter sustantivo sino meramente procesal.

3.— Cuando la casación se refiere a violación indirecta de la ley, además de alegar el recurrente si se trata de error de hecho o de derecho, debe determinar a cuál prueba se refiere, demostrar el error que alega e indicar los textos legales sustantivos que estime violados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

Heliodoro Granobles, debidamente representado, demandó ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué a Rufino Basto Medina y María Julia o María Tulia Basto de Granobles, para que en juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.— Que es ficticio o simulado, y, por tanto, debe declararse inválido, el contrato de compraventa del inmueble urbano que se determinó por su ubicación y linderos en el hecho 10 de este libelo, contrato consignado en la escritura pública Nº 260 del 28 de febrero de 1951, de la Notaría 2ª de este Circuito.

"SEGUNDA.— Que son ficticios o simulados y, por tanto, deben declararse inválidos los contratos de compra-venta que rezan las escrituras Nos. 1687 del 27 de noviembre de 1953 y 335 del 18 de marzo de 1954, ambas de la Notaría 1ª de este Circuito, con respecto al inmueble rural determinado por su nombre, ubicación, extensión, y linderos en el hecho 3º de este libelo;

"TERCERA.— Que se decrete la cancelación de las escrituras mencionadas en las dos peticiones anteriores, así como también de las inscripciones de las mismas, para lo cual se impartirán las órdenes del caso al señor Notario 1º y al señor Registrador de este Circuito;

"CUARTA.— Que se declare que pertenecen en dominio o propiedad al señor Heliodoro Granobles, los inmuebles determinados o especificados en los hechos 3º y 10º de esta demanda y, por consiguiente, deben volver a su patrimonio;

"QUINTA.— Que se condene a María Julia o María Tulia Basto de Granobles a restituír al Sr. Heliodoro Granobles, dentro de los ocho días siquientes a la ejecutoria del fallo que recaiga en el juicio, los bienes de que trata la petición anterior, junto con sus frutos naturales y civiles percibidos a partir de la contestación de la demanda hasta cuando se verifique la restitución; y

"SEXTA.— Que si los demandados se oponen, se les condene en las costas del juicio.

'En SUBSIDIO de las declaraciones primera, segunda y tercera principales, se hagan estas otras:

"A) Que es nula como donación la transferencia de que trata la escritura pública Nº 260 del 28 de febrero de 1951 de la Notaría 2ª de este Circuito, nulidad que debe considerarse de carácter absoluto; y

"B) Que se declaren nulas, de nulidad absoluta, como donaciones entre vivos las transferencias de que tratan las escrituras Nos. 1687 del 27 de noviembre de 1953 y 335 del 18 de marzo de 1954, de la Notaría 1ª de este Circuito.

"En lo demás quedan en pié y deben hacerse las declaraciones 4ª, 5ª y 6ª, principales.

"En SUBSIDIO de las declaraciones primera, segunda y tercera principales, A) y B) subsidiarias, se hagan estas otras:

"C) Que los contratos de compra-venta que rezan las escrituras Nos. 1687 del 27 de noviembre de 1953 y 335 del 18 de marzo de 1954, de la Notaría 1ª de este Circuito, están afectadas de lesión enorme en contra de los vendedores; y

"D) Que en consecuencia debe decretarse la restitución de tales contratos por la causal apuntada en la petición anterior, a no ser que Rufino Basto Medina y María Julia Basto de Granobles se allanen a completar el justo precio de la cosa vendida, dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria del fallo que ponga fin al juicio.

"En lo demás quedan en pié y deben hacerse las declaraciones principales".

Los hechos o causa petendi se pueden resumir así:

1º— Heliodoro Granobles, nacido en junio de 1871 contrajo matrimonio con Pureza Sabogal Campos en la Parroquia de Chaparral en junio de 1893 en la cual hubo varios hijos.

2º— Muerta la cónyuge Sabogal Campos de Granobles, en el juicio de sucesión seguido en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Ibagué, se le adjudicó a Heliodoro Granobles "una finca rural denominada Las Hermosas, ubicada en la fracción de San Miguel, del Municipio de Roncesvalles, compuesta de dos casas de habitación, doce potreros de pasto artificial, cercos de alambre, montes, rastrojos y otras dependencias y anexidades, finca que tiene una extensión superficiaria de doscientos ochenta y cuatro hectáreas, ocho mil treinta y seis metros cuadrados", alinderada como reza el libelo.

3º— A mediados de 1947, María Julia o María Tulia Basto, que había trabajado como sirvienta de peones en la hacienda La Alsacia, del municipio de Roncesvalles, solicitó y obtuvo el mismo trabajo en la finca Las Hermosas de Heliodoro Granobles.

4a— En breve surgieron relaciones amorosas entre Granobles y la Basto, las cuales culminaron en el matrimonio que contrajeron el 27 de diciembre de 1947 contando él ochenta años y ella veinticuatro.

5º— Por el ascendiente que María Julia fue adquiriendo sobre su cónyuge Granobles, debido a la notable diferencia de edades, éste en el año de 1951 convino con Manuel Ignacio Rozo comprarle la casa con su solar, situada en la carrera 11 con calle 8ª de la ciudad de Ibagué por la suma de $ 18.000.00. El contrato se perfeccionó por medio de la escritura 260 de 28 de febrero de dicho año, autorizada en la Notaría 2ª de Ibagué. Empero, María Julia, logró convencer a Granobles de que la escritura se otorgara a favor de ella por Rozo "en un acto de verdadera confianza".

6º— Basto de Granobles no tuvo intención de comprar la casa ni pagó precio alguno "desde luego que quien tuvo la intención de comprarla y pagó su precio, fue Heliodoro Granobles". Además, ella cuando se casó con éste era completamente pobre, y después nunca tuvo dineros o recaudos que le permitieran una compra de la cuantía expresada. Y en el caso de que el cónyuge hubiera querido donarle la casa a María Julia, faltaría la insinuación para la validez del acto.

7º— En el propósito de colocar María Julia en su cabeza los bienes de su cónyuge Granobles, logró convencerlo de que le traspasara la finca Las Hermosas, y para eludir la prohibición del artículo 3º de la ley 28 de 1932, consiguió como testaferro a su hermano Rufino Basto Medina, a quien Granobles en escritura 1687 pasada en la Notaría 1ª de Ibagué el 27 de noviembre de 1953 dijo venderle por la suma de $ 80.000.00 el dicho inmueble.

8º— Granobles no tuvo la intención de vender la citada finca ni Rufino Basto Medina la de comprarla, ya que este "aceptó la escritura en un acto de confianza, con el propósito de transferírsela luego a su hermana María Julia o María Tulia Basto de Granobles.

9º— Rufino Basto Medina no pagó a Granobles la cantidad de dinero que se hizo figurar como precio de la venta, ni podía pagarla porque siempre ha sido una persona carente de recursos apreciables, pues desde hace varios años es un simple asalariado en el ingenio de Pajonales, municipio

de Ambalema donde apenas gana un jornal de cuatro o cinco pesos diarios.

10º— El precio simulado de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) fijado a la finca Las Hermosas no podía ser el justo ya que este no puede ser inferior de $ 200.000.00.

11º— En ejecución del propósito expresado, Rufino Basto Medina hizo venta simulada a María Julia Basto de Granobles de la finca Las Hermosas por medio de la escritura 335 de 18 de marzo de 1954. Notaría 1ª de Ibagué, también por la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000.00).

12º— Los hermanos Basto Medina no tuvieron intención de celebrar el contrato de venta de la finca Las Hermosas, ni se pagó por la fingida compradora el precio de $ 80.000.00 que se hizo figurar, porque, como se dijo, ella nunca ha tenido recursos propios que le permitan hacer una negociación por cuantía tan considerable.

13º— En el supuesto de que Granobles hubiera querido hacer donación de la finca Las Hermosas a su cónyuge María Julia Basto por conducto de su hermano Rufino, tal acto sería nulo por falta de insinuación.

14º— El mismo hecho se destaca, en el supuesto de que no se tratara de un contrato simulado en el cual hubiera servido Rufino Basto Medina de testaferro, sino que este hubiera tenido intención de donarle la finca dicha a su hermana, pues faltaría la insinuación judicial. Y el precio de ochenta mil pesos señalado a la compra-venta, no sería el justo ya que el verdadero no baja de doscientos mil ($ 200.000.00).

La demandada descorrió el traslado negando todos los hechos fundamentales y oponiéndose a las peticiones del libelo.

Rufino Basto no contestó la demanda, propuso sí las excepciones dilatorias de inepta demanda y de ilegitimidad de la personería de la parte demandada que se declararon no probadas.

El Juzgado decidió el primer grado del juicio en sentencia de trece de julio de mil novecientos cincuenta y siete declarando probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, por acumulación improcedente de acciones. El Tribunal Superior de Ibagué definió la apelación en que acudió la parte actora en fallo de veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, por el cual revocó el de primera instancia, y resolvió:

"1º— Son simulados, con simulación absoluta, los contratos de compra-venta consignados en las escrituras públicas 1687, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Ibagué el 27 de noviembre de 1953 por Heliodoro Granobles y Rufino Basto Medina, y 335 extendida ante el mismo Notario el 18 de marzo de 1954 por Rufino Basto Medina y María Tulia (o Julia) Basto de Granobles sobre derechos vinculados al inmueble denominado Las Hermosas, ubicado en la fracción de San Miguel, en el municipio de Roncesvalles".

"2º— Como consecuencia de la declaración anterior, se ordena la cancelación de los expresados instrumentos y de las respectivas incripciones, para lo cual se comunicará lo pertinente al Notario Primero y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ibagué.

"3º—No hay lugar a pronunciar las declaraciones solicitadas en las peticiones cuarta (4ª) y quinta (5ª) del libelo de demanda".

Motivación del fallo del Tribunal

"Si antitécnica la formulación de la demanda, por cuanto el actor postula indistintamente las declaraciones contra los tres demandados por actos jurídicos a uno de los cuales es ajeno Rufino Basto Medina, tomado en conjunto el libelo, examinadas las pretensiones y los hechos con criterio no formalista, concluye el sentenciador que, por una parte, se ha demandado la simulación, nulidad o rescisión del contrato de compraventa recogido en la escritura 260 de 1951 contra María Julia Basto de Granobles, y, por otra, la simulación, nulidad o lesión enorme de los contratos que rezan los instrumentos 1687 de 1953 y 335 de 1954, contra la misma Basto de Granobles y Rufino Basto Medina.

Observa que el Juez de primer grado halló improcedente la acumulación objetiva de acciones, por aparecer opuestas entre sí, lo mismo que el litis-consorcio pasivo que presenta el libelo, en razón de que no existe conexidad alguna sustancial entre la acción dirigida contra Basto de Granobles y la propuesta contra la misma y Rufino Basto Medina.

En el examen del fundamento jurídico que tengan las conclusiones del Juez, observa el Tribunal:

A) - "El artículo 209 del C. J. autoriza la acumulación objetiva de acciones, cuando, aunque contrarias e incompatibles entre sí, no se destruyen recíprocamente, y se propongan como subsidiarias o condicionales". Cita una sentencia de la Corte, según la cual, en el caso de acciones opuestas entre sí, tal oposición ha de considerarse apa-

rente, no dando lugar a la excepción de inepta demanda, si se han propuesto en forma sucesiva, eventual o alternativa y no de manera concurrente (Casación de 21 de julio de 1954 - LXXVIII, 103). En el caso actual no se han propuesto las acciones en forma concurrente sino condicional y subsidiaria. "No se trata de que el fallador declare que un contrato de compraventa es y no es al mismo tiempo, sino simplemente de que no es una compraventa; pero si encuentra que bajo la forma de compraventa se ha disimulado una donación, que esta es nula; y si se halla que sí es compraventa, que en ella se ha incurrido en lesión enorme, acciones que en forma alguna se excluyen si son condicionales... ni se atenta contra la lógica admitiendo que en un contrato de compraventa cuya simulación no se declara, porque se le reconoce como real y verdadero, se incurrió sin embargo en lesión enorme. Por lo demás, la procedencia de instaurar en una sola demanda, de modo condicional y subsidiario, las acciones de simulación absoluta y relativa y de lesión, es punto que ha sido definido por la Corte en mil fallos uniformes en que, explícita o implícitamente acepta esa acumulación objetiva".

"La doctrina jurídica distingue dos especies y dos subespecies de acumulación subjetiva: litis consorcio necesario, que supone una relación de derecho material única, en forma que si se ejercita la acción en demandas separadas se divide la continencia de la causa y litis consorcio voluntario o facultativo, en que "la sustantividad de una de las relaciones acumuladas permite otorgar trato diverso a sus titulares ligados solo por relaciones de economía procesal". El segundo se divide a su turno en simple o propio e impropio, según que entre las personas que integran la parte respectiva exista conexión jurídica o tan solo afinidad de situaciones jurídicas distintas". Agrega que la Corte admite el litis consorcio impropio en el cual "entre las personas que forman el mismo grupo no existe verdadera conexión jurídica sino solamente afinidad de situaciones jurídicas".

Encuentra que si entre los demandados Basto de Granobles y Basto Medina no hay conexión jurídica, "si existe afinidad de hecho y de derecho en las dos situaciones que respecto de ellos describe la demanda": en el caso de las ventas de que tratan las escrituras 1687 de 1953 y 335 de 1954, el demandante (cónyuge) transfiere a la demandada (cónyuge) el inmueble Las Hermosas, sirviéndose de Rufino Basto Medina (demandado), como testaferro para eludir la prohibición legal de venta entre cónyuges. En el caso de la escritura 260 de 1951 hay también una venta a la demandada, pero el marido "hace que el vendedor le otorgue la escritura directamente a la esposa. En uno y otro caso hay lugar a operaciones de medio, para que entre los mismos titulares se formalicen transferencias de dominio, en forma de **tournée** para eludir prohibiciones legales, esto es con fraude a la ley, mediante actos de la misma naturaleza, con los mismos fines y por razón de móviles idénticos Esta semejanza o afinidad de hecho y de derecho hace que el litis-consorcio pasivo sea en este caso procedente para evitarse otro juicio ordinario innecesario, ya que ambas demandas pueden sustanciarse por el mismo procedimiento, por lo cual la sentencia de primer grado debe ser revocada y sustituída por la correspondiente resolución de fondo".

En el estudio relativo a las ventas de Granobles a Basto Medina y de éste a María Julia Basto de Granobles, contenida en las escrituras 1687 de 1953 y 335 de 1954, estima el Tribunal que se trata de simulación absoluta que halla aprobada por la múltiple indiciaria allegada al expediente.

Sobre la acción de simulación de la compraventa pactada en la escritura 260 de 28 de febrero de 1951 entre Manuel Ignacio Rozo como vendedor, y María Julia Basto, como compradora, por cuanto no fue dirigida sino contra la última, encuentra una falta de legitimación pasiva en la causa "que no deja prosperar las acciones de simulación absoluta y relativa de la expresada venta", lo que daría lugar a la absolución del expresado instrumento, si no fuera porque, implicando el fallo una simple desestimación de la demanda y no la absolución, ésta agravaría la situación procesal del recurrente contra lo prescrito en el artículo 494 del Código Judicial".

Recurso de casación

Tanto el apoderado de María Julia Basto de Granobles como el de Rufino Basto Medina interpusieron el recurso extraordinario de casación, que habiéndoles sido concedido, se declaró desierto en cuanto al demandado Basto Medina, por no haberse presentado la demanda correspondiente. Se entra, por tanto, a decidir el formulado por el apoderado de la demandada.

Demanda de casación:

La acusación general la formula así: "... la

referida sentencia es violatoria de ley sustantiva y constitucional por no aplicación, o violación directa, o aplicación indebida o errónea interpretación; por haber incurrido el fallador en error de derecho y de hecho, dejando de aplicar la ley correspondiente, o dejando de apreciar debidamente las pruebas, dando lugar al recurso al tenor del artículo 520 del C. J.".

Concreta el primer cargo por violación directa de los artículos 209 y 398 del C. Judicial, "disposiciones que no sólo son de orden público sino que atañen a la organización constitucional básica de nuestra organización judicial y procedimiento civil".

Transcribe, como primer sustentáculo de la acusación, la parte del fallo de primera instancia, en que el Juez considera que la acumulación de las dos acciones, encaminadas a obtener la declaración de simulación de los contratos de venta ya expresados, es objetiva en cuanto se ejercen dos acciones, y subjetiva porque está dirigida contra dos demandados, pero advierte que la acumulación doble no es posible, por falta de conexión jurídica o de continencia de la causa, de que trata el artículo 398 del C. Judicial.

En efecto, los títulos de que provienen las acciones son diferentes, y ni siquiera tienen un origen común. En las escrituras 1687 y 335 intervienen el actor y los demandados, pero en la 260 no aparece ni el actor ni el demandado Rufino Basto, quien, no resultando vinculado jurídicamente por este instrumento ni por los hechos expuestos en el libelo, no puede haber causa para demandar contra él la simulación de la venta contenida en dicha escritura.

"Las personas, sujetos pasivos de las dos acciones también son diferentes, aunque el actor, tratando de buscar la acumulación haya presentado las mismas". "Si la petición segunda está bien hecha y bien dirigida, no pasa lo mismo con la primera, donde ha debido aparecer únicamente como demandada María Julia Basto de Granobles y no esta y Rufino Basto como aparece".

Las cosas objeto de las dos acciones de simulación son diferentes: la una se refiere a la venta del predio denominado Las Hermosas, ubicado en Roncesvalles, y la otra a la casa y solar ubicado en la ciudad de Ibagué.

De haberse seguido por separado los juicios, no se habría roto la continencia de la causa, pues "la sentencia que se dicte para uno de los juicios, jamás puede llegar a producir la excepción de cosa juzgada en el otro".

Como segundo fundamento transcribe apartes de dos fallos de la Corte en los cuales, a propósito de acumulación de acciones, se destacan las siguientes afirmaciones: La acumulación de acciones prevista en el artículo 209 del C. Judicial, aunque no lo diga expresamente, tiene cabida solamente cuando tanto la parte demandada como la demandante es una misma en todas las acciones. De lo contrario, si respecto de unas acciones hay unos demandados y otros respecto de las demás, no habría en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. "Pueden acumularse las acciones de uno contra varios o de varios contra uno y otros siempre que ellos procedan de un mismo título, o sea de una misma causa de pedir. Esto es lo que se llama la conexión o continencia de la causa. Causas conexas son las que tienen un elemento común y alguno o algunos diversos. Forman la conexión las personas, el título y la cosa. Las razones para la acumulación ya de autos, ya de acciones, son idénticas". (G. J. Nº 1892 pág. 124. T-1942 pág. 365).

Y resume el cargo: "Violación de los artículos 209 y 398 del C. J. por aplicación errónea, por haber acumulación en la demanda de dos acciones de simulación diferentes, porque —vuelvo a repetir— los títulos de que provienen las acciones de simulación instauradas son totalmente diferentes y ni siquiera tienen un origen común. El uno la escritura 260 de 28 de febrero de 1951 de la Notaría de Ibagué; los otros las escrituras números 1687 de 27 de noviembre de 1953 y 335 de 18 de marzo de 1954 de la Notaría Primera del mismo Circuito de Ibagué. El primero da cuenta de una venta de una casa ubicada én Ibagué que le hace Ignacio Rozo a María Julia Basto de Granobles; los otros contienen las ventas que de la hacienda denominada Las Hermosas hace Heliodoro Granobles a Rufino Basto, y éste a su hermana Julia Basto de Granobles".

Se considera:

En la demanda se acumulan en forma concurrente dos acciones de simulación: la una referente a la venta que Manuel Ignacio Rozo, por convenio con Heliodoro Granobles, le hizo a María Julia Basto de Granobles de la casa con su solar, situada en la ciudad de Ibagué mediante la escritura 260 extendida en la Notaría 2ª de aquel Circuito el 28 de febrero de 1951; y la otra, respecto de la venta que Granobles hace a Rufino Basto, y éste a María Julia Basto de Granobles de la finca Las Hermosas al tenor de las escrituras 1687

de 27 de noviembre de 1953 y 335 de 18 de marzo de 1954, autorizadas ambas por el Notario 1º de Ibagué.

Si bien el libelo aparentemente cita como demandados en litis-consorcio a María Julia Basto de Granobles y Rufino Basto, con relación a las dos acciones, el Tribunal interpretó la demanda en el sentido de que la súplica de simulación sobre la venta contenida en la escritura 260 se dirige solamente contra la demandada Basto de Granobles, por cuanto el demandado Rufino Basto no intervino en este acto; y que la otra petición sí se dirige contra los dos.

El artículo 209 del C. Judicial autoriza la acumulación de dos o más acciones en la misma demanda, si el Juez es competente para conocer de todas ellas, entendiéndose la prórroga de jurisdicción, cuando se proponen de mayor y de menor cuantía; si todas siguen el mismo procedimiento, y si no son contrarias e incompatibles entre sí, o, aunque siéndolo, se proponen subsidiaria o condicionalmente "siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". No obstante que a las dos acciones principales de simulación se agregan en forma condicional las de nulidad y lesión enorme de los mismos actos, el cargo no toca con este aspecto de la acumulación sino que se refiere solamente a las principales concurrentes, por cuanto falta en ellas la conexidad o continencia de la causa.

La Corte en fallo de 18 de julio de 1960, en que hace un estudio completo de la materia, dice: "Al requisito de la conexión aluden los artículos 397 y 398 del C. Judicial bajo el nombre de continencia de la causa para autorizar la acumulación de procesos y evitar la división de esa continencia. Toda acción tiene tres elementos integrantes que son: el sujeto o sujetos, el objeto y la causa o título. La conexión entre dos o más acciones dimana de la presencia común en ella de uno, de dos o de los tres elementos que las constituyen. Según sea el elemento común, la conexión se distingue en subjetiva, objetiva y causal. El citado artículo 398 consagra cinco casos de conexión de pretensiones. El primero consiste en la comunidad de los tres elementos definidores, lo que equivale a la identidad de las acciones y da lugar a la litispendencia o a la cosa juzgada cuando dichas acciones se ventilan por separado. El segundo caso es aquel en que hay identidad de sujetos y de objeto y diversidad de causa. El tercer caso se asienta en la comunidad de sujetos y de causa y en la diversidad de objetos. El cuarto caso es aquel en que hay comunidad de causa y diversidad de sujetos y de objetos. El quinto caso se refiere a la comunidad de causa y de objetos y a la diversidad de sujetos. La doctrina admite dos casos más de conexión, consistentes uno en la comunidad de sujetos y la diversidad de causa y de objeto, y el otro en la identidad de objeto y la diversidad de sujeto, pero estos dos casos no están previstos por el dicho artículo 398. Aunque las acumulaciones de acciones y de autos no siempre coinciden, sí puede sentarse el postulado de que donde es viable la segunda también puede llevarse a cabo la primera. Tratándose no de fenómenos diversos, sino de un mismo fenómeno que puede ocurrir en distintos momentos del proceso, es obvio que las reglas normativas del uno (acumulación de autos) son aplicables al otro (acumulación de acciones)". (G. J. T. XCIII, pág. 88).

En el presente negocio, resulta que, fuera de la comunidad de demandante en las dos acciones, los demás elementos son diferentes: así en la primera, la demandada es María Julia Basto de Granobles, la causa o título es la venta pactada en la escritura 260 de 28 de febrero de 1951 y el objeto, la casa situada en Ibagué; en la otra, hay dos demandados, la misma Basto de Granobles y Rufino Basto, la causa, las ventas efectuadas por medio de las escrituras 1687 de 27 de noviembre de 1953 y 335 de 18 de marzo de 1954, y el objeto, la finca denominada Las Hermosas ubicada en Roncesvalles. No se puede decir que, por figurar en ambas acciones María Julia como demandada, haya identidad de sujetos pasivos, porque en una figura sola, y en la otra, en consorcio con Rufino Basto. De modo que si, en la acumulación objetiva y subjetiva planteada en este juicio, se da la compatibilidad procesal, porque las dos acciones se tramitan bajo la misma cuerda, no existe, en cambio, la continencia de la causa requerida, dado que ante la sola comunidad de demandante y la diversidad de causa, objeto y demandados, el caso no encuadraría dentro de ninguno de los cinco supuestos que estatuyen los artículos 397 y 398 del C. Judicial, como tampoco en los dos aceptados por la doctrina que exigen la comunidad de sujetos el uno, y la de objeto, el otro.

Infiérese que el Tribunal, al considerar debida la acumulación de las dos acciones de simulación por la simple afinidad de hecho y de derecho, que dice existe entre ellas, y propio el litis-consorcio pasivo, violó los artículos 209 y 398 del C. Judicial, que no autorizan la acumulación objetiva y

subjetiva inicial o sucesiva sino en los casos y con las condiciones prescritas por ellos.

No obstante la violación de estas normas, por su indebida aplicación al caso del pleito, el cargo no puede prosperar dado que ellas no tienen carácter sustantivo sino adjetivo o meramente procesal, en cuanto fijan las condiciones para que en una demanda se puedan acumular varias acciones, o para que se puedan acumular dos o más juicios.

"Pero la indebida aplicación del artículo 209 del Código Judicial no debe reclamarse en casación con base en el ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial, porque aquél no es una norma sustantiva, dado que no consagra el derecho ni la consiguiente acción cuyo cumplimiento se impetra en la demanda.....

"Dicho artículo 209 tiene un carácter meramente procesal, puesto que se limita a fijar las formalidades que ha de cumplir el libelo en el cual se ejercitan al tiempo varias acciones..." (G. J. T. XCI pág. 466).

Y lo mismo cabe decir del artículo 398 del C. J. que con el 397, ibidem, establecen los casos de conexidad, trátese de la acumulación inicial o de la sucesiva.

Segundo cargo:

La sentencia recurrida es igualmente casable por haber incurrido el fallador en error de derecho, al ser jurídicas las siguientes consideraciones, que son en síntesis: El Tribunal en el alcance que le dió a los artículos 209 y 398 del C. Judicial aceptó que "la demanda inicial del pleito cabía dentro del presupuesto legal de estos preceptos. Si de acuerdo con la recta interpretación de ellos y la múltiple jurisprudencia de la Corte, las dos acciones formuladas en la demanda no son acumulables, la extensión que el fallador le dió a la premisa mayor "constituye un clásico error de derecho". El problema es todavía más claro, prosigue el libelo de casación, si se considera que los dos artículos vulnerados por la sentencia recurrida, "no sólo son de orden público sino que son las columnas básicas de la organización constitucional de nuestro procedimiento civil. Tienen fuerza de **jus constitutionis.** No olvidemos que las sentencias que incurrían en este defecto o error capital eran en el derecho primitivo, más que anulables, nulas de toda nulidad".

Copia el número 22 Tomo I de la obra de Calamandrei sobre Casación Civil, en el cual, haciendo una síntesis de la evolución que en el derecho romano tuvo el concepto de nulidad de las sentencias, expone el tratadista que si en aquel no se concibió una sentencia nula por error de hecho, "no todas las sentencias viciadas por error de derecho se consideraron nulas: nulidad del fallo no se tuvo, como se ha visto, ni por error de interpretación, ni por error de subsunción o errónea aplicación de la ley; nulidad se tuvo solamente por la directa contravención a la ley, por el error sobre la existencia de una norma, por la negación general y abstracta de ellas. A la contraposición entre sentencias erradas en derecho y sentencias erradas en cuanto al hecho, que habría correspondido a la síntesis entre **quaestic juris y quaestic facti,** los romanos sustituyeron otra contraposición, esto es, la contraposición entre sentencias dadas contra **jus constitutionis** y sentencias dadas contra **jus ligatoris".** Las primeras son las viciadas por un error relativo a la existencia de la norma de derecho objetivo; y las segundas, "las viciadas por un error de derecho o de hecho referente solamente al derecho subjetivo de las partes, y eran siempre válidas.

Concluye el recurrente que la sentencia acusada ha violado "por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 209 y 398 del C. Judicial permitiendo la acumulación de acciones inacumulables, rompiendo la continencia de la causa e incurriendo así en flagrante error de derecho".

Se considera:

La segunda impugnación es la misma que acaba de estudiarse, porque ella toca con la violación directa de la ley, contemplada en el artículo 520 del C. Judicial como primer motivo de casación, cuando "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", causal que es conocida bajo la denominación genérica de violación directa, y que los tratadistas franceses e italianos denominan trasgresión por error jurídico. Pero, aunque la aplicación indebida es manifiesta, según se vió en la consideración de la tacha anterior, el recurso no es viable, porque las normas trasgredidas no son sustantivas. El recurrente ha debido citar las de esta índole que violó el Tribunal por causa de haber aceptado la indebida acumulación, esto es, por haber desconocido la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, que le obligaba al fallador a inhibirse de resolver en el fondo.

La cita del profesor Calamandrei pone de pre-

sente los antecedentes del derecho romano para no aceptar la legislación italiana entre las causales de casación, la violación indirecta por error manifiesto de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, que constituye el segundo caso de la causal primera en el artículo 520 de nuestro Código Judicial. Igualmente revela que las sentencias contra **jus constitutionis** eran en el derecho romano las afectadas de nulidad por un error relativo a la existencia de una norma de derecho objetivo, que equivale a la falta de aplicación de la ley pertinente, la cual consideran nuestros tratadistas incluída dentro de la violación por indebida aplicación, ya que, generalmente, corre pareja con ésta "pues al violarse una norma por aplicarla sin ser la que corresponde al caso, casi siempre deja de aplicarse la que lo regula". (Hernando Morales - Técnica de Casación Civil. - Conferencias).

Tercer cargo:

Lo titula: "Confusión de las acciones de simulación y nulidad". Y lo expone en el siguiente aparte: "Es igualmente casable la sentencia recurrida por el error de derecho en que incurrió el H. Tribunal de Ibagué al confundir las acciones de simulación y la de nulidad absoluta del contrato, error que arranca desde la mala instauración de la demanda hecha por el actor. Estas dos acciones según las últimas doctrinas de la H Corte se mueven en forma distinta según su naturaleza jurídica diversa, cada una exige su tramitación especial y tiene su presupuesto probatorio especializado. Por lo tanto la indebida confusión que hace la sentencia del Tribunal entre la acción de simulación y la de nulidad absoluta, incurriendo en error de derecho que hace casable la sentencia, lo llevó al lamentable error de hecho de apreciar indebidamente las pruebas que actúan en el proceso".

Transcribe el parágrafo de la sentencia de la Corte de fecha 18 de julio de 1960. (G. J. T. XCIII- Nos. 2228 y 2229 pág. 83) en la cual se trata de la distinción fundamental que hay entre las acciones de simulación y la de nulidad, y termina: "Pido, pues, ante la H. Corte con toda atención la casación de la sentencia recurrida, y que en su lugar se dicte la que en estricto derecho corresponde.

Se considera:

El recurso de casación como extraordinario que es, ha de someterse a todas las formalidades que impone la ley procesal, pues la Corte no tiene en la consideración de él las amplias facultades del fallador de segunda instancia para revisar el fallo de primer grado por todos sus aspectos. De ahí que cuando la casación se refiere a violación de la ley proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, además de alegar el recurrente si se trata de error de hecho o de derecho, debe determinar de cuál prueba se trata, demostrar el error alegado, y, como la trasgresión invocada es indirecta, da de indicar también los textos legales sustantivos que el acusador estime infringidos.

Además de la impropiedad que hay en decir que, por la confusión entre las acciones de simulación y nulidad, el Tribunal incurrió en error de derecho que lo llevó al de hecho, se advierte que el impugnador no indica cuáles son las pruebas a que el cargo se refiere, no demuestra el error alegado, ni cita disposición alguna sustantiva que haya sido violada por tal error.

Conclúyese que el recurso no puede prosperar.

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 Ibagué el veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho en el juicio ordinario promovido por Heliodoro Granobles contra Rufino Basto Medina y María Tulia o María Julia Basto de Granobles.

Las costas en casación a cargo del recurrente.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada—Ricardo Ramírez L, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION RESOLUTORIA DEL CONTRATO DE VENTA DE UN AUTOMOVIL

1. — Si con ocasión de la compraventa a plazo de cosas muebles, el vendedor a más de reservarse el dominio de ellas mientras no se efectúe el pago, hace optativamente para sí el pacto comisorio, con estipulación expresa de que el contrato se resuelva ipso facto por no pagarse a tiempo el precio convenido, y todavía se reserva las ventajas generales que al vendedor conceden las leyes, se encontrará allí muestra palpable de las dificultades con que tropieza el desarrollo del crédito, pero no que la malla cautelar de estipulaciones en amparo del vendedor venga a perturbar el orden público o las buenas costumbres.

2.— Si las normas sustanciales, como se deduce de la lectura del artículo 1º de la Ley 45 de 1930 y del 750 del Código Civil, prevén y permiten expresamente el pacto que reserva el dominio al vendedor, es indudable que su inclusión en la venta a plazo, de un automóvil por ejemplo, en nada contradice el orden público o las buenas costumbres.

3.— Si, conforme al artículo 1871 del C. Civil, la venta de cosa ajena vale, ello es sin perjuicio de los derechos del dueño. De que se desprende que si el objeto se encuentra en manos de alguien que lo ha recibido a título precario por consecuencia de pacto de reserva del dominio en cierta negociación, se está en la postura concreta y especial de quien a sabiendas desconoce, por obra de su arbitraria voluntad, las prerogativas del dueño, reservadas expresamente en el contrato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dos (2) de diciembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En documento que lleva fecha 4 de marzo de 1957 Panauto Ltda. y Máximo Parra Q. dejaron testimonio del contrato en que la primera vende y el segundo compra un automóvil **Mercury**, tipo **Montclair**, modelo 1957, motor Nº 57 ME 11455, por precio de $ 42.000.00 pagadero en tres cuotas, "más el 1½% mensual sobre saldos y por concepto de la financiación del crédito, representado éste en las letras número 1 al número 3, aceptadas por el comprador a favor de Panauto, cada uno (sic) por la suma de $ 10.000, $ 11.000 y $ 21.000 que corresponde a la cuota estipulada y con vencimientos sucesivos durante el lapso que se comprende entre el 30 de marzo, 15 de abril y 10 de mayo de 1957".

Y continúan las estipulaciones:

"Tercera.— El pago de cada cuota representada en la letra correspondiente aceptada por el comprador, o su abono, entrará irrevocablemente al patrimonio de Panauto y la falta de pago de cualquiera de ellas hará de plazo vencido toda la deuda del comprador y dará derecho a Panauto para cobrar intereses por mora, a razón del 1% mensual, sin perjuicio de las acciones legales que en su favor se originen del incumplimiento del comprador y de acuerdo con lo que al respecto se convendrá entre las partes en las cláusulas siguientes. **Cuarta.**— Entiéndese, expresamente, que la aceptación de las letras de que trata la cláusula 2ª, o su posterior descuento, endoso o negociación, no implica dación en pago, ni novación de la obligación, pues el valor de dichos instrumentos no se acreditará al comprador, sino mediante su pago efectivo... **Quinta.**— Panauto hace la venta del objeto determinado en la clásula 1ª, reservándose el dominio sobre el mismo hasta tanto no le sea pagada por el comprador la totalidad del precio pactado, al tenor y en armonía con lo

estatuído por el artículo 750 del Código Civil y la Ley 45 de 1930, lo mismo que por los artículos 1935, 1936, 1937 y demás concordantes del Código Civil. Por consiguiente, la tradición del objeto queda subordinada a la condición suspensiva del pago total del precio pactado y, entre tanto, el comprador no será poseedor sino mero tenedor del vehículo, a la orden de Panauto y a título de depositario gratuito. Sexta.— Se conviene expresamente entre las partes contratantes, que el incumplimiento por parte del comprador en el pago de una o varias de las cuotas mensuales estipuladas, o la contravención a cualquiera de las obligaciones que por este documento adquiere (sic) el comprador, dará derecho opcional a Panauto o a quien legalmente sus derechos represente, a dar por resuelto ipso facto el presente contrato, o a demandar judicialmente su resolución, todo de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil y sin que, en tal evento, Panauto quede obligada a devolver al comprador las sumas que éste haya pagado como parte del precio, las cuales quedarán a favor de Panauto por concepto de indemnización de perjuicios, que desde ahora se pacta, y provenientes estos del deprecio, deterioro y uso de la máquina durante el tiempo que permaneciere en poder del comprador, lo mismo que por el incumplimiento del contrato. Asimismo, queda a elección de Panauto proceder en la forma indicada anteriormente, o demandar las obligaciones del comprador por la vía ejecutiva, en cuyo caso será título de recaudo suficiente este instrumento o las letras aceptadas en su favor por el comprador... Octava—Si el comprador usare o empleare el objeto vendido en forma distinta a su uso normal o que, a juicio de Panauto, resulte perjudicial o peligrosa, podrá exigir al comprador la inmediata entrega del automotor, materia de esta negociación y, para conseguirla, en caso de que el comprador no la realizase voluntariamente, Panauto con arreglo al convenio de resolución ipso facto del contrato, podrá tomar el vehículo de hecho, en cualquier sitio que lo encuentre, sin necesidad de requerimiento, demanda o intervención judicial, u ocurriendo a la Policía para que, con la sola exhibición de este documento, le preste protección en orden a recuperar el vehículo... Décima— En caso de que Panauto y por consecuencia del incumplimiento del comprador obtuviere la recuperación del vehículo en la forma indicada en la cláusula octava, es decir, por entrega voluntaria que la (sic) hiciere el comprador o por resolución instántanea del contrato la cual le da derecho para tomarlo de hecho en cualquier parte, podrá disponer de él libremente, vendiéndolo de cualquier forma y abonando su producto a la deuda del comprador, y si quedare saldo de éste pasará a favor de Panauto por los conceptos indicados en la cláusula sexta de este documento Si, por el contrario, el valor de la venta no cubriere la totalidad de la deuda, podrá perseguir judicialmente otros bienes del comprador hasta cubrir su acreencia, junto con intereses, honorarios, costas, etc. Undécima.— En su carácter de depositario gratuito, el comprador no podrá transferir el vehículo, ni venderlo, gravarlo o disponer de él en forma alguna mientras no haya pagado todo el precio, so pena de hacerse responsable de las acciones penales, por abuso de confianza, sin perjuicio de las civiles a que haya lugar. Duodécima.— El comprador acepta que, sin necesidad de notificación previa, Panauto puede ceder los derechos que para ella se derivan de este contrato, pero el comprador no podrá hacerlo respecto a los suyos, sin la aceptación expresa de Panauto. Todo lo que en este contrato se dice de Panauto, se entiende estipulado para sus cesionarios y endosatarios de este instrumento y de las letras que se hizo referencia en la cláusula segunda... Cláusula final.— Sólo con la entrega de este contrato, debidamente cancelado, al comprador, se entenderá hecho el pago total del precio convenido, y por tanto, extinguidas las obligaciones del comprador para con Panauto..."

Esas fueron las principales estipulaciones del contrato sobre que versa el juicio ordinario iniciado por Máximo Parra Q. contra Panauto Ltda.

Afirma el libelo que la dicha empresa "vendió a Máximo Parra Q. un automóvil marca Mercury, modelo 1957, por la suma de $ 45.000.00 m/c, de los cuales.... canceló inicialmente $ 7.000 m/c, en 4 de marzo de 1957", o sea en la fecha del documento; que el resto del precio se fraccionó en varios contados, "por los cuales fueron giradas sendas letras de vencimiento escalonado"; que la primera de ellas fue cubierta oportunamente y la segunda descargada con un cheque a favor del vendedor, de donde desprende pagos así: primer contado $7.000; primera letra $8.000, y segunda letra $8.000, esto es $23.000 en total; que Parra adquirió el vehículo para rifarlo y adelantó la venta de boletas, "hasta cuando le fue arrebatado el mueble por Panauto, impidiéndole así colocar un mayor número de billetes y obligándolo a entrar a indemnizar al beneficiario del premio una vez verificado el sorteo, colocándolo en una situa-

ción en extremo difícil, hasta el punto de verse cercano a perder su libertad personal; que "habiendo sido cubierta la segunda letra de cambio, vencida el 15 de abril del año en curso (1957), el 27 de los mismos, Panauto, con base en la misma letra, propuso ante los Jueces Civiles de Bogotá demanda ejecutiva con medidas precautelativas, denunciando para el pago el automóvil vendido a Parra Q."; que el vehículo fue capturado y traído a Bogotá por Panauto, "quien en seguida desistió de las medidas preventivas y de la ejecución subsiguiente, diciendo que optaba por la resolución automática del contrato"; que días después Panauto vendió nuevamente el automóvil "sin la intervención de Parra Q:", y que luego se ha negado a solucionar el problema, "especialmente, a devolver el dinero dado a cuenta del precio por el comprador".

Y las súplicas fueron estas:

"1ª— Declarar resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Panauto Ltda. y Máximo Parra Q. en marzo del corriente año, sobre un automóvil marca **Mercury**, modelo 1957.

"2ª— Declarar que Panauto Ltda. de Bogotá ha incumplido dicho contrato y ha hecho imposible su futuro cumplimiento, y en consecuencia, condenarla al pago de la totalidad de los perjuicios recibidos con tal ocasión por Parra, en la cuantía que se determine en el proceso o dentro de la ejecución de la sentencia. Y a devolver el dinero recibido a cuenta del precio:

"3ª— Condenar a Panauto Ltda. al pago de las costas del juicio".

Terminó el litigio en primera instancia por sentencia del 22 de junio de 1959 proferida por el Juez 10º Civil del Circuito de Bogotá, quien decidió así:

"1º— Por incumplimiento del demandado, sociedad **Panauto Limitada**, domiciliada en Bogotá, declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre tal sociedad, como vendedora y el señor Máximo Parra Q., como comprador, del automóvil marca **Mercury**, modelo 1957, a que se refiere la demanda y mejor especificado en el documento del contrato de venta, diciendo que es tipo **Montclair**, motor Nº ME 11455, documento de fecha 4 de marzo de 1957.

"2º— Como consecuencia, condénase a la sociedad **Panauto Limitada**, domiciliada en Bogotá, a restituír al señor Máximo Parra Q., en el término de tres días, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la suma que recibió de éste como parte del precio del vehículo dicho, o sea la suma de $13.000 moneda corriente.

"3º— Niégase la súplica de condena de perjuicios y, en consecuencia, absuélvese a la entidad demandada en las condenaciones solicitadas a tal respecto en la petición segunda del libelo de demanda.

"4º— Condénase al demandado en las costas de este juicio".

Resolvió la apelación de la parte demandada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 28 de marzo de 1960, plenamente absolutoria.

LA SENTENCIA DE INSTANCIA

Es el caso de transcribir algunos apartes de la motivación:

"Sostiene el demandante —dice el Tribunal— que el carro lo adquirió para rifarlo, 'y que en tal virtud, de consuno con el vendedor, lo llevó a Armenia', y previa la correspondiente licencia de las autoridades, inició la venta de boletas; que entonces, y no obstante hallarse ya cancelada la segunda de las cuotas pactadas, o sea, la que tenía vencimiento para el 15 de abril, procedió la compañía a demandarlo por la expresada suma, y más luego, a despojarlo de hecho de la posesión del carro; con lo cual no solamente le impidió la colocación de un mayor número de boletas, sino que le obligó a indemnizar más tarde al beneficiario de la rifa, y le puso en trance hasta de perder su libertad personal.

"Estos, los hechos que determinan el incumplimiento que el actor imputa a la entidad demandada, y en que funda la acción resolutoria de que se trata.

"Para el señor Juez del conocimiento, la aprehensión del automóvil por la compañía, en las condiciones que se dejan descritas o sea, sin que mediara orden de autoridad competente, viola los artículos 1937 del C. C. y 1095 del C. J., que consagran el derecho del comprador y hacen subsistir el contrato, mediante el pago del precio dentro de las venticuatro horas siguientes, y el modo como debe proceder el vendedor en dicho evento. Pues aun cuando "el contrato expresa en su cláusula **octava** que "Panauto" con arreglo al convenio de resolución **ipso facto** del contrato, podrá tomar el vehículo, de hecho, en cualquier sitio que lo encuentre, sin necesidad de requerimiento, demanda o intervención judicial, u ocurriendo a la Policía

para que, con la sola exhibición de este documento, le preste protección en orden a recuperar el vehículo", es lo cierto que "una estipulación privada no puede pasar por alto las garantías instituídas por la ley a los contratantes, garantías consignadas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo de la ley sustantiva, disposiciones de orden público, que no pueden ser vulneradas por convenios particulares (a. 15 del C. C.)".

El sentenciador considera evidente que por convenios particulares no puede desconocerse el imperio de las leyes "en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres" (16, C. C.), pero estima que "la inobservancia de las fórmulas procesales previstas para la efectividad de derechos emanados del contrato", no puede invocarse para su resolución por incumplimiento, y menos cuando lo actuado emana de una estipulación contractual que no ha sido invalidada. Además, encuentra que aunque "la **ejecución** de dicha cláusula pudiera convertirse en **incumplimiento** del contrato", no sería procedente la resolución "si del lado de quien la pretende no se cumplieron a la vez sus respectivas obligaciones". Y agrega:

"En efecto: conforme al artículo 1546 del C. C., que consagra la referida acción, 'en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria **en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado**'. Y es claro que ese pacto lo constituyen, no solamente los derechos y obligaciones que han sido objeto de estipulación expresa, sino todos aquellos que, consagrados por la ley general del soberano como supletorios de la voluntad de las partes, han de entenderse tácitamente incorporados en el contrato mismo; por lo cual el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, confiere al otro estipulante el derecho a demandar la resolución del contrato. Pero lo que no puede válidamente sostenerse, por ser contradictorio en su planteamiento mismo, es que estipulada expresa y claramente una determinada facultad, su ejercicio por aquella de las partes a quien se le confirió, pueda degenerar en infracción del mismo contrato que la previene, y determinar, en consecuencia, su resolución, como equivocadamente lo consideró el Juzgado. El hecho de que la facultad contractualmente reconocida al vendedor para resolver de hecho la estipulación, no deba surtir ningún efecto, por ser contraria a la ley, apenas demuestra el derecho de la otra parte para obtener judicialmente su invalidación, con las consecuencias indemnizatorias consiguientes a esta clase de acciones; en ningún caso el de pedir la resolución, como aquí se ha hecho.

"De otro lado, y como lo observa el señor Vélez, para la viabilidad de la acción resolutoria de que aquí se trata, es necesario que quien la ejerza tenga presente que según el artículo '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'. De modo que si al que hace uso de la acción resolutoria, se le prueba que ha faltado a sus obligaciones, ésta no puede decretarse". Que fue precisamente lo que no tuvo en cuenta el demandante en este juicio. En efecto:

"Según las pruebas aducidas al juicio, la aprehensión del carro por la compañía, y en que se hace consistir la infracción del contrato por parte de ésta, tuvo lugar después del 25 de abril de 1957, como que fue para esa fecha que se solicitó y obtuvo el decreto de las medidas preventivas sobre el mismo vehículo (f. 19, C. 2). Por lo cual, y suponiendo que dicha aprehensión se hubiera verificado antes del 10 de mayo en que vencía el plazo para la tercera cuota, el señor Parra debía haber cancelado para aquella época la suma total de $21.000 correspondiente a las dos primeras cuotas que por $10.000 y $11.000 se obligó a pagar el 30 de marzo y 15 de abril, según lo visto en otro lugar. Pero resulta que, en el supuesto, no demostrado, de que las dos únicas consignaciones hechas por Parra a D. Foción Delgado mediante los cheques de fechas 12 y 30 de marzo de 1957, correspondan o sean imputables al precio del automóvil, su valor por las sumas de $5.000 y $8.000, dejan, insoluto un saldo de $8.000 de la mencionada cuenta; con lo cual queda establecido que antes del supuesto incumplimiento de la compañía, ya el actor había incurrido en el de esta obligación.

"Otro tanto sucede respecto de la que contrajo para 'no trasferir el vehículo, ni venderlo, gravarlo o disponer de él en forma alguna, mientras no haya pagado todo el precio' Pues no demostró, como lo sostiene, que contra lo pactado en el contrato, la compañía hubiera autorizado la rifa en que estaba comprometido el carro cuando ésta lo tomó, y por cuyos resultados debió luego responder".

LA IMPUGNACION

El libelo se funda en la causal 1ª, y elabora tres cargos, el último —dice— "subsidiario del anterior".

1.— "Violación directa de los artículos 16, 1510, 1603, 1625, 1937 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936".

Considera el recurrente que la estipulación sobre operancia automática de la resolución y posibilidad para el vendedor de obrar por su sola cuenta en la captura del vehículo y liberación de sus compromisos, es ilícita por contraria al orden público, en cuanto renuncia a demanda, prescinde de la intervención forzosa de los jueces y deroga "las reglas que amparan los derechos individuales". Afirma que el Tribunal, por prestar oídos a las cláusulas ilícitas, conculcó el artículo 16, el 1519 "que encuentra objeto ilícito en todo pacto contrario a las leyes y buenas costumbres, el 1740 y el 1741 que pronuncian la nulidad de los negocios sin los requisitos de rigor, en especial por ilicitud de objeto, y el 2º de la Ley 50 de 1936 que fuerza la declaración de nulidad en tales casos, íntegros por defecto de aplicación". Y sostiene que "si los contratos legalmente celebrados obligan a las partes mientras el vínculo no concluya legalmente, si no ha operado ninguna causal de conclusión judicialmente declarada y si en el contenido negocial se entiende incluído lo que por ley corresponde al tipo contractual empleado, resultan con evidencia estos hechos:

"Panauto, como nadie, podía decidir sobre cumplimiento o incumplimiento de un contratante; Panauto si se consideraba afectado por la actitud de Parra y habilitado por ella para librarse de sus compromisos y cobrar indemnización, ha debido cumplir con la ley; Panauto en consecuencia hubo de requerir a Parra para colocarlo en mora y así demandar la resolución del contrato; al no obrar así, Panauto violó el contrato de modo de hacer imposible todo cumplimiento futuro, de imposibilitar un restablecimiento de sus términos y una ejecución posterior".

II.— "Violación directa de los artículos 1546, 1930 y 1937 del C. C. Interpretación errada del 1609 **ibid**".

Expone la demanda que en punto de ejecución contractual "desde que no haya destrate, que aquí no se presentó, resulta indispensable la decisión judicial para que el negocio se entienda concluído por motivo otro del pago". Y agrega a continuación:

"El contrato de compraventa entre Panauto y Parra no concluyó por pago, tampoco por retractación de los contrayentes. Por lo mismo continúa rigiendo, y como no es concebible que indefinidamente las partes queden ligadas por compromiso de desarrollo imposible, se hace necesaria la decisión judicial liberatoria que al tiempo que reconozca y diga la finalización del trato, ordene las restituciones de rigor".

Y más adelante:

"El problema resalta con caracteres más acentuados al recordar que aquí una de las partes conserva a una cosa y precio: Vendida la cosa, pagado un sector del precio, surgieron obstáculos insalvables y definitivos para el desarrollo ulterior del trato, y de allí derivó una situación aberrante: El vendedor recuperó el mueble y retiene el precio. Legal y prácticamente el negocio subsiste, ni Parra puede considerarse relevado del saldo ni Panauto de su deber de entregar el bien. Pero ni Panauto está en condiciones de pagar sus obligaciones ni Parra puede ni tiene interés en obrar similarmente. De donde se concluye que es indispensable y urgente la sentencia que declare finalizado el trato y ordene las restituciones. Que legalice la conducta de hecho desplegada por el vendedor y que ordene la restitución del precio al comprador.

"Si bien la resolución del contrato se entiende usualmente como sanción represiva contra la parte impuntual, no es este el único alcance que posee, pues además presta el servicio de toque final a los negocios imposibles en la práctica, como única salida para las partes y como exclusiva solución para evitar un enriquecimiento inmotivado e injusto de una de ellas a expensas de la otra".

Después de otras consideraciones al respecto, expresa:

"Panauto una vez que Parra se retardó en cancelar el saldo de la segunda cuota enajenó el vehículo y lo capturó. De este modo hizo imposible cualquiera continuación del trato, siendo así que conforme al pacto comisorio Parra podía continuar con el bien pagando dentro del término del requerimiento. No siendo posible la permanencia del negocio, la única alternativa concebible en su resolución. Pero el Tribunal la ciega al exigir total inocencia en el demandante, olvidando los hechos reales y aplicando indiscriminadamente los principios comunes que no rigen con tal universalidad a los casos íntegros.

"Adicionalmente se dejaron de aplicar, y ahí su violación directa, las reglas atrás enunciadas (1546, 1930 y 1937), pues la acción resolutoria, tanto la común de los contratos bilaterales, como la específica de la compraventa, se imponía como sola so-

lución, ya como resolución simple, ya como resolución emanada de un procedimiento sumario y más enérgico a través del pacto comisorio.

"Como lo prescribe el artículo 1936, el vendedor que impuso pacto comisorio conserva las acciones de los artículos 1546 y 1930, o seá que aumenta sus posibilidades de obrar: Puede insistir en el pago, puede demandar la resolución ordinaria, puede acudir al pacto comisorio. Lo que jamás puede es convertirse en juez y parte a la vez y condenar por sí y ante sí a la parte compradora a la perdición total".

III.— "Aplicación indebida del artículo 1609 y violación directa de los artículos 1546, 1930 y 1937 todos del C. C.".

Dice la demanda de casación:

"El retardo de Parra en cubrir el saldo de $8.000 de la segunda letra habilitó a Panauto para utilizar los medios coercitivos a su alcance. Más precisamente, si Panauto quería liberarse del compromiso y exigir indemnización, debía acudir a las vías judiciales. No procedió así, sino que mañosamente presentó demanda cautelar que luego retiró y se redujo a atrincherarse en las sabidas cláusulas ilegales. Al obrar de ese modo quebrantó el contrato en donde se habían incorporado las disposiciones legales propias de su esencia y naturaleza (1501, 1603, 1546, 1930, 1937). Pero no se limitó a quebrantar el negocio, que llegó a imposibilitar cualquier entendimiento o reajuste futuros. Pero, según el dicho Tribunal, esa conducta no merece reproche alguno y antes bien recibe respaldo legal, como si el ordenamiento patrocinara abusos y exacciones.

"En rigor, conforme al pacto comisorio (1937) Parra no se colocó en mora. Pues para situarlo en retardo habría sido preciso requerimiento, como también esperar 24 horas, sabido que sólo entonces puede solicitarse la restitución. Entonces Parra no es contratante incumplido y no se le puede privar de acción en virtud de la exceptio non adimpleti contractus".

"Más claramente —dice después— si se quiere extender la acusación, resultan quebrantados, junto con los artículos en acotación, el dicho 1608 y el 1545 C. C., por infracción directa, pues el Tribunal olvidó la necesidad de requerimiento, como también que por el solo evento resolutorio no está obligado el deudor a restituír si el hecho beneficia al acreedor y él tiene opción para solicitar entrega".

Y al final expone:

"En torno a la rifa que para el Tribunal puede ser considerada como actitud trasgresora, no sobra recordar el dicho del artículo 1871 del C. C., conforme al cual la venta de cosa ajena es válida y que la rifa, al tenor de las declaraciones dispuestas a mi solicitud, debía efectuarse el 10 de mayo, fecha para la cual estarían plenamente solucionadas las obligaciones del comprador y habría casado el pacto de reserva de dominio".

SE CONSIDERA:

1.— Si las cláusulas contractuales dictadas por la experiencia en ciertas ramas de especulación mercantil pudieran aparecer revestidas de extremada severidad para la clientela, ello sería conducente a descubrir el escaso desarrollo del crédito en medios económicos acaso no muy avanzados, o el complejo de factores prácticos que aumentan riesgos en la vida de los negocios por fuerza de las circunstancias.

Pero tal severidad, por sí sola y en el campo jurídico, no demuestra atentado contra el orden público o las buenas costumbres, como límites infranqueables que son para la autonomía de la voluntad de las partes dentro del régimen legal de contratación.

Es necesario, entonces, contemplar de cerca el significado y alcance concreto de las estipulaciones, para desprender las consecuencias jurídicas de la convención.

2.— Cuando se examina la venta a plazo con la sola firma del comprador de un automóvil, más o menos delicado y costoso, no habrá de parecer extraño el pacto de reserva de dominio para el vendedor, ni tampoco que a título por demás precario se haga la entrega al comprador, precisamente para que pueda disfrutarlo exento de culpa, inclusive en función del pago religioso del precio.

Y como se trata de bienes de inmediato demérito por el uso, susceptibles de avería, deterioro y aún de pérdida total inopinada o en breve lapso, no es inexplicable que el vendedor, además de reservarse el dominio del objeto, por estipulación expresa quede facultado para encajar definitivamente los dineros recibidos a cuenta del precio por vía indemnizatoria penal, a menos que el comprador satisfaga sus obligaciones oportuna y plenamente, caso en el cual la operación queda saldada y el dominio transferido del vendedor al comprador, automáticamente y con efectos desde el día de la entrega.

3.— Si quien vende a plazo y de una vez entre-

ga el objeto al comprador pudiera tener confianza absoluta en el fiel cumplimiento del contrato, no solo por lo que atañe al pago del precio sino también en lo que respecta al uso adecuado y aprovechamiento razonable del vehículo vendido, las cláusulas de la negociación serían sin duda de extremada sencillez y redactadas con el propósito exclusivo de consignar con claridad y certidumbre el crédito otorgado por el vendedor y recibido por el comprador.

Pero tal acontecer supone la existencia de costumbres en que la sensibilidad crediticia es objeto de cultivo esmerado e informa el desarrollo de los negocios dentro de ambientes de confianza general no perturbada nunca sin grave escándalo, mas no cuando las circunstancias de orden práctico por diversidad de motivos están más o menos alejadas de coincidir con aquella posición ideal.

4.— Es así como la experiencia mercantil y el fomento de las ventas a plazo por contados sucesivos han permitido recibir la norma del inciso 2º, artículo 1º, Ley 45 de 1930, a saber:

"La cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los terceros de buena fe".

Esas condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, brindan a la cláusula reservatoria del dominio flexibilidad suficiente para adaptar el sistema de ventas de pago diferido a las tendencias económicas. Y si bien la coyuntura puede favorecer al vendedor para dar las reglas de esas operaciones, es igualmente susceptible de serle adversa, para entonces recibir de la demanda la ley del mercado.

El pacto de reserva de dominio guarda por lo demás estrecha armonía con el 2º inciso, artículo 750 del Código Civil en cuanto organiza la entrega no traslaticia para cuando "el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición".

De suerte que si las normas sustanciales prevén y permiten expresamente el pacto que reserva el dominio al vendedor, es indudable que su inclusión en la venta a plazo de un automóvil en nada contradice el orden público o las buenas costumbres.

Si por añadidura el vendedor hace optativamente para sí el pacto comisorio, con estipulación expresa de que el contrato se resuelva **ipso facto** por no pagarse el precio al tiempo convenido, y todavía se reserva las ventajas generales que al vendedor conceden las leyes, se encontrará allí muestra palpable de las dificultades con que tropieza el desarrollo del crédito, o de las muy grandes que tienen que superar quienes carecen de recursos para desembolsar el precio al contado, pero no que la malla cautelar de estipulaciones en amparo del vendedor venga a perturbar el orden público o las buenas costumbres. Estas son las que enseñan el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas, y al comprador le basta satisfacer en oportunidad las suyas para verse libre de responsabilidad frente a todas las estipulaciones impresas por la cautela del vendedor que, **a priori**, no podría calificarse de exagerada.

Y al comprador le será siempre indispensable haber cumplido su propia deuda para legitimarse en causa por cualquiera acción derivada del contrato. Sin ello no lo está, y menos si no prueba incumplimiento del vendedor, quien puso en sus manos el objeto para todos los efectos, menos el de trasferirle los poderes del dueño.

5.— En el asunto **sub iudice** Máximo Parra Q., recibió de Panauto a título eminentemente precario el automóvil **Mercury** descrito en el documento de 4 de marzo de 1957. Parra Q. asumió los deberes de depositario gratuito facultado para usar del objeto, pero con la obligación de restituírlo en cualquier momento y en cualquier sitio a voluntad exclusiva de Panauto. Eso fue lo que tuvieron a bien las partes en la cláusula reservatoria del dominio, cuyos efectos no reciben interferencia de las estipulaciones restantes.

Si Panauto obtuvo que materialmente el vehículo volviera a su poder, la acción del comprador estaría legitimada mediante plena prueba acerca de su cumplimiento oportuno en el pago del precio. No aparece así en el proceso, pero sí además, la conducta inadecuada del comprador, de abrir rifa sobre el automóvil, sin titularidad para ese propósito.

Porque si conforme al artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena vale, ello es sin perjuicio de los derechos del dueño. De que se desprende que si el objeto se encuentra en manos de alguien que lo ha recibido a título precario por consecuencia de pacto de reserva de dominio en cierta negociación, se está en la postura concreta y especial de quien a sabiendas desconoce por obra de su arbitraria voluntad las prerrogativas del dueño, reservadas expresamente en el contrato.

6.— Si, por otro aspecto, el comprador alcanzó a dar al vendedor algunas sumas de dinero, su incumplimiento posterior no las hizo imputables

al precio, sino a la indemnización por demérito del vehículo y perjuicios por faltar al oportuno pago del precio, según lo expresamente convenido al respecto por los contratantes.

No hubo necesidad de requerimiento: Conforme al ordinal 1º, artículo 1608 del Código Civil, el no cumplimiento de la obligación dentro del término estipulado constituye en mora al deudor, según el principio **dies interpellat pro homine.**

Ni el requerimiento judicial, cuando es necesario, atiende a nada distinto del interés particular del deudor, quien por consiguiente puede renunciarlo, como en el contrato de 4 de marzo de 1957 que autorizó a Panauto a tomar el vehículo por medios de simple policía, lo cual significa renuncia muy clara a todo requerimiento.

Por lo expedito y drástico, puede acaso considerarse demasiado oneroso el procedimiento convenido para la restitución del depósito dentro del pacto de reserva de dominio. Pero sería de ver también la suerte de las ventas comerciales a términos escalonados, si cada operación llevara el germen para producir innumerables litigios.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 28 de marzo de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

José J. Gómez R.—Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—Enrique López de la Pava—José Hernández Arbeláez.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

ACCIÓN DE SEPARACION DE BIENES CON FUNDAMENTO EN LA INTERDICCION JUDICIAL DE LA MUJER

1—A la crítica de que la distribución no consulta las normas de igualdad y equivalencia que deben presidir el trabajo de partición de bienes comunes, por cuanto el valor real de algunas adjudicaciones resulta ser superior al que figura en los avalúos, se contesta que, supuesto que estaban en firme los dictámenes periciales, base de toda distribución o partición, y que el partidor se sujetó fielmente a ellos, no queda fundamento para invalidar en casación, por errores de hecho o de derecho, la sentencia aprobatoria de la partición.

2—Sobre las reglas 7ª y 8ª —que son las que se citan como violadas— del artículo 1394 del Código Civil, no puede fundarse la causal primera de casación, por cuanto son de carácter adjetivo, como lo ha declarado repetidamente la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de separación de bienes, entre Abel Mejía Mejía y Ana Rosa Botero de Mejía.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 10 de octubre de 1959.

Recurrente: el demandante.

ANTECEDENTES:

1.— Puesta en interdicción por demencia la señora Ana Rosa Botero de Mejía, casada con el señor Abel Mejía Mejía, éste solicitó del Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá, se decretase la separación de bienes y la entrega a cada consorte de lo que le correspondiera por gananciales.

2.— Representada la interdicta por su curador definitivo, se siguió el juicio, cuyo final, en la primera instancia, fue desfavorable al actor, por no hallarse, según el fallo, prevista tal causal de separación de bienes en la ley colombiana. Recurrida la sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la revocó, decretó la separación de bienes y ordenó liquidar la sociedad conyugal.

3.— La acción se fundó especialmente en el artículo 1818 del C. C., dado que el derecho que allí se confiere a la cónyuge administradora extraordinaria de la sociedad conyugal, por interdicción del marido, lo tiene hoy también éste por interdicción de su mujer, de acuerdo con el sistema patrimonial consagrado en la ley 28 de 1932, de modo que si en este caso el marido no quiere tomar sobre sí la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, podrá pedir la separación de bienes.

4.— En el trámite de liquidación se hicieron el inventario y los avalúos de los bienes sociales, habiendo formulado el actor a la estimación pericial algunas objeciones, de las cuales prosperaron dos de ellas, tocante la una al avalúo de la finca urbana y la otra a las acciones de Paz del Río.

5.— El partidor hizo su trabajo sobre un activo de $302.263.42, distribuible por partes iguales entre los esposos. Para la cónyuge: a) dos cuotas en el interés social perteneciente a la comunidad conyugal en la sociedad "Lavandería Olimpia Ltda.", una en pago de un crédito a su favor y a cargo de la sociedad conyugal, y otra a cuenta de gananciales; b) una casa de habitación ubicada en el Municipio de Bogotá; c) los muebles que guarnecen dicha casa; y d) una cuota proindiviso en la propiedad de una finca rural denominada "Viscaya",

situada en el Municipio de Tena, finca correspondiente en su totalidad a la masa común. Y para el marido: a) dos partes del interés sócial en la mencionada compañía "Lavandería Olimpia Ltda."; b) un derecho indiviso en la finca rural "Viscaya"; y c) la totalidad del interés social en las sociedades "Stein y Mejía Ltda.", "Agrollano Ltda." y "Hernández Mejía Ltda.", algunos créditos y otros bienes muebles.

6.— Formuló el demandante dos objeciones a dicho trabajo, consistente la primera en haberse adjudicado a la cónyuge bienes que tienen valor superior al señalado en el avalúo, y enderezada la segunda a que no deben crearse comunidades innecesarias entre los consortes.

7.— El Juzgado del conocimiento aceptó la segunda por haber sido adjudicado en común a los cónyuges, el interés social en la expresada "Lavandería Olimpia Ltda.", y ordenó rehacer el trabajo de modo de cubrir a la demandada su hijuela de gananciales de $151.131.71, con la casa de habitación y los muebles, o sean $110.525.00, y los $40.606.71 restantes, con algunos créditos, los del Instituto de Crédito Territorial, acciones de Paz del Río, un automóvil y otra cuota indivisa en el fundo de "Viscaya", ya que según la partición se le adjudicaba una en este inmueble para pagarle su crédito por $20.000.00 a cargo de la sociedad conyugal. Según el Juzgado, el interés en la nombrada sociedad comercial no podía quedar en común, pero sí el inmueble rural.

8.— Apelada esta decisión por el curador de la demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la revocó y aprobó la partición en sentencia de 10 de diciembre de 1959.

De este fallo ha recurrido en casación el demandante, y habiendo sido presentada la demanda oportunamente, es el caso de decidir.

LA CASACION

9.— Se acusa el fallo por violación de la ley a través de errores de hecho y de derecho "en la apreciación de las pruebas y elementos del proceso".

En razón de los errores se consideran quebrantados los artículos 594, 639 y 697 del C. J. y 1394 del C. C., "cuyos numerales 7º y 8º interpretó el fallo indebidamente y dejó de aplicar al caso de la litis".

10.— Sostiene el resurrente que por el error de hecho sufrido no se tuvieron en cuenta las pruebas que figuran en el proceso, relacionadas en la demanda del recurso y según las cuales no existe la equivalencia y semejanza de los bienes atribuídos a uno y otro cónyuge, con infracción del citado precepto del C. C., ya que "el rendimiento o utilidad del interés social en las Compañías Agrollano Ltda., Stein y Mejía Ltda. y Hernández y Mejía Ltda., es prácticamente nulo y que los muebles del hogar tienen un precio o valor efectivo y real muy notoriamente superior al de $3.000.00 que se les asignó en el inventario y sirvió de base para adjudicárselos a la señora".

Afirma asímismo que al marido se le adjudicaron bienes muy disímiles de los atribuídos a la mujer; pues al paso que aquellos no producen renta, los últimos sí la producen y tienen "un valor efectivo o comercial superior al que se les dió en la diligencia de inventario", motivo por el cual "no se realizaron la semejanza, equivalencia y posible igualdad que prescribe el artículo 1394 del C. C."

11.— Agrega, en cuanto a la objeción de haber adjudicado algunos bienes en común a los consortes, especialmente el interés social en "Lavandería Olimpia Ltda.", que el partidor no está autorizado "para imponer comunidades que se pueden evitar", siendo del caso ante todo saber "si las comunidades que forma la partición son inevitables o convenientes, ya que la proindivisión desvirtúa la finalidad del litigio, cuyo objeto es separar los patrimonios".

SE CONSIDERA:

12.— En lo relativo a la objeción primera, que se basa en la disparidad entre el valor asignado en los dictámenes periciales a los bienes comunes o algunos de ellos, y el valor real de los mismos, en concepto de la parte recurrente, no incurre la sentencia en ninguna clase de error, porque, en una palabra, en firme los dictámenes, son precisamente ellos la base de toda distribución o partición de bienes comunes, y a aquéllos se sujetó el partidor.

Y en relación con esta misma objeción y con la segunda, referente a las adjudicaciones proindiviso, el recurso no puede prosperar porque en el supuesto de que hubiesen sido infringidos los artículos 594, 639 y 697 del C. J., y ello pudiera configurar errores de derecho en el examen de las pruebas, y en el de que realmente se hubiese incurrido en errores de hecho, por no haber tenido en cuenta las que el recurrente menciona en el cargo, ello no llevaría a ningún resultado positivo por-

que la ley sustancial violada, según la impugnación, son las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del C. C., sobre las cuales no puede fundarse la causal primera de casación, por ser de carácter adjetivo, como repetidamente lo ha declarado la Corte. (V. Cas, de 11 de septiembre de 1954, en la cual se citan otras varias en el mismo sentido. LXXVIII, 2146. 588). Sobra agregar que creada la casación en defensa de la ley sustantiva, todo ataque a la sentencia, en el recurso extraordinario, que se apoye en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., debe partir del señalamiento preciso de las disposiciones legales sustanciales que se consideren violadas, ya de manera directa, o bien a través de errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, al punto de que mientras tal señalamiento no se haga, el cargo carecerá de ésa base esencial.

Por lo cual no procede la casación pedida.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de separación de bienes entre Abel Mejía y Ana Rosa Botero de Mejía.

Costas de la casación a cargo de la parte recurrente.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez.—Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE MERCANCIAS. — EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1—En principio, dentro del ordenamiento del derecho privado, las leyes que regulan los contratos son supletorias de la voluntad de los estipulantes, si éstos, al celebrarlos, cumplen las solemnidades constitutivas y respetan el orden público y las buenas costumbres. Legalmente celebrado un contrato es ley para los contratantes y claramente conocida su intención debe estarse a ella principalmente y sólo por falta de reglamentación precisa del contenido de voluntad puede acudirse a los principios consignados en normas legales como elementos de voluntad presuntiva de los contratantes, como también para determinar los efectos jurídicos provenientes del incumplimiento. Es tal el valor del contrato como ley de las partes que, establecida claramente su intención, no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, y cuando judicialmente se discuten las relaciones nacidas de un contrato, debe primeramente estudiarse su propio contenido y luégo aplicarse las normas legales respectivas en lo que los contratantes no hubiesen previsto.

2—Si el vendedor se obligó a entregar inmediatamente la cosa vendida y el comprador a pagar de contado el precio, ninguna de las partes contratantes puede, a su arbitrio, convertir tal contrato, de ejecución inmediata, en un contrato de ejecución diferida.

3—La obligación de entregar en el plazo y lugar convenidos a que se refiere la parte primera del artículo 234 del Código de Comercio, supone necesariamente la perfección de un contrato. Si pues, celebrado un contrato de ejecución inmediata, el comprador establece una forma distinta de pago del precio y de entrega de la cosa vendida, incurre en incumplimiento del compromiso contraído y pierde, por lo mismo, el derecho de ejercitar acciones provenientes de ese contrato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

ANTECEDENTES

Marco Tulio Prieto Sarmiento, demandó en juicio ordinario a la sociedad "Grasas S. A.", domiciliada en Buga, representada por su Gerente José María Domínguez, para obtener los siguientes pronunciamientos:

"PRIMERO.— Que contra (sic) mi mandante y la sociedad demandada, se perfeccionó por medio de comunicaciones telefónicas y marconigráficas, entre Bogotá y Buga, las que se cumplieron entre el 1º y el 9 de noviembre de 1956, un contrato de compra-venta, por medio del cual la sociedad demandada se obligó a vender y despachar desde la ciudad de Buga, a mi poderdante de la ciudad de Bogotá, y a dicha ciudad, la cantidad de DOS MIL LATAS de manteca (2.000), marca "La Garza", a razón de CUARENTA Y TRES (sic) pesos moneda legal, por unidad, o sea por cada lata;

"SEGUNDO.— Que el mencionado contrato debía tener cumplimiento inmediato tan pronto como el Banco del Comercio (sucursal de la Plaza

España) de Bogotá, autorizara al Banco de Comercio —Sucursal de Buga— para abrir carta de crédito a favor de "Grasas S. A." y por cuenta de Marco Tulio Prieto, hasta por SESENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA LEGAL, precio total de las dos mil latas de manteca, objeto del contrato de compraventa, crédito que fue abierto el 9 de noviembre de 1956;

"TERCERO.— Que la sociedad demandada, sea condenada a entregar a mi poderdante, en la ciudad de Bogotá, y en el almacén "Los Arroceros" de propiedad del demandante, situado en la calle 11 número 16-83 de la citada ciudad, dentro del plazo que la sentencia señale, las dos mil latas de manteca, objeto del contrato de compraventa;

"CUARTO.— Que asimismo sea condenada la sociedad demandada, a pagar a mi poderdante el valor de los perjuicios materiales y morales consiguientes a la mora en el cumplimiento del contrato, por parte de la misma sociedad, perjuicios que en nombre de mi mandante los estimo en la cantidad de DOCE MIL PESOS moneda legal o los que resulten de una estimación pericial, o de la regulación para cumplir el fallo definitivo;

"En subsidio: para el tercero: que el contrato de compraventa de que dan cuenta estas súplicas, quedó resuelto en forma unilateral por la sociedad vendedora y demandada en el presente juicio;

"Para el cuarto: que como consecuencia del pronunciamiento inmediatamente anterior, se condene a la sociedad demandada a pagar a mi poderdante el valor de los perjuicios materiales y morales que le fueron causados por el incumplimiento de la sociedad vendedora y demandada, perjuicios materiales, que en nombre de mi poderdante los estimo en la cantidad de QUINCE MIL PESOS moneda legal, o los que resulten de una estimación pericial dentro del juicio, o de la regulación consiguiente para cumplir el fallo definitivo; y los morales en la cuantía que el juzgador señale, de acuerdo con la sana práctica judicial;

"QUINTO.— Que si la parte demandada se opone, se le condene al pago de las costas del presente juicio".

Fundamentan las súplicas anteriores hechos que pueden reducirse a lo siguiente:

A partir del 1º de noviembre de 1956, se iniciaron conversaciones telefónicas entre José María Domínguez como Gerente de "Grasas S. A." y Marco Tulio Prieto Sarmiento, encaminadas a perfeccionar un contrato de compraventa por 2.000 latas de manteca "La Garza", producto elaborado por "Grasas S. A.". Esas conversaciones se hicieron a larga distancia entre Bogotá y Buga.

Las partes acordaron el precio en $ 34.00 por unidad y en dos mil el número de latas de manteca, para situarlas y entregarlas en el almacén denominado "Los Arroceros" de propiedad de Prieto Sarmiento.

"Grasas S. A." exigió al comprador abrir carta de crédito a su favor por el valor total de las 2.000 latas de manteca, o sea por la cantidad de $ 68.000.00 moneda legal. El comprador cumplió con esta obligación y, en efecto, abrió la carta de crédito a favor de "Grasas S. A." por la suma dicha en el Banco del Comercio, Sucursal de la Plaza España de Bogotá, sobre la Sucursal del mismo Banco en Buga.

La operación bancaria fue comunicada por la Sucursal de la Plaza España tanto al Banco de Buga como a "Grasas S. A.", el día 9 de noviembre de 1956 y se autorizó, en consecuencia, a la Sucursal de Buga en el sentido de que el pago se hiciera contra presentación de la factura comercial por duplicado.

Y continúa la demanda:

"I).—En carta de Prieto Sarmiento al gerente de "Grasas S. A.", de noviembre 6 de 1956, cuya copia forma parte de los anexos, el comprador avisa al vendedor que el Banco del Comercio —Sucursal de la Plaza España— abrió la carta de crédito por el valor de las dos (2) mil latas de manteca, que será cubierto en dos (2) pagos a razón del valor de mil latas por despacho: pago contra entrega;

"j).—De esta comunicación, pura y simple, encaminada a facilitar el despacho de las dos mil latas de manteca, en embarques de dos (2) lotes, de a mil latas cada uno, se sirve la sociedad vendedora para tratar de darle piso firme a la aparente justificación al incumplimiento por parte de la misma, interpretación acomodaticia, como es obvio;

"k).—Hasta la hora presente, la sociedad vendedora y demandada en el presente juicio, no ha despachado al comprador Prieto Sarmiento para su almacén "Los Arroceros", en Bogotá, ni una sola lata de manteca de las dos mil sobre las cuales recayó el acuerdo de voluntades; a pesar de los constantes reclamos hechos por el comprador, telefónicamente, al gerente de la sociedad vendedora, en la ciudad de Buga;

"l).—Las conversaciones telefónicas se produ-

cían en esta ciudad de Bogotá en el teléfono 10300 del almacén "Los Arroceros";

"11).—La última razón del gerente de "Grasas S. A." dada por teléfono para justificar el incumplimiento a Prieto, por parte de la sociedad vendedora, lo hace radicar en que el precio de la manteca ha subido, a partir del perfeccionamiento del contrato de compraventa, circunstancia que aún siendo cierta, no justifica el incumplimiento, dentro de la acostumbrada y sana ética comercial".

En la réplica al libelo, que es más alegato de conclusión que contestación a la demanda, se afirma que por parte de Prieto se modificó el contrato que había sido pactado de contado por las 2.000 latas de manteca pagaderos por el Banco del Comercio de Buga, en virtud de la carta de crédito que allí se abriera, y afirma lo siguiente al referirse al hecho a):

"a).—Este hecho es cierto, pero incompleto. Lo que le falta es lo siguiente: que el contrato se perfeccionó por acuerdo de voluntades en cuanto a:) que Grasas vendería de contado 2.000 latas de manteca; b) que el precio era de $34.00 por unidad, escrito en letras, TREINTA Y CUATRO pesos por UNIDAD; c)—**Que el pago era de contado.** Acepto a nombre de Grasas S. A. que el acuerdo de voluntades fue por la cantidad de dos mil latas de manteca; acepto igualmente que el precio fue de treinta y cuatro pesos por unidad; acepto finalmente que el contrato, o acuerdo de consentimientos, tuvo lugar en los días 1º y 9 de noviembre del año de 1956; PERO NO ACEPTO QUE el comprador tuviera facultad para modificar la forma del pago a que me referiré más adelante.

"Porque, dicho desde ahora, sería fundamental para la procedencia y conducencia de la acción intentada, que la demanda pudiera demostrar que se le había dado facultad para modificar la condición DE CONTADO que fue motivo del consentimiento entre ambos, al COMPRADOR, cuando precisamente la prueba está en mi poder de que la negativa por escrito a la aceptación del contrato, obedeció a que el comprador violó una de las condiciones del contrato, cual era la de que el negocio era de contado.

"En efecto en noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, Grasas S. A. dirigió a Arroceros de Bogotá, el siguiente marconi, que presento a título de prueba en su copia auténtica y que dice: Buga, noviembre 2 de 1956. Cta. Cte. Nº 6-ARROCEROS Bogotá.- ENVIANDOLES 30 CARTONES ACEITE PUNTO ACTUALMENTE VENTAS MANTECA SUSPENDIDAS PUNTO COMPRA 2.000 LATAS SUJETA PAGO CONTADO CONFIRMEN. GRASAS. Hay un sello que dice Grasas S. A. y la media firma del Gerente Domínguez Izquierdo que es quien me ha conferido el poder.

"Ahora bien, cuando llegó el telegrama de Complaza (Banco del Comercio Sucursal Plaza España de Bogotá) dirigido a Cobanco (Banco del Comercio de Buga) y fue notificado el gerente de la MODIFICACION del contrato que se deduce de las palabras **Acéptese embarques parciales** (folio 4 del expediente) como puede confrontarse.

"CUANDO LLEGO LA CARTA QUE INFORMA EL FOLIO 7 DEL EXPEDIENTE Y EL GERENTE DE LA EMPRESA SE NOTIFICO EN DICHA CARTA DE QUE... DE ACUERDO CON LO HABLADO TELEFONICAMENTE CON USTED EL BANCO DEL COMERCIO PLAZA ESPAÑA, ME ABRIO CARTA DE CREDITO POR EL VALOR DE LAS DOS MIL LATAS DE MANTECA QUE SERA CUBIERTO EN DOS PAGOS A RAZON DEL VALOR DE MIL LATAS POR DESPACHO: PAGO CONTRA ENTREGA (he subrayado yo).

"Siendo esta carta del 6 de los corrientes, fue escrita con la correspondiente espera o plazo después del telegrama de Grasas en que decía SUJETA PAGO DE CONTADO a que antes me he referido. (He subrayado).

"Esa la razón, (la modificación unilateral hecha por Prieto S.) para que Grasas S. A. en Marconi de noviembre 10, es decir, cuando ya se había recibido la carta del 6 mencionada en el párrafo anterior, dijera IMPOSIBLE ACEPTAR NEGOCIO CARTA DE CREDITO, precisamente porque estando dispuesta a cumplir el contrato a pesar del alza de la manteca que mencionaba el telegrama o marconi de noviembre dos (implícitamente pues esa era la razón de la suspensión de las ventas de manteca), ya estaba libertada del cumplimiento de dicho contrato, cuando Marco Tulio Prieto S. en vez **de contado** cambió a dos entregas de a mil latas cada una.

"Esto, aceptando en gracia de discusión que pago contra entrega fuera pago de contado. No son dos figuras jurídicas diferenciables y diferentes? Claro que sí lo son. Pero eso aceptémoslo por ahora, en gracia de discusión, que tienen un mismo valor".

La sentencia de primera instancia declaró que entre Prieto y Grasas S. A. se perfeccionó un contrato de compraventa por dos mil latas de mante-

ca a razón de $ 34.00 por unidad; que el mencionado contrato debía tener cumplimiento inmediato tan pronto se hiciera el pago de contado por las dos mil latas; probada la excepción perentoria temporal de contrato no cumplido, que afecta a la parte demandante; condenó a ésta a pagar las costas que la parte demandada haya tenido que efectuar por razón del exceso de la demanda.

El Tribunal, a donde la sentencia llegó por alzada interpuesta por ambas partes, falló de la siguiente manera:

"1º—CONFIRMASE el numeral Primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada;

"2º—REVOCANSE los numerales Segundo, Tercero y Cuarto de esa misma sentencia para disponer en su lugar:

"a)—DECLARASE que el contrato de venta en mención debía tener cumplimiento inmediato tan pronto como el demandante comprador abriera por su cuenta y a favor de "Grasas S. A." carta de crédito en el Banco del Comercio por la suma de sesenta y ocho mil pesos ($ 68.000.00) moneda corriente, precio de las dos mil latas de manteca, lo que ocurrió el 9 de noviembre de 1956;

"b).—CONDENASE a "Grasas S. A." al cumplimiento del contrato mediante la entrega de la manteca, conforme a las estipulaciones acordadas, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

"c).—ABSUELVESE a la sociedad demandada del pago de los perjuicios, y

"d).—CONDENASE en las costas procesales de las dos instancias, a la parte demandada".

El recurso de casación lo interpuso la parte demandada y a resolverlo se procede.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal sostiene a lo largo de su sentencia que porque se abrió la carta de crédito por el valor total de la mercancía se celebró un contrato al contado, lo que lo condujo a dictar su sentencia en la forma vista.

Discurre así el Tribunal:

"Se trata, pues, de un contrato bilateral, por las obligaciones generadas por ambas partes, de las cuales cabe destacar, como principales, la entrega de lo que se vende, para el vendedor, y el pago del precio, para el comprador. La compraventa puede celebrarse, de contado, a crédito o a plazos o bajo otras modalidades.

"Aplicados estos principios jurídicos al punto materia de controversia y atendidos los antecedentes de la convención y desarrollo de la litis, es necesario sostener que se trata en el caso de autos de un contrato de compraventa al contado, celebrado entre las partes en disputa, pues que de la demanda y su respuesta se establece eso, lo mismo que de las piezas del juicio que se examinan. Esa condición de la convención pactada no debe entenderse modificada por el pago del precio contra-entrega, como quiera que por la carta de crédito abierta, a solicitud del señor Marco Tulio Prieto Sarmiento por el Banco del Comercio de Bogotá —Sucursal de la Plaza España— en 9 de noviembre de 1956, con anuencia de "Grasas S. A.", como se deduce de los mismos documentos aducidos, se puso a disposición del vendedor el valor convenido del artículo, mediante "la presentación de la factura comercial", según reza el documento visible a fs. 3 a 6 del cuaderno principal, documento que, como los otros que obran en el juicio, goza del reconocimiento consagrado por el artículo 645 del Código Judicial. La dicha carta de crédito se encuentra aún vigente, según se deduce del testimonio del señor Carlos A. Calderón (f. 49 cuaderno 2º).

"Si, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa legales, la obligación surgida para la sociedad anónima vendedora de entregar el objeto de la convención, es decir, las dos mil latas de manteca, ha debido ser cumplida por ella bajo las prescripciones que contiene el artículo 1882 ibidem, si se tiene en cuenta que la carta de crédito debe tomarse como constituída para pago de contado al entregarse las latas de manteca contratadas, y no como lo ha interpretado la parte demandada y su apoderado, siendo de entender, por lo demás que los dos despachos de que habla el actor en su nota de 6 de noviembre, dirigida al Gerente de Grasas, lejos de modificar lo pactado, facilitaba al vendedor la entrega de la mercancía. En la venta, la entrega debe hacerse primero después del pago, pues que así se deduce, a falta de norma expresa, del artículo 1882 relacionado con el 1929. 'A falta de estipulación al respecto o de usos convencionales a los cuales se hayan remitido las partes, hay que tener en cuenta las siguientes reglas: cuando la compraventa sea al contado, el precio debe pagarse en el lugar y tiempo de la entrega', artículo 1929). Eso significa que la entrega y el pago del precio deben ser simultáneos. Pero, en el orden lógico, 'la entrega debe preceder a dicho pago

(Alessandri, II, pág. 399), salvo que exista una costumbre en contrario. Si la venta es a plazos, debe el comprador pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos'. (Alvaro Pérez Vives "Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano", pág. 404). El Código de Comercio, por su parte, enseña que 'perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas, en el plazo y lugar convenidos' (artículo 234); y que, 'Pues la cosa a disposición del comprador, y dándose este por satisfecho de ella, deberá pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados' (artículo 247). Esto hace inaceptable la diferenciación que pretende sentar el apoderado de la Empresa entre venta de contado y venta con pago contra entrega".

Después de la anterior cita de disposiciones con su correspondiente comentario y de adentrarse en consideraciones afines a las anteriores, concluye el Tribunal:

"Pues bien, en el proceso aparece en forma inequívoca que la parte demandada se obligó a entregar las dos mil latas de manteca por el precio al contado de sesenta y ocho mil pesos, como contraprestación del comprador Prieto Sarmiento. Así resulta, pues, comprobada la existencia de la obligación mencionada".

A pesar de esta afirmación dice la sentencia:

"El comprador ha alegado en su libelo que el vendedor no cumplió ni ha cumplido, hasta la fecha de ejercitar su acción, con su deber de entregar el artículo contratado, a pesar de haber cumplido él con el suyo al otorgar la carta de crédito para solucionar el precio. Lo afirmado así por el demandante aparece probado a satisfacción con las constancias del juicio en sus dos extremos de existencia de la obligación e incumplimiento del demandado, en los términos del artículo 1757 ibidem y en el modo que se tiene examinado. Lo que hace que no tenga cabida la excepción de contrato no cumplido. Porque, de acuerdo con el texto que la consagra —artículo 1609— ella solo obra cuando se viola la reciprocidad contractual por una de las partes, y en el proceso sub-lite, según lo explicado, el comprador no violó el acuerdo de voluntades sobre el pago del precio, uno de los elementos esenciales de la relación jurídico-procesal, como lo alega el demandado y lo acepta el sentenciador, sin mayor raciocinio. Porque, como se tiene dicho, ni el pago contra-entrega ni la autorización para aceptar sendos embarques de mil latas de manteca pueden tomarse como modificadoras y, en consecuencia, violatorias de la convención celebrada, tal como a la ligera lo hizo y creyó la parte demandada, llevándola a rechazar o, mejor, a incumplir el contrato, por estimarlo 'altamente inconveniente' a sus intereses, 'pues el segundo despacho podría demorarse a voluntad del señor Prieto un tiempo más largo, cuando ya el negocio de la manteca hubiera subido', como lo dice en la comunicación del gerente al abogado doctor Patiño, que por su contenido, es una prueba fundamental en el litigio con los alcances probatorios del artículo 607 del Código Judicial, y que explica de suyo el marconigrama dirigido al actor, visible a f 16 del cuaderno principal, comunicándole la imposibilidad de aceptar él negocio de la carta de crédito".

EL RECURSO

Dos cargos se hacen contra la sentencia:

"PRIMERO.—El Tribunal entendió perfeccionado el contrato de compraventa de las dos mil latas de manteca como venta al contado. Le restó toda importancia a la modificación que sin el consentimiento del vendedor le introdujo el comprador en la carta de 6 de noviembre de 1956, folio 15 del cuaderno principal. Y en vez de darle a la carta su verdadero alcance de modificación unilateral del contrato, le atribuyó un significado favorable al vendedor, consistente en que se dirigía a facilitarle a éste la entrega de la mercancía. En lo cual equivocóse gravemente en la interpretación de esa carta, dejando de apreciar su verdadero significado tendiente a modificar el contrato. No vió así el carácter de modificación al contrato, en la propuesta de Prieto, que implicaba la entrega escalonada del pedido, siendo así que GRASAS sólo había aceptado la entrega y pago simultáneos de toda la mercancía. Esta equivocación en la apreciación de la prueba configura un manifiesto u ostensible error de hecho por parte del sentenciador. En el que incurrió por ignorar, violándolos de consiguiente en forma indirecta, los artículos 234, 240 y 249 del C. de C., cuyo sentido ya se dejó explicado. Indudablemente si el sentenciador hubiese conocido estas disposiciones y hubiéralas aplicado, a la luz de las cuales, como se ha dicho resultaba claro el carácter de modificación al contrato que envolvía la propuesta de Prieto a GRASAS, la sentencia hubiera sido absolutoria en favor de esta compañía.

"SEGUNDO.—Acuso también el fallo por violación directa del artículo 234 del C. de C. que el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito,

viendo configurado un contrato de compraventa que no se perfeccionó, por la modificación unilateral que le hizo el demandante, faltando de consiguiente el acuerdo exacto de voluntades sobre uno de los requisitos esenciales del contrato, o sea la forma de entrega y pago de la cosa vendida. El vendedor propuso el pago de contado. El comprador modificó escalonando en dos el pago y la entrega, lo cual no fue aceptado por GRASAS. De consiguiente al considerar el sentenciador que el vendedor está obligado por el contrato, aplicó indebidamente el artículo 234, violándolo así de esta manera".

Varias consideraciones hace el recurrente para sustentar los cargos, y de ellas se destacan las siguientes:

"G.—Desde el punto de vista de la ley —que es lo más importante— a la sociedad tampoco se le podía imponer ningún aplazamiento aún parcial del recibo y pago de la mercancía, así fuese por un solo día. La sociedad negociaba con un comerciante. Ella de su parte verificaba una operación de comercio. El negocio era así esencialmente un acto de comercio, regulado, por ende, según las disposiciones del Código Mercantil. En el cual se lee el artículo 240 relativo a la compraventa comercial. Dispone el precepto que mientras 'el comprador no retire y traslade las mercancías el vendedor es responsable de su custodia y conservación a la ley de depósito'. Es decir, que el vendedor que concede plazo para la entrega de lo vendido, en materia comercial asume las responsabilidades de depositario comercial que le imponen el deber de responder del deterioro o la pérdida de las mercancías, salvo que se trate de caso fortuito, pero entonces tiene que entrar a demostrarlo. (Artículo 349 en relación con el 941 del mismo código). De consiguiente la compañía se hubiese convertido en depositaria comercial de la manteca vendida que no hubiese entregado inmediatamente. Era razonable que la aceptación de semejante responsabilidad civil requería voluntad expresa o consentimiento pleno. A nadie se le puede obligar a aceptar una calidad que impone responsabilidades. Luego Prieto carecía del poder por sí sólo de comprometer a GRASAS a que dividiera en dos pagos y remesas el pedido de la manteca, siendo así que ella había propuesto el negocio como venta al contado, o sea pago contra entrega de las dos mil latas de manteca. Se ve así claro que a la luz de la ley es inaceptable lo que sustenta el Tribunal con sorprendida inocencia, hija del estudio superficial del problema, de que los despachos de manteca solicitados por el actor en la carta de 6 de noviembre lejos de modificar lo pactado facilitó a GRASAS la entrega de la mercancía. Bonita facilidad que crea contra el vendedor a favor del comprador, la obligación de mantener en sus bodegas en depósito legal la mercancía sometida a plazo de entrega, debiendo responder de las pérdidas o deterioros que mientras tanto sufra. Un solo día de retardo en la entrega, era un día cargado de responsabilidades. He ahí porqué GRASAS se sintió desligada del contrato cuando Prieto sin consultárselo intentó someterla a condiciones inaceptables para ella como vendedora.

"H.—Pero hay todavía más desde el punto de vista legal. El artículo 249 del estatuto ya citado establece que si en la venta se contrata sobre un conjunto de mercaderías, el comprador no está obligado a recibir entregas parciales. Recíprocamente y por la misma razón que inspira el precepto, el vendedor tampoco puede ser obligado a efectuar entregas parciales, en razón de que como lo hemos visto se convierte en depositario de la mercancía no entregada. De modo que así como a GRASAS, habiendo vendido de contado un conjunto de mercadería —las dos mil latas de manteca— le estaba vedado obligar a Prieto a que le recibiera por entregas lo vendido, de igual manera éste tampoco tenía derecho de obligar a la compañía a que le hiciera entregas parciales de la mercancía. La simetría contractual impone igualdad de tratamiento entre las partes contratantes. Se rompería ese equilibrio si el procepto favoreciese solamente al comprador.

"J.—Según el artículo 234 del estatuto citado, perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar convenidos. La compañía sostiene que no hubo plazo para la entrega ni el pago, porque no aceptó la propuesta del demandante consistente en la entrega y el pago de la mercancía en dos contados, lo que implica un plazo incierto, cuando menos para el segundo pedido. Luego en realidad el contrato no se perfeccionó con plazo; fue al contado, es decir de cumplimiento inmediato tanto en cuanto al pago a cargo de Prieto como en cuanto a la entrega a cargo de la compañía".

LA CORTE CONSIDERA:

1º—En principio, dentro del ordenamiento del

derecho privado, las leyes que regulan los contratos son supletorias de la voluntad de los estipulantes, si éstos, al celebrarlos, cumplen solemnidades constitutivas y respetan el orden público y las buenas costumbres. Legalmente celebrado un contrato es ley para los contratantes y claramente conocida su intención debe estarse a ella principalmente y sólo por falta de reglamentación precisa del contenido de voluntad puede acudirse a los principios consignados en normas legales como elementos de voluntad presuntiva de los contratantes, como también para determinar los efectos jurídicos provenientes del incumplimiento.

De tal manera es importante la aplicación de estos principios y tal el valor del contrato como ley de las partes que, establecida claramente su intención no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. Cuando judicialmente se discuten las relaciones nacidas de un contrato, debe estudiarse su propio contenido, primeramente, y luégo aplicarse las normas legales respectivas en lo que los contratantes no hubiesen previsto.

2º— La presente controversia no debate la existencia de la relación contractual, ni en su objeto, ni en el precio, ni en la característica de ser al contado. Lo afirma el demandante y lo acepta el demandado. Solamente se discute el efecto de la carta de 6 de noviembre de 1956, escrita por el demandante comprador al demandado vendedor y, cuyo texto reza:

"Bogotá, noviembre 6 de 1956. Señor Gerente de Grasas S. A. Buga. De acuerdo con lo hablado telefónicamente con Ud. el Banco del Comercio Plaza España, me abrió carta de crédito por el valor de las dos mil (2.000) latas de manteca, que será cubierto en dos pagos a razón del valor de mil (1.000) latas por despacho; pago contra entrega. De Ud. atto. s.s. y amigo, (Fdo.) Marco Tulio Prieto S.".

Para el demandante "esta comunicación, pura y simple, encaminada a facilitar el despacho de las dos mil latas de manteca, en embarques de dos (2) lotes, de a mil latas cada uno", no puede darle base al vendedor para incumplir el contrato. Para éste, al contrario, el contenido de la carta entraña una modificación de tal magnitud que impidió su cumplimiento.

Por su parte el Tribunal afirma la existencia de un contrato al contado al consignar lo siguiente en la sentencia: "Pues bien, en el proceso aparece en forma inequívoca que la parte demandada se obligó a entregar las dos mil latas de manteca por el precio al contado de sesenta y ocho mil pesos, como contraprestación del comprador Prieto Sarmiento. Así resulta, pues, comprobada la existencia de la obligación mencionada".

Solamente que, después de esa afirmación sostiene que porque se abrió la carta de crédito por la totalidad del precio, el comprador cumplió su obligación y no el vendedor la suya, ya que debió entregar la mercancía según los términos de la misiva de 6 de noviembre.

3º—Al aceptar el Tribunal, que la parte demandada se obligó a entregar las dos mil latas de manteca por el precio al contado de sesenta y ocho mil pesos, debió tener el contrato como de ejecución inmediata para ambas partes, y por consecuencia que, una de ellas, a su arbitrio, no podía convertirlo en contrato de ejecución diferida. Y menos podía concluír que, porque se abrió la carta de crédito por la suma total del negocio, eso sólo determinaba el cumplimiento al contado por parte del comprador.

4º—Afirma la demanda iniciatoria del juicio que se configuró entre las partes un negocio al contado por dos mil latas de manteca por un valor de sesenta y ocho mil pesos. Al establecer el comprador una forma distinta de pago de precio y de entrega del artículo, incumplió el compromiso contraído y perdió, por tanto, el derecho a ejercitar acciones provenientes de ese contrato.

5º—La obligación de entregar en el plazo y lugar convenidos a que se refiere la parte primera del artículo 234 del C. de Comercio, supone necesariamente la perfección de un contrato. Como aparece de autos que, después de celebrado, el comprador dejó de cumplir con su obligación de pagar al contado, no pesa sobre el demandado la de entregar y, en consecuencia, el demandante no está debidamente legitimado en causa, lo cual hace ver el desvío del Tribunal al aplicar al caso del pleito, indebidamente, el citado artículo, haciendo, por tanto, próspero el segundo cargo de la demanda de casación.

RESOLUCION:

Por las razones 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, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha 15 de abril de 1959, REVOCA la del Juzgado del Circuito de 29 de abril de 1958 y, para obrar como tribunal de instancia,

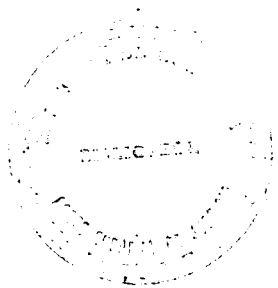
F A L L A :

1º—ABSUELVESE a la sociedad "Grasas S. A." de los cargos formulados en la demanda; y

2º—Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandante, y, sin lugar a decretarlas en este recurso.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez.—Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.—Ricardo Ramírez L. Secretario.



ACCION DE LEGITIMACION

1.—Sobre la base insustituíble del matrimonio válidamente contraído por los progenitores, participan del estado civil de hijos legítimos los naturales de los padres que a tiempo de la concepción hubiesen podido casarse con plenitud de eficacia jurídica.

2.—Dentro del régimen legal es claro que son legitimados por matrimonio posterior de sus padres los hijos naturales de ambos cónyuges, reconocidos con los requisitos legales. Ahora bien, si el reconocimiento de dichos hijos como naturales es obtenido por cualquiera de las vías hábiles en derecho para la declaración de que ese estado civil fue constituído, el matrimonio de los padres válidamente celebrado, será entonces causa eficiente de la legitimación, por ministerio del pronunciamiento declarativo de la filiación natural, con la misma virtud y eficacia de la que se produce para los hijos naturales voluntariamente reconocidos por sus padres.

3.—Si en concreto el estado de hijo natural es judicialmente declarado por virtud de posesión notoria, la causal del proveído no difiere de dar solemnidad en derecho al reconocimiento voluntario ostentado a través del tiempo sin formalidad alguna en los hechos posesorios, pero con ininterrumpida elocuencia capaz de integrar la convicción judicial declarativa de la existencia del estado civil que de la justicia se impetra.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Con el carácter de herederos de los cónyuges Pánfilo Mora y Santos Angarita de Mora, Sara Angarita o Mora Angarita demandó en juicio ordinario a Gabino Mora Angarita, Betulio Mora Angarita y a los menores Hernando, Zarquís, Ilma y Gustavo Mora Maldonado bajo representación de su padre legítimo Efraín Maldonado, y pidió las siguientes declaraciones:

"1ª— Que la actora Sara Mora Angarita, es hija legitimada del señor Pánfilo Mora y de la señora Santos Angarita de Mora.

"2ª— Que, en consecuencia, la demandante tiene el carácter de heredera de sus nombrados padres, señores Pánfilo Mora y Santos Angarita de Mora, ya fallecidos.

"3ª— Que en tal virtud, tiene la actora derecho para intervenir en el juicio mortuorio de su padre señor Pánfilo Mora, y para que se le adjudique la cuota herencial que le corresponde en la universalidad del causante (sic) en razón de su carácter de hija legitimada del mismo.

"4ª— Que los demandados ocupantes o poseedores de la herencia, deben restituír a mi representada las cosas hereditarias correspondientes a la cuota herencial que le corresponde en el mencionado juicio mortuorio del señor Pánfilo Mora.

"5ª— Que los demandados deben restituír igualmente a mi representada, los aumentos que dichas cosas hayan tenido y los frutos que hayan producido desde la muerte del causante hasta el día de la restitución.

"6ª— Que en consecuencia se ordenen las competentes inscripciones de la sentencia, en el libro de causas mortuorias, para lo relacionado con los bienes hereditarios, y en los libros notariales y parroquiales, en lo tocante al estado civil reconocido judicialmente de mi poderdante.

"7ª— Que si hay lugar al juicio, se condene en costas a los demandados".

Las afirmaciones de hecho se refieren a que en

el año de 1900 Pánfilo Mora y Santos Angarita iniciaron vida en común, de la que el 1º de febrero de 1901 vino al mundo María Sara Angarita. Esa unión conocida públicamente en El Cocuy, se consolidó por matrimonio contraído el 26 de febrero de 1906, y la niña María Sara fue tratada siempre por sus progenitores, antes y después del matrimonio, como hija de ellos en forma notoria, cierta e incontrovertible, la miraron como hija legítima o legitimada durante la vida de los dos, proveyeron a su educación y establecimiento de modo competente, la tuvieron como hermana legítima de sus demás hijos habidos dentro del matrimonio: Gabino, Betulia, Félix María y Rosinda Mora Angarita, "presentándola con ese carácter a sus deudos y amigos, de manera que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, la reputaron y reconocieron siempre como hija legítima o legitimada de tales padres", todo ello por "tiempo que excedió en mucho la década legal".

El Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá con fecha 12 de enero de 1956 negó en primera instancia todas las súplicas de la demanda con imposición de costas. Pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial, donde en alzada recurrió la actora, por medio de pronunciamiento del 29 de mayo de 1959 revocó la sentencia de primer grado e hizo en su lugar estas declaraciones:

"1ª— Declárase que la señora Sara Mora o Angarita, mayor y vecino de El Cocuy, es hija legítimada de los señores Pánfilo Mora y Santos Angarita de Mora.

"2ª— Declárase que, consecuencialmente, la señora Sara Mora Mora o Angarita, tiene el carácter de heredera de los señores Pánfilo Mora y Santos Angarita de Mora en su condición de hija legítima o legitimada. Y que como tal, tiene derecho a intervenir en el juicio mortuorio de su padre Pánfilo Mora, para que se le adjudique la cuota herencial que en tal carácter le corresponde; y para que se le restituya o entregue (sic) los respectivos bienes hereditarios, junto con frutos o aumentos que hayan producido desde la muerte del causante hasta el día de restitución.

"3ª— Decrétase la inscripción de este fallo en los libros de registro competentes; y la declaración de estado civil en la Notaría del Circuito de El Cocuy.

"4ª— Las costas del juicio a cargo de los demandados".

Estos interpusieron el recurso de casación y es la oportunidad de resolver.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Los pasos sustanciales de la motivación expresan:

"1º— La acción fundamental de que se trata en este juicio es la de legitimación, para que se declare 'que la demandante Sara Mora Angarita es hija legítima del señor Pánfilo Mora y de la señora Santos Angarita de Mora', en razón del subsiguiente matrimonio que éstos contrajeron.

"2º— Dentro del sistema legal establecido, dos son los medios de legitimación: el **ipso iure**, por subsiguiente matrimonio, respecto de 'los hijos concebidos antes y nacidos en él...' (artículo 50 L. 153 de 1887), o de los que 'uno y otro (hoy solamente el padre, por excepción la madre) hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales' (artículo 238 del C C.); y el del reconocimiento posterior voluntario, designando 'en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos'. (artículo 239 ibid.)

"3º— Estima sin embargo este Tribunal, que a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1936, que agregó al medio del reconocimiento voluntario que consagraba la anterior legislación, el del fallo judicial constitutivo (sic) del estado civil de hijo natural, virtual y lógicamente se produjo para cada uno de los dos casos un nuevo modo de legitimación, a saber: **ipso iure**, para quien antes del matrimonio de sus padres obtuvo un fallo judicial constitutivo (sic) de estado de hijo natural; y por declaración judicial posterior a dicho matrimonio, cuando se invoca y comprueba alguna de las causales que en el nuevo sistema de la ley 45 sirven para adquirir estado civil de hijo natural.

"4º— La exactitud del nuevo modo de legitimación **ipso iure** por obra del fallo anterior constitutivo (sic) del estado de hijo natural, es manifiesta: Porque si en el sistema del Código, es el reconocimiento voluntario anterior del hijo natural lo que dá al matrimonio virtud suficiente para determinar la legitimación **ipso iure**, no se comprende por qué la adquisición del mismo estado por fallo judicial, podría quitarle aquel efecto.

"5º— Y es también lógico e irrebatible el otro medio de legitimación por fallo judicial pronunciado con fundamento en alguna o algunas de las causales que sirven para la adquisición del estado de hijo natural: Porque sí, solteros los padres, se reconoce al hijo el derecho a obtener el estado civil de natural mediante declaración de juez, tan absurdo resultaría desconocerle esa misma facul-

tad de investigación por el hecho de haberse unido ellos en matrimonio, como aceptársela para solo la adquisición del estado de hijo natural, y cuya coexistencia es incompatible con la del matrimonio de los padres, que virtual y forzosamente debe conducir al estado de legitimación.

"6º— En el caso de que aquí se trata la demandante Sara Mora Angarita, no adquirió **ipso iure** el estado civil de hija legitimada de Pánfilo Mora: Porque fue concebida y nacida mucho antes de su matrimonio con Santos Angarita, y no existe prueba alguna de que antes de dicho matrimonio la hubiera reconocido como hija natural, firmando el acta de nacimiento (artículo 368 del C. C.), o 'por instrumento público entre vivos, o por acto testamentario' (artículo 56 L. 153 de 1887), que son las formas como se determinan 'los requisitos legales' de que habla el artículo 238; o de que, para la misma época, la Angarita hubiera obtenido un fallo constitutivo (sic) de estado civil de hija natural. Pero como también invoca la demandante la 'notoria posesión de estado' fundada en el trato de hija que don Pánfilo le diera durante toda su vida, y por consiguiente durante más de diez años continuos, contados inclusive desde la vigencia de la Ley 45 de 1936, es el caso de considerar la forma como probatoriamente aparezca este hecho en el expediente".

El sentenciador examina cada una de las declaraciones de Rafael Eslava Niño, Francisco Varón, Jorge E. Ruíz Fajardo y Efraín Acevedo Gutiérrez; encuentra corroborados sus testimonios con los del Dr. Luis E. Suescum Delgado y Roberto Salazar Zambrano, y confirmado el tratamiento de hija que Pánfilo diera a Santos cuando designara como nieto suyo a Gonzalo Mora al conferirle poderes por la escritura de 17 de febrero de 1950 otorgada en la Notaría de El Cocuy bajo el número 36, por cuanto aparece de autos la partida que acredita a Gonzalo como hijo de Sara Mora.

Y el Tribunal concluye:

"En suma, resulta de las anteriores pruebas, que la demandante Sara María Mora o Angarita, gozó de la posesión notoria del estado de hija de Pánfilo Mora, **durante toda la vida de éste**, sin interrupción, y por consiguiente, por un lapso que, aún contado desde la vigencia de la Ley 45 de 1936, sobrepasa el de los diez años que la ley señala para este efecto. Por lo cual y comprobado así mismo el matrimonio de Pánfilo con Santos Angarita madre de María Sara es el caso de declararla como hija legitimada en consonancia con lo expuesto anteriormente".

LA IMPUGNACION

En la demanda se formulan cuatro cargos referidos a la causal 1ª:

I.—Se acusa el fallo como violador de los numerales 4º y 5º artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en relación con los artículos 236, 237, 238 y 239 del Código Civil, "por haber equivocado el sentenciador el sentido de la primera norma, error que lo condujo a la no aplicación de las segundas, particularmente, el artículo 239 citado".

Critica al Tribunal por cuanto a su doctrina de que con posterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936 existe un nuevo modo, el de fallo judicial declarativo de filiación natural, para legitimar **ipso iure** a quien antes del matrimonio de sus padres obtuvo esa declaración jurisdiccional de estado civil; o simplemente para legitimar por consecuencia de fallo judicial posterior al matrimonio, "cuando se invoca y comprueba alguna de las causales que en el nuevo sistema de la Ley 45 sirven para adquirir estado civil de hijo natural".

Porque estima el recurrente que se da una interpretación errónea, por lo extensiva o excesiva al artículo 4º de la Ley 45, "no obstante lo previsto expresa y restringidamente por los artículos 238 y 239 del Código Civil". Y después de referirse a varias doctrinas de la Corte en materia de legitimación, concluye:

"Así las cosas, el Tribunal Súperior de Bogotá, al aplicar el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, interpretándolo en el sentido de considerar incorporado en él, implícitamente, un nuevo medio o modo de legitimación **ipso iure**, por la declaración judicial de paternidad anterior o posterior a la celebración del matrimonio, rebasó los límites de su contenido y, lo violó por error en la determinación de su alcance, por razón de las personas a quienes la norma es aplicable, por errónea interpretación, y los artículos 236, 237, 238 y 239 del Código Civil, por falta de aplicación".

II.—También se encuentra censurado el fallo porque "el sentenciador, a pesar de la ausencia, expresamente reconocida por él, de la existencia de la legitimación **ipso iure**, vale decir, de que el sujeto actor no había demostrado por medio de las pruebas específicas, señaladas por la ley, su derecho de pedir, declaró la existencia de una filiación legítima —legitimación— de un hijo ilegítimo, cuya filiación natural no estaba establecida de antemano, ni se estableció al tiempo de la celebración del matrimonio, ni con posterioridad a ésta por el otorgamiento del instrumento público,

y entonces necesariamente, debió declarar probada la excepción de carencia de acción, o mejor absolver a los demandados, confirmando la sentencia del juez del conocimiento. Al no hacerlo así, violó el artículo 343 del Código Judicial, por haberlo dejado de aplicar, así como los artículos 368, 238, y 239 del Código Civil, y 52 de la Ley 153 de 1887, todos por el mismo concepto".

III.—Aduce el libelo de casación que "el Tribunal afirmó las situaciones de hecho consistentes en que no se había producido, por una parte, la legitimación **ipso iure** de la demandante, porque así lo demostraban las pruebas principales existentes en el juicio y que acreditan ese estado, pero como también se había invocado la 'posesión notoria de estado', entró a considerar esa situación, la cual afirmó como demostrada con la prueba supletoria, sin tener en cuenta que para acreditar el estado civil de las personas son admisibles las pruebas supletorias sólo cuando se comprueba debidamente la falta de las principales respectivas, actas civiles o eclesiásticas, en los libros de registro, estableciendo así en la sentencia una relación jurídica que procesalmente carece de existencia, como que en el proceso no está acreditada 'la falta de la respectiva partida' mediante prueba satisfactoria, situación procesal concreta que pasó en silencio el sentenciador".

Cita doctrina de la Corte acerca de las condiciones para la admisibilidad de pruebas supletorias del estado civil; alude a que en el proceso obran las partidas de nacimiento de Sara Angarita sin constancia alguna de haber sido reconocida como hija natural de su presunto padre Pánfilo Mora y de matrimonio de éste con Santos Angarita, sin que aparezca manifestada voluntad alguna de los contrayentes de conferir a Sara el beneficio de la legitimación; afirma que el fallo dejó de lado estos elementos probatorios que acreditan la existencia de las respectivas partidas, "para, en cambio, aceptar la prueba supletoria de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo o legitimado".

"Este error evidente de hecho —continúa— de no haber tomado en cuenta, ni siquiera analizado las probanzas referidas, llevó consecuencialmente al Tribunal, a la violación de los preceptos sustantivos de los artículos 395 y 399 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887, en relación con el 19 de la Ley 92 de 1938, al declarar la legitimación impetrada en la primera petición de la demanda".

Alega que por el mismo concepto de "subestimar el valor probatorio de las pruebas principales de estado civil" el sentenciador incurrió también en error de derecho, por otorgarle mayor mérito a la prueba supletoria de la posesión de estado, "sin tomar en cuenta que la ley exige, en primer término que se acredite 'la falta de la respectiva partida', mediante prueba satisfactoria, para poder admitir la prueba testimonial, como que sólo cuando se acredita satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro de registro en que debiera encontrarse, y no cuando conste en el proceso la presencia de esas partidas, es cuando la ley autoriza la prueba de la legitimidad por los medios supletorios".

Y deduce de todo ello el quebranto de los artículos 395 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887 en relación con el 19 de la Ley 92 de 1938; "por haberlas interpretado erróneamente y aplicado indebidamente al caso del pleito y que lo llevó a la violación de los artículos 399, 236, 237, 238 y 239 del Código Civil por falta de aplicación".

IV.—Por último, la censura se ocupa en señalar los elementos integrantes de la posesión notoria de estado por hijos legítimos o naturales, critica las declaraciones trascritas en parte por el sentenciador acerca de la filiación de Sara con respecto a Pánfilo Mora, afirma que ninguno de los testigos expone cuáles hechos presenció en referencia al trato filial y cuidados de crianza, educación y establecimiento. "Es cierto —se lee en el libelo— que ellos (los declarantes) afirman que le suministraba alimentos, habitación y alguno de ellos dice que le pusieron en la escuela pública, pero no dan cuenta de las épocas ni lugar en que esto se hizo, ni del modo como lo presenciaron".

"Comparando —agrega— las exposiciones testificales con lo estatuído por los artículos 397 del Código Civil y 6º de la Ley 45 de 1936, se ve claramente que ellas no cubren la integridad de los hechos en que según esas normas legales consiste la posesión notoria del estado de hijo legítimo o del natural respectivamente, pues los testigos nada expresan en lo relativo a circunstancia tan fundamental como la concerniente a que los padres hubieran proveído a la 'educación y establecimiento de un modo competente' de su presunta hija".

Insiste en que el sentenciador apreció erróneamente la prueba testimonial, del mismo modo que la escritura en que Pánfilo para dar poderes a Gonzalo Mora, hijo de Sara, le llama su nieto. Y remata así:

"Al afirmar el Tribunal, con la sola trascripción de los apartes de las declaraciones estudiadas y la cita de la escritura pública número 36 de 17 de febrero de 1950 de la Notaría del Circuito de El Cocuy, y de la partida de nacimiento de Gonzalo Mora, sin apreciar las partidas de nacimiento de Sara Angarita, de matrimonio de don Pánfilo Mora con Santos Angarita, los poderes conferidos por la demandante Sara Angarita para este juicio, las tarjetas de identidad exhibidas para la presentación personal de éstos, y las respectivas atestaciones del Secretario del Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá y del Secretario del Tribunal sentenciador, que 'la demandante Sara María Mora o Angarita, gozó de la posesión notoria del estado de hija de Pánfilo Mora, durante toda la vida de éste, sin interrupción, y por consiguiente por un lapso que, aún contado desde la vigencia de la Ley 45 de 1936, sobrepasa el de los diez años que la ley señala para este efecto, y comprobado asimismo el matrimonio de Pánfilo Mora con Santos Angarita, madre de María Sara, es el caso de declararla como hija legitimada, en consecuencia con lo expuesto anteriormente', incurrió en error de hecho manifiesto en los autos, por errónea apreciación de la prueba testimonial citada y por falta de apreciación de los documentos también mencionados antes, error que lo llevó al quebrantamiento de los artículos 395, 396, 397, 398 y 399 del Código Civil, 22 de la Ley 153 de 1887 y 19 de la Ley 92 de 1938, al declarar demostrada la posesión notoria del estado de hija legítima o legitimada de Sara Angarita en relación con sus pretendidos padres Pánfilo Mora y Santos Angarita de Moreno, no siendo el caso de hacerlo".

SE CONSIDERA:

1.—Sobre la base insustituíble del matrimonio válidamente contraído por los progenitores, participan del estado civil de hijos legítimos los naturales de los padres que a tiempo de la concepción hubieran podido casarse con plenitud de eficacia jurídica.

Es así como por voluntad del artículo 236 del Código Civil "son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que va a expresarse", reza el texto.

2.—Tales condiciones y reglas instituyen los modos por los cuales se efectúa la legitimación de los hijos naturales y, en primer término, la que se produce ipso iure por matrimonio de los padres:

a) Para la hipótesis que mayormente se aproxima a la filiación legítima, por corresponder al hijo exento de adulterio de sus progenitores, concebido antes y nacido en el matrimonio válidamente celebrado de sus padres y, por ello, con exclusión del que apenas es aparente o putativo o del que carece de las condiciones legales necesarias para producir efectos civiles (237 C. C., 52, L. 153 de 1887); y

b) Para los hijos que los padres "hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales". (238).

En segundo término, es necesario para que la legitimación se produza "que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos". (239).

3.—Dentro del régimen legal es claro que son legitimados por matrimonio posterior de sus padres los hijos naturales de ambos cónyuges, reconocidos con los requisitos legales. Como es obvio también que el matrimonio de los progenitores no funda por sí solo el reconocimiento como naturales de los hijos que con anterioridad hubiesen procreado juntos, ni menos podría así aisladamente otorgarles la condición de legitimados.

Pero es de igual modo incontrovertible que si el reconocimiento de dichos hijos como naturales es obtenido por cualquiera de las vías hábiles en derecho para la declaración de que ese estado civil fué consituído, el matrimonio de los padres válidamente celebrado, será entonces causa eficiente de la legitimación por ministerio del pronunciamiento declarativo de la filiación natural, con la misma virtud y eficacia de la que se produce para los hijos naturales voluntariamente reconocidos por sus padres.

4.—La declaración judicial de estado se predica para el momento en que fue constituído, y llena sin duda los requisitos de la ley para el reconocimiento de hijos naturales. En este evento por ministerio de la justicia y, por lo mismo, con plenitud de efectos en el campo de la legitimación según el artículo 238 del Código Civil, en cuanto por su letra se revela el espíritu y fines de interés general que la disposición contempla.

5.—Si en concreto el estado de hijo natural es judicialmente declarado por virtud de posesión notoria, la causal del proveído no difiere de dar solemnidad en derecho al reconocimiento voluntario ostentado a través del tiempo sin formalidad

alguna en los hechos posesorios, pero con ininterrumpida elocuencia capaz de integrar la convicción judicial declarativa de la existencia del estado civil que de la justicia se impetra.

Quien conforme a la ley poseé estado civil de hijo natural, lleva obviamente en sí mismo esa condición desde que fue concebido. Si nace dentro del matrimonio de sus progenitores, queda **ipso iure** equiparado a los hijos legítimos. Si vió la luz antes de que sus padres se casaran, también será hijo natural de ambos y el reconocimiento de su estado por la justicia, igualmente le dará **ipso iure** la condición de hijo legítimo. Sobra, en efecto, cualquiera notificación y aceptación del beneficio para quien acciona precisamente porque ha poseído y suplica de los tribunales el reconocimiento de su estado civil de hijo legitimado de aquellos padres.

6.—Cuando con apoyo en la posesión notoria se persigue la declaración judicial de estado de hijo natural, no se trata de suplir acta ninguna de estado civil, sino de aducir los hechos posesorios como causal específica para acreditar el reconocimiento de filiación natural por la justicia. Es por consiguiente titular de la acción, en conformidad con el ordinal 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, quien demuestra posesión notoria del estado de hijo de cierto padre. No porque falte y vaya a suplirse la partida de nacimiento que, por lo pronto, se encuentra en autos, y descubre la maternidad.

7.—En el ámbito probatorio no ha incurrido el Tribunal en error de derecho, supuesto que sobre la posesión notoria del estado que se invoca, ha tomado en consideración precisamente el conjunto de testimonios que para ello exige la ley. Y si las declaraciones le han merecido entero crédito, el recinto de su convicción irrefragable, formada en su conciencia discrecional, no puede penetrar el recurso extraordinario, desde luego que no hay tercera instancia y puesto que al ponderar los testimonios el sentenciador no ha contradicho su claro tenor, ni los ha apreciado en contravención de los dictados elementales del sentido común, y por ello no ha incurrido en contraevidencia por error de hecho.

Y por cuanto en el proceso no se ha tratado de acreditar legitimación por modo distinto del de la posesión notoria del estado civil de hijo natural de quienes con posterioridad contrajeron matrimonio válidamente, no hay lugar a ver si en el acta respectiva se concedió o no a Sara ese beneficio, o si lo fue por escritura pública, supuestos en los cuales estaría de sobra invocar la posesión de estado. Determinadamente fue aducida esta causal y probado el matrimonio de los padres para obtener, además del reconocimiento judicial de filiación natural, la calidad de hija legitimada en la actora, por vía de consecuencia.

En la sujeta materia del litigio no tenía el sentenciador para qué examinar si al margen de la partida de nacimiento de Sara aparecía nota de reconocimiento como hija de Pánfilo Mora, o si en la de matrimonio de este último con Santos Angarita se le concedió el beneficio de la legitimación. No conduce por consiguiente el libelo a demostrar error alguno manifiesto de hecho.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de fecha 29 de mayo de 1959 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—Enrique López de la Pava.—José Hernández Arbeláez—Ignacio Gómez Posse, Conjuez.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

REQUISITOS PARA CONSTITUIR Y PROBAR LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, YA SEA CIVIL O COMERCIAL

1—Si la sociedad colectiva de comercio, para su constitución, debe cumplir con todas las formalidades exigidas por los artículos 465, 467 y 469 del Código de Comercio y por el 39 de la Ley 28 de 1931; las de responsabilidad limitada, sean comerciales o civiles, han de llenarlas también, por así haberlo dispuesto el artículo 2º de la Ley 124 de 1937.

2—A las sociedades civiles de responsabilidad limitada les es aplicable, para demostrar su constitución y existencia, el artículo 40 de la ley 28 de 1931, que aceptó el certificado de la Cámara de Comercio con el contenido que indica dicha norma. La disposición del artículo 36 de la ley 40 de 1907, fué modificada por la referida ley 28 que admite como prueba, no ya la copia del extracto sino el certificado suscrito por el Presidente y el Secretario de la respectiva Cámara de Comercio, donde éstas existan.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

Jorge Gil, por medio de apoderado, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Ibagué promovió juicio ordinario contra la sociedad "Torres & Cia. Limitada" con domicilio en aquella ciudad, representada por su Gerente Alberto Torres G. para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la sociedad denominada Torres & Cia. Limitada.... es responsable de haber causado perjuicios, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, al doctor Jorge Gil L. en su predio denominado Cuba, ubicado en la fracción de Cerrogordo del municipio del Guamo y alinderado como se expresa en el hecho 5º de este libelo, por acción, por omisión, por negligencia grave y por incumplimiento del contrato contenido en la escritura pública 323 de 11 de marzo de 1952, otorgada en la Notaría 1ª de este circuito.

"Segunda.—Que se condene a la expresada sociedad denominada "Torres & Cia. Limitada" a pagar o a indemnizar al doctor Jorge Gil L. dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria del fallo que recaiga en este asunto, la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda corriente, por concepto de los perjuicios de que trata la petición anterior, o en su defecto la suma que se fije judicialmente en el juicio a justa tasación de peritos.

"Tercera.—Que si la parte demandada se opone a esta demanda, se le condene en las costas del juicio".

Los hechos, fundamento de la acción, se resumen así:

El demandante Gil es dueño de un terreno denominado Cuba, situado en jurisdicción del municipio del Guamo.

La sociedad Torres & Cia. Limitada es propietaria de los predios denominados Bambú y La Esperanza, ubicados en los municipios del Guamo y El Espinal, en los cuales dicha sociedad tiene diversos cultivos agrícolas que alimenta con aguas tomadas del río Luisa.

Para la conducción de las aguas, la sociedad demandada estableció contractualmente servidumbre de acueducto con los propietarios de algunos fundos, entre ellos con el demandante, sobre la finca Cuba, la cual se hizo constar en la escritura pública número 323 de 11 de marzo de 1952, autorizada por el Notario 1º de Ibagué.

De conformidad con la cláusula cuarta de este

instrumento, la servidumbre comprendió una zona de terreno de mil ciento diez y ocho metros, veinticuatro centímetros de longitud (1.118,24 m.) por diez metros de ancho (10).

Los predios dominantes adquirieron el derecho de pasar por tal zona las aguas necesarias tomadas del río Luisa, y, como accesoria a esta servidumbre de acueducto, se estableció otra destinada a desarenar los canales de la primera. La servidumbre accesoria ocupó otra zona de trescientos ochenta y dos metros (382 m.) de longitud por diez (10) de ancho.

La sociedad propietaria de los predios dominantes se obligó con el dueño del sirviente "a construír dentro de seis meses y conservar en buen estado en todo tiempo dos pontones sobre la acequia dicha, con la consistencia necesaria para permitir el paso de vehículos automotores, tales como tractores, a construír dentro del mismo tiempo y en las mismas condiciones, tres pasaganados en los sitios donde las condiciones del terreno y el mejor servicio del predio sirviente lo aconsejaren; a recibir en el cauce del acueducto y del desarenador, las aguas lluvias y en general, las que por cualquier causa se vertieren naturalmente del predio del doctor Gil hacia dichos canales. a ejecutar inmediatamente los trabajos necesarios para el funcionamiento de las acequias conductoras de las aguas y de las arenas a lo largo de la zona sirviente; y a indemnizar a mi mandante de los perjuicios resultantes de las inundaciones del acueducto o de las arenas provenientes del mismo y del canal desarenador".

El predio del actor tiene una conformación regular y condiciones tan excelentes, que cebaba en él hasta cien reses. Las obras construídas por los propietarios de los predios dominantes, así en el canal de conducción de las aguas como en el desarenador, fueron deficientes, por lo cual se han presentado inundaciones de arena que han inutilizado el fundo sirviente en tres cuartas partes.

Fuera de estas deficiencias, la sociedad demandada con autorización contractual abrió un nuevo canal desarenador que ha aumentado la invasión de arena y, por consiguiente, la inutilización de gran parte de la finca CUBA.

Desde el mes de mayo de 1952, el demandante se ha dirigido verbalmente y por escrito a los representantes de la sociedad demandada solicitándoles que construyan las obras necesarias para la defensa de su inmueble.

Por no haber efectuado dichas obras para el correcto uso y goce de la servidumbre, la sociedad ha ocasionado con las inundaciones de arena perjuicios que debe indemnizar, por cuanto han impedido al propietario del predio sirviente su correcto aprovechamiento.

El apoderado de la sociedad demandada propuso la excepción dilatoria de la ilegitimidad del apoderado del demandante, que se declaró no probada, y no contestó el libelo.

El primer grado del juicio finalizó con sentencia de veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, por la cual se declaró probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la sociedad demandada.

El Tribunal Superior de Ibagué resolvió la alzada en que acudió el demandante en fallo de diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y ocho mediante el cual "confirma la sentencia apelada".

Fundamentos del fallo del Tribunal:

El fallador de segunda instancia se ocupa del estudio de la excepción reconocida por el Juzgado, proveniente de no haberse demostrado la existencia de la sociedad Torres & Cia. Limitada.

Al efecto encuentra que el certificado expedido por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Ibagué no reúne las exigencias del artículo 40 de la ley 28 de 1931 pues "le faltan las siguientes indicaciones: domicilio de los socios; el uso que el gerente puede hacer de la razón social; el capital introducido por cada uno de los socios, en dinero, créditos o en cualquiera otra clase de bienes, el valor que se haya asignado a cada uno de los aportes en muebles o inmuebles y en su defecto la forma en que deba hacerse el justiprecio".

Anota que la última omisión es particularmente importante, porque, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, en la cual queda reducida a su aporte, la de los socios, y a la suma que a más de esto se indique en el contrato social, se podría, con dicha omisión, "llegar a que terceros que no han tenido oportunidad de conocer el patrimonio social, pretendieran se extendiera la responsabilidad de la compañía a una suma superior al monto de los aportes". Y concluye: "Salta pues a la vista, que la aludida certificación por defectuosa, no puede tenerse como prueba idónea de la constitución y existencia de la sociedad demandada".

Se ocupa el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del

Espinal, en que consta el registro en los libros primero y segundo de la escritura 77 de 23 de enero de 1948 sobre constitución de la sociedad Torres & Cia. Limitada, y avierte que tal formalidad respecto del acto constitutivo de la sociedad debió verificarse en las oficinas de Registro de Bogotá e Ibagué donde tenía sus domicilios, pues el efectuado en la oficina del Espinal "solamente tuvo por finalidad servir de medio de tradición de los inmuebles que los socios aportaron".

Y agrega: "En estas condiciones el certificado del Registrador del Espinal no puede servir de medio idóneo para demostrar la constitución y existencia de la sociedad demandada, por no suplir, por falta de formalidades legales, la escritura de constitución de la sociedad, y además por no ser en la Oficina del Registro del Espinal donde debía inscribirse el contrato social propiamente dicho". Salta a la vista, concluye, que sin la prueba de la existencia de la sociedad demandada, falta uno de los presupuestos procesales, o sea, la capacidad sustantiva de una de las partes en el juicio".

Recurso de casación:

Inconforme el apoderado del actor, interpuso contra la sentencia del Tribunal recurso de casación, que habiéndole sido concedido, y formulado oportunamente, se entra a decidir:

Demanda de casación:

Basado en la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial, la demanda presenta dos cargos de violación de la ley sustantiva: "Por aplicación indebida y por violación directa; y, además, por apreciación errónea de la prueba concerniente a la existencia de la sociedad demandada".

Primer cargo:

La primera acusación la funda así: "Aplicación indebida del artículo 465 del C. de Comercio y falta de aplicación del artículo 2079 del C. C. que era el conducente, con violación del uno y del otro".

Se refiere al considerando de la sentencia en que se ocupa de la prueba de la existencia de la sociedad comercial de conformidad con lo preceptuado en los artículos 465, 469, 470 y 480 del C. de Comercio y 40 de la Ley 28 de 1931, echa de menos la escritura de constitución de la sociedad demandada debidamente acompañada de su registro civil, del extracto inscrito en la Cámara de Comercio y del ejemplar del periódico en que se hizo la publicación, y desecha el certificado de la Cámara de Comercio acompañado al proceso, por no llenar los requisitos del artículo 40 de la Ley 28 de 1931 y demás concordantes del C. de Comercio atrás citados.

Observa que el Tribunal, en razón de haber considerado la "Sociedad Torres & Cia. Limitada" como sociedad comercial, violó por aplicación indebida el artículo 465 del C. de Comercio porque tal persona jurídica es una sociedad civil. Sostiene su punto de vista exponiendo que quien alegue la comercialidad debe demostrarlo, pues la regla general es la actividad civil, y la excepción, la otra. (Artículo 182 del C. de Comercio).

El artículo 9º de la misma obra dice quiénes se reputan comerciantes por la objetividad profesional y el 18, ibidem, consagra la presunción de cuándo se da el ejercicio profesional de comercio.

La calidad de comerciantes no resulta de la voluntad de las personas sino de los hechos. En la sociedad se dan dos casos en que teniendo actividades civiles se rijan por la ley comercial "uno si aparece bajo la forma o estructuración de sociedad anónima, porque este acto es comercial por su sola forma según el precepto del artículo 2090 del C. C. y otro, cuando los contratantes de la sociedad resuelven y estipulan someterla al régimen mercantil, por permitirlo así el artículo 2086 del Código Civil".

Las sociedades de responsabilidad limitada, siguiendo la regla general, son comerciales o civiles según su objeto o por determinación expresa de sus fundadores. El artículo 1º inciso 2º de la Ley 124 de 1937 dice textualmente que "pueden ser civiles o comerciales". Agrega la misma ley en los artículos 2º y 3º que las sociedades de responsabilidad limitada, sean civiles o comerciales deberán constituírse por escritura pública con las solemnidades adicionales del registro y publicidad del extracto so pena de nulidad entre los socios, pero una sociedad civil que reúna los elementos de consentimiento, objeto y causa lícitos, y los especiales de aporte, distribución de utilidades con la conformación de la **affectio societatis**, como contrato no dejará de ser sociedad, y aunque no alcanzará la categoría de "sociedad de responsabilidad limitada" por falta de la solemnidad **ad substantiam**, no deja de ser sociedad "menos para esfumarse ante terceros amparándola bajo una capa que no es la suya".

Aquí no se trata de la conversión del negocio jurídico sino solamente de ver que el contrato social que formaron los señores Torres, agricultores conocidos, bajo la razón social de "Torres & Cia. Limitada" le agregaron esta última palabra "por error y no por malicia". Por la constancia del registro se sabe que es una sociedad civil, no una "sociedad degenerada en 'sociedad de hecho' o creada por los hechos". Porque para ser civil, no le falta requisito o solemnidad alguna, le basta lo consignado en el registro, el que a la vez demuestra que no hay necesidad de buscarla a través de hechos ya que la intención de asociarse quedó expresamente consignada. "El Tribunal violó el artículo 2079 del C. C. por haber dejado de aplicarlo, y el 465 del C. de Comercio por su indebida aplicación".

Se considera:

Para los efectos de estimarse probada la constitución y existencia de una sociedad de responsabilidad limitada, es indiferente que ella sea civil o comercial, como se deduce de los claros términos de la ley 124 de 1937 que introdujo en el derecho colombiano esta clase de sociedades.

En efecto, el artículo 2º claramente dispone: "Las sociedades de responsabilidad limitada, sean civiles o comerciales, se constituirán por escritura pública y con los demás requisitos indicados en el Código de Comercio para las sociedades colectivas. La escritura de constitución contendrá además de las enunciaciones que expresa el artículo 467 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a las sumas que a más de estos se indique y la de que aquellos han sido pagados".

El artículo 465 del Código de Comercio estatuye que la sociedad colectiva de comercio "se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al código Civil". El 467 ibidem, determina lo que la escritura social debe contener. El 469 establece cuáles de las indicaciones expresadas en la escritura debe recoger el extracto de esta; el registro del mismo en la Secretaría del Juzgado de Circuito y su publicación. El artículo 39 de la ley 28 de 1931, manda que el registro de los extractos debe hacerse en las Cámaras de Comercio en los lugares donde estas funcionen.

Por manera que si la sociedad colectiva de comercio para su constitución debe cumplir con todas estas formalidades, las de responsabilidad limitada, sean comerciales o civiles, han de llenarlas también, por así haberlo dispuesto el artículo 2º de la citada ley 124 de 1937.

La admisión o rechazo que el fallador le da al certificado expedido por la Cámara de Comercio respecto de la constitución y existencia de una sociedad de responsabilidad limitada, en razón de que así lo dispone el artículo 40 de la ley 28 de 1931 para las compañías comerciales, encuentran su respaldo en el mencionado artículo 2º de la ley 124 de 1937, ya analizado, y en el 11 de la misma que, en todo lo no previsto por ella y en lo que guarden silencio los estatutos, dice que aquellas se rigen por las reglas establecidas para las sociedades de comercio.

Dentro de este orden de ideas, si el fallador de instancia encontró que el certificado traído al expediente para demostrar la constitución y existencia de la "Sociedad Torres & Cia. Limitada" era inaceptable, a tal fin, por no reunir las exigencias del citado artículo 40 de la ley 28 de 1931, no puede decirse que haya aplicado indebidamente el artículo 465 del C. de Comercio, aunque la compañía demandada fuera civil, pues visto queda que, siendo limitada, por mandado expreso de la ley 124, las solemnidades de constitución imponen la escritura pública debidamente inscrita, el registro del extracto notarial en la Cámara de Comercio y su publicación. Tampoco trasgredió el artículo 2079 del C. C. que define el contrato de sociedad civil, dado que, aún siendo de esta naturaleza "Torres & Cia. Limitada" su constitución no era puramente consensual, como la colectiva civil, sino solemne, sometida a las formalidades propias de las colectivas comerciales.

Segundo cargo:

Lo presenta por error de derecho en la estimación del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué el 6 de abril de 1954 con violación del artículo 36 de la ley 40 de 1907, y, consecuencialmente, de los artículos 2079 del C. Civil, 1º inciso 2º y 1º de la ley 124 de 1937, 469 y 467 del C. de Comercio.

Para sostenerlo, parte de la premisa de que la sociedad "Torres & Cia. Limitada" es civil y no comercial de responsabilidad limitada.

Dice que las sociedades comerciales "se forman y prueban por escritura pública debidamente registrada", y que respecto de ellas la ley 28 de 1931 acepta como prueba el certificado expedido por las Cámaras de Comercio con las indicaciones de que trata el artículo 469 inciso 2º del C. de Comercio. "Y esto lo hizo como una enmienda a lo

dispuesto en el artículo 36 de la ley 40 de 1907 que no hace distingos".

".....Para las sociedades que no sean comerciales, está vigente y rige este artículo 36 de la ley 40, porque auncuando las sociedades civiles no requieren solemnidad alguna, pueden constituírse, como consensual que es el contrato, no solo por el simple consentimiento sino también y mejor por documento privado o por instrumento público y, si lo ha sido por escritura pública, para su prueba bastará la copia del extracto certificada por la Cámara de Comercio en donde hubiere sido registrado (antes por el Juzgado cuando tenía esa atribución que luego pasó a las Cámaras)".

Agrega que si el contrato de sociedades civiles bajo cualquier forma que se revista, consensual o solemne, puede crear situaciones conflictivas entre los socios y aún estar afectado de nulidad entre ellos, "la persona, bien o mal engendrada, legítima o natural, existe ante terceros y su personalidad en juicio basta acreditarla en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios permitidos por la ley procesal, entre estos el admitido por ese artículo 36 de la ley 40".

Encuentra el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente el certificado de la Cámara de Comercio de Ibagué, porque estimó que le era aplicable el artículo 40 de la ley 28 de 1931, y dejó de aplicar el pertinente, que es el 36 de la ley 40 de 1907, incurriendo en un error de derecho que incide en violación de las normas sustantivas ya citadas.

Considera la Corte:

Ante los términos perentorios del artículo 2º de la ley 124 de 1937 que expresamente somete la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada "sean civiles o comerciales" al requisito de la escritura pública, no cabe la distinción que el recurrente pretende hacer entre sociedades comerciales y sociedades civiles de responsabilidad limitada, en cuanto a su constitución y los medios de probarla. Sobre lo primero, el artículo citado establece las mismas formalidades para las dos clases de compañías. Y sobre lo segundo, el artículo 11 de la misma ley, repite que "en lo no previsto y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se rigen por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio".

Consecuencia de estos preceptos es que también a las sociedades civiles de responsabilidad limitada, les es aplicable para demostrar su constitución y existencia el artículo 40 de la ley 28 de 1931, que aceptó el certificado de la Cámara de Comercio con el contenido que indica dicha norma.

El artículo 36 de la ley 40 de 1907, estableció, como prueba de la personería jurídica de las sociedades y de sus representantes, la copia de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el Secretario del Juzgado donde aquellas hubieren sido registradas. Pero tal disposición fue modificada por la ley 28 de 1931 que admite como prueba no la copia del extracto sino el certificado suscrito por el Presidente y el Secretario de las Cámaras de Comercio donde estas existan, y se hayan inscrito.

Ocurre entonces que, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, registrada en una Cámara de Comercio, no es el artículo 36 invocado el aplicable sino el 40 de la ley 28 de 1931, que fue el tenido en cuenta por el fallador, sin que a la estimación hecha por él se le pueda imputar error alguno. Al contrario, el mismo recurrente acepta que si el certificado no contiene las indicaciones exigidas no puede acreditar la constitución y existencia de las sociedades comerciales. Luego tampoco puede demostrar tales hechos respecto de las sociedades de responsabilidad limitada.

De otra parte, en el supuesto de que el citado artículo 36 fuera de aplicación por la Cámara de Comercio, se advierte que no se trajo la copia del extracto social sino el certificado que autoriza la ley 28 de 1931, artículo 40, que es un documento distinto del contemplado por el 36 de la ley 40 de 1907.

No siendo fundados los cargos, el recurso no puede prosperar.

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 de Ibagué el diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y ocho en el juicio ordinario seguido por Jorge Gil contra Torres & Cia. Limitada.

Las costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

José J. Gómez—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez.—Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada—Ricardo Ramírez L. Secretario.

INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR SER ABSOLUTAMENTE SIMULADO

1—Conviene reiterar la doctrina de que todo fallo de segunda instancia llega a la Corte cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado por el Tribunal. En esta virtud, cuando quiera que se pretenda destruír esta presunción, será necesario, como lo exige el artículo 520 del C. J., en la segunda parte de su ordinal 1º, que se demuestre ante la Corte, o bien que la tarifa legal fue violada (error de derecho), o bien que en la apreciación de pruebas se incurrió en contraevidencia (error de hecho). A menos de incidencia en una de estas dos especies de error, el Tribunal es autónomo en la estimación de las pruebas.

2—Si bien en todo acto jurídico ha de buscarse, como a su nervio vital, la intención o voluntad de su autor, pudiendo coincidir en una u otra forma los medios de interpretación que la ley traza para lograr ese conocimiento, como imperados que son por los dictados de la lógica, ello no significa que las normas de hermenéutica propias de un campo jurídico hayan de aplicarse en otro, con desmedro de las específicas que a éste corresponden.

3—No se compadece con la índole del recurso de casación la forma alternativa de acusar, pretendiendo, por ejemplo, que la Corte se decida por ver en el acto impugnado, si no un contrato real de compraventa, al menos uno real de donación. Porque si en el recurso extraordinario ha de enjuiciarse la sentencia para ver si incurre, sí o no, en quebranto de la ley sustancial o de la procesal dentro de los motivos que originan los errores in procedendo, **la acusación tiene que ser exacta y demostrada, lo cual excluye la concurrencia, así sea en forma subsidiaria, de cargos incompatibles o que se excluyen entre sí.**

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Francisco Antonio Zapata García contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 29 de mayo de 1958, en el juicio ordinario promovido por Antonio José Zapata García contra Josefa García viuda de Zapata y el recurrente.

— I —

EL PLEITO

1.—Ante el Juez Civil del Circuito de Medellín, Antonio José Zapata García demandó a Josefa García v. de Zapata y a Francisco Antonio Zapata García, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"1º) Que es simulado el contrato de compraventa recogido en la escritura número 1.264 de 29 de marzo de 1944, corrida por ante el Notario 1º de este Circuito de Medellín, en virtud de la cual dijo vender la señora Josefa García viuda de Zapata al señor Francisco Zapata García, un lote de terreno, con sus mejoras y anexidades, situado

en el municipio de Bello, paraje 'Gallinazo', alindado: 'Por el frente, con el camino real que gira para Antioquia; por un costado, con propiedad de José Zapata; por atrás, con predio de Ramón Zapata, y, por el otro costado con el camino real' por carecer de causa, consentimiento y falta de precio, porque no hubo de una parte intención de transferir y por la otra para adquirirlo entre los contratantes.

"2º) Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene cancelar la inscripción de ese contrato en la respectiva oficina de registro de este circuito.

"3º) Que el bien alindado en la prenombrada escritura 1.264 de 29 de marzo de 1944, es de propiedad de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaron Carlos A. Zapata y María Josefa García, el 29 de abril de 1904, conforme al acta de origen eclesiástico que he acompañado, y a la partida de defunción de 21 de Junio de 1938, y, en armonía con la escritura número 327 de 29 de febrero de 1912 de la Notaría 1ª de Medellín.

"4º) Que el demandado señor Francisco Antonio García, está en la obligación de restituír a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Carlos A. Zapata y María Josefa García, dentro del término de seis días, o del plazo determinado por su Juzgado o prefijado por nuestra ley, el inmueble expresado en la súplica distinguida con el número 1º, y, en el hecho 5º de este libelo de demanda, con sus frutos naturales y civiles percibidos por él o los que la sucesión hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado estando en su poder".

En subsidio de la primera de estas súplicas, pidió se declare que es inexistente el referido contrato, "por falta de causa, porque no hubo precio, ni hubo intención de transferir por una parte ni de adquirir por la otra". Luego, en subsidio de las súplicas primera principal y primera subsidiaria, solicita la declaración de ser nulo el mismo contrato, "por causa y objeto ilícitos".

Y en último término ruega: "Que como consecuencia de algunas de las declaraciones solicitadas en las súplicas anteriores, se disponga que el inmueble objeto del contrato de compraventa García-Zapata, pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaron Josefa García y Carlos A. Zapata, y, a la sucesión ilíquida de éste, para distribuír entre sus herederos e interesada por iguales partes"; y que el demandado Francisco Antonio Zapata está en la obligación de restituír a las mencionadas sociedad conyugal y sucesión ilíquidas, dentro del término de seis días o el que fije el juez o el señalado por la ley, el inmueble en referencia, "con sus frutos naturales y civiles percibidos por él o que las entidades —sociedad conyugal y sucesión— hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado estando en su poder".

Finalmente: cualesquiera que sean las declaraciones que se hagan, principales o subsidiarias, que "el demandado sea condenado en costas".

2.—El pedimento se funda en los siguientes hechos:

1º— Que Carlos A. Zapata y María Josefa García, contrajeron matrimonio católico, el 29 de abril de 1904;

2º— Que en el dicho matrimonio, entre otros hijos, fué procreado el demandante;

3º— Que por medio de la escritura número 327 de 29 de febrero de 1912, corrida ante el Notario Primero del Circuito de Medellín, Josefa García, casada con Carlos Zapata, compró a Mariano García el lote de terreno atrás descrito, por el precio de cinco mil pesos ($ 5.000.00) papel moneda, que el vendedor recibió de manos de la compradora, cuyo referido título fué registrado competentemente el 4 de marzo del mismo año;

4º— Que el 20 de junio de 1938 murió el cónyuge de Josefa García, disolviéndose la sociedad conyugal entre ellos formada;

5º— Que el 29 de marzo de 1944 se solemnizó un contrato de compraventa entre Josefa García viuda de Zapata y Francisco Zapata García, en el que la primera dijo vender el referido inmueble, por la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) que declaró recibidos a su entera satisfacción;

6º— Que el bien objeto de tal contrato pertenecía a la disuelta sociedad conyugal que se formó entre la vendedora y su cónyuge Carlos A. Zapata y a la sucesión del último, ambas ilíquidas;

7º— Que la vendedora no recibió del que se dijo comprador el mencionado precio de quinientos pesos ($ 500.00), ni en dinero, ni en ninguna otra especie, en ningún momento;

8º— Que el verdadero valor del inmueble objeto de tal contrato, excedía en mucho de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente;

9º— Que Francisco Zapata García no estaba en condiciones económicas, el 29 de marzo de 1944, para cubrir a su vendedora la suma de quinientos pesos ($ 500.00), "toda vez que la ocupación del comprador por el año de 1944, era la de vender al menudeo revuelto como yuca, plátano, arracacha, papas, para atender a la subsistencia propia y a la

de los suyos, siendo por otra parte excesivamente pobre";

10º— Que quien aparece como comprador en la escritura aludida "es nada menos que un hijo de la que se dijo vendedora, preferido por ella, de mucha confianza, quien deseaba a todo trance beneficiarlo en el contrato que celebraron en la fecha ya indicada";

11º— Que Josefa García viuda de Zapata no tuvo intención de enajenar el dominio del inmueble, ni su hijo Francisco intención de adquirirlo, "luego fué un pacto puramente de confianza entre ellos, es decir, fue perfectamente simulado";

12º— Que la mencionada García v. de Zapata otorgó tal venta a su hijo Francisco, por consejos del mismo, "para evitar que un tercero se hiciese a aquella propiedad, así como lo habían hecho con un ganado antes de morir su esposo";

13º— Que no obstante haber dicho venderle a Francisco Zapata, según la susodicha escritura número 1264, el lote de terreno, "la señora vendedora continuó viviendo en él, vigilándolo, reparándolo, ejecutando toda clase de actos de dominio sobre el mismo inmueble, como si no se hubiese celebrado el contrato"; y

14º— Que Josefa García viuda de Zapata repetidas veces ha suplicado a Francisco que le devuelva el inmueble por medio de otra escritura, ya que ella no podía venderle esa propiedad por pertenecer a su esposo y a sus hijos y por no haber recibido suma alguna como precio de ese contrato.

3.—En derecho, invocó el demandante los artículos "113, 152, 180, 946, 947, 950, 952, 961, 963, 964, 1155, 1497, 1502, 1524, 1602, 1740, 1741, 1759, 1766, 1781 numeral 5º, 1820 numeral 1º de nuestro Código Civil, en relación intima con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936".

4.—El demandado Francisco Zapata contestó aceptando los hechos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del libelo; negando los hechos 6º, 7º, 8º, 11º, 12º, 13º y 14º; admitiendo el 9º en lo relativo a "la confesión que hizo la vendedora de haber recibido a su entera satisfacción el valor del inmueble", y el 10º en lo referente a que el contrato fué verificado entre hijo y madre, y negándolos en lo demás de su planteamiento. Sus contestaciones tienden en conjunto a sostener: que el inmueble no pertenecía a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de su madre Josefa García, sino que era de propiedad exclusiva de ésta; que el contrato de compraventa del mismo inmueble celebrado entre su madre y él fué verdadero; que el comprador sí satisfizo el precio estipulado, que era el real y justo y el cual estaba en capacidad económica de pagar; y que es el propio contestante quien ha tenido la posesión jurídica, material y económica del predio. Concluye: en consecuencia, oponiéndose a las peticiones de la demanda y proponiendo como excepciones la de prescripción y "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

5.—Por su parte, María Josefa García viuda de Zapata, mediante apoderado, contestó dando su asentimiento a las razones y súplicas de la demanda, la cual acepta.

6.—Tramitada la primera instancia, en la que hubo de una y otra parte producción de pruebas, púsole fin el fallo de 5 de diciembre de 1957, dictado por el Juez Sexto Civil del Circuito de Medellín, en que se resolvió lo siguiente:

"1º— Se declaran NO PROBADAS las excepciones propuestas.

"2º— Declárase INEXISTENTE el contrato de compraventa celebrado entre Josefa García vda. de Zapata y Francisco Zapata, el 29 de marzo de 1944, conforme a la escritura Nº 1264, pues no hubo precio, ni intención de transferir por una parte ni de adquirir por la otra.

"3º— Se declara, como consecuencia de lo anterior, que el inmueble álindado en la escritura 1264 de 29 de marzo de 1944, es de propiedad de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaron Carlos A. Zapata y María Josefa García, el 29 de abril de 1944 (sic), fecha en que contrajeron matrimonio.

"4º— Declárase que el señor Francisco Antonio Zapata G., está en la obligación de restituír a la sociedad expresada, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble especificado en el hecho quinto de la demanda.

"5º— El demandado Zapata G., como poseedor de buena fé, tiene derecho a que se le paguen las mejoras implantadas antes de la contestación de la demanda, y deberá pagar los frutos percibidos después de dicha contestación. La fijación del valor de tales mejoras y de dichos frutos se hará por la autoridad competente y conforme a las disposiciones vigentes. (Artículo 553 del C. J.).

"6º— No se hacen las demás declaraciones impetradas.

"7º— Se CONDENA en costas al señor Francisco Antonio Zapata G., quien se opuso a la acción".

7.—Abierta la segunda instancia, a virtud de apelación interpuesta por parte de Francisco An-

tonio Zapata, el Tribunal Superior profirió sentencia con fecha 29 de mayo de 1958, por la cual "CONFIRMA en todas sus partes" la del inferior y condena al apelante en las costas de la segunda instancia.

— II —

LA SENTENCIA RECURRIDA

8.—El Tribunal, luego de verificar la existencia de los presupuestos procesales y de dar por sentado el interés jurídico en el actor para proponer la acción deducida en pro de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaron la demandada María Josefa García y Carlos A. Zapata, éste ya fallecido y uno de cuyos legitimarios es el demandante Antonio José Zapata García, quien es un tercero respecto del contrato acusado, entra, ya en el campo de las pruebas de que dedujo la simulación, a discurrir así:

"Se ha considerado siempre como una de las presunciones de más importancia, en esta clase de juicios, 'el parentesco y la amistad íntima de los contratantes'. En efecto el comprador señor Zapata García, es hijo legítimo de la vendedora García vda. de Zapata, según se desprende de las partidas de origen eclesiástico, presentadas (fl. 11 Cdo. Nº 2), y de varios de los testimonios que obran en el cuaderno de pruebas de la parte actora. Hay acierto probatorio además, de acuerdo con varios testimonios que obran en el juicio, de que entre la vendedora y el demandado Zapata G., además de vínculo familiar ,existía una confianza, o cariño especial de la primera para con el segundo considerándolo como el hijo de confianza, con quien vivía en la misma finca y casi bajo un mismo techo. Por eso buscó una persona de su confianza creyendo que no abusaría de su posición y que en la oportunidad debida, de acuerdo con lo convenido, reconociera la verdadera situación existente y desapareciera la ficción.

"Es asimismo un indicio grave, la falta de capacidad económica del demandado. El señor Zapata García, no solamente vivía en la finca de la vendedora, sino que su única ocupación lucrativa a la época del contrato era el negocio de 'menudeo de revuelto' en la plaza de la población de Bello; según los testimonios que obran a fls. 8 y ss. del Cdo. Nº 2. Vivía, pues de su trabajo personal (fls. 14-15-16-17 vto. Cdo. Nº 2), y de la reventa en pequeño de cerdos, si en cuenta se tienen los testimonios presentados por él (Cdo Nº 3 fl. 10). Toda esa actividad en pequeño, indica su falta de capacidad económica para pensar siquiera en negocios como el de que da cuenta la escritura Nº 1264 de 29 de marzo de 1944 de la Notaría Primera de Medellín.

"Es un indicio muy revelador de la apariencia, en el caso sub judice, la enajenación que la actora, hizo de su único patrimonio en el bien social, en perjuicio de los herederos de su esposo, e hijos legítimos suyos, salvo el de su hija, Ana Josefa Zapata G., para quien expresamente en la escritura ya mencionada dijo: 'se excluye de la venta un derecho de veinticinco pesos ($ 25.00) que pertenece a la señora Ana Josefa Zapata'. Exclusión, creada por ella, y que no provenía del título anterior del año 1912; hija que según algunos declarantes ha vivido al lado de la señora García vda. de Zapata.

"Es gravísima conjetura de simulación, la falta de ejecución total del contrato. Según las constancias procesales, y principalmente la confesión del demandado, (fl. 17 vto. Cdo. Nº 2), que la actora aún está viviendo en dicha finca, ejercitando actos de verdadera posesión, como edificar una casa, llevar vacunos a pastar, etc. Lo natural, luego de un contrato celebrado normalmente, es que cambie la situación material de las partes en cuanto a la administración, uso y goce de los bienes comprados. Es pues indicio grave, se repite, el hecho de que la vendedora continúe en la administración de gran parte de la finca vendida en la escritura tantas veces citada; que siga viviendo en la casa construída por ella en la misma, sin pagar alquiler de ninguna clase, ni rendir cuentas de su administración; ni el vendedor (sic) haber hecho uso de la acción que le consagra el artículo 887 del C. J.; ni haber demostrado el hecho que justifique tal actitud por parte de la tradente.

"La presunción de la 'retentio posesionis' es de suma importancia y debe ser siempre probada por el comprador, la tradición real y efectiva del bien adquirido. No basta la sola escritura pública registrada. La tradición debe ser siempre con ánimo de poseer real y efectivamente, sin reconocer derecho ajeno.

"Hay prueba suficiente, que demuestra que el verdadero valor del bien vendido al demandado a la época del contrato valía la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) y que en la escritura se hizo figurar un precio reducido de quinientos pesos ($ 500.00) aún teniendo en cuenta la exclusión para María Josefa Zapata de un derecho de vein-

ticinco pesos ($ 25.00); o sea menos, mucho menos el valor verdadero.

"Toda la serie de indicios relacionados, bien probados y perfectamente concatenados, concurren como prueba a demostrar la simulación del acto atacado, por quien tiene verdadero interés jurídico; y que debe en consecuencia declararse aquella; hacer las declaraciones solicitadas, ordenar la cancelación del registro y demás solicitados; imponiendo las costas al demandado Zapata García, apelante...".

— III —

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Contra este pronunciamiento alzóse en casación el demandado Francisco Antonio Zapata G., formulando los cargos a cuyo despacho respectivamente se procede:

PRIMER CARGO

9.—Bajo el epígrafe de error de hecho dice que el sentenciador incurrió en yerro de esta especie "en la apreciación de las pruebas decisivas del debate, que aparece de manifiesto en los autos, que dió lugar a declarar inexistente el contrato realizado por la escritura Nº 1264 de marzo 29 de 1944 de la Notaría Primera de este Circuito de Medellín, que sin tal error no podía aceptarse nada de lo pedido en la demanda, incurriendo en infracción indirecta de la ley sustantiva, por aplicación indebida de los arts. 1740, 1741 y 1746 del C. C.; y, por falta de aplicación de los artículos 1.495, 1602, 1603, 1618, 1621, 1849, 1857 y 1871, también del C. C.".

A intento de demostrar este cargo, plantea los siguientes argumentos:

Equivocada apreciación por el sentenciador de las pruebas de confesión testimonial, decisivas del debate, apreciación contra la cual desenvuelve estas críticas:

a) Que el demandado, al absolver posiciones, manifestó ser cierto que su madre continuó viviendo en el predio referido, pero negó que ella haya construído casa en él; y cierto que los animales que allí existen son de ella, pero que el absolvente admite eso, por tratarse de su madre, lo cual no hiciera con otra persona.

Que el Tribunal, sobre esta cuestión, tuvo por probada la falta de ejecución total del contrato, en cuanto "según las constancias procesales y principalmente la confesión del demandado.... la actora aún está viviendo en dicha finca, ejercitando actos de verdadera posesión, como edificar una casa, llevar vacunos a pastar etc.".

Y luego de esta confrontación, arguye el acusante así: El demandado no ha dicho que su madre haya construído casa en el terreno; y en cuanto a que ella hubiese continuado viviendo en éste y poniendo en él animales a pastar, es muy aceptable la explicación dada al respecto por el absolvente y de que el Tribunal no hizo caso, tomando sólo en cuenta una parte de lo dicho por aquél, cuya confesión es indivisible.

b) Que aunque la demandada María Josefa García v. de Zapata contestó en posiciones ser ciertas todas las preguntas que se le hicieron, sus afirmaciones nada acreditan, por no versar, en su mayoría, sobre hechos personales de la absolvente (artículo 613 del C. J.) "y por tratarse de una confesión, a todas luces sospechosa en su veracidad, como persona interesada en el éxito del actor y cuyos dichos están en contradicción con los del otro demandado".

c) Que las declaraciones de los testigos Fernando Ríos Suárez, Alfredo Monsalve García y Martiniano García Rodríguez, quienes por haberlo visto aseveraron que la vendedora del inmueble mencionado "continuó vigilándolo, echando a pastar los animales, reparando las cercas y menjándolo (sic) y explotándolo como propio" y que ella construyó una casa allí, por no detallar circunstancias que hagan creíbles sus testimonios, redactados casi a manera de clisé, autorizan al acusante a "desechar su condición de pruebas para acreditar el indicio de la retención de la posesión, según las exigencias sobre la prueba testimonial establecidas en el artículo 688 del C. de P. C.".

d) Que las declaraciones de los testigos Antonio Carmona, Vicente Bedoya y Marco Gutiérrez respecto de las condiciones económicas del demandado Francisco Antonio Zapata G., en la época de la venta, y de que él era preferido por su madre, "no dan circunstancias o detalles para fundar su testimonio, conforme al artículo 688 atrás citado", aparte de que Carmona a una de las repreguntas contestó: "Puede que haya tenido los quinientos pesos en un momento dado" y Gutiérrez también repreguntado anotó: "No sé si por la época del año de 1944, por el mes de marzo, el señor Francisco Zapata García estaría o no en capacidad para desembolsar quinientos pesos al contado para hacer negocio".

10.—Luego de recordar el contenido de los artículos 688 y 696 del Código Judicial relacionados con la fuerza probatoria del testimonio, considera que de los indicios en que se apoyó el sentenciador para admitir como probada la simulación de que se trata, no están acreditados la falta de capacidad económica del demandado, la amistad íntima entre los contratantes, el que la vendedora hubiera enajenado su único haber, ni la retención de la posesión o falta de ejecución total del contrato; y que de los hechos invocados en la demanda como fundamento de la falta de intención en los contratantes para transferir y adquirir respectivamente el dominio del inmueble, carecen de prueba el que la demandada Josefa García vda. de Zapata hubiese efectuado la venta "para evitar que un tercero se hiciese a aquella propiedad, así como lo había hecho con un ganado antes de morir su esposo"; el que la misma señora por repetidas veces hubiese impetrado de su hijo Francisco la devolución del terreno por medio de escritura; y el que el contrato aludido fuese meramente un pacto de confianza entre ellos o acto puramente simulado, "por cuanto en parte alguna de los autos existe acreditado el contrato secreto o prevalente, que es exigencia para aceptar la realidad de un contrato simulado, como el Tribunal lo admite y por lo que incurre en un error de hecho, por ese aspecto al dar a tal contrato el carácter de simulado, desprendiendo de las probanzas analizadas esa conclusión".

La cifra de todo este argumento se ostenta en el siguiente pasaje de la demanda de casación:

"El sentenciador vió, pues, de las manifestaciones existentes en las posiciones analizadas y en los testimonios, acreditados unos indicios, sin estarlo; por lo cual incurrió en error de hecho, de modo manifiesto en los autos y sin el cual la decisión hubiera sido la de absolver al demandado, constituyendo tales piezas las probanzas decisivas del debate".

La Corte considera:

11.—Este juicio se debatió todo en la órbita de la simulación absoluta del contrato ostentado por la escritura número 1264 de 29 de marzo de 1944, de la Notaría Primera de Medellín. Así resulta de la demanda en sus hechos básicos y acción principal; de las contestaciones a la misma, que se limitaron: la de María Josefa García vda. de Zapata a aceptarla en su integridad, y la de Francisco Antonio Zapata a contradecirla rotundamente; y por último, de las sentencias de uno y otro grado que, admitiendo la simulación absoluta alegada por el actor, declararon, en este entendimiento, ser inexistente o sea desprovisto de toda realidad jurídica el contrato impugnado.

Por ser el demandante un extraño, cuyo interés para deducir la acción fué aceptado por el Tribunal y no se discute en el recurso, se le admitió a probar sus pretensiones sin restricción alguna de medio, campo este en el que formó el sentenciador su convicción sobre el conjunto de indicios expuestos en el pasaje atrás reproducido de su fallo.

12.—Como el recurrente pretende contraponer su propio criterio al del juzgador en el análisis del material probatorio en que éste se apoyó para tener como probados los hechos indicativos de la simulación, conviene reiterar una vez más la doctrina que informa el artículo 520 del C. J., en la segunda parte de su ordinal 1º, es a saber: que todo fallo de segunda instancia llega a la Corte cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado por el Tribunal; que en esta virtud, cuando quiera que en el recurso extraordinario se pretenda destruír esa presunción, será necesario como lo exige el referido inciso del artículo 520, que se demuestre ante la Corte, o bien que la tarifa legal fué violada, si de error de derecho en la estimación de las pruebas se cuestiona, o bien que en tal apreciación se incurrió en contraevidencia o error manifiesto de hecho, si de esta segunda especie de yerro se trata; y que, a menos de incidencia en una de estas dos especies de error, el Tribunal es autónomo en la estimación de las pruebas. Por esto, su juicio sobre las circunstancias de pluralidad, gravedad, precisión y conexión de los indicios es intangible en casación, salvo que en ese proceso mental el sentenciador haya partido del supuesto de estar probado un hecho básico sin estarlo, o que hallándose debidamente demostrado un hecho se haya omitido deducir de él cierta necesaria consecuencia que hubiera impuesto por sí sola una decisión distinta, o que de tal indicio o conjunto de indicios se deduzcan consecuencias abiertamente contrarias a la lógica elemental, por faltar entre éstas y aquéllos el obligado vínculo de causalidad.

13.—A la luz de estos principios, los argumentos del recurrente en este capítulo merecen ser desestimados por las siguientes razones:

a) La alegación de que el demandado Francisco A. Zapata negó en posiciones que su madre María Josefa García de Zapata hubiera construído casa en el predio en mención, no implica error de hecho en la afirmación que, al dar por establecido

el indicio de falta de ejecución total del contrato, hizo el Tribunal de que "según las constancias procesales y especialmente la confesión del demandado.... la actora aún está viviendo en dicha finca, ejecutando actos de verdadera posesión, como edificar una casa, llevar vacunos a pastar, etc", porque, a primera vista se advierte que el Tribunal no citó aisladamente la confesión del demandado Zapata, sino que se refirió conjuntamente a ella y a otras constancias procesales, para tener como cierto, no el hecho aislado de la construcción de una casa por Josefa García vda de Zapata, sino el hecho complejo de vivir ésta en la finca, ejercitando diferentes actos de posesión, uno de estos el de hacer tal edificación, y porque entre esas probanzas, distintas de la confesión del demandado Zapata, se encuentran las declaraciones de Fernando Ríos Suárez, Alfredo Monsalve García, José Vicente Zapata Tabares y Martiniano García Rodríguez (fls. 9 a 11, C. Pruebas del Demandante), todos los cuales expresan que les consta que la mencionada señora construyó por su propia cuenta, hace aproximadamente unos dos a tres años, una casa de habitación en el terreno aludido.

b) Los reparos formulados respecto a la sedicente confesión en posiciones de Josefa García vda. de Zapata, aunque impropios de una acusación por error de hecho, pues se relacionan con ciertos requisitos de derecho para la existencia de la confesión, no obstante ello, siguiendo el orden material de la demanda, se despachan en este punto como inadmisibles por los siguientes motivos: Ante todo, porque el sentenciador no tuvo expresamente la absolución de tales posiciones como prueba de ninguno de los hechos indicios que al mismo juzgador le sirvieron para deducir la simulación del contrato en litigio; y porque, aunque así no fuera, esa absolución, carente de la categoría y mérito de confesión, pues no fué rendida por persona a quien no perjudicaba, sino antes bien aprovechaba, el admitir como ciertos los hechos propuestos, dado que no fue por estos conceptos materia de ataque en las instancias, no merecería ser absolutamente repudiada como un elemento auxiliar en el proceso de convencimiento del juzgador, a través de la prueba indiciaria.

c) El ataque contra la apreciación por el Tribunal de los testimonios de Fernando Ríos Suárez, Alfredo Monsalve García y Martiniano García Rodríguez, acerca de ciertas circunstancias indicativas de retención de posesión en el inmueble por parte de la demandada García vda. de Zapata, entre ellas la de construír una casa de habitación, no tiene procedencia en el recurso extraordinario. Porque, leídas atentamente esas declaraciones no aparece que el Tribunal hubiera llegado en el punto a afirmaciones distintas de lo que dichas declaraciones rezan, esto es que no cabe error alguno de hecho en su estimación. Por lo mismo y en fuerza de lo ya dicho, el juicio que de las calidades intrínsecas de convicción de tales testimonnos se haya formado el sentenciador y el convencimiento mismo que ellos le hayan proporcionado son cuestiones que escapan a la casación.

d) Por idénticos motivos se desestima el reparo relacionado con las declaraciones de Antonio Carmona, Vicente Bedoya y Marco Gutiérrez, cuyas disposiciones tomó en conjuntō el sentenciador para fundar el indicio de falta de capacidad económica de Francisco Zapata en la época del contrato. De este grupo de testigos, únicamente Gutiérrez, luégo de afirmar que Zapata era persona pobre, manifestó no saber si en ese entonces estaría, sí o no, capacitado para desembolsar quinientos pesos al contado; y en cuanto a Bedoya, éste después de decir que considera que Zapata no haya estado en condiciones económicas para efectuar ese desembolso, pues lo conoció más o menos pobre, agrega: "Aunque como uno se equivoca puede que haya tenido los quinientos pesos para hacer cualquier negocio en un momento dado". Pero, esta circunstancia de que el testigo no hubiera descartado la posibilidad de equivocarse, que es contingencia de los juicios humanos, en nada le resta mérito a lo que por virtud de sus personales conocimientos supo o entendió, sino que antes bien abona la sinceridad del deponente. En suma: la estimación por el Tribunal de este grupo de testimonios aparece exenta de error evidente de hecho, cual lo prentende el recurrente.

e) Por lo demás, la acusación se ha reducido a manifestar que no están demostrados los hechos indicios de que el Tribunal deduce la simulación, limitándose así el recurrente a contraponer su negativa a lo que el mismo sentenciador afirma respecto de tales indicios en su individualidad y en su conjunto, basado en elementos probatorios existentes en el proceso, salvo por este último aspecto en lo que se refiere al indicio que dice consistir en "la enajenación que la actora hizó de su único patrimonio en el bien social", conjetura ésta cuya demostración no aparece directamente establecida. Empero, no siendo éste el único hecho que tuvo el sentenciador en mente, sino que se fundó en un haz de indicios, a cada uno de los

cuales consideró de trascendencia, quiere decir que sobre todos los que quedan en pié, en su concepto "bien probados y perfectamente concatenados", se mantiene su juicio (Véanse las sentencias de casación de 5 de agosto de 1936, XLIV, 1917, págs. 316 y ss. y de 3 de mayo de 1955, LXXX, 2154, págs. 291 y ss.).

En virtud de lo expuesto, se concluye que no resultan infringidos los preceptos de la ley sustancial bajo este cargo señalados en tal condición.

SEGUNDO CARGO

14.—Su planteamiento se hace en el mismo capítulo intitulado "Error de Hecho" y bajo la siguiente fórmula:

"B.—Incurrió el Tribunal en error de hecho en la interpretación de la demanda, que aparece de modo manifiesto en los autos, que dió lugar a declarar inexistente el contrato realizado por la escritura Nº 1264 de marzo 29 de 1944 en la Notaría Primera de este Circuito de Medellín, que sin tal error no podía aceptarse nada de lo pedido en la demanda y sólo, si mucho, la simulación pero con carácter relativo, por envolver una donación; incurriendo, por infracción indirecta, en violación de la ley sustantiva, por aplicación indebida de los artículos 1.740, 1.741 y 1746 del C. C.; y por falta de aplicación de los artículos 1.443, 1.495, 1.602, 1.603, 1.618, 1.621, 1.457, por contrario sensu, y 1.458 del C. C.....".

Al respecto se alega: Que el Tribunal hizo caso omiso de un hecho protuberante, el décimo de la demanda, que al recurrente "llevaría a admitir que el contrato a que se refiere la escritura 1264 ameritada, tuvo el carácter de una donación, o en otros términos que no hubo sino una simulación relativa". Ese hecho décimo del libelo dice: "quien aparece como comprador en la escritura de marras, es nada menos que un hijo de la que se dijo vendedora, preferido por ella, de mucha confianza, quien deseaba a todo trance beneficiarlo en el contrato que celebraron en la fecha ya indicada".

Que si, en la interpretación de las demandas, se aplican analógicamente los principios que rigen la de los contratos en cuanto pudiere haber lugar, nada más admisible, dadas las relaciones entre vendedora y comprador, que, recordando las normas de los artículos 1618 y 1620 del C. C., el ver a través del hecho décimo de la demanda, la intención que hubo en el otorgamiento de la escritura número 1264 de hacer una donación del inmueble la madre al hijo.

Y termina el cargo así: "No sobra decir que mi posición es la de sostener que hubo una venta real entre la García y Zapata, y si llegó a considerar el caso como una donación es sólo obligado por las isuficiencias que las probanzas pudiesen presentar a criterio del sentenciador".

La Corte considera:

15.—Si bien en todo acto jurídico ha de buscarse, como a su nervio vital, la intención o voluntad de su autor, pudiendo coincidir en una u otra forma los medios de interpretación que la ley traza para lograr ese conocimiento, como imperados que son por los dictados de la lógica, ello no significa que las normas de hermenéutica propias de un campo jurídico hayan de aplicarse en otro, con desmedro de las específicas que a éste corresponden.

16.—Considerada la demanda como una prueba, en la medida en que de éstas tiene algunas de sus calidades, es claro que su interpretación judicial está preferentemente cubierta por las normas rectoras de la apreciación probatoria, entre éstas la de la autonomía del sentenciador, con las excepcionales limitaciones que puedan derivarse ya del error de derecho, ya del error de hecho evidente.

17.—No es posible, como lo intenta el recurrente, interpretar una demanda descoyuntando los hechos que la motivan, es decir considerando aisladamente los unos de los otros y sin conexión con el pedimento, que ha de presentarse como la consecuencia de esos hechos en razón del derecho invocado.

18.—En el caso de este juicio, los hechos de la demanda concurren todos a configurar el fenómeno de una total simulación del contrato discutido, salvo la vaguedad que resulta de la última parte del ordinal décimo de los mismos, en donde, luego de afirmar que el comprador es el hijo preferido de la vendedora y de su mucha confianza, se agrega: "quien deseaba a todo trance beneficiarlo en el contrato que celebraron en la fecha ya indicada". Ciertamente resulta ambigüa esta frase frente a todo lo demás de la demanda, y ante todo, frente a su petición principal en donde, al solicitar se declare la simulación del contrato, se añade: "por carecer de causa, consentimiento y falta de precio, porque no hubo de una parte intención de transferir y por la otra para adquirirlo entre los contratantes", todo esto en perfecta correlación con lo afirmado en el hecho undécimo

en donde se dice que el ácto "fué un pacto puramente de confianza entre ellos, es decir, fué perfectamente simulado". Pero esa frase ambigüa, que en la mente del fallador no tuvo el significado de "animus donandi" que de la misma pretende ahora derivar el acusante, no induce por sí sola la conclusión de que el sentenciador incurriese en error de hecho al considerar el pedimento como de simulación total o absoluta del contrato, que fué realmente lo impetrado, y no como de prevalencia de una donación oculta, que en manera alguna fué lo solicitado.

Así, pues, la interpretación que el Tribunal hizo de la demanda resulta acertada, por lo cual no hay lugar a la violación de los artículos de la ley sustancial, a que se refiere el cargo.

TERCER CARGO

19.—En el mismo campo del error de hecho, se acusa la sentencia, por cuanto en la demanda se hizo como súplica principal la de que se declare simulado el contrato de compraventa recogido en la escritura 1264 citada, y como primera subsidiaria la de ser él inexistente; pero que el Tribunal sólo resolvió, confirmar en todas sus partes el pronunciamiento de primer grado que declara "no probadas las excepciones propuestas e inexistente el contrato", por lo cual nada se dijo sobre la súplica principal que ha debido ser resuelta.

Como fundamento de este reparo se alega, en síntesis, que toda simulación conlleva la existencia de un pacto secreto, el cual ha de ser acreditadc para que la demanda de simulación sea próspera; que ésta es fenómeno distinto de la inexistencia; que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas; y que, en el caso del pleito, la no decisión sobre la súplica principal "incide fundamentalmente sobre la naturaleza de la sentencia".

Concluye concretando el cargo así: "Como el demandante no pudo acreditar el contrato oculto, no podía caer el contrato a que se refiere la escritura 1264 ameritada y, por tanto, al no haber decidido sobre ese punto, se infringió indirectamente los artículos 1740, 1741 y 1746 del C. C., que se aplicaron indebidamente, y los artículos 1495, 1602, 1603, 1618, 1757, 1758, 1849, 1857 y 1871 del C. C., entre otras disposiciones legales, que dejaron de aplicarse aceptando la validez del contrato escriturario".

Se considera:

20.—Es a todas luces contraria a la técnica del recurso extraordinario, la involucración hecha por el recurrente del cargo de inconsonancia en el de violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, los que corresponden a distintas causales de Casación, según el artículo 520 del C. J.

21.—Empero, entrando al fondo de esta acusación, se la encuentra improcedente, por los siguientes motivos: Porque no es cierto que el Tribunal hubiese dejado de resolver sobre la súplica principal. Su pronunciamiento, confirmatorio del fallo de primera instancia, descansa todo sobre un razonamiento demostrativo de la simulación impetrada, único a que se contrae la motivación de fondo; y porque el fallo del juez **a quo**, al declarar inexistente el contrato, lo hizo en la estricta inteligencia de ser absolutamente simulado, como así lo sostiene en sus razonamientos fundamentales, de que se toman estos apartes: "No hay duda de que el negocio absolutamente simulado es... inexistente. Descartada la apariencia engañosa que lo mostraba como serio, nada le queda. Las adquisiciones y transferencias que en él se basaron resultan efímeras; el presunto enajenante no se despojó de sus derechos ni el presunto adquirente los adquirió..." "Aplicando los conceptos expuestos al caso de autos, y teniendo en cuenta las conclusiones probatorias sentadas, para el Juzgado no hay duda de que el contrato de compraventa celebrado entre Josefa García vda. de Zapata y Francisco Zapata G., recogido en la escritura pública 1264 del 29 de marzo de 1944, registrada el 17 de abril siguiente, fué absolutamente simulado, inexistente, por lo que será de justicia hacer la declaración pertinente impetrada en la demanda".

22.—Por lo demás, el sentenciador, al tener como absolutamente simulado el contrato ostensible, necesariamente afirma su convencimiento de la existencia entre las partes de un entendimiento clandestino para no alterar la situación jurídica de las cosas, preexistente al otorgamiento de la ficción. Es que los mismos indicios que lo llevaron a admitir ésta, le imponen la inferencia de ese oculto entendimiento simulatorio entre los otorgantes; y si, como en el caso del pleito, los hechos indicativos de la simulación han quedado incólumes en el recurso extraordinario, el juicio del sentenciador al respecto no puede ser tocado por la Corte.

En consecuencia, no resultan establecidas las infracciones de la ley sustantiva con que se relaciona el cargo.

CUARTO CARGO

23.—Se imputa al fallo la violación indirecta de los artículos 1740, 1741 y 1746 del C. C., por aplicación indebida, y de los artículos 1495, 1602, 1603, 1618, 1162, 1757, 1758, 1849, 1857 y 1871 ibídem, por falta de aplicación, como consecuencia del quebrantamiento de los artículos 613, 666, 688, 696, 593 y 594 del C. J. en la valoración de "unas posiciones sobre hechos no personales del absolvente" y de "declaraciones sin razón ninguna en sus dichos", como que así se incurrió en el error de derecho de tomar por indicios debidamente establecidos y suficientes para establecer la inexistencia del contrato, lo que se desprende de esas probanzas, que "por lo expresado en los errores de hecho" no acreditan tales indicios, ni las circnstancias que estableciesen un pacto secreto entre los contratantes.

Se considera:

24.—Por lo que hace a la absolución de posiciones de Josefa García vda. de Zapata, ya se vió atrás cómo el reparo no tiene fundamento. Por lo demás, contrariando las exigencias de la técnica de casación, el recurrente no indica en este capítulo de su demanda cuáles fueron concretamente, esto es singularizándolas, las declaraciones en cuya valoración el Tribunal incurriera en error de derecho atendible en el recurso, motivo este que por sí solo haría impróspero el acusamiento. Pero, si se hubiese establecido la singularización que se echa de menos, bastaría dar por reproducidos aquí los principios atrás consignados acerca de la autonomía del sentenciador en el enjuiciamiento tanto de las calidades intrínsecas de convicción de los testimonios, como de las circunstancias de gravedad, precisión y concordancia de los indicios, y de la conclusión deducida por él de los mismos. Todo lo cual impone la desestimación del cargo.

QUINTO CARGO

Su planteamiento es así:

25.—"Existe otro error de derecho, que lo abordo sólo de manera subsidiaria, por si al criterio de esa H. Corte no fuese posible aceptar la realidad del contrato de compraventa ameritado y sólo se admitiese el una donación (sic).

"El Tribunal incurrió en el error de derecho de no aceptar la existencia de un contrato de donación en el ostensible expresado en la escritura Nº 1264 de 29 de marzo de 1944 de la Notaría Primera de este Circuito, cuando en la misma demanda se dejó colegir su existencia por manifestación expresa del actor en el hecho décimo de aquélla; y cuando las circunstancias que en ese mismo hecho se anotan, indicaban ser el mejor entendimiento aplicable al caso y que la intención de las partes fué la de transmitir el dominio y de aceptarlo, respectivamente, como donante y donatario".

De donde concluye que este proceder del Tribunal lo hizo violar directamente los artículos 597 (numeral 1º), 604, 667 (inc. 2º), 606 y 593 del C. J., violación que le sirvió de medio para infringir indirectamente los artículos 1740, 1741 y 1746 del C. C., por aplicación indebida, y los artículos 1443, 1458, 1495, 1602, 1603, 1618, 1620, 1621 y 1624 ibidem, por falta de aplicación.

Se considera:

26.—No se compadece con la índole del recurso extraordinario la forma alternativa de acusación así propuesta, pretendiendo que la Corte se decida por ver en el acto impugnado, si no un contrato real de compraventa, al menos uno real de donación. Porque si en casación ha de enjuiciarse la sentencia para determinar si incurre, sí o no, en quebranto de la ley sustancial o de la procesal dentro de los motivos que originan los errores in procedendo, la acusación tiene que ser exacta y demostrada, lo cual excluye la concurrencia, así sea en forma subsidiaria, de cargos incompatibles o que se excluyen entre sí.

Menos es admisible ahora invocar la prevalencia de una donación, cuando la misma parte recurrente por medio de otro de sus apoderados dijo en su alegato de segunda instancia, al considerar tal aspecto: "yo no voy a aceptar ni mucho menos que el contrato tuvo como causa la liberalidad" (fl. 4 vto. C. del Tribunal).

27.—Pero si estas consideraciones no fueran suficientes, el cargo tendría que rechazarse por los siguientes motivos: Porque la tacha relacionada con la interpretación del hecho décimo de la demanda, ya quedó refutada arriba; y porque si la pretendida donación de Josefa García v. de Zapata a su fijo Francisco no está demostrada en forma alguna, mal podía el sentenciador declarar su prevalencia, lo que por otro lado no fué materia de la relación jurídico-procesal. Si el sentenciador declaró inexistente en el sentido de absolutamente simulado el contrato que reza la escritura en litigio, fué porque así lo halló acreditado mediante las pruebas aportadas al debate.

No mediando, pues, violación alguna de los referidos textos sobre pruebas en la interpretación de la escritura número 1264 y del hecho décimo de la demanda, no se da la infracción de los preceptos de la ley sustancial contemplados en el cargo el cual es improcedente.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

No se causaron costas en el recurso.

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

José J. Gómez R.—Enrique Coral Velasco—Gustavo Fajardo Pinzón—José Hernández Arbeláez.—Enrique López de la Pava—Arturo C. Posada.—Ricardo Ramírez L. Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO. — LA CONFESION DIVISIBLE Y LA INDIVISIBLE. — LA CAUSAL 2ª DE CASACION

1—La confesión del procesado (artículo 255 del C. P. P.) puede legítimamente dividirse cuando una de sus partes está contradicha por las pruebas y la otra está confirmada por ellas. La confesión sólo es indivisible y debe aceptarse, por tanto, así en lo favorable como en lo desfavorable al sindicado, cuando en los autos no obra contra él otra prueba diferente y no aparecen elementos probatorios que la infirmen en lo que le es favorable.

2—Sólo cuando son falsos los presupuestos que sirven de base al juicio hecho en la sentencia, o cuando se les da un entendimiento que realmente no tienen, cabe admitir la errada interpretación de los hechos, o la atribución de un valor probatorio que no tienen. (Causal 2ª de Casación, artículo 567 del C. P. P.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al conocer de la sentencia proferida por el Juzgado 1º Superior de esa ciudad en el proceso que por el delito de Homicidio fue seguido contra José Javier Marín Agudelo y otros, mediante el procedimiento indicado en el Decreto 012 de 1959, confirmó la condenación hecha al nombrado a la pena de ocho (8) años de presidio y las sanciones accesorias correspondientes, así como la absolución con que fueron favorecidos Uriel González Botero y Francisco Marín Rincón.

Contra la referida sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el dieciseis de marzo del corriente año, interpuso el recurso de casación Marín Agudelo, respecto del cual procede la Sala a resolver lo conducente.

HECHOS:

Los resume, así, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal:

"Dan cuenta los autos que en la noche del veinte de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, hallándose el señor Angel María Correa, entre otros, en la fonda denominada "La Quiebra de los Marinillos", a corta distancia de la población caldense de Neira, fonda de propiedad del señor Alfonso Zuluaga, quien la atendía con dos de sus hijos, de nombres Humberto y Hernando Zuluaga Franco, llegaron estrepitosamente los señores Francisco Baena, Francisco y Javier Marín, este último sobrino del segundo. Al llegar, Francisco Marín lanzó un grito que todos los circunstantes oyeron, seguido de la expresión "peleo con cual-

quier hijueputa", de que sólo dan cuenta algunos de los asistentes.

"El grito, al parecer, no mortificó sino a Angel María Correa, quien sostenía relaciones no muy cordiales con José Javier Marín, por disgustos habidos anteriormente con su hermano Higinio y su prima... "Ernestina...." Montes. En vista de que la situación podría agriarse, Alfonso Zuluaga, el cantinero, discretamente condujo al de los gritos a su casa de habitación, en donde permaneció hasta el día siguiente, ajeno a los hechos sangrientos que culminaron con posterioridad.

"Angel María Correa, que a las expresiones de Marín Rincón había correspondido con la frase "mi diosito que me cogieron desarmado", siguió lanzando agravios contra Marín Agudelo que esquivaba la contienda, no obstante que ambos continuaban ingiriendo cerveza. En una salida que hizo Correa de la fonda, se apoderó de una peinilla que tenía Julio Hernández y esgrimiéndola redobló las ofensas contra José Javier Marín, increpándole que él no era ni su hermano Higinio, ni su prima Montes; que a él le gustaban los venidos del Valle, por lo alentados que eran. Sin embargo, Marín eludía las provocaciones que ..."Correa le hacía..." y ni siquiera reaccionó ante un golpe que le propinó con la peinilla en el pecho. A todo decía que él no era de pelea, que dejaran eso para después.

"De este tamaño quedó el altercado entre Marín y Herrera, quien se pasó para una cantina" (sic) —ha debido citarse a Correa... "quien se pasó para una cantina cercana según él mismo, por insinuaciones que le hiciera su primo Horacio Montes, quien apareciera en la fonda después. Este se acomodó en una banca cercana al mostrador de la cantina y al extremo de la misma, en un taburete, se sentó luego José Javier Marín, y ambos ingerían cerveza y conversaban en tono ordinario, al tiempo que sonaba la música del tocadiscos del establecimiento. Ni el tono, ni los ademanes hacían presumir nada desagradable entre los dos individuos que así dialogaban en el mismo salón donde departían otros trasnochadores, más o menos dispersos.

"Sosteniendo el diálogo se hallaban Montes y Marín cuando llegó a la cantina el señor Eduardo Londoño a comprar unas velas y se situó a charlar con Aldemar Orozco, cerca a la mesa en que aquellos departían. Londoño se dio cuenta que Marín le ofreció una cerveza a Montes, que éste desatendió diciendo que allí tenía unas que se pensaba tomar para irse a dormir. En estas estaban cuando observó que Marín se metía la mano por entre la pretina de los pantalones y que de un momento a otro sacó un cuchillo o puñaleta y se lo clavó en el pecho a su interlocutor, saliendo en fuga precipitada; que a pocos instantes Montes se desplomaba, cayendo boca abajo. Eso dijo en su declaración de 22 de diciembre, y lo corrobora el cantinero Humberto Zuluaga en declaración de ese mismo día. Igual cosa manifiesta Aldemar Orozco, que en esos momentos departía con Londoño, menos en cuanto a la ... puñalada, porque en ese momento miraba a otra parte".

ACTUACION PROCESAL Y ELEMENTOS PROBATORIOS QUE DETERMINARON LA SENTENCIA A QUE SE HA HECHO MERITO.

Conocidos los anteriores hechos por el Inspector Municipal de Neira, procedió a recibir declaración a las personas que los presenciaron, quienes dicen lo siguiente:

a).- **Eduardo Londoño Castañeda,** (fls. 2 v. y 3, del primer cuaderno), dice que al llegar a la cantina de Alfonso Zuluaga el veinte de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, entre diez y diez y media de la noche, pudo "ver al señor Horacio Montes conversando con Javier Marín en el mostrador..." y oyó "cuando el señor Javier Marín le decía a Horacio que tomara más cerveza. Horacio le contestó que ya no tomaba más, que iba a terminar tres cervezas que tenía ahí en el mostrador para irse a dormir; entonces Javier pidió otra cerveza más y ambos se quedaron callados; yo veía que el señor Javier Marín se introducía la mano por dentro de los pantalones, como tratando de sacar una arma, entonces inmediatamente el señor Javier Marín desenfundó como un cuchillo o una puñaleta y se la clavó en el pecho a Horacio Montes con la mano volteada, es decir, al revés e inmediatamente emprendió la huída; lo siguieron Aldemar Orozco y Gonzaga Correa; Horacio exclamó: Ay me matates, y se fue al suelo". Agrega que en ese momento no hubo ninguna discusión.

Este testimonio fue recogido por el instructor dos días después de ocurridos los hechos.

b).- **Humberto Zuluaga Franco,** (fls. 4 vto. y 5 del cuaderno 1º), declara el día 22 de diciembre de 1958 que "los señores Horacio Montes y Javier

Marín estaban junto al mostrador, y sin que yo oyera discusión, ni motivo alguno, el señor Javier Marín sacó por dentro de la camisa o dentro del pantalón, la cual tenía desabotonada, un cuchillo y se lo clavó al señor Horacio Montes, quien estaba como un poco atracito; la puñalada se la mandó como de lado y como quien dice, al revés; entonces el señor Horacio Montes anduvo unos pasos, trató de sacar la peinilla y se fue al suelo boca abajo. El señor Javier Marín, inmediatamente le pegó la puñalada al señor Horacio Montes, emprendió la huída".

Posteriormente, el 11 de febrero de 1959, amplió este testigo su declaración en la forma que pasa a transcribirse, (fls. 36 a 37 v. del mismo cuaderno):

"Resulta que el veinte de diciembre último me encontraba administrando la cantina de mi papá Alfonso Zuluaga, situada en la Quiebra de los Marinillos de esta municipalidad. Por la noche, claro estaba de administrador, cuando de un momento a otro apareció allí Francisco Marín quien pegó un grito, debido a la embriaguez que tenía, pero no era desafiante; entonces Angel María Correa, que se encontraba allí, dijo "que me mate mi diosito, pero me cogieron desarmado": entonces, en ese preciso momento, Marín Francisco ya estaba saludando a Evelio Soto, que me parece es familiar de él y hacía tiempo no lo veía, entonces mi papá, Alfonso Zuluaga, cogió a Francisco Marín y se lo llevó para mi casa, que queda diagonal a la cantina que yo administro... y éste no volvió a la cantina. Entonces, como Angel María Correa se ofendió por el grito que pegó Francisco Marín, y como Javier Marín es familiar de aquel Angel María quedó ya disgustado con éste, no se por qué, es decir, debió haber sido por el grito que pegó Pacho (Francisco Marín). Angel María Correa quedó alegando con Javier Marín, pero yo no puedo precisar todo lo que dijeron ellos, porque yo me encontraba entretenido atendiendo la cantina, y colocando discos en el "picot"; recuerdo, sí, que entre esa discusión, que duró un rato, oí cuando Javier Marín le dijo a Correa Angel María: "no, don Angel, mañana o pasado mañana arreglamos", pero me dí cuenta que era por la discusión que Correa estaba proporcionando. Entonces Angel María Correa dijo: "no, gran hijueputa, arreglemos ya", y ahí mismo le pegó un planazo en el pecho. Entonces Javier le dijo a Correa: "no, don Angel, yo no peleo con Ud., camine tome cerveza más bien y entonces Correa decía que arreglaran eso ya, pero Marín no quiso, y al ver Correa que Marín no le paró bolas, es decir, que no quiso pelear Correa ya se quedó solo".

Pasa luego este declarante a referirse a los hechos protagonizados por José Javier Marín Agudelo y Horacio Montes Castaño, en los cuales el último perdió la vida, los cuales relata en la forma siguiente:

"Angel María Correa ya se había ido como dos veces al camino, cuando llegó Horacio Montes a la cantina...cuando le fue brindada una cerveza por Aldemar Orozco y otra por Angel María Correa. **Allí ya estaba eso normalizado cuando Angel María Correa salió y se fue**, al parecer para otra cantina...; quedó entonces en la cantina Horacio Montes con Aldemar Orozco y también ahí cerca Eduardo Londoño. Junto al mostrador, casi junto al mostrador de la cantina, había una mesa de regular tamaño y en una punta de la mesa estaba sentado Javier Marín, tomándose una cerveza que tenía encima del mostrador, y **Horacio Montes estaba sentado en una banca tomando cerveza** que tenía en otra punta de la mesa; y entre Montes y Javier Marín se cruzaban palabras, pero yo no oí por la música que sonaba. En todo caso, **a un lado de Montes estaba Eduardo Londoño y Orozco**, que ya dije. Bueno: **cuando Javier Marín sacó un arma punzante y le tiró a Montes Horacio, entonces seguidamente salió en carrera, entonces Montes se levantó, anduvo pocos pasos y cayó al suelo con la peinilla debajo...**", (subrayó la Sala).

c).- **Aldemar Orozco Morales**, (fls. 9 y vt., del primer cuaderno), dice el 23 de diciembre de 1958, cuando rindió declaración, que encontrándose el día de los hechos en la cantina de Alfonso Zuluaga, "como en amistad de amigos le ofreció una cerveza Javier Marín a Horacio Montes; entonces yo continué charlando solo con Eduardo Londoño, cuando al momento sentí como un puño; entonces miré y pude darme cuénta que salía corriendo el señor Javier Marín y Horacio como que se fue para atrás y yo salí detrás del señor Javier Marín".

Al preguntarle el instructor si entre Javier Marín y Horacio Montes hubo alguna discusión, contesta que "ninguna".

d).- **Diligencia de reconstrucción de los hechos**, (fls. 54 a 63 del mismo cuaderno).

En esta diligencia fueron interrogados, nuevamente, Humberto Zuluaga Franco y Eduardo Londoño. También fueron oídos el procesado Marín Agudelo, Hernando Zuluaga Franco, Jesús Londoño Castañeda, Angel María Correa Montes,

Francisco Baena Cárdenas y Ramiro Loaiza Giraldo.

De lo expuesto por estos declarantes, con la salvedad de la versión que dá el sindicado Marín Agudelo, se desprende lo siguiente:

1º—Que Horacio Montes fue herido mortalmente por Javier Marín cuando aquel se encontraba sentado;

2º—Que inmediatamente Marín Agudelo emprendió carrera y Montes se ponía de pie, para caer luego de dar algunos pasos;

3º—Que Horacio Montes, luego de ser herido, alcanzó a sacar una peinilla, la cual fue vista por Humberto Zuluaga en manos de aquel y al lado del occiso por Hernando Zuluaga Franco. Pero Eduardo Londoño reitera su versión de que cuando Montes fue herido por Marín Agudelo, aquel "se paró y dijo: "hay, me matates", y entonces trató de sacar la peinilla y ahí mismo cayó al suelo, después de lo cual, al verlo que cayó ahí cerca a la puerta del medio, me volé".

Corresponde anotar que Humberto Zuluaga Franco, en su declaración de 22 de diciembre de 1958 y en la ampliación de la misma, de 11 de febrero de 1959, no dice que Horacio Montes, luego de ser herido por Marín Agudelo, se hubiera levantado con una peinilla en la mano, sino que "Horacio Montes anduvo unos pasos, trató de sacar la peinilla y se fue al suelo boca abajo"; y esto, cuando ya Marín Agudelo había emprendido carrera, para huír.

Con estos elementos de juicio y en contra de la versión del procesado, según la cual antes de herir a Horacio Montes, éste "sacó una peinilla hasta la mitad de la cubierta...y a mi me dió mucho miedo... y le mandé la peinilla mía en reversa, de para atrás y entonces salí corriendo...", el Juzgado 1º Superior de Manizales, el 19 de noviembre de 1959, profirió sentencia condenatoria contra José Javier Marín Agudelo, imponiéndole la pena de ocho años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio (artículo 362 del C. P.) consumado en la persona de Horacio Montes, sentencia confirmada por la del Tribunal Superior de la misma ciudad, de 16 de marzo de 1960, objeto del recurso.

LA DEMANDA DE CASACION:

Invoca el recurrente la causal segunda de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P., con fundamento en los motivos que pasan a transcribirse:

"La sentencia...", dice el demandante... "por errada apreciación de los hechos, negó una circunstancia eximente de responsabilidad (la legítima defensa), atribuyendo un valor probatorio que no tenían a las manifestaciones de algunos testigos y a la vez, desconociendo el contenido exiológico (sic) verdadero de las exposiciones de otros declarantes.

.....

Expresa que "el meollo del problema controvertido consiste en determinar si realmente fue cierto, de acuerdo con la afirmación del sindicado, que Horacio Montes esgrimió la peinilla en actitud agresiva hacia él. De ser cierto tal hecho, necesariamente habría que reconocer a favor del reo un fenómeno de legítima defensa de la vida, que le eximiría de responsabilidad.

Agrega que "existen varios factores que demuestran la veracidad de la afirmación que en tal sentido hace Marín Agudelo, factores que...son estos:

"a). Horacio Montes fue llevado a la cantina, teatro de los hechos, por Angel María Correa, con el propósito abrigado por éste, de atacar a mi defendido. Se extrae esta conclusión del análisis desapasionado de varias constancias del proceso, a saber:

"Angel María Correa evidenció su ánimo de agredir a Marín Agudelo. Fue así como lo injurió de palabra, lo desafió a reñir y lo atacó con arma cortante(peinilla o machete);

"Angel María Correa penetró en compañía de Horacio Montes a la cantina que sirvió de escenario a los hechos sangrientos. Los testigos afirman unánimemente que Montes entró detracito de Correa, a raíz de una de las sospechosas salidas que hizo éste de dicho establecimiento.

"Angel María Correa incitó a Montes para que agrediera a Marín Agudelo. Afirman dos deponentes que Correa se secreteaba con Montes, hecho que fue repetido varias veces.

"Angel María Correa, en el desarrollo de su criminal propósito, fue a buscar a Montes a su casa de habitación cuando este, muy posiblemente, se hallaba ya acostado. No en otra forma se explican las exclamaciones de la viuda de Montes, cuando públicamente incriminó a Correa, diciendo que por culpa de él había perdido la vida su cónyuge.

"b). La actitud de Marín Agudelo, más que pacífica, fue timorata. Respondió con lágrimas las

ofensas de Correa y manifestó reiteradamente que él no era hombre de pelea, evitando, en toda forma, el lance que trataban de procurarle. Pues bien: apenas es lógico que una persona que muestra una actitud de tal jaez, necesite un estímulo distinto a la simple ofensa para reaccionar. Ese estímulo, en el caso de autos, fue el hecho de que Montes desenfundara su peinilla y la esgrimiera, en actitud amenazante, hacia Marín Agudelo. No en otra forma podría explicarse la reacción asumida por éste.

"c). La actitud que el sindicado le describe al occiso no es fruto de su imaginación, acicateada por la necesidad de justificar su hecho. Esa actitud adquirió dentro de la investigación entidad objetiva y fue así como el occiso fue visto por los testigos con la peinilla desenfundada. Si Montes no hubiera asumido actitud agresiva alguna, necesariamente su peinilla habría permanecido dentro de la funda. Pero como así asumió una actitud de ataque hacia Marín, el arma, en el momento de consumarse los hechos, estaba en sus manos en gesto ofensivo, como fue vista por todos los declarantes".

Más adelante alega que "no existe prueba que desvirtúe las afirmaciones del procesado, en el sentido de que fue víctima de un ataque, a mano armada, por parte del occiso... Ninguno tenía su atención concentrada sobre los protagonistas, en el momento del desenlace fatal. Por tal circunstancia, **si bien es cierto que no existe declaración de testigo que respalde en forma directa las afirmaciones de Marín, también es cierto que ninguna persona las desmiente, ni aún siquiera las pone en tela de juicio.** De lo anterior se concluye que no existe prueba en contrario, respecto al relato que de los hechos da mi defendido. En cambio, sí existe prueba de carácter indiciario que apoya la validez de dicho relato", subrayó la Sala.

Por último arguye el demandante que el Tribunal "esgrime como argumento único para destacar la indivisibilidad de la confesión del procesado, el hecho de que éste, en la diligencia de reconstrucción, afirme que el occiso "se encuclilló" a sacar la peinilla, circunstancia que al decir del fallador, tiene prueba en contrario. Pero que "se ignora si Marín Agudelo empleó tal expresión en el sentido que le dá el Tribunal (colocarse en cuclillas) o si, por el contrario, quiso significar una cosa muy diferente. En todo caso, es de advertir que **encuclillarse,** en el lenguaje utilizado por los campesinos de Caldas, significa asumir una actitud agresiva, "arrecharse", como diría un campesino santandereano".

Y concluye solicitando que se "dicte sentencia ...absolviendo a Marín Agudelo de los cargos por los cuales fue llamado a rendir diligencia de indagatoria".

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Considera el Ministerio Público que no es pertinente casar la sentencia recurrida, pues "no ha habido tal circunstancia eximente de responsabilidad... a que alude la demanda de casación..." y ... "es forzoso admitir que obró el Tribunal con un gran criterio jurídico, ceñido a sus precisas facultades de juzgador, por lo cual debe mantenerse el fallo".

Anota el Procurador 2º Delegado en lo Penal que "los dichos iniciales de los tres testigos más próximos al escenario del crimen, son un trasunto fiel de lo acaecido y presenciado por ellos, antes de la contaminación del ambiente por el artificio que a la larga le tendieran, como un piadoso manto de conmiseración hacia el homicida, en desmedro de los intereses inmanentes de la justicia.

"De estos tres testigos de excepción, ninguno habla de que Montes hubiera usado de la peinilla que dicen portaba. La única alusión es la de Humberto Zuluaga, quien dice: "trató de sacar la peinilla y se fue al suelo boca abajo".

"Pretender desquiciar esta palpitante realidad, imputándole a la víctima agresividad y peligrosidad en su confiada e ingenua actitud, es pretender tornar la noche en día y perder todo asomo de razón y autoridad en la interpretación de los hechos. Quien se afianza en aseveraciones falsas se ve obligado a echar mano de inexactitudes como estas: "a). Horacio Montes fue llevado a la cantina, teatro de los hechos, por Angel María Correa, con el propósito abrigado por éste, de atacar a mi defendido...; Angel María Correa incitó a Montes para que agrediera a Marín Agudelo. Afirman dos deponentes que Correa se secreteaba con Montes, hecho que fue repetido varias veces.... Angel María Correa, en el desarrollo de su criminal propósito, fue a buscar a Montes a su casa de habitación, cuando éste muy posiblemente se hallaba acostado... Pura imaginación; ésto no halla ningún respaldo en los autos. Antes bien, la viuda de Montes es enfática en negar tales cosas".

Considera el Ministerio Público, por último, que "el desarrollo de los hechos pone de presente el

frío cálculo, el incesante acecho, simulando cordialidad para asegurar el golpe mortal y definitivo, sin ningún riesgo y con la fuga al fondo...".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Con los elementos de juicio traídos al proceso y a los cuales ya se ha hecho referencia, no cabe sostener, como lo hace el demandante, que el Tribunal Superior de Manizales interpretara o estimara los hechos en desacuerdo con su valor probatorio. Antes bien, al rechazar la versión dada por Marín Agudelo, según la cual obró ante una inminente amenaza contra su persona, de parte de Horacio Montes, consistente en que éste sacó una peinilla hasta la mitad de la cubierta, no sólo tuvo en cuenta que esta aseveración aparece desvirtuada por quienes declaran que tal intento de sacar la peinilla lo hizo Montes luego de ser herido mortalmente por el procesado y cuando éste ya había huído, sino también la doctrina de la Corte, según la cual "la defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió...", (G. J. Tomo LXIV, pg. 526, sentencia de 25 de junio de 1948).

En efecto, como anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, ningún apoyo en las pruebas tiene el dicho de Marín Agudelo. Antes bien, los testigos que tomaron conocimiento de los hechos, están acordes en que Horacio Montes fue herido por Marín Agudelo cuando aquel se encontraba sentado, y que así mortalmente lesionado se levantó sólo para dar algunos pasos y caer moribundo.

Si algún intento de sacar peinilla hizo Montes, esto sucedió, como se ha dicho, luego de ser atacado por Marín Agudelo. En efecto, Eduardo Londoño dice que "Horacio Montes...", luego de ser herido... "dijo: "ay me matates" y entonces trató de sacar la peinilla y ahí mismo cayó al suelo...", (fl. 59 v.); y Humberto Zuluaga declara (fl. 4 v. y 5) que "Montes..." luego de herido por Marín Agudelo... "anduvo unos pasos, trató de sacar la peinilla y se fue al suelo boca abajo".

Ahora bien:

En cuanto a la confesión hecha por Marín Agudelo, se tiene lo siguiente:

La parte aceptada por el Tribunal Superior de Manizales en la sentencia recurrida, aparece comprobada por otras pruebas. En cambio la eximente de responsabilidad, por legítima defensa, que alega el confesante, resulta desvirtuada, como se ha visto, por los testigos presenciales de los hechos. De consiguiente, esa confesión es divisible, como se desprende de las siguientes consideraciones que hace el tratadista Nicolás Framarino de Malatesta en su obra "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", (pág. 399 y ss.): "Dada una confesión calificada, no se la puede legítimamente dividir, rechazando parte y aceptando parte, si la rechazada no se presenta reprobada y la aceptada comprobada. La mera reprobación de una parte no autoriza a rechazar ésta, aceptando la otra sólo porque no está contradicha".

La confesión del procesado, como ocurre en este caso, puede legítimamente dividirse, porque una de sus partes está contradicha por las pruebas (la que busca la justificación del hecho por defensa legítima) y la otra está confirmada por varios testimonios (la imputación del hecho al procesado).

Esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 1942, (G. J. Tomo LIV, pg. 204) anota que "el dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad, cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil".

Esto es, que la **confesión** sólo es **indivisible** y debe aceptarse, por tanto, así en lo favorable como en lo desfavorable al sindicado, cuando en los autos no obra contra él otra prueba diferente y no aparecen elementos probatorios que la infirmen en lo que le es favorable.

Ningún reparo cabe, pues, al juicio que sobre las pruebas hizo el Tribunal Superior de Manizales en este proceso, en el que, dado el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, la valoración de los medios de convicción no está sometida a la previa apreciación del Jurado, pues el juzgamiento se hace sin la intervención de este.

De consiguiente, no demostró el recurrente que la conclusión a que llegó el juzgador es equivocada. Y sólo cuando son falsos los presupuestos que sirven de base al juicio hecho en la sentencia, o cuando se les da un entendimiento que realmente no tiene, cabe admitir la errada interpretación o apreciación de los hechos, o la atribución de un valor probatorio que no tienen, a los fines de la causal segunda de casación.

Respecto a la estimación de la prueba, la función de la Corte "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documen-

to que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad...", (G. J. Tomo LXXXI Nos. 2160 y 2161, pgs. 845 y 846).

El cargo aducido es, pues, inoperante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de 16 de marzo de 1960, por la cual condenó a José Javier Marín Agudelo a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Horacio Montes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León. Secretario.

BIBLIOTECA

NULIDAD CONSTITUCIONAL EN UN JUICIO POR HOMICIDIO CULPOSO

1—Una atenta lectura del Decreto 012 de 1959 lleva a la conclusión de que sus normas solamente son aplicables en el juzgamiento de los delitos que dicho estatuto enumera taxativamente en los once numerales de su artículo primero. Entre ellos no figura el homicidio culposo.

2—La aplicación del procedimiento que se consagra en el Decreto 012 de 1959 a delitos no enumerados allí taxativamente, acarrea una ostensible nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta; pues al juzgarse al acusado mediante un procedimiento de excepción y no conforme a las normas procedimentales ordinarias —que son en tal caso las de imperativa aplicación— se violan derechos y prerrogativas consagradas por la ley en beneficio del procesado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

V I S T O S :

Mediante fallo del cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, el Juzgado Primero Superior de Ibagué condenó a Gabriel Ramírez Vásquez, como responsable del delito de Homicidio, a la pena principal de un (1) año de prisión y accesorias correspondientes, providencia que fué confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad nombrada el seis de mayo del corriente año.

La sentencia de segundo grado fué recurrida en casación oportunamente por el doctor Carlos A. Lozano Agudelo, apoderado de Ramírez Vásquez, quien en tiempo hábil formuló ante esta Corporación la respectiva demanda.

Agotados los trámites propios del recurso, esta Sala de la Corte procede a resolverlo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

De autos se desprende que el diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta y ocho, aproximadamente a las ocho de la noche, un camión conducido por Gabriel Ramírez Vásquez sufrió una violenta colisión con la locomotora número 88, manejada por Simón Díaz Granados, en el punto en que la carretera que lleva de Ibagué a Girardot se cruza con la línea del ferrocarril. Dentro de la cabina del camión viajaban, además del conductor, el ayudante, Luis Ernesto Cangrejo, y un pasajero. A consecuencia del accidente Luis Ernesto Cangrejo sufrió una grave herida en el muslo derecho, la cual, habiéndole interesado la arteria femoral, le produjo la muerte, por anemia aguda, según concepto del legista. (F. 24, cuaderno primero).

Iniciada la investigación de los hechos por el Corregidor de Buenos Aires, pasó luego, por competencia, al Juez Primero Superior de Ibagué, quien mediante providencia del 27 de noviembre de 1959 declaró cerrada aquella y ordenó el envío del expediente al Agente del Ministerio Público para que se produjera el concepto de fondo. Este consideró que se había omitido la práctica de algunas diligencias, y solicitó del Juez la reapertura de la investigación para que se llenara el vacío anotado. Atendida la solicitud del Fiscal colaborador y producidas las pruebas referidas, el Juez, en providencia del 30 de julio de 1959, ordenó poner el expediente a disposición de las partes por el término común de tres días para que presentasen los alegatos de conclusión, vale decir,

le imprimió al proceso el trámite previsto en el Decreto 0012 de 1959.

El Agente del Ministerio público opinó que la responsabilidad de Ramírez Vásquez se hallaba demostrada y pidió que se le condenara por homicidio culposo en la persona de Luis Ernesto Cangrejo. El Juzgado, acorde con el fiscal, profirió la citada providencia condenatoria, e impuso a Ramírez Vásquez la pena de un año de prisión. El Tribunal, siguiendo los trámites del Decreto 0012, confirmó el fallo del inferior.

LA DEMANDA

Se solicita la invalidación del fallo recurrido con fundamento en las causales cuarta y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. El libelo está metódicamente concebido y se ciñe, en el fondo y en la forma, a los requisitos que exige el recurso extraordinario de casación.

Para impugnar la sentencia recurrida, el demandante se apoya fundamentalmente en la causal cuarta, demostrando que aquélla es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En efecto, el recurrente advierte que la sentencia recurrida se produjo sin que se observaran en el proceso la plenitud de las formas propias del juicio, por cuanto éste se tramitó conforme a las normas excepcionales del Decreto 0012 de 1959, cuando debió imprimírsele la tramitación preestablecida por el Código de Procedimiento Penal, ya que se trata, en el caso sub-judice, de un delito culposo. Todo lo cual significa, en sentir del demandante, que se está en presencia de una nulidad supralegal, con respaldo en el artículo 26 de la Constitución.

Sobre el particular razona así el impugnador en importante pasaje de su demanda:

"Nuestra norma constitucional consagra las garantías procesal (sic) en el artículo 26 que dice: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunacompetente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'."

"La sentencia recurrida, fué dictada sin haberse observado la plenitud de las formas propias de cada juicio, ya que no se le dió la tramitación legal al juico conforme a lo preestablecido por la ley procedimental penal, sino a una norma de excepción, y que no cabe aplicar dentro de los procesos que se adelanten por delitos culposos, como sucede en el caso de que nos ocupamos".

"Ya se ha visto que en este juicio, tanto en la primera instancia como en la segunda, se le dió la tramitación consagrada por el Decreto Extraordinario número 0012 de junio 4 de 1959, cuando ella no cabe tratándose de delitos culposos. En efecto:

"El artículo 1º del mencionado Decreto, dispone:

'Los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por Comisión del Ministerio de Justicia en el Territorio de los Departamentos en donde subsiste el Estado de Sitio, son competentes para instruír y fallar en primera Instancia los Procesos que se adelanten por los siguientes delitos:

'1º Del homicidio, excepción hecha del homicidio culposo;

'2º .....'.

"Si bien se dice en la norma anterior, que la facultad de instruír y fallar se da a los Jueces de Instrucción Criminal en los negocios de que trata la misma norma, no debe interpretarse que sólo se refierè a estos funcionarios, ya que el artículo 2º del mismo decreto no hace distinción, pues afirma:

'La instrucción y fallo de los procesos a que se refiere el artículo anterior se hará conforme al procedimiento que se establezca en los artículos siguientes'.

"De conformidad con la anterior disposición, los únicos procesos que se instruyen y fallan con la tramitación consagrada en el Decreto, son los que se refieren a los delitos especificados en los numerales 1 al 11 del artículo 1º y no a otros, porque no lo ha consagradò así la ley".

"La justicia del Tolima ha interpretado en forma distinta este Decreto, y considera que todo delito cometido en los Departamentos en donde subsiste el Estado de Sitio, debe dársele la tramitación del Decreto 0012, según dispone el artículo 10º de la misma obra, que a la letra dice:

'En los Departamentos en donde aún subsiste el Estado de Sitio, los Jueces Superiores, de Circuito o Municipales, **en los términos del presente Decreto**, se sujetarán a las normas siguientes:

'a). Si al entrar a regir este Decreto ya se hubiere proferido auto de proceder aun cuando, no se haya ejecutoriado, el juicio se realizará según lo establecido en el Código de Procedimiento Penal'.

'b). Si no se hubiere dictado auto de proceder se aplicarán las normas establecidas en este Decerto'.

'c). A los sumarios en curso se aplicarán las normas establecidas en este Decreto'.

'd). Los procesos que se iniciaren con posteriori-

dad a la vigencia de este Decreto se regirán por las normas del mismo'.

'e). La apelación y consulta de las providencias de los Jueces Municipales, se surtirán ante los Jueces del Circuito' " (El subrayado es del recurrente)

"Pero yo considero —concluye— que dicha interpretación es errónea, ya que al hablar el legislador 'en los términos de este decreto' se está refiriendo a los delitos enunciados en el artículo 1º a los cuales quiso someterlos a una legislación de excepción, y ésta no puede aplicarse a casos distintos del (sic) contemplado por ella. 'Quae in unum casum concepta sunt, ad alios casus trahi non debent' ".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría, representada en este caso por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, tras algunas juiciosas consideraciones sobre el alcance del Decreto 0012, concluye afirmando que sus normas no pueden aplicarse sino en los procesos que se adelanten por los delitos expresamente señalados en él. Y agrega:

"Así, se perpetra una clásica y muy grave violación de las garantías constitucionales de defensa, si arbitrariamente se desplaza su operabilidad para casos como el presente".

"Debe destacarse que el numeral primero del artículo 1º del decreto, con obvia claridad exceptúa al homicidio culposo de la legislación de excepción que más adelante puntualiza. Contra esta perentoria salvedad nada puede objetarse, y es, a más de errónea, descuidada, la interpretación de los funcionarios que, dando espaldas a las normas claras, se llevan de calle las reglas fijadas por el Código Civil en su artículo 27: 'Cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu' ".

"La nulidad supralegal planteada obtiene toda prosperidad, en razón de que se hace ostensible la violación de derechos y prerrogativas especiales consagrados por la ley en beneficio del procesado. Observada por el lado de la finalidad social con que fue erigida este tipo de nulidad se halla que constituye grave atentado contra la organización judicial, desde luego que, como en el caso sub-lite, 'desampara a los ciudadanos y los deja librados a la arbitrariedad de los jueces...' ".

Finalmente expresa el señor Procurador:

"De lo dicho se colige que, existiendo —como existe—, una nulidad constitucional evidente, la procedimental, es inevitable, en fuerza de las circunstancias; y siendo innecesario el examen y respuesta de la causal 2ª —también alegada por el impugnador—, este Ministerio Público atentamente conceptúa que la causal cuarta está cabalmente demostrada".

SE CONSIDERA:

Una atenta lectura del Decreto 0012 de 1959 lleva a la conclusión de que sus normas solamente se aplican en el juzgamiento de los delitos que dicho estatuto enumera taxativamente en los once numerales de su artículo primero, entre los cuales no figura el homicidio culposo. Es evidente que en el caso de autos, no obstante que se trata de un homicidio de esta modalidad, el juicio fué impulsado conforme a las normas excepcionales del mencionado decreto, imperantes únicamente para determinados ilícitos —se repite— en los Departamentos del país en donde subsiste el régimen de legalidad marcial. Por tanto, es incuestionable que al juzgarse a Gabriel Ramírez Vásquez mediante un procedimiento de excepción, y no conforme a las normas procedimentales ordinarias —que eran en su caso las de imperativa aplicación— se violaron derechos y prerrogativas consagradas por la ley en beneficio del procesado. De lo cual se deduce sin el menor esfuerzo, como lo sostienen el demandante y el Ministerio Público, que se está aquí en presencia de una ostensible nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, y que, en consecuencia, previa invalidación del fallo impugnado, procede aplicar el artículo 570, ordinal b), del Código de Procedimiento Penal.

Habiendo prosperado la causal cuarta, invocada por el recurrente como principal, se hace innecesario el examen de la segunda, planteada como subsidiaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de la Procuraduría y acorde con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo recurrido y ordena reponer el procedimiento a partir del auto de 30 de julio de 1959.

Devuélvase el proceso a quien corresponda por conducto del Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta.—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO POR EL APROVECHAMIENTO DEL ESTADO DE INDEFENSION DE LA VICTIMA

1—La afirmación del procesado de que le 'dio rabia' no es suficiente para que a ese supuesto estado de ira se le atribuyan las condiciones señaladas en el artículo 28 del Código Penal, de haber sido provocada por grave e injusta ofensa, calidades de la provocación que deben ser apreciadas por el juzgador. La ira provocada injustamente pero no debida a una ofensa grave, es apenas una circunstancia de menor peligrosidad (ord. 3º, artículo 38/del C. P.), que no alcanza a cumplir los efectos atenuadores de la responsabilidad previstos en el artículo 28 citado primeramente. Y cuando le falta la condición de injusticia a la provocación, ni siquiera puede tomársela como tal circunstancia de menor peligrosidad.

2—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 acechanza, 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 del artículo citado.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

V I S T O S :

Cumplida la tramitación correspondiente, procede esta Sala Penal de la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el doctor Jorge Pinzón Urdaneta, en su condición de apoderado de Saúl Jiménez Salazar, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 8 de febrero de 1960, por el cual elevó a quince (15) años de presidio la pena de ocho (8) que el Juzgado 3º Superior de Manizales, en fallo de 8 de octubre de 1959, había impuesto al nombrado Jiménez Salazar, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Carlos Emilio Vásquez.

H E C H O S :

El día 9 de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve el señor Heriberto Soto dio el siguiente informe al señor Alcalde de Aranzazu:

"...más o menos a las seis y media de este día iba yo acompañado de mi hermana Israel Soto a trabajar en Alegrías, y nos encontramos el cadáver de un hombre adulto, de la carretera para arriba, por el camino viejo, más arriba de la cantina de misiá Inés Gallo, que queda en El Crucero; el cadáver está en todo el camino, todo macheteado... No le vimos arma alguna cerca del cadáver, ni ningún otro objeto. El cadáver está boca abajo, calzado un pie, tiene pantalón de paño color café y está desnudo de la cintura para arriba...".

Atendida la anterior denuncia, el señor Alcalde de Aranzazu llevó a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver de Carlos Emilio Vásquez Salazar, habiendo dejado el instructor testimonio de que la víctima no fue despojada de algunos bienes que portaba, entre ellos la suma de doscientos trece pesos (fls. 3 a 5 v., del tercer cuaderno).

La diligencia de autopsia da cuenta de que Vásquez Salazar sufrió veintidós heridas, causadas con arma cortante, las cuales "seccionaron arterias de importancia..." y le ocasionaron la muerte "por anemia aguda...", (fls. 6 a 7 v., del mismo cuaderno tercero).

Ahora bien:

Dentro de un encomiable esfuerzo investigativo, fueron recibidas numerosas declaraciones, algunas de las cuales contienen informes constitutivos de serios indicios, que señalan a Saúl Jiménez Salazar como autor de los hechos que dieron lugar a esta averiguación penal. Esos informes están contenidos en los testimonios de las siguientes personas, que aparecen en el cuaderno tercero del proceso, así:

a).- **Pedro Luis Gómez Giraldo,** (fls. 25 y 25 v.), quien declara que "...un hermano de Javier Jiménez, que llama (sic) Saúl Jiménez, que decía éste que Carlos Emilio Vásquez, el difunto, que lo estaba persiguiendo; que haciéndole propuestas con el fin de..." cumplir el acceso carnal homosexual..., "aunque yo no había oído decir que el occiso o difunto fuera de malas costumbres, antes, por el contrario, el occiso Vásquez ha tenido muy buena reputación en todo sentido, y que después, que al otro día o que en una parte sola, que no los viera la gente. Esto fue ahora el sábado (o sea el siete de los corrientes)...", es decir, el día anterior al en que fue muerto Vásquez Salazar.

b). **Francisco Ramírez,** (fls. 41 a 43), dice que "hoy oí decir..." —declara el 9 de marzo de 1959—... "que el señor León Gómez, hijo de don Luis, que donde cogiera al señor Carlos Vásquez lo mataba, que lo volvía picadillos, esto me lo dijo el señor Francisco Noreña. Y otra persona que no me acuerdo me dijo la misma cosa, aquí en este café del lado de arriba, en presencia del señor Carlos Gómez, el que llaman Perrafija por apodo, que es cambiador de bestias, dijo que Saúl o el hermano de éste que no recuerdo como llama (sic) le había dicho a León Gómez que donde cogiera a Carlos Vásquez lo volvía picadillos, no dijo por qué...".

Refiriéndose a Vásquez Salazar, expresa lo siguiente:

"Oí decir que el señor Carlos Gómez, que llaman Perrafija, dijo hoy en presencia del señor Francisco Noreña, que era..." invertido sexual..., "que había comenzado a molestarlo y volvió y dijo Carlos Gómez que habían cogido al señor Carlos Vásquez con el señor Tomás Montoya, que es de allí mismo de La Paila..." practicando el acceso carnal homosexual... "por la calle que cruza por detrás de la Iglesia...".

Sinembargo y en relación con esto último, el señor Carlos Emilio Gómez Noreña, (fls. 37 y 37 v), manifiesta que nada le consta sobre enemistades que tuviera Vásquez Salazar, ni en relación con personas "que le tuvieran fastidio..., ni oyó decir nada sobre el particular".

c). **Marco Tulio Salazar,** (fl. 83), informa que "un hijo de Pachito Noreña... me dijo este sábado que pasó, o sea el catorce de los corrientes..." (marzo de 1959)... "que yendo por el camino... se había ido el domingo por la tarde con Saúl Jiménez... y que le había visto la ropa ensangrada...", y que Saúl le explicó que era "que había habido una riña y me chuzaron". Que esto lo contó el declarante a Miguel Chalarca y a Narcés Echeverri.

d). **León Gómez,** (fls. 83 v. a 85), declara que estuvo "el sábado, siete de los corrientes..." (rindió testimonio el 16 de marzo de 1959)... "jugando un chico de billar en la fonda de los señores Vásquez, en La Paila, entre las seis y media y siete de la noche... De pronto, de un momento a otro, pensé en venirme para Aranzazu, y así lo manifesté en la fonda, diciendo: quién se va conmigo, y entonces me dijo Carlos Emilio, el occiso, que se venía conmigo, que me fuera yo a cambiar de ropas. Ahí estaba ese muchacho Saúl Jiménez y dijo: vámonos los tres. Luego dejé el viaje y le mandé a decir a Pedro Nel Vásquez, hermano del occiso, que le dijera a Carlos que dejara el viaje, que yo le había visto a Saúl mucha gana de venirse con nosotros dos, que quién sabe qué sería. Entonces dejé el chico, o mejor, lo acabé y me puse a conversar con Saúl Jiménez y me dijo Saúl que nos viniéramos, que era que el otro muchacho, o sea Carlos Emilio, el muerto, tenía mucha gana de venirse con nosotros, que hacía como quince días venía haciéndole propuestas..." para practicar el acceso carnal homosexual... "y todos dos estaban muy animados a venirse juntos conmigo, y como comprendí que era mucha la gana de venirse juntos, entonces los despisté...".

Preguntado este testigo si era cierto que "le manifestara a Pachito Noriega y a Carlos Gómez (Pe-

rrafija)... en días pasados, que Saúl Jiménez o un hermano de éste había dicho que donde cogiera a Carlos Vásquez lo volvía picadillos, sin decir el por qué", contestó que "con Perrafija hace mucho tiempo que no converso con él..."; y que "no recuerda..." qué le manifestó al muchacho, hijo de Francisco Noriega, "en relación con el caso que se viene investigando".

e). **Julio César Salazar,** (fl. 141) da cuenta de que Narcés Echeverri le dijo, "hace alrededor de veinte días"... (declara el 1º de abril de 1959)... "que un chofer, cuyo nombre no mencionó, le había dicho que había visto a un muchacho Jiménez enterrando una peinilla, y que luego se había aventado a la carretera...; que eso lo vio el chofer ese domingo, víspera del hallazgo del cadáver..." de Vásquez Salazar.

Y llamado a declarar **Narcés Echeverri** (fl. 150), acepta que "a los ocho días de haber matado al señor Carlos Emilio Vásquez, o sea el domingo siguiente... estaba yo en Filadelfia, cuando estuvimos mi persona, Elías López, Diego Salazar y Julio Enrique Castrillón, tomando cerveza. Ahí nos pusimos a comentar la muerte de Carlos Emilio, y entonces Elías López dijo en estas condiciones: "que él había visto bajar a Saúl Jiménez, que bajó directamente al establo, en El Crucero, y que se montó en un carro —no me dijo qué carro— tapado la cara un poco con la ruana, que se montó en el carro y se bajó en Los Lavaderos, que quedan en el puerto, y que pagó el pasaje con un billete de un peso, ensangrado. Elías no me dijo más".

Por su parte, **Elías López,** (fl. 155) dice ser cierto que informó a Narcés Echeverri lo que éste relata, pero agrega que él lo supo de boca de Elías Salazar, sujeto éste que le expresó que a él también se lo había relatado otra persona, cuyo nombre no mencionó. Sinembargo, **Elías Salazar** nada informa sobre lo declarado por Elías López, (fl. 136 v.).

f). **Aldemar Arenas Marín,** (fls. 110 y 110 v.), dice que "Rigoberto Cardona le dijo que a Saúl Jiménez..." lo había visto Leonidas Cuervo "con la camisa ensangrada".

Pero llamado a declarar, manifiesta que "lo único que sé decir es que ví salir al finado Carlos Emilio Vásquez en un carro, automóvil, no sé quién sería el chofer, para Alegrías; no doy razón qué otras personas irían en ese carro...".

g). **Luis Efrén Noreña,** (fls. 153 y 153 v.), afirma que "Benjamín Cardona y yo salimos de aquí del pueblo ese domingo en que ocurrió la muerte de Carlos Emilio Vásquez, más o menos a las dos y media de la tarde. Más arriba del Puerto alcanzamos a Saúl Jiménez, quien iba a paso ligero, en cotizas y con ruana en forma que parecía que tenía frío, a pesar de que no estaba lloviendo, ni estaba haciendo frío, e iba muy serio, cosa que no es común en él, ya que ha sido muy simpático y ha sido amigo mío y hasta vecinos, pero sí nos contestó el saludo, aunque no nos autorizó más conversación".

Agrega que "la señora Rosaura Cardona... estuvo en mi casa, no recuerdo la fecha, pero eso fue después de la muerte de Carlos Emilio, haciéndonos visita, y comentando sobre la muerte de Vásquez, nos dijo que "a la Paila había ido un tipo de Buenavista —no dijo el nombre— diciendo que ese domingo que habían matado a Carlos Vásquez, le había preguntado al señor Saúl Jiménez que por qué tenía la ropa ensangrentada, y que Saúl Jiménez le contestó que porque había tenido una riña aquí en Aranzazu, y que lo habían chuzado".

Citada a rendir testimonio la señora **Rosaura Cardona,** primero niega lo aseverado por Luis Efrén Noreña. Pero realizado inmediatamente después un careo con este último, termina aceptando que "si dijo eso, pero que era lo que la gente decía, pero no que yo supiera", (fls. 192 a 193v.).

h). **Salomón Salazar Zuluaga,** (fls. 178 v. y 179), declara lo siguiente:

"Preguntado: ¿Como el suscrito juez, en asocio de su Secretario, fue conducido por Ud. en el vehículo... Auto Legal, y en el vehículo se suscitó una conversación sobre la muerte del señor Carlos Emilio Vásquez, sírvase Ud. decir, o mejor, repetir lo que Ud., a indicación del Secretario, le preguntó al señor Elías Salazar, alias Apicalá, y lo que éste le contestó. Respondió: "A instancias del señor Secretario, a quien antes no conocía, y quien se bajó del carro y con disimulo me dijo que le preguntara a Apicalá que cómo era ese cuento de que dizque él, Apicalá, había traído a esos muchachos Jiménez en el carro, desde El Crucero, yo le hice esa pregunta a Apicalá y él respondió que él no se acordaba si los había traído o nó, que como en el camino se montaba tanta gente, era difícil recordarlo...".

"Preguntado: Diga Ud. si recuerda que Apicalá, refiriéndose al mismo tema, dijo que había una vaina muy grave y era que Inés había dicho que a los muchachos Jiménez los habían visto ese domingo que mataron a Carlos Emilio Vásquez en el

Crucero?. Contestó: Yo recuerdo que él dijo, que el que la hizo que la pague, y dijo que esos muchachos estaban muy hundidos y que no les quedaba sino dos caminos: que confesar o más se fregaban, pero no recuerdo haber oído decir lo de la señora Inés, que se me pregunta".

i). **Javier Ocampo García,** (fls. 181 y 181 v.), pone en conocimiento del instructor, (el Juzgado 136 de Instrucción Criminal), que "hace por ahí un mes..." (declara el 13 de abril de 1959)... "eso fue un domingo... y recuerdo que al otro día, un lunes, apareció el señor Carlos Vásquez muerto... yo estaba ahí en La Fragua,.. y entonces el tipo ese señor Saúl Jiménez me dijo que le prestara una camisa y yo le dije que no, porque tenía la ropa lejos... entonces yo salí, fuí a la casa y le traje la camisa y se la entregué; entonces el muchacho salió para la calle... El llegó con una ruana puesta y ví que tenía camisa, porque le ví el cuello por encima de la ruana que tenía puesta...; que Saúl Jiménez fue únicamente a que le prestara la camisa".

j). **José de Jesús Toro Patiño,** (fls. 183 a 185), informa que los hermanos Javier y Saúl Jiménez "han sido jugadores, y lo único que sé de ellos es que estuvieron en el Valle, sin que sepa cuánto tiempo estuvieron allá; no sé en qué pueblos del Valle estuvieron, ni qué estuvieron haciendo, pero sí comentaban en la casa que les había ido muy bien y también les había ido muy mal, porque también les había tocado dormir en el monte, que no tenían necesidad de trabajar y que la pasaban muy bueno. Recuerdo que una noche oí que Javier le comentaba a Saúl que por culpa de Saúl habían metido a Javier a la cárcel y Saúl decía que por culpa de Javier había sido. Otra vez comentaban que en la cárcel habían hecho cuarto a Saúl para que se volara y que le dijeron que se volara haciendo zig zag, como revolándole a una bala y haciéndose de un lado para otro".

En relación con la personalidad de Carlos Emilio Vásquez, expresa lo siguiente:

"Lo único que sí tenía él era que era muy rezandero, era muy católico, muy metidito y allá en La Paila lo tenían dizque por..." invertido sexual... "porque.... en la casa mantenía adornos y cositas así como de mujer; pero a mí no me consta nada contra él; únicamente sí decían que era..." invertido sexual. El matenía adornos, así como de señorita".

k). **Ramón Gómez Montoya,** (fls. 191 a 192 v.), refiriéndose a la personalidad de los hermanos Javier y Saúl Jiménez Salazar, dice que "ellos por aquí no han hecho nada. Contra ellos no conozco nada. Pero ellos como que estuvieron un año en el Valle y después por aquí no han hecho nada. Ellos han sido viciosos para el trago y el juego. A ellos los llaman Los Verdolagas, porque al papá lo llaman Verdolago".

Este declarante es el Director de la Cárcel de Aranzazu.

Los datos contenidos en las anteriores declaraciones, constitutivos, como ya se dijo, de serios indicios de que el procesado Saúl Jiménez Salazar es el autor de la muerte de Carlos Emilio Vásquez Salazar, condujo a aquel, según el informe de los detectives números 1395 y 1830 que asesoraban al investigador, a confesar su responsabilidad en el delito de homicidio averiguado, si bien en su primera declaración de inquirir, rendida el 13 de marzo de 1959, (fls. 54 a 58) negó totalmente cualquiera participación en los hechos.

El informe de los citados detectives dice lo siguiente, (fls. 215 y 216 del tercer cuaderno):

"El día viernes diez y siete de los corrientes..." (abril de 1959)... "en las oficinas del despacho del Juzgado 136 de Instrucción Criminal, sometimos a intenso interrogatorio al sindicado Saúl Jiménez, quien posteriormente y al verse acosado por los indicios que contra él militaban, decidió confesar plenamente ser el autor de ese ilícito..." (el de homicidio en la persona de Carlos Emilio Vásquez Salazar)... "Esta confesión fué plena y espontánea, no habiéndose utilizado ningún medio coercitivo, ni coacción de ninguna clase..."

"Posteriormente...", agregan los detectives informantes... "nos trasladamos a la fracción denominada La Quinta, en jurisdicción del municipio de Filadelfia y allí verificamos el decomiso de la peinilla marca Aguila, de 16 pulgadas, usada, con la correspondiente cubierta. Esta peinilla, según la confesión de Saúl Jiménez, fue la que éste utilizó para dar los peinillazos que acabaron con la vida del señor Carlos Emilio Vásquez. Asimismo decomisamos una camisa blanca, de cuello, puño sencillo, marca Arrow, prestada por el señor Javier Ocampo (alias Piquiña) al homicida, después de que este había regresado de la región de Alegrías, donde dejó sin vida a golpes de peinilla al citado Vásquez Salazar.

"Al confesar Saúl Jiménez manifestó que el señor Pedro León Gómez también había participado en la comisión de este ilícito, pero posteriormente logramos comprobar que Jiménez pretendía hacer recaer complicidad o responsabilidad en

Pedro León, por ser éste el primer testigo que declaró en su contra, testimonio del cual se derivaron los indicios que hicieron posible la localización de Jiménez. Este, es decir Saúl Jiménez, trata de sustraer a su legítimo hermano Javier de la presente investigación, diciendo que éste no tuvo ninguna participación, ni conocimiento posterior o anterior del hecho. Sinembargo la multiplicidad de las lesiones que recibió el occiso Vásquez, hacen deducir lógicamente que en el hecho ha debido intervenir más de una persona".

La confesión de Saúl Jiménez Salazar quedó consignada, ese mismo día 17 de abril de 1959, en la ampliación de indagatoria, en los siguientes términos:

"El, Carlos Vásquez, hacía días que estaba sobre mí que fuéramos a..." practicar el acceso carnal homosexual... "a la manga de Juancho Montoya; yo le dije que no, que yo no era de esos; siguió encima y ya el domingo vine aquí al pueblo y él, Carlos Vásquez estaba aquí, me dijo que nos fuéramos para donde las Pategato con León Gómez y entonces nos fuimos y allá en el monte me dijo que se lo diera a él y yo le dije que no, entonces siguió ahí molestando, molestando y a yo me dio mucha rabia, se me echó ahí pal monte, y yo le dije que a donde, me dijo que aquí en el monte o aquí y allá me dijo que sí, que si íbamos a hacer, a..." practicar el acceso carnal homosexual ... "en el monte; entonces él se metió y se desvistió y entonces yo llevaba ahí la peinilla y le pegué un peinillazo én las espaldas y él estaba en cuatro patas... y él me dijo que..." realizara la intromisión viril por el esfínter anal...; "apenas me dijo así, yo le pegué el peinillazo, se paró y se me fue a aventar a quitarme la peinilla y yo le pegué peinilla y se voló y por una lomita por más encima por donde entramos; corrió y se aventó al camino y León Gómez iba ahí y también le dio peinilla ahí, y de ahí nos vinimos; yo estuve en la zona donde la Ñata, me tomé un aguardiente con Gonzaga Montoya, y de ahí salí y me fuí para donde Marín Mejía, me tomé unas cervezas y no más; y de ahí salí y me fui para la casa".

Del interrogatorio que luego le hizo el funcionario de instrucción, cabe transcribir lo siguiente:

"Preguntado: Diga, si no tiene inconveniente, en qué vehículo viajó Ud. al Crucero, a qué hora salió para allá, en compañía de quién o quiénes y a dónde se bajó allá?. Contestó: No me acuerdo en qué vehículo; en un automóvil sí era, yo salí por ahí a la una y media o dos para el Crucero, nos fuimos los tres en el carro, León Gómez, Carlos Vásquez y yo, nos bajamos allá en donde don Domingo Giraldo; el pasaje lo pagó Carlos..".

"Preguntado: Diga Ud. si a bien tiene, si después de haberse bajado del carro siguió con Carlos o explique qué hicieron allá apenas llegaron al Crucero? Contesto: León y Carlos se entraron para donde Inés Gallo y yo también; ahí nos tomamos de a Pony Malta, yo me quedé junto al camino. Claro que yo no tomé Pony Malta allí; Carlos tomó y me parece que León también tomó y luego nos fuimos para arriba; yo me fuí adelantico y después atracito se fueron ellos. Más arriba me paré a esperarlos y ellos me alcanzaron y me dijeron: camine; y León me dijo: siga; yo me voy a entrar aquí al campo a... defecar...": León, pues, fue el que dijo eso Yo seguí de ahí para arriba y más arriba ya comenzó Carlos a molestarme, me mando la mano aquí abajo, a las..." (los testículos)... "y me dijo que me desabotonara, y yo le dije que no, que qué tal y le dije que respetara, **y ahí nos metimos al monte** y me dijo que le diera por el..." ..(que realizara el acceso carnal homosexual)... "o que me daba y yo le dije: no; eh, ah; y me dijo: me da o le doy, y entonces ya me dio rabia a mi (en este estado el indagado se sonríe maliciosamente) **y ahí nos metimos al monte por una barranquita".**

"Preguntado: Sírvase decir con qué intenciones se metió Ud. con Carlos Vásquez y León Gómez al monte, donde Ud. acaba de referir que se metieron? Contestó: **Nos fuimos allá a...**" practicar el acceso carnal y homosexual..., **"pero no hicimos nada,** no; **él fue y se me puso en cuatro patas ahí; León estaba más abajo..**" defecando... **"y cuando Carlos se aventó al camino, que iba yo volao, León venía allí ya y se aventó y le dio peinilla".**

"Preguntado. Diga si en ese mismo lugar, entre el monte y antes de que Carlos se volara por el barranquito que se tiró, Ud. le alcanzó a pegar otros machetazos más? Contestó: Yo le dí mucha peinilla y de ahí se me voló y cuando él se me aventó al camino y allá le pegué uno en la cabeza y ya él se quedó ahí y él ya no habló y se quedó allí".

En este estado el funcionario de instrucción le recibió juramento al indagado y éste, espontáneamente, manifestó "que no jura, porque en verdad Pedro León Gómez no fue con él al Crucero y tampoco le ayudó a matar a Carlos Vásquez". Y agrega: "Yo juro que Pedro León no fue conmigo, juro que fui yo solo, y que nadie me ayudó a matarlo". Explica que al principio de la diligencia

le hizo tal imputación a Gómez, porque "me tenía rabón, porque dijo aquí lo que no era; dijo en la indagatoria que yo había dicho que iba a volver picadillo a Carlos Vásquez, o eso lo dijo en una declaración que le tomaron".

Agrega, en razón de nuevas preguntas que le formuló el funcionario de instrucción, lo siguiente:

1º Que con Carlos Vásquez no había tenido disgusto alguno, antes de los hechos;

2º Que no había "pensado o planeado matar a Carlos Vásquez...";

3º Que ese mismo domingo le contó lo sucedido a Javier "Piquiña" o Javier Ocampo, y "yo le dije que me prestara una camisa y él me la prestó". Explica que informó a éste de los hechos, porque le averiguó por qué tenía ensangrentada la camisa y, entonces, él le dijo que "por ahí que pelié con uno, pero yo no le dije que con quién había peleado, ni nada".

4º A la pregunta de "quiénes fueron las personas que le ayudaron a cometer el delito y qué personas son cómplices o planearon esto", Contestó que **"el jueves yo me encontraba** en el cafetal y de pronto me puse a pensar en todo lo que él me había dicho y cuando el viernes él volvió a la casa a ver cómo estaba la luz y me llamó por la noche y yo estaba donde el señor Ramón Gómez... cuando venía me llamó Carlos Vásquez y me dijo: "vamos a donde don Emiliano Vásquez que está muy malo y apenas llegamos a la puerta, me dijo que nos metiéramos a la manga de don Juancho Montoya, y allí me dijo que..." practicáramos el acceso carnal homosexual... "y yo le dije que no, y allí mismo fuí voltiando y me llamó nuevamente y me dijo que qué iba a hacer y entonces yo le contesté que me voy para la casa, y al otro día me fuí a trabajar y por la tarde volví a La Paila y volvió en las mismas condiciones, que fuéramos a..." practicar el acceso carnal homosexual... "a los bajos de la casa, y yo le dije que respetara, que dejara de molestarme, que yo no era un..." homosexual...; "el sábado volví allá otra vez y volvió y me llamó y comenzó a charlar conmigo de lo bueno que había quedado la luz en la Chec, y volvió y me dijo que nos fuéramos para donde don Emiliano Vásquez... y que por ahí derecho nos metíamos para la manga de Juanchito Montoya a..." practicar el acceso carnal homosexual.

Por último, fueron recibidas varias declaraciones a solicitud de la parte civil en este negocio, según las cuales Carlos Emilio Vásquez Salazar no se comportaba en forma que pusiera de manifiesto inclinación sexual por las personas del mismo sexo, (fls. 275 a 282, del tercer cuaderno).

LA DEMANDA DE CASACION

Para solicitar la invalidación del fallo recurrido, el demandante alega las causales de casación previstas en los ordinales 1º y 2º del Artículo 567 del C. de P. P., así:

1º.— CAUSAL PRIMERA

Señala los siguientes cargos:

a). "El H. Tribunal Superior de Manizales...", dice... "violó la ley penal por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma, pues interpretó erróneamente el artículo 363 del Código Penal y lo aplicó indebidamente en la sentencia".

Afirma, sin que haga la demostración correspondiente, que su mandante, Saúl Jiménez, es "un premeditativo pasional". Y de este supuesto concluye en que "no existe en el caso de autos la premeditación con característica del homicidio agravado, como erradamente lo sostiene el H. Tribunal Superior".

Pretende el demandante, para fundamentar este cargo, que la Corte, en casación de 29 de septiembre de 1934, (G. J. Tomo XLI bis, pg. 184), dijo lo siguiente:

"Según Jorge Eliécer Gaitán (Bogotá, 1898-1948), no hay premeditación, sino hombres premeditativos. Cada hombre premedita la ejecución de un hecho de manera diferente. Distingue cuatro tipos de premeditativos: a), premeditativos constitucionales... b), premeditativos pasionales... c), premeditativos egocentristas... d), premeditativos condicionales o circulares..."; que en el caso de los premeditativos pasionales "no podrá..." la premeditación "ser un agravante, porque es la ausencia de sentimientos morales, sino precisamente la fuerza de estos lo que impide la ejecución inmediata y obliga al sujeto a premeditar...".

Pero en el fallo citado, lo único que expresa la Corte —y que también transcribe el demandante— es "la premeditación, fenómeno fundamentalmente subjetivo, ..." exige... "los siguientes elementos constitutivos: reflexión, intervalo de tiem-

po entre la determinación y la acción, y frialdad de ánimo...".

Seguramente el demandante, al encontrar en el Código Penal anotada por Ortega Torres, (pgs. 227 y 228 de su sexta edición) una cita del profesor Jorge Eliécer Gaitán, después de la cual sí aparece transcrita una doctrina de la Corte, de 29 de septiembre de 1934 (G. J. Tomo XLI bis, pg. 184), equivocadamente involucró lo transcrito de Gaitán dentro de la jurisprudencia citada.

Igualmente, auncuando sin aportar la demostración del estado psicológico de la ira en su mandante, con oportunidad del delito de homicidio porque fue condenado, (en la demanda se limita a afirmar que "Saúl Jiménez es un premeditativo pasional"), cita la siguiente jurisprudencia de esta Sala, (casación de 26 de octubre de 1943, G. J. Tomo LVI, pgs. 441 y siguientes):

"Hay diferencia, desde el punto de vista sicológico, entre la premeditación positiva y la premeditación condicionada. La premeditación constituye elemento del asesinato sólo cuando es positiva y acompañada de motivos innobles o bajos. El estado de ira e intenso dolor excluye la premeditación positiva, aunque la grave provocación que causó aquel estado y la reacción homicida no hayan sido simultáneas".

Lo transcrito, también traído en el Código Penal anotado por el doctor Ortega Torres, (obra citada), corresponde a la síntesis que del fallo de 26 de octubre de 1943 se hace en el "extracto de las doctrinas contenidas en él..." Tomo LVI, (pgs. 761 y 762 de dicho extracto). Lo expresado en el fallo es lo siguiente:

"La ofensa o la provocación que de esta nace puede crear o un estado de ira que impulsa instantáneamente al delito, es decir, inmediatamente después de la provocación, como habría actuado Maldonado la noche del 7 de diciembre si Orjuela y Acosta no le hubieran impedido la reacción contra Muñoz; o también puede crear un estado de intenso dolor que la posterior representación —momentánea o sorpresiva— de la provocación puede convertir en ira y producir la reacción delictuosa, como sucedió el nueve de diciembre cuando Maldonado se encontró intempestivamente con Muñoz y le exigió nuevamente reparación de la ofensa.

"No actuó Maldonado bajo el impulso de la clásica pasión razonadora, ni bajo la innoble pasión antisocial; y la premeditación que se le atribuye —si es premeditación— es la premeditación condicionada de que habla Ferri y no la verdadera y positiva premeditación, como el motivo determinante lo precisa. Ferri —recuérdese— presenta como ejemplo de la premeditación condicionada la del injuriado que va a pedir explicaciones al ofensor, es decir, la del que subordina la deliberación al cumplimiento de una circunstancia, o mejor de una condición. Y Maldonado, la noche del siete de diciembre, solicitó reparación o ratificación de la injuria, es decir, sí afirmó la existencia de la deliberación —resultado del intenso dolor causado por la provocación— excluyó la premeditación positiva; en síntesis, afirmó el dolo indeterminado con exclusión del dolo premeditado".

---

b). Afirma el demandante que "para que exista el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima, de que habla el artículo 363 del C. P., como característica del asesinato, es necesario que la situación de indefensión haya sido propiamente creada, estudiada y planeada por el actor del delito para asegurar la realización del crimen".

Y sin dar apoyo alguno a la anterior aseveración, en el examen de las circunstancias en que el delito de homicidio consumado en Carlos Emilio Vásquez Salazar fue realizado por su mandante y de las cuales da cuenta el proceso, como única demostración de este segundo cargo solamente dice que "Saúl Jiménez no creó la situación de indefensión de la víctima para asegurar la realización del delito; esta circunstancia fue ocasional".

Transcribe, luego, la siguiente doctrina del Tribunal Superior de Bogotá, (Justicia, Tomo 15 Nos. 156 y 157, pg. 285):

"El hecho de que la paciente del delito haya sido una criatura recién nacida, cuya resistencia, como es obvio, a la actividad homicida del procesado era nula, no encaja dentro de lo prescrito en el numeral 5º del artículo 363 del C. P., porque esta situación de indefensión no fue propiamente creada, estudiada, planeada por el actor del delito para asegurar la realización del crimen, ni las mismas condiciones elementales síquicas del niño eran susceptibles de hacerla presa de ningún engaño o artificio".

2º.— CAUSAL SEGUNDA.

Como fundamento de la causal segunda alegada, dice el demandante lo siguiente:

"El H. Tribunal Superior de Manizales cometió una errada interpretación o apreciación de los hechos, pues la sentencia les negó el valor probatorio

que tienen, y no se les tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, siendo elementos modificadores de la responsabilidad del autor. Según el artículo 255 del C. de P. P., la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito. Saúl Jiménez confesó haber cometido el homicidio en la persona de Carlos Emilio Vásquez, en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. No hubo testigos presenciales del delito. Esta confesión es indivisible. La H. Corte Suprema de Justicia dijo: En materia criminal la confesión del procesado debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable, cuando en los autos no milita contra él otra prueba diferente; en tal caso la confesión es indivisible, (casación, 16 de septiembre de 1929, XXXVII, pg. 310)".

Cita en seguida, nuevamente, la sentencia de esta Sala, de 26 de octubre de 1943, para transcribir de ella lo siguiente:

"El requisito de la simultaneidad, de la inmediatabilidad no está expresado en la norma del texto: lo que exige es que el culpable, provocado actúe en estado de ira. Ahora, según nociones muy elementales de Psicología, tal estado de ira puede también no ser inmediato, sino subsiguiente a una faz de depresión psíquica (intenso dolor) y que puede también perdurar por algún tiempo".

Es lo anterior una cita que en el fallo aludido —(pg. 450 del T. LVI, ya mencionado)— hace la Corte del tratadista Altavilla ("Delitos contra las Personas").

"Y entonces, comenta Altavilla..." (continúa la Corte en la transcripción que de este penalista hace en la misma sentencia)... "tenía mucha razón Bianchi cuando, en la Comisión Revisora:..." (del C. P. Italiano)... "afirmaba que la provocación excluye la premeditación, porque se trata de dos estados de ánimo completamente antinómicos".

Y concluye, así, el demandante:

"El H. Tribunal Superior dice en su providencia que en el homicidio agravado sería insólito e injurídico hablar de la atenuante del artículo 28 de nuestro estatuto punitivo. La Corte Suprema, agrega, "se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira o intenso dolor excluye el asesinato, en el sentido de que sí son compatibles", (sentencia de 16 de julio de 1957, LXIII, pg. 405)".

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Solicita el Ministerio Público "se deseche el recurso y se ordene volver el expediente al Tribunal de origen", por cuanto, a más de las deficiencias técnicas de la demanda, las causales de casación alegadas no tuvieron comprobación.

Anota el señor Procurador que el artículo 531 del C. J., pertinente de acuerdo con lo que señala el artículo 7º del C. de P. P., exige para la demanda de casación un resumen de los hechos, "no arbitraria ni caprichosamente conformados, ni tampoco tan suscintamente descritos que se les ignore". Y en "el caso de autos...", agrega... "se exonera tácitamente del cumplimiento de su obligación el señor demandante, suscribiendo un remedo de narración que copa aproximadamente veinte renglones, y se engloba, dentro de su someridad, parte de la providencia del Tribunal. Los hechos no aparecen ni en boceto, pero sí aprovecha inadecuadamente la oportunidad el impugnador, para sentar fuera de lugar premisas de orden legal".

Estima el Ministerio Público, respecto de las causales alegadas por el demandante, lo que pasa a transcribirse:

"**Causal Primera.-** .....se reduce la alegación a enunciar la causal, sin entrar a demostrarla, sin determinar con precisión y claridad los fundamentos de ella y en qué forma fueron violadas por el fallador de instancia las disposiciones que cita.

"Es un típico caso de demanda incompleta, deficiente, en la que no hay, propiamente dicho, plataforma en derecho que entrar a controvertir, aceptar o discutir.

"La crítica a la sentencia —vértebra irreemplazable que da ontológicamente vida al recurso— no se insinúa, a lo menos. El nudo hecho de enunciar tesis —haciendo graciosa concesión de que esto es así para el caso— no libera al demandante del deber de demostrarlas, escarmenarlas, cotejarlas, a la luz de las normas jurídicas.

"Profusamente la H. Corte ha sostenido que en vista de la entidad puramente técnica del recurso, le es vedado entrar a examinar la existencia de una causal, si el demandante no hace alegación alguna sobre ella, ni explica en qué consiste la violación cometida por el Tribunal. El carácter extraordinario del recurso no le permite nivelarlo con el mínimum de exigencias requeridas a un alegato de instancia; y si este, normalmente, com-

porta un raciocinio lógico, un discurrir en derecho, y una conclusión, la controversia de casación debe asumir una holgada postura intelectual tan recta y contundente, que sea capaz de perseguir un objetivo fundamental: la invalidación de una sentencia.

"Las anteriores reflexiones... dan base amplísima para considerar que esta..." causal primera de casación... "no ha sido demostrada".

Causal segunda.- "Su sustentación...", observa el Procurador 2º Delegado en lo Penal... "se produce en forma similar a la anteriormente invocada.

"Es sensible el olvido...", agrega... "que de la técnica del tratamiento de esta causal hace el demandante. Ella, que para ser demostrada a satisfacción, implica un estudio pormenorizado del expediente, de los elementos que obran en él, hasta el extremo de que la H. Corte haya dicho que al considerar esa causal prácticamente asume funciones de Tribunal de instancia, está delineada impercusamente en capítulo que le sirve a manera de fundamentación.

"Deja de lado la demanda el estudio de los importantes temas que toca de paso: la atenuante del artículo 28, tan sutil, pero diestramente elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, que le hacen realmente una entidad tangible y clara en derecho penal; el siempre nuevo aspecto de la confesión, su versátil contenido, su refracción proteica en los predios de la prueba.

"Con meros apotegmas, cuya demostración queda flotando, o se desplaza a la H. Corte, o al Ministerio Público, no se finiquita la obligación que la demanda conlleva de hacer valedera su argumentación. El recurso, así, se vicia gravemente en su fondo, y, por ende, se inhabilita para lograr el resultado apetecido.

"Sugerir o insinuar —como lo propone el libelo demanda— que la sentencia adolece de errores no es el espíritu del recurso; ni la H. Corte puede vocacionar su examen a estas indicaciones técnicamente rudimentarias.

"Dónde está —se pregunta el Despacho— cumplido el indispensable planteamiento que requiere la objeción, con base en la causal segunda, y a que tan insistentemente se ha referido la Corte, vale decir: a), señalamiento de hechos apreciados erróneamente; b), explicación de la forma como se operó la equivocación, teniendo en consideración que la causal contemplada, señala, bien, la atribución de excesivo valor a un hecho, ora la negación total de su valor, ya su omisión valorativa procesal?

"No encuentra este Ministerio Público asidero alguno para llevar adelante su labor responsiva de la demanda. Muy al contrario, supone haberse detenido con creces, pero con morosidad necesaria en el examen de su somero contenido".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Son fundadas las razones del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en las cuales apoya su solicitud de que el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se ha hecho mérito sea desechado.

Y es lo que corresponde declarar, no sólo por las deficiencias técnicas de la demanda, sino porque los cargos hechos al fallo recurrido no fueron demostrados.

Son suficientes las siguientes consideraciones, que hace la Sala con un criterio de amplitud, respecto de los cargos formulados por el demandante, para concluír en que no es pertinente casar la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, a saber:

—I— CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

Con invocación del ordinal 2º del artículo 567 del C. de P. P., el demandante puntualiza que la sentencia recurrida, al no tomar en cuenta, en sus efectos jurídicos, el estado de ira en que Saúl Jiménez Salazar dijo en su confesión haber obrado, en la perpetración del homicidio en Carlos Emilio Vásquez, le niega a esa confesión el valor probatorio que ella tiene respecto de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal.

Alega que "Saúl Jiménez confesó haber cometido el homicidio... en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. No hubo testigos presenciales del delito. Esta confesión es indivisible".

Ahora bien:

Dice el Tribunal Superior de Manizales en su fallo que "en lo que se refiere a la atenuante del artículo 28 de nuestro estatuto punitivo, sugerida por el sindicado y sustentada en su memorial por el señor defensor, la Sala acoge las reflexiones hechas por el **a quo**, para considerarla inexistente, máxime cuando en el homicidio agravado sería insólito e injurídico hablar de ella".

Y el Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, en su providencia de 8 de octubre de 1959, expresa lo siguiente:

"Dando por sentado que el occiso Vásquez pre-

tendía que Saúl Jiménez realizara con él el coito anal, debe considerarse que la acción de éste esté atenuada por la "rabia" que tal cosa produjo en su ánimo?

"No consideramos que exista injusticia en la agresión..." (afirma el Juzgado al examinar las condiciones que precisa el artículo 28 del C. P.)... "del occiso, y ello, porque del estudio de su confesión se desprende que su actitud ante las primeras insinuaciones del occiso no fueron de un rechazo total, como correspondería a su hombría; éllas no fueron causa suficiente para provocar la reacción que alega como atenuante; sólo después de tres días de asedio del señor Vásquez. Como lo anota la Fiscalía, en sus manos estuvo evitar el encuentro con aquel. Casi, pudiéramos decir, su actitud no hizo más que alentar esperanzas en Vásquez de que algún día accedería a sus deseos; ellas creyó realizarlas, precisamente, el día de su muerte; el sindicado aceptó viajar con él hacia un lugar donde no se hallaba la residencia de los protagonistas, se permitió dirigirse con él hacia un lugar boscoso, donde podrían realizar sus hazañas (sic) sin peligro.

"Si Jiménez rechaza en forma varonil las primeras propuestas de Vásquez, seguro no hubiera recibido otras posteriores; lo anterior llevó al occiso a considerar que, en realidad, Jiménez lo autorizaba para urgirlo a satisfacer sus inversiones. La injusticia, se repite, ya no existía.

"De los términos de la confesión de Saúl Jiménez queda flotando una duda sobre las verdaderas intenciones de éste, al acompañar al señor Vásquez al sitio donde ocurrieron los hechos; parece que su intención era complacer los deseos del occiso. Sinembargo, la actitud impúdica del señor Vásquez, al desvestirse, etc., quizá provocó la reacción del sindicado, como él lo afirma, al despertar su verdadera personalidad de hombre íntegro.

No es cierto, pues, como alega el demandante, que el Tribunal Superior de Manizales (que acogió las anteriores consideraciones del Juzgado 3º Superior) rechazara un posible estado de ira en el procesado, al consumar el delito de homicidio en la persona de Vásquez Salazar. Estimó improcedente, eso sí, (como también lo hizo el **a quo**), la circunstancia atenuante de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del Código Penal, por cuanto ella requiere no sólo la ira o el intenso dolor, sino que esos estados psicológicos del autor del delito se deban a una **grave** e **injusta provocación.**

La resolución y la acción en el delito, cometido sin que las particulares condiciones del agente permitan que influyan motivos de orden inhibitorio, precisamente por la conmoción psíquica de una grave e injusta provocación producen, deben sucederse inmediatamente la una o la otra: resolución y acción, (dolo de ímpetu).

Y es el mismo Salazar Jiménez quien descarta esas condiciones subjetivas de la ira, como estado de conmoción psíquica, cuando a la pregunta que le hiciera el funcionario de instrucción sobre sus intenciones al "meterse al monte donde refiere se metieron..." con el occiso, responde que "nos fuimos allá a ..." practicar el acceso carnal homosexual..., "pero no hicimos nada, no, él se fue y se puso en cuatro patas ahí...". Y ésto, después de que "hacía días..." (como dice el mismo procesado)... "Carlos Vásquez estaba sobre mi, que fuéramos a..." practicar el acceso carnal homosexual..., "y de que antes de entrar al monte me dijo que se lo diera a él... y yo le dije que a dónde...". De consiguiente, sin ese estado específico de la ira acudió, por invitación de Vásquez Salazar, a ese sitio "en el monte" en donde, ya de espaldas la víctima, cargó sobre ella con machete, causándole veintidós heridas, hasta dejarla sin vida.

No es dable aceptar que alguien admita acudir con otro a practicar el acceso carnal homosexual, y sólo cuando el invitante, en actitud pasiva, de espaldas, pide que se cumpla en su cuerpo la intromisión viril, aparezca ese estado de ira "de rabia" de que informa Jiménez Salazar, pues más bien pone ello de presente la realización tranquila de una venganza, originada por el resentimiento, que en este caso, pudo crearse en el procesado por los requerimientos de Vásquez Salazar para que accediera a cumplir con él relaciones homosexuales. No de otra manera se explica que sin manifestación alguna de rechazo a semejantes proposiciones del occiso; dejando, antes bien, en Vásquez Salazar (al seguirlo hasta un lugar apartado y solitario: "en el monte") la creencia de que aceptaba sus invitaciones, espere a que se desnude parcialmente, le dé la espalda se incline hacia la tierra para atacarlo a machetazos.

Es cierto que el estado de ira, como conmoción psicológica que inmediatamente sigue a la ofensa y que desata inmediatamente la resolución y la acción delictuosa, excluye la premeditación. Esto, naturalmente, porque la reacción es inmediata a la provocación, y no da campo para la preparación ponderada del delito.

Pero de la doctrina de la Corte, dejada en su fallo de 16 de julio de 1947, (G. J. Tomo LXIII,

pg. 405) citada por el demandante, según la cual "son compatibles el estado de ira o intenso dolor con el asesinato", (por caso, anota la Sala, en el parricidio), no puede concluírse en la procedencia de la atenuante del artículo 28 del Código Penal en este proceso, pues la demanda no trae la demostración de su pertinencia.

Aseverar que la confesión es indivisible, no es prueba suficiente del cargo que el demandante hace a la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, con fundamento en la causal segunda de casación.

En efecto:

a). La afirmación del procesado de que le "dio rabia" no es suficiente para que a ese supuesto estado de ira se le deban atribuír las condiciones señaladas en el artículo 28 del Código Penal, de haber sido provocada por **grave** e **injusta** ofensa,, calidades de la provocación que deben ser apreciadas por el juzgador, como lo hicieron, en este caso, el **a quo** y el **ad quem**, sin que sobre este particular el demandante afirme, siquiera, que en la sentencia recurrida se incurrió en una errada interpretación o apreciación de los hechos.

La ira "provocada injustamente", pero no debida a una ofensa grave, es apenas una circunstancia de menor peligrosidad, que no alcanza a cumplir los efectos atenuadores de la responsabilidad previstos en el citado artículo 28 del C. P., (Ord. 3º del artículo 38 del mismo Código). Y cuando le falta la condición de injusticia a la provocación, ni siquiera puede tomársela como tal circunstancia de menor peligrosidad.

b). La confesión del procesado sólo es **indivisible** y debe aceptarse, por tanto, así en lo favorable como en lo desfavorable, cuando en los autos no obra contra el sindicado prueba diferente y no aparecen elementos probatorios que la infirmen en lo que lo favorece.

Así lo expresó esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 1942, (G. J. Tomo LIV, pg. 204), al decir que "el dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad, cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil".

Pero la confesión de Jiménez Salazar puede legítimamente dividirse, porque una de sus partes, la alegación del estado de ira, está contradicha por la misma versión que de los hechos él hace, pues, se repite, no es dable aceptar que alguien admita acudir con otro a practicar el acceso carnal homosexual, y sólo cuando el invitante, en actitud pasiva, de espaldas, pide que se cumpla en su cuerpo la intromisión viril, aparezca ese estado de ira. Y, además, los diferentes indicios que resultaban en contra de Jiménez Salazar antes de su confesión, son elementos de prueba de su responsabilidad, no siendo, por tanto, su confesión prueba única para sustentar el fallo condenatorio proferido en su contra.

Observa Nicolás Framarino de Malatesta en su obra "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", (pg. 399 y sig.), que "dada una confesión calificada, no se la puede legítimamente dividir, rechazando parte y aceptando parte, si la rechazada no se presenta reprobada y la aceptada comprobada. La mera reprobación de una parte no autoriza a rechazar ésta, aceptando la otra sólo porque no está contradicha".

El cargo aducido contra la sentencia es, pues, inoperante.

—II— CAUSAL PRIMERA DE CASACION.

a).- La premeditación.

Dice el demandante que "Saúl Jiménez es un premeditativo pasional. Luego no existe en el caso de autos la premeditación como característica del homicidio agravado, como erradamente lo sostiene el H. Tribunal Superior".

Pero si el recurrente, al hablar de "premeditativo pasional" (sic) se refiere al estado de ira en que alega obró su mandante, la existencia de tal situación psicológica no fue demostrada por el recurrente, al plantear la causal segunda de casación, como se dejó examinado.

De otra parte, ningún rechazo y mucho menos ningún análisis hizo el demandante de las siguientes consideraciones del Tribunal Superior de Manizales, en las cuales apoya la existencia de la premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos, en el delito de homicidio porque fue condenado Jiménez Salazar.

Dice la sentencia recurrida, con este respecto:

".....La Sala no acepta, porque no la comparte, la sutilización que el Juzgado hace para fundamentar la reacción presunta del sindicado, frente a la actitud impúdica del occiso, y para poner la actuación criminosa como dependiente de esa reacción, por estas razones que son obvias: Una. Porque Saúl, hombre de veinte años, por poca imaginación que tuviera, seguro hizo composición de lugar de las escenas que se suscitarían al aceptar

"ir a cacorriar". **Dos.** Porque como se negó las anteriores veces, se hubiera negado esta otra vez, como buen hombre, como "hombre íntegro", si no fuera que otra fuerza lo impelía a la simulación de aceptación, cual es la razón número... **Tres.** Porque si tan desprevenido para crimen, tan ajeno a cálculos fatales hubiera ido Saúl, no hubiera llevado su oculta peinilla, o simplemente habría infligido al mal hombre otro castigo cualquiera.

Este primer cargo hecho a la sentencia, con invocación de la causal primera de casación, debe, pues, ser rechazado, por no haberse demostrado.

b). **La indefensión de la víctima.**

El único argumento del demandante para fundamentar el segundo cargo que hace al fallo recurrido, por supuesta indebida aplicación de lo que señala el ordinal 5º del artículo 363 del C. de P. P., es el de que "la situación de indefensión debe ser propiamente creada, estudiada y planeada por el actor del delito, para asegurar la realización del crimen", lo cual, dice, no ocurrió en este caso.

Respalda su argumento en lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá, (Justicia, Tomo 15, Nos. 156 y 157), según lo cual "el hecho de que la paciente del delito haya sido una criatura recién nacida, cuya resistencia, como es obvio, a la actividad homicida del procesado era nula, no encaja dentro de lo prescrito en el numeral 5º del artículo 363 del C. P., porque esta situación de indefensión no fue propiamente creada, estudiada, planeada por el actor del delito para asegurar la realización del crimen, ni las mismas condiciones elementales síquicas del niño eran susceptibles de hacerla presa de ningún engaño o artificio".

Pero no tuvo en cuenta el demandante que el Tribunal Superior de Manizales no alude a lo previsto en ese numeral 5º del artículo 363 del C. P., sino a lo que señala el 6º del mismo artículo (en su última parte) donde se dice lo siguiente:

Artículo 363.- El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

.....

"6º-....., o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido".

En efecto, en la sentencia acusada, se dice que "resumiendo, vemos que no pueda hablarse, como lo hace el señor Juez en la sentencia que se revisa, de un homicidio simplemente voluntario. En la comisión del ilícito concurrieron, claramente manifiestas, las dos principales características del homicidio agravado: la premeditación y el **aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima.** Y es natural que alude el Tribunal al citado ordinal 6º del artículo 363 y no al ordinal 5º del mismo artículo.

Ciertamente la Corte, (G. J. Tomo LV, pg. 90) dijo que "para que el homicidio tome la denominación de asesinato en el evento previsto por el numeral 5º del artículo 363, no es necesario que a ese estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios adecuados para repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por falta de sentido moral, **o por el poco o ningún riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima.** Lo esencial es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente".

Y bastaría la anterior doctrina para desechar el cargo que, por este aspecto, hace el demandante a la sentencia.

Pero resulta más protuberante la inocuidad de ese cargo, si se considera que la agravación del homicidio simplemente voluntario (artículo 362 del C. P.) por el abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, no se desprende de lo previsto en el ordinal 5º del artículo 363 del C. P., como equivocadamente lo da a entender la Corte en sus fallos de 9 de febrero de 1943 (G. J. Tomo LV, pg. 90) y de 5 de marzo de 1947 (G. J. Tomo LXII, pg. 769), sino del mandato expreso contenido en el transcrito ordinal 6º del mismo artículo 363 del Código Penal.

Tiene razón el doctor Luis Carlos Pérez cuando en su obra sobre "Derecho Penal Colombiano", (Parte Especial. Vol. III, pgs. 95 y siguientes), dice que la citada doctrina "desconoce que la ley habla de dos clases de inferioridad: la procurada por el agente y la no procurada por éste, pero aprovechada por él".

El numeral 5º del artículo 363 del C. de P., anota ahora esta Sala, se refiere a la perpetración del homicidio con el aprovechamiento de circunstancias, **que el agente procura o busca,** que coloquen a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento. En cambio, las condiciones

de inferioridad personal 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 (por caso, esperar a que esté vuelta de espaldas, para atacarla), indicado como circunstancia para que "el homicidio tome la denominación de asesinato", en el ordinal 6º del artículo 363 del C. P.

Y de lo que el mismo procesado acepta en su confesión, se tiene que el ataque lo inició cuando Vásquez Salazar le dio la espalda y se inclinó parcialmente sobre la tierra.

El cargo hecho a la sentencia, debe, por tanto, ser rechazado.

Cabe anotar, por último, que es suficiente una sola de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C. P., para que la pena aplicable sea la señalada en esta disposición. Y en el presente negocio el Tribunal Superior de Manizales condenó a Saúl Jiménez Salazar con la sanción mínima prevista para el asesinato, o sea la de quince años de presidio.

"Si la infracción se consumó con más de uno de los elementos previstos en el artículo 363 del C. P....", dijo la Corte en sentencia de 19 de agosto de 1947, (G. J. Tomo LXII, pg. 419),... "los restantes pueden servir para individualizar la sanción, bien atendiendo a la gravedad y modalidades del hecho (artículo 36 del C. P.), o bien considerando esos factores como circunstancias de mayor peligrosidad, lo que puede hacerse como lo dice el artículo 37".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Manizales.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León, Secretario.

BIBLIOTECA

INFRACCIONES CONTRA LA ETICA Y EL DECORO PROFESIONALES DEL ABOGADO. — Nuevamente corrobora la Sala su propia doctrina.

Sin perjuicio de la acción penal para los casos de infracciones estrictamente delictivas, los hechos, graves o leves, previstos por la ley 69 de 1945 en armonía con la ley 21 de 1931 como contrarios a la moral y a la delicadeza en el ejercicio de la abogacía, son allí reprimidos a simple título de faltas, por medio de un procedimiento especial y sumario, y con el claro propósito de mantener a tono el sentido ético en el ejercicio de esta profesión, eminentemente social. Trátase, pues, de contravenciones cuyo término prescriptivo, en lo tocante a la acción, es el de un año, conforme al mandato del artículo 115 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

V I S T O S :

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el doctor Jorge Ríos Gutiérrez, abogado titulado a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín declaró "responsable de falta grave contra la ética profesional" y ordenó "la suspensión del derecho a ejercer la profesión de abogado por el término de seis meses", compete a la Corte conocer de la sentencia al respecto, dictada el ocho de marzo del año en curso.

El juicio fue tramitado por el procedimiento sumario prevenido en el artículo 1203 del C. J. y con aplicación de lo que establecen los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945.

H E C H O S :

El doctor Ríos Gutiérrez fue denunciado ante el Tribunal Superior de Medellín en escrito de 21 de febrero de 1958 por hechos que la misma Entidad receptora de la denuncia consideró debían ser investigados de conformidad con la ley 69 citada, es decir, como violatorios de la moral profesional, según puede verse de las actuaciones contenidas en los folios 9 y 10.

La denuncia, que posteriormente fue ratificada bajo juramento, la formuló el señor Guillermo Vélez Avendaño, vecino del municipio de Bolívar (Ant.) y en su texto da cuenta de haber encomendado al doctor Ríos Gutiérrez algunos negocios judiciales, a principios de 1956, los cuales culminaron con éxito entre el 28 y el 30 de enero de 1958. No obstante que los honorarios profesionales convenidos fueron por $2.100.00, el quejante dice que su abogado pretendió cobrarle un 15%, y más tarde, ocurridos algunos incidentes personales y de otra índole, elevó a un 25% su pretensión sobre honorarios, lo que hacía que ascendieran a más del doble de lo pactado, ya que lo obtenido en los juicios representaba una suma mayor de $12.000. En la imposibilidad de ponerse de acuerdo mandante y mandatario, éste optó por retener el total de lo recibido en los distintos pleitos, retención que, al parecer, subsiste.

RESULTA DE AUTOS:

Evidentemente el doctor Ríos Gutiérrez, abogado titulado, incurrió en los hechos a que la queja se contrae, pues en debida forma quedaron acreditados en la investigación ordenada por el Tribunal. Es de suyo evidente, también, que el proceder del profesional frente a su mandante acusa falta grave y reprobable en su conducta, que justifica-

ría plenamente la sanción impuesta, de acuerdo con la ley 69 de 1945, reglamentaria de la profesión de abogado.

Pero como las faltas que este estatuto contempla, lo mismo que las previstas en la ley 21 de 1931, constituyen contravenciones, la sanción ya no es imposible por cuanto está cumplido el término de prescripción de que trata el artículo 115 del C. P. A esta conclusión llegó la Sala en el fallo que, en lo pertinente, se transcribe:

"**Primero.** — Antes de definir lo concerniente al aspecto fundamental del problema que se plantea en esta clase de procesos, es decir, sobre la aplicabilidad que entre ellos pueden tener los preceptos del C. P. sobre la prescripción, y del modo como cabe clasificar las **infracciones** contempladas en la ley 69 de 1945, para efectos de los términos prescriptivos, conviene examinar lo que la ameritada ley estatuye y las referencias que hace a la distinguida con el número 21 de 1931.

"El artículo 8º de la ley 69 autoriza a los Tribunales Superiores de Distrito para imponer, "de oficio o a virtud de queja de parte interesada", 'penas de multa de diez a cien pesos, y suspensión del derecho a ejercer la abogacía hasta por un mes, a los abogados que cometieren **faltas leves** contra la delicadeza o el decoro profesionales'. Del mismo modo son competentes para sancionar 'las **faltas graves** cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión, con penas de multa de cien a mil pesos, con la suspensión del derecho a ejercer por un lapso hasta de dos años, y con la cancelación de la matrícula, sin perjuicio de la acción penal en los casos de la ley', según lo dispone el artículo 9º de dicha ley.

"Por faltas graves entiende el artículo 16, 'para los fines de esta ley, las señaladas en el artículo 10 de la ley 21 de 1931'.

"Esta, que reformó la 62 de 1928, previó como 'causales para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión, las siguientes:

" '1ª—Haber sido condenado a sufrir pena aflictiva y no haber sido rehabilitado por el Senado;

" '2ª—Haber sido condenado por prevaricato o por violación del secreto profesional;

" '3ª—Haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o a menoscabar las legítimas establecidas por la ley;

" '4ª—Haber intervenido en actos o contratos simulados;

" '5ª—Haber usado a sabiendas, como pruebas, declaraciones de testigos falsos o perjuros;

" '6ª—Haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, a juicio del Tribunal respectivo'.

"Todas estas causales, concretas las cinco primeras, por estar en cierta forma tipificadas en su integración, y de libre evaluación la última por el fallador, constituyen para la ley 69, **faltas graves**, pues las **leves**, según el artículo 8º son las que afectan 'la delicadeza o el decoro profesionales', no vinculadas necesariamente a una determinada intervención del abogado, pareciendo, por la diferencia que hay en los artículos 8º y 9º, que integran una causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión del derecho.

"**Segundo.**— La Corte en el juzgamiento de estas faltas, bajo el imperio de la ley 69 de 1945, no ha mantenido un criterio uniforme, particularmente en lo que se refiere a la determinación de su naturaleza penal y aplicabilidad de las normas sobre prescripción.

"Para no citar sino las doctrinas más recientes, que difieren de modo fundamental en lo relativo a la prescripción de la acción, se transcriben en lo que interesa las sentencias de 3 de mayo de 1958 y 25 de agosto de 1959, proferidas por la Sala Penal y que en su orden, corren publicadas en la G. J. números 2195, 2196 y 2215-2216. Tomos LXXXVII y XCI:

" 'LA PRESCRIPCION

" 'Lo mismo ante el Tribunal que ahora ante la Corte, el procesado ha insistido en alegar la prescripción de la acción.

" 'El Tribunal consideró que, habiendo guardado silencio a este respecto la ley 69 de 1945 y la 21 de 1931, no había lugar a la extinción de la acción por este medio.

" 'No comparte la Sala este criterio, a pesar de la respetabilidad y sabiduría de quienes lo exponen. Y no lo comparte: a) porque siendo la prescriptibilidad de las acciones y de los derechos regla general, y la imprescriptibilidad la excepción para que ésta surja en el terreno jurídico debe estar consagrada **expresamente** (subraya la Sala), en una norma positiva e inequívoca de la ley. Exceptiones sunt strictissime interpretationis. b) Porque, en armonía con éste, es inconciliable que una acción penal por traición a la patria con las más atroces circunstancias de peligrosidad sea prescriptible, y que no lo sea, en cambio, una causa por faltas contra la ética profesional. Estas,

por graves que lleguen a ser, no alcanzan a equipararse a las que cometen los traidores.

" 'El recurrente, no sin cierta habilidad, se esfuerza en hacer coincidir, por lo que hace a la prescripción, el concepto de 'faltas' contra la ética de la abogacía con las meras contravenciones de que trata el Código Penal. Pero los dos conceptos lejos de coincidir, tienen alcance diferente, como ya se ha visto.

" 'Para saber cuál es el lapso de la prescrión extintiva en este asunto, no se puede, pues, echar mano del artículo 115 del Código de las penas, porque este artículo es aplicable a contravenciones y no a faltas contra la ética profesional.

" 'Las leyes 21 de 1931 y 69 de 1945, en cuanto reprimen estas faltas, adicionan, en realidad, el Código de los delitos y las penas. Estas leyes son de derecho público interno y vienen a formar parte especial de aquel código.

" 'Siendo esto así como lo es y faltando en dichas leyes especiales la norma sobre prescripción, resulta claro que la aplicable al caso en estudio es la de carácter general contenida en el artículo 105 de la Ley 95 de 1936.

" 'Como la represión de las faltas contra la ética de la abogacía no priva de la libertad al infractor, síguese que el lapso de la prescripción de la acción es el de 5 años (último inciso ibidem)". (G. J. LXXXVII, 770).

"'CRITERIO DE LA CORTE

" 'Las infracciones penales, según el artículo 2º de la ley 95 de 1936, 'se dividen en delitos y contravenciones', y la represión de éstas, salvo norma en contrario, corresponde 'a la policía'.

" 'Las fronteras entre estos dos grupos de hechos punibles no son claras ni en la doctrina de los expositores ni en las diversas legislaciones del mundo. Mas, para resolver lo tocante a la prescripción de la acción penal por 'faltas' contra la ética de la abogacía en el derecho colombiano, no es necesario perderse en un dédalo insoluble, sino que hay que plantear el problema en términos precisos, eliminando todo aquello que le sea ajeno.

" 'El artículo 10 de la ley 21 de 1931 es del tenor siguiente:

'Son causales para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión: .....

'1ª Haber sido condenado a sufrir pena aflictiva y no haber sido rehabilitado por el Senado;

'2ª Haber sido condenado por prevaricato o por violación del secreto profesional;

'3ª Haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o a menoscabar las legítimas establecidas por la ley;

'4ª Haber intervenido en actos o contratos simulados;

'5ª Haber usado a sabiendas como pruebas, declaraciones de testigos falsos o perjuros;

'6ª Haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, a juicio del Tribunal respectivo'.

" 'Se observa:

" 'La primera de las transcritas causales puede ocurrir en uno de dos momentos: o cuando la persona, condenada antes a sufrir pena aflictiva y sin haber obtenido rehabilitación del caso, pide que se la admita como profesional de la abogacía; o cuando, recibida e inscrita como abogado es luego condenada a tal género de pena. Y lo propio debe decirse **mutatis mutandis** de las demás causales.

" 'En otras palabras: todas esas causales, según el instante en que se configuren, son impedimento para la inscripción y la matrícula del abogado, o constituyen motivos para que una y otra, en juicio se cancelen o suspendan. La primera pertenece al orden meramente disciplinario y preventivo; y lo segundo, abarca también el penal.

" 'Este último aspecto es el que ahora conviene examinar en cuanto se relaciona con la prescripción que extingue la acción por faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía.

" 'Circunscrito de este modo el problema, no es difícil fijar un criterio para saber cuál de los artículos —el 105 o el 115 del C. P.— es el que regula dicha prescripción.

" 'Las cinco primeras causales del artículo 10 de la ley 21 de 1931 se refieren a hechos que pueden originar, cuando menos, o contribuír a la formación de figuras delictivas. Allí no se trata, como es obvio, de meras contravenciones, es decir, de hechos cuya represión corresponde, por regla general, a la Policía. (V. num. 2º, artículo 1º ibídem).

" 'Acerca de la causal cuarta o sea de la intervención del profesional 'en actos o contratos simulados', hay que distinguir dos especies que tienen consecuencias diferentes: la civil y la penal. La primera siendo inane, produce o puede producir ciertos efectos patrimoniales o económicos; la segunda, por ser nociva o antisocial, es delictuosa.

" 'A esta última clase de simulación, y no a la otra, es a la que se refiere sin duda la mencionada causal cuarta.

" 'De todo lo anterior resulta que, por tratarse de materias en conexión más o menos estrecha con delitos, la prescripción extintiva de las acciones por faltas **en el ejercicio** de la abogacía, en los casos de los cinco primeros numerales del artículo 10 de la ley 21 de 1931, es la contemplada en el artículo 105 del C. P. en armonía con el 10 de la misma obra.

" 'En cuanto a la causal sexta de las que se vienen estudiando, el criterio tiene que ser otro; porque los 'actos notoriamente atentatorios de la moral profesional' no pueden ser delitos, ni en sentido estricto ni en sentido amplio, mientras no figuren concretamente predeterminados como tales en la ley. **Nullum crimen sine lege** (artículo 28 de la Constitución). El Tribunal y no el Legislador, es quien decide, en cada caso concreto, verdad sabida y buena fue guardada, si el infractor ha ejecutado o no 'actos notoriamente atentatorios de la moral profesional'. Así pues, lo tocante al numeral 6º del artículo 10 de la ley 21 de 1931 pertenece sin lugar a duda al grupo de las contravenciones, porque se trata de actos o hechos **distintos** de los contemplados en los otros numerales de dicha norma. Pero el arbitrio del Tribunal requiere, para que sea viable, que el acto sobre el cual va a ejercerse, esté ya previsto como contravención en algún estatuto, reglamento o norma con válido imperio coercitivo.

" 'La prescripción de la acción en este caso se rige por el artículo 115 del C. P.

" 'El asunto de autos evidentemente no se refiere a la expresada causal sexta. Y como aún no han transcurrido los cinco años de la prescripción extintiva, (artículo 105 C. P.) hay que entrar a decidirlo en el fondo". (G. J. XCI, 576).

"**Tercero.**— La tesis del primer fallo transcrito reconoce que en juicios de esta naturaleza hay lugar a la prescripción, pero como da por cierto que las **faltas** en el ejercicio de la profesión de abogados no constituyen lo que la ley penal denomina **contravenciones**, y supone que las leyes 21 de 1931 y 69 de 1945 **adicionan** el Código Penal, determina como plazo para la prescripción, no habiendo lugar a imponer penas privativas de la libertad, el de cinco años, contados a partir de la fecha de comisión del hecho constitutivo de la falta.

"El segundo proveído hace una distinción en el fondo arbitraria, pues las faltas enumeradas en el artículo 10 de la ley 21 en sus seis ordinales tienen contenido y alcance delictivo para los cinco primeros, y contenido y alcance contravencional para el último, no obstante que la disposición no establece diferencia alguna, ni la ley 69, que las acogió, tampoco, como que en este estatuto las **faltas leves** aparecen es en el artículo 8º.

"**Cuarto.**— Es indispensable para llegar a conclusiones que se acuerden con el derecho positivo colombiano y con los principios más aceptados en materia de doctrina penal, poner en claro si las **faltas** lesivas de la moral profesional atribuíbles a los abogados, en la forma y manera como lo previene la ley 69 de 1945, son entidades jurídicas autónomas no susceptibles de incorporar al **derecho penal** y, por ende, sustraídas a la división que el Código hace de **delitos y contravenciones**, o si, por el contrario, hay que regularlas y tratarlas con aplicación de las normas contenidas en la parte general del C. P., principalmente en lo que respecta a la extinción de la acción penal por **prescripción**.

"El derecho penal, tomado en su aspecto objetivo **(jus-poenale)** es, como lo define Florian 'el conjunto de normas y de principios jurídicos que se encuentran consagrados en las leyes y que regulan y disciplinan, en concreto y en cada Estado particular el ejercicio de la facultad de castigar'. Esta concepción es genérica, pues comprende el llamado **derecho penal común** y el **derecho penal administrativo.** El primero está destinado a reprimir 'los verdaderos y propios delitos, actos contrarios a las condiciones permanentes y elementales de la existencia social, y por ello casi siempre profundamente inmorales en sí mismos', según enseña Ferri, mientras el segundo es un derecho destinado a sancionar 'las innumerables transgresiones o contravenciones, actos contrarios a las condiciones **transitorias** de desenvolvimiento social, a veces también peligrosas, dañosas e inmorales —a veces más que algunos delitos leves— pero que, en la mayor parte de los casos, no constituyen la expresión de una personalidad anormal y peligrosa, ni turban lo que Carmignani llamó la opinión de la seguridad pública y privada'. (Ferri. Principios de Derecho Criminal).

"**Quinto.**— Las diferencias que se reconocen entre estas dos expresiones objetivas del **derecho penal**, bien se funden en valoraciones cualitativas o cuantitativas; ya se atienda para establecerlas al elemento subjetivo, o se tenga en cuenta el ámbito de su ejercicio o la jurisdicción, de todas

maneras han llevado a separar las **infracciones penales** en **crímenes, delitos** y **contravenciones,** donde se acepta la división tripartita, o en **delitos** y **contravenciones,** si la que se reconoce es la división bipartita, como ocurre en el Código Penal Colombiano. Pero en todo caso, los hechos contravencionales son infracciones a la ley penal, nacional o local.

"**Sexto.**— La palabra **'falta'** —en lugar de **contravención**— empleada por el estatuto legal que reglamenta la profesión de abogado en el derecho colombiano, equivale en su acepción forense a 'infracción voluntaria de la ley, ordenanza, reglamento o bando, a la cual está señalada sanción leve', lo que está indicando que la ley la adoptó en su sentido jurídico de contravención o transgresión.

"**Séptimo.**— Si esa es la interpretación que cabe hacer de los hechos previstos en la ley 69 de 1945, en relación con la ley 21 de 1931, necesariamente se colige, habida consideración de la clasificación consagrada en el artículo 2º del C. P. que el ordenamiento contenido en el artículo 10 ibidem, en cuanto a que 'las disposiciones preliminares y las contenidas en el Libro primero de este Código se aplicarán también a las materias de que tratan otras leyes penales, siempre que en éstas no se disponga otra cosa', impone aplicar las normas que sobre prescripción de la acción penal trae el Código en su parte general.

"**Octavo.**— La prescripción de la acción penal, por lo que a delitos se refiere, está regulada en el artículo 105, el término mínimo allí fijado es de cinco años. Las contravenciones, de acuerdo con el artículo 115 y en cuanto a la acción, prescriben en un año. Esos términos se cuentan en la forma prevista en el artículo 106, y sólo se interrumpen cuando se trata de delitos, si se cumple la actuación procesal de que da cuenta el artículo 107.

"**Noveno.**— Admitido que las **faltas** profesionales de los abogados constituyen contravenciones y que éstas hacen parte del derecho penal administrativo, en esa simple condición resultaría injurídico darles un tratamiento de excepción para efectos de la prescripción, entendiendo que algunas de las faltas enumeradas por el artículo 10 de la ley 21 de 1931 conllevan una conducta delictiva y tipifican hechos previstos en el Código Penal, pues no puede perderse de vista que la ley 69 de 1945, como reglamentaria de la profesión de abogado, reprime los hechos allí previstos, graves o leves, a simple título de **faltas** por un procedimiento especial que aspira a mantener el nivel ético de una profesión eminentemente social, para su propia defensa y en defensa de los asociados, dejando a salvo la misma ley la acción penal por los delitos, propiamente tales, si las transgresiones al ordenamiento administrativo comportan conductas específicamente estatuídas en el Código Penal.

"La distinción hecha por esta Sala en uno de los fallos atrás copiados en cuanto a que en los cinco primeros ordinales del artículo 10 de la ley 21 de 1931 se contemplan **faltas** graves que a su vez entrañan una conducta delictuosa, que no autoriza declarar la prescripción propia a las contravenciones, y que, en cambio, las enunciadas en el ordinal 6º son equiparables a contravenciones, más que una interpretación de la ley es una creación normativa que excede la función jurisdiccional. Y es más: si puede en abstracto presumirse que las causales 3ª, 4ª y 5ª de la disposición comentada, a más de entrañar una conducta inmoral constituyen violaciones al Código Penal, no se podría decir lo mismo de las causales 1ª y 2ª que se refieren a quien ha 'sido condenado a sufrir pena aflictiva' o 'condenado por prevaricato o violación del secreto profesional', pues resulta absurdo erigir en **delito** el hecho de haber sido condenado por un **delito.**

"Esa misma doctrina, que ahora rectifica la Sala, adolece del inconveniente de que no permitiría clasificar en forma alguna las faltas leves de que da cuenta el artículo 8º de la ley 69 de 1945.

"**Décimo.**— Todos los planteamientos hechos respecto al problema debatido hacen entender:

"a) — Que las faltas a la moral profesional en el ejercicio de la abogacía, al ser reprimidas conforme a la ley 69 con las específicas **penas** que en ella se establecen —multas, suspensión o cancelación— se constituyen, para todos los efectos, en infracciones de la ley penal, infracciones que, conforme a la clasificación ya enunciada del artículo 2º del C. P. no pueden ser sino contravenciones, cuya prescripción está regida por el artículo 115 ibidem.

"Cierto es que la ley 69 enunció las **faltas,** determinó la naturaleza y duración de las sanciones y fijó el procedimiento y competencia para juzgarlas, pero no dictó norma expresa sobre prescripción de la acción penal. Este vacío no puede

solucionarse sino con aplicación del artículo 10 del C. P. tal como se expresó en consideración anterior, cuyo ordenamiento, a más de claro y preciso, está respaldado por la doctrina penal, a la vez que informa un sistema acogido por distintas legislaciones.

"Muchos códigos penales se ocupan tanto de los delitos como de las contravenciones, distinguiendo estas especies de hechos punibles, si bien el término empleado para éstas es en algunos **transgresiones** y en otros **faltas.** Los códigos que no se ocupan en su parte especial de establecer las contravenciones, cuando menos hacen aplicables, en lo pertinente sus normas de carácter general, como ocurre con el italiano de 1930 (artículo 16).

"Los autores que con más empeño han tratado de separar los campos del **derecho penal,** propiamente dicho, del **derecho penal administrativo,** para a la vez deslindar el delito de la contravención o la falta, por ser distintos en sus elementos subjetivos y objetivos, distintos los intereses jurídicos que lesionan y distintos sus ámbitos jurídicos, reconocen en su mayoría que ambas formas de infracciones tienen aspectos comunes y que hay principios generales a los cuales están sometidos. El derecho penal administrativo —para Manzini— 'ni deja de ser Derecho penal verdadero y propio en la forma y en la sustancia y en la finalidad misma; ya que el Derecho heterogéneo, que en base a criterios de oportunidad se agrupa en torno a una rama de la administración pública, no pierde por eso su naturaleza y no se aparta de los principios generales que le son propios'. Spota, quien también separa estos dos derechos, admite expresamente, cuando no hay disposición sobre el particular en contrario, que son aplicables las disposiciones de la ley penal en cuanto a la prescripción 'porque guarda el Derecho Penal común con el Derecho penal administrativo una vinculación tal que es cuestión de grado, de política penal, incluír una contravención en el régimen de los delitos'.

"b) — Que en su condición de **faltas** o **contravenciones** los hechos previstos en la ley 69 de 1945 —graves o leves— para efectos de la prescripción de la acción punitiva hay que estarse a lo dispuesto en el artículo 115 del C. P. Si de la conducta del profesional contra quien se endereza el procedimiento especial previsto en esa ley se desprende que hubo o pudo haber la comisión de un **delito,** la cesación del proceso administrativo o disciplinario por motivo del precario término de la prescripción, en modo alguno enerva o inhibe la acción penal por el delito, cuya investigación debe proseguirse u ordenarse —según el caso— para definir la responsabilidad criminal del abogado". (G. J. XCIII, 749 s.s.).

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha solicitado en su concepto de fondo la confirmación del fallo de instancia, pero por las razones que se dejan copiadas no hay lugar a esa confirmación.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— oído el parecer fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia condenatoria a que se ha hecho mérito, y en su lugar, ORDENA cesar todo procedimiento contra el doctor JORGE RIOS GUTIERREZ, por haber prescrito la acción penal dimanada de violaciones a la ley 69 de 1945, en este proceso.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO

Alteración del orden en las causales de casación. — Condiciones morales del testigo. — Sistema legal de apreciación de pruebas. — Prueba necesaria para condenar.

1—Ante hechos que colocan en tela de juicio las calidades morales de un testigo, sobretodo en lo que concierne a su poco respeto por la verdad y el buen nombre de sus semejantes, no le es permitido al juzgador eximirse de abordar el análisis de tales condiciones personales del deponente. El sólo contexto de sus testimonios no debe bastarle, pues esto equivaldría a discriminar la prueba de acuerdo con su propia y omnímoda voluntad.

2—No es omnímoda la libertad que tiene el juez en la apreciación de la prueba: al adoptar el legislador un sistema intermedio entre la libre apreciación de las pruebas y la tarifa legal, fue sin duda porque aceptó los principios que informan la teoría general de la prueba, señalando pautas y límites para apreciarlas, de tal modo que los principios que forman esta teoría no pueden ser desestimados, para encontrar aquélla certeza legal que es la única que, dentro de las deficiencias del espíritu humano, puede permitir al juez el ejercicio de una recta justicia.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

V I S T O S :

En sentencia de fecha 25 de febrero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, reformó la proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad y condenó a Luis Alfredo Matoma Tique a pagar la pena principal de 17 años de presidio, más las accesorias de rigor legal, como uno de los responsables del homicidio calificado de asesinato en la persona del señor Moisés Rodríguez. Al mismo tiempo sobreseyó temporalmente a favor del mismo Matoma Tique en lo referente al "robo que se hubiera podido llevar a cabo en la tarde de autos en la casa de Moisés Rodríguez", así como en lo relacionado con "las muertes de Virginia Franco, Julio Narváez, Cristóbal Narváez, Nacianceno Yara, Belén Alape, Belisario Alape, Lorenzo Yara y Ramón A.. Tique como también a los incendios y robos ocurridos en la tarde de autos en las mentadas veredas de Acevedo Gómez, Guaguarco y Rionegro".

El defensor del acusado, Dr. José Joaquín Prada Rojas interpuso el recurso extraordinario de casación contra el referido fallo, el cual le fue concedido y declarado admisible; y como se han cumplido los trámites de rigor para esta clase de recursos, procede la Corte a su estudio.

ANTECEDENTES Y ACTUACION PROCESAL

El Tribunal cuya sentencia es la causa del recurso de casación, relata sucintamente los hechos de la siguiente manera:

"Siendo más o menos las cinco y media de la tarde del 27 de mayo de 1958, se presentó un grupo de gentes armadas a la casa de la hacienda denominada la "Quinta", situada en la vereda de El Tambo, jurisdicción municipal de Coyaima, perteneciente a la familia Rodríguez Tique. Los asaltantes amarraron a Moisés Rodríguez y procedieron al saqueo apropiándose entre otras cosas de 200 pesos en dinero, valor de una vaca, o para me-

jor decir, saldo del precio en que habían vendido ese animal. Sacaron cuanto había en la casa y habiendo encerrado a la señora Mercedes Tique vda. de Rodríguez junto con sus hijos, se llevaron a Moisés Rodríguez, cuyo cadáver fue encontrado después contra la quebrada de Guaguarco con ocho machetazos".

La investigación de tan graves sucesos correspondió en primer término al Alcalde Municipal de Natagaima, quien la inició el 28 de mayo del año citado. También intervino en ella el Inspector de Policía Departamental de Hilarco, el cual, como consta a fs. 109 en adelante, practicó algunas diligencias investigativas encaminadas al esclarecimiento de los hechos y como lo hiciera la Alcaldía de Natagaima, practicó diligencias tendientes a ello y recibió testimonios de las personas avecindadas a los lugares del crimen conducentes al descubrimiento de sus autores. Con posterioridad y para los mismos fines, intervino también el juez 35 de Investigación Criminal, funcionario que a fs. 138 a 141 decretó la detención preventiva de Desiderio Alape, Juan Alape, Marcos Oyola, Pablo Emilio Salazar, Adolfo Tapiero, Marcelino Tapiero y Héctor Bucurú Oyola. Este auto tiene fecha 21 de julio de 1958. Ya antes el 19 de junio (fs. 91 y 92), el juez instructor había decretado la detención preventiva de Luis Alfredo Matoma Tique, el único recurrente en casación.

El proceso correspondió por repartimiento al Juez Segundo Superior de Ibagué, quien al decidir el beneficio de libertad impetrado por el señor apoderado de Matoma Tique no accedió a este pedimento, confirmando en consecuencia la decisión del funcionario instructor. Al mismo tiempo ordenó la práctica de algunas diligencias tendientes al total esclarecimiento de los hechos.

Practicadas estas pruebas en la medida que fuera posible y vuelto el negocio al Juez competente, éste ordenó el traslado al Agente del Ministerio Público, Fiscal del Juzgado Segundo Superior, quien en concepto de fondo, visible a fs 194 y 195 del cuaderno principal, dice lo siguiente:

"Poco podría yo alegar en el presente negocio por la dificultad de edificar una sentencia condenatoria sobre una deleznable prueba testimonial, que se hace casi paupérrima en su valor probatorio, especialmente en regiones como Natagaima y Coyaima en donde las gentes indígenas y campesinas tienen establecido el denuncio a las autoridades como un sistema de venganza. De otra parte, en virtud del sistema de persuación racional que reemplazó al desueto sistema de tarifa probatoria, es al señor Juez al que corresponde apreciar razonadamente la credibilidad de las declaraciones, teniendo en cuenta las normas de la crítica testimonial y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que rinda la declaración. Y si a esto se agrega la falta de inmediación en la percepción de la prueba testimonial, tendría que convenir conmigo el señor Juez, que no puedo hacer otra cosa distinta en nombre de la sociedad que represento, que solicitar ahincadamente de su Señoría un SOBRESEIMIENTO de carácter temporal para todos los que aparecen procesados en este negocio".

El señor Juez de instancia, dando aplicación al procedimiento que corresponde al proceso, el señalado en el Decreto 0012 de 1959, desestimó la opinión del señor Agente del Ministerio Público y tras del análisis de la prueba que logró recogerse, en proveído del 10 de julio del año mencionado, dictó sentencia condenatoria en contra de Luis Alfredo Matoma Tique y Adolfo y Marcelino Tapiero por los delitos de homicidio (asesinato), incendio y robo, a quienes impuso la pena de 24 años de presidio para cada uno, junto con las accesorias correspondientes. Ordenó al mismo tiempo la detención de los sindicados Tapiero, sobreseyó temporalmente a favor de Desiderio Alape, Juan Alape, Marcos Oyola, Pablo Emilio Salazar, Héctor Bucurú Oyola, Ismael Tique, Lucía Tique y Jesús María Tacumá, ordenando abrir la investigación en cuanto a estos sindicados y absolvió a José Ascencio Cupitra Yacumá, Helena Murcia, Rubiela Rodríguez, María Elvira Yacumá y Claudina Alape.

Revisada la alúdida sentencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, se produjo la decisión a que antes se hizo referencia, sobre la cual únicamente se interpuso el recurso de casación en lo que respecta al procesado Matoma Tique, objeto de este estudio.

DEMANDA

El señor apoderado del recurrente, en extenso libelo (fs. 13 a 29) del segundo cuaderno, impugna el fallo del Tribunal con base en las causales 1ª, 2ª, 4ª y 5ª del artículo 567 del C. de P. P., estas últimas en subsidio de las dos primeras alegadas.

"Por motivos de orden lógico —dice el recurrente— y como consecuencia de las decisiones principales y subsidiarias de esta demanda, en és-

ta no seguiré el orden numérico de las causales contempladas en el artículo 567 del C. de P. P., me permito apartarme de este orden para exponer tales causales que invoco en forma diferente, con lo cual no se contraría la técnica del recurso intentado".

De conformidad con lo anterior, el recurrente aduce las aludidas causales, en el orden siguiente: segunda, primera, cuarta y quinta, las dos primeras como principales en su orden, y las dos segundas, también en su orden, sintetizando su petición así:

Para el caso improbable de que las causales 1ª y 2ª invocadas, no fueren aceptadas, subsidiariamente os pido, se case la sentencia antes dicha, de acuerdo con la causal 4ª alegada, para que por conducto del H. Tribunal Superior de Ibagué, sea devuelto este proceso al Juzgado Segundo Superior de este Distrito, a fin de que se reponga el procedimiento a partir del auto que declaró cerrada la investigación, para que de esa situación procesal en adelante se dé aplicación al procedimiento anteriormente existente al Decreto 0012 de 4 de junio de 1959".

Como muy bien lo anota el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la alteración del orden de las causales de casación enumeradas en el artículo pertinente del estatuto procesal penal, no pugna en modo alguno con las exigencias que impone la técnica propia de aquel recurso extraordinario. Por el contrario, esa alteración muchas veces es requerida por esa misma técnica, en vista de que la enumeración del indicado artículo es simplemente taxativa pero no demostrativa de que un motivo de impugnación tiene mayor importancia que otro.

Es indudable que la causal 4ª, en caso de prosperar sobre las demás propuestas, prevalecería sobre ellas, pues si existe nulidad tiene que ser declarada o reconocida desde cuando tuvo lugar, lo que necesariamente tiene que ocurrir antes del pronunciamiento del fallo objeto del recurso, como quiera que antes de dictar éste, es misión del Juez estudiar el proceso para comprobar o no la existencia de alguna nulidad, desde luego que como acertadamente lo dice el Señor Agente del Ministerio Público, "este fallo queda afectado **ab initio** de una invalidez esencial, de obligatorio reconocimiento y declaración", entendiéndose, es claro, que se trata de nulidades supralegales o de aquellas absolutas que no pueden ser subsanadas o que no lo fueron por la posterior actividad de las partes dentro del proceso.

Según las normas procesales que rigen aquellos eventos, de conformidad con lo anterior y como quiera que el recurrente insiste en que se estudie el proceso de modo principal de conformidad con las causales 1ª y 2ª, dejando la 4ª y la 5ª como subsidiarias para el caso de que aquellas sean desechadas, a ello accede la Corte no por encontrarlo arbitrario, en primer término y en segundo lugar, porque de prosperar éstas, haría improcedente, por innecesario, el estudio de las restantes causas de la impugnación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un estudio de la demanda, con base en las causales alegadas por el recurrente, para concluír que no debe invalidarse el fallo impugnado, toda vez que hay bases probatorias suficientes para establecer la responsabilidad de Matoma Tique en el homicidio agravado que se le imputa por la muerte de Moisés Rodríguez. La Corte en el estudio del recurso irá haciendo referencia al concepto fiscal a medida que el análisis de los motivos de impugnación así lo demanden, procedimiento que también optará al referirse a las alegaciones del libelo.

CAUSAL SEGUNDA.— Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Esta causal que no tendría viabilidad en general dentro de un proceso seguido por el delito de homicidio con la intervención del Tribunal Popular, como en múltiples decisiones lo tiene admitido la Corte, en el negocio a estudio sí tiene que ser analizada, desde luego que el procedimiento o trámite en virtud del cual se desarrolló el proceso fue el establecido de conformidad con el Decreto 0012 de 1959, que entre otras limitaciones descarta la intervención del Jurado y por lo mismo todos los razonamientos hechos a propósito por la Corte referentes a la causal 2ª, caen por su base.

No es menester insistir en este punto y se procede, en consecuencia, al estudio de la causal.

SE CONSIDERA:

Este proceso presenta una característica específica, que es preciso señalar desde ahora, porque sirve en grado superior para enfocar los grandes, delicados y difíciles problemas que presenta el estudio de los elementos probatorios que pudieron

recogerse en la etapa investigativa. Los hechos de sangre, homicidio con características de asesinato, saqueos, robo e incendio, etc., debieron ser consumados por una cuadrilla de forajidos numerosa; sin embargo el expediente no pudo acreditar sino alguna prueba testimonial, que ha podido apreciarse y valorarse y aún criticarse en relación con Luis Alfredo Matoma Tique, el único que ha venido sufriendo detención preventiva, sindicado de tales hechos y con quien ha sido posible practicar careos, al mismo tiempo que aportar prueba de descargo para eludir su responsabilidad.

Ocho personas perdieron la vida en el asalto de que fueron víctimas los habitantes de las veredas de "Guaguarco", "El Tambo", y "Acevedo Gómez" en los municipios de Coyaima y Natagaima. A pesar de tan graves sucesos la justicia humana no ha podido responsabilizar hasta ahora a otros distintos de los hermanos Tapiero, quienes fueron declarados reos ausentes y juzgados en contumacia y a Matoma Tique, el recurrente en casación.

Esta circunstancia impone que ya que la causal segunda es procedente en este juicio, se haga una exhaustiva y minuciosa valoración de la prueba, a fin de que un examen atento de la misma permita a la Sala moverse con tal desenvolvimiento y ponderación que corresponda a las circunstancias mismas que ofrece el proceso.

Es manifiesto que todo juicio penal encuentra dificultades extremas para su completa dilucidación. No es fácil determinar cuándo una conducta humana es susceptible de responsabilidad y cuándo ésta, porque fue establecida legalmente, se hace digna de una sanción. Pero en algunos casos —como este— esas dificultades se extreman de tal modo que hace necesario un análisis a fondo de los elementos de juicio que sirvan de base al pronunciamiento judicial, de tal manera que sea este el resultado de profunda motivación y exégesis acorde con las necesidades de la justicia, bien sea ésta para las finalidades de la defensa social, o bien para impedir que pueda recaer una sentencia condenatoria sobre quien no sea legal y verdaderamente responsable.

De los testimonios que cita el Tribunal de instancia pertenecientes a Mercedes Tique, quien hacía vida marital con Moisés Rodríguez, Jairo Rodríguez Tique y Bárbara Rodríguez Tique, hijos de aquella, apenas resulta una relación de lo acaecido y como esos declarantes están acordes en el particular, la sola transcripción de tal testimonio basta para los fines de esta providencia. Dice así:

"PREGUNTADA. Haga usted un recuento de los hechos que tuvieron lugar en la tarde del día 27 de mayo en la vereda de El Tambo donde perdió la vida su esposo Moisés Rodríguez. CONTESTO: A las cinco y media de la tarde me encontraba yo en la casa de la "Quinta" en la vereda de El Tambo en la jurisdicción de Coyaima, con mi esposo Moisés Rodríguez y los niños, cuando vimos fue que llegaron por todos lados hombres vestidos unos de particulares y otros de militares. Mi esposo estaba adentro y allá lo pusieron manos arriba y procedieron a esculcar los cajones y se llevaron $200.00, valor de una vaca que había vendido o mejor saldo de ese valor, pues ya él había pagado los peones; luego lo sacaron y lo amarraron ya afuera, después de haberse sacado la ropa mejor que encontraron; entonces él pegó un grito como para llamar a la gente y yo le dije: Ay mijo cállese la boca, a lo cual él me respondió: es que no es la Autoridad la que me va a amarrar; yo me acerqué a donde lo tenían amarrado y les supliqué que no le fueran a hacer nada, pero entonces me dieron un empellón hacia adentro y me pusieron dos a guardiarme, sacaron todo lo que había adentro, cuando ya sacaron todo lo encerraron en una piecita y lo dejaron ahí encerrado y me preguntaron el nombre a mí, a lo cual les respondí que me llamaba Mercedes Tique, a lo cual me respondieron que agradeciera que era hermana de mi hermana Carmen vda. de Matoma, si no me mataban. A mí y a los niños nos dejaron encerrados y a mi esposo Moisés se lo llevaron, luego de sacarlo del cuarto donde lo dejaron encerrado mientras saqueaban la casa; entonces yo y los niños hicimos un roto por el enrejado de guadua que había en la pieza y nos salimos y nos fuimos para la casa de mi mamá Lucía Tique, que vive para el lado de la carretera. PREGUNTADA: Entre los asaltantes conoció Ud. alguno de ellos? CONTESTO: Conocí entre los asaltantes a Adolfo y Marcelino Tapiero y había uno que en el cuerpo y en el semblante era idéntico a Ismael Tique, mi hermano; y los niños es decir, Jairo Rodríguez, de 10 años de edad, dice que iba uno que él lo había visto aquí en la tropa o ejército de esta ciudad. PREGUNTADA: Ud. tuvo conocimiento si el día 27 de mayo del año próximo pasado hubo una reunión en casa de Etelvina Oyola Bucurú donde se comieron dos ovejas y libaron licor? CONTESTO: He oído decir, que eso sucedió y entre las personas que me habían dicho está Rudesindo Tique Flórez y Clotilde Yará. En este momento entró al recinto de la Alcaldía el cabo José Joaquín Ve-

lásquez y la declarante dijo: "Este cabo es idéntico al que entró adelante de la chusma y me decía: "cállese no diga nada porque le hacemos una cosita" y también he visto en el ejército otro delgadito que también fue allá". (fs. 14 y vto.).

Esta misma declarante a fs. 237, ratificando una declaración extrajuicio pedida por el apoderado, declara lo siguiente:

"Me llamo Mercedes Tique Yara, de 29 años de edad, natural de Coyaima, y actualmente vecina de este municipio, soy hermana de Carmen Tique Yara, tía de Luis Alfredo Matoma Tique, no tengo parentesco de ninguna naturaleza con el señor Joaquín Prada, hice vida marital varios años con Moisés Rodríguez Loaiza, no tengo parentesco con Lorenzo Yara, Julio Narváez, Nacianceno Yara, Belisario Alape y Ramona Tique. Al 2º no le corresponde. Al 3º No le corresponde. Al 4º no le corresponde. Al 5º sí soy la misma persona que declaró en el proceso penal que se adelantó por la muerte violenta del señor Moisés Rodríguez y otros, en la vereda de Guaguarco en la jurisdicción de Coyaima, y dicha declaración la rendí el 1º de junio de 1958, no me acuerdo cómo figuré en dicha declaración, pues no me acuerdo si me hicieron esa pregunta, y lo cierto es que no fuí casada con el señor Moisés Rodríguez, sino que apenas hice vida marital con él y de él tuve diez hijos, y que vivía en un mismo techo hasta el día de su muerte. Como ya dije, soy hermana de Carmen Tique v. de Matoma y somos hijos de Lucía Tique, y es un hecho cierto que Bárbara Tique, es hija mía y de Moisés Rodríguez, muerto el 27 de mayo en forma violenta y es la misma persona que declaró en ese proceso con el nombre de Bárbara Rodríguez; conozco de vista, trato y comunicación a la señora Rudesinda Tique, me parece que es tía de nosotras, antes de la muerte de Moisés, dicha señora no me trataba, de ahí para acá es que me trata; dicha señora es pendenciera y especialmente a la familia Matoma Tique, le ha tenido odio injustificado y habla mal del honor de nosotros, a la hora en que estábamos almorzando, el día 27 de mayo, Bárbara Tique Rodríguez, me dijo que había visto en las horas de la mañana a Luis Alfredo Matoma Tique, no me acuerdo por qué tuvimos esa charla, y por razón de que la casa en donde vivía yo con el finado Moisés Rodríguez, quedaba al pie de la carrilera, ví pasar en el tren que viene de Bogotá al señor Luis Alfredo Matoma, con dirección a esta ciudad, quien venía vestido con una camisa verde y un pantalón blanco, no pude precisar qué hora era, pero si podían ser las tres o las cuatro. Es un hecho cierto que cuando mi hija menor, Bárbara Tique Rodríguez, el 19 de junio de 1958, fue asistida por Rudesinda Tique y no por mí, y que Bárbara me contó después, que Rudesinda era una soplona de las cosas que ella debía declarar, influyendo para que declarara en contra de Luis Alfredo Matoma Tique".

Del testimonio anterior, así como el de sus hijos Bárbara y Jairo, en igual sentido, no se desprende, como sucede con el restante acervo probatorio allegado al expediente, ningún hecho concreto que señale a Matoma Tique como uno de los coautores de los graves ilícitos aquí investigados.

El cargo contra el sindicado viene a surgir cuando declaran Rudesinda Tique González y su hija Blanca María Tique, fs. 82 y 87 vto., las cuales están acordes en afirmar que vieron al procesado a eso de las nueve de la mañana y luego a las cinco y media de la tarde el día de los sucesos acompañado de Alfonso y Marcelino Tapiero, por los lados donde aquellos ocurrieron. Conviene reproducir estos testimonios porque sobre ellos y únicamente sobre ellos ha recaído la incriminación contra Matoma Tique. Son pues los testigos de cargo sobre los cuales se fundamenta la sentencia recurrida, como se deduce del siguiente aparte de los considerandos de la misma, después de reproducir y analizar la prueba de coartada que el procesado aportó en su descargo.

"En cambio ahí están los testimonios rendidos por Blanca María Tique, Bárbara Rodríguez y Rudesinda Tique González quienes depusieron manifestando que a la hora y en el punto en que se llevó a cabo el ataque a la casa de Moisés Rodríguez, habían visto entre los bandoleros al mentado Luis Alfredo Matoma, que hasta por más señas, iba armado de peinilla —machete—".

La mentada Rudesinda Tique González, depone como sigue:

"El día veintisiete de mayo del año en curso me fuí a las siete y media de la mañana a mi casa que tengo en El Tambo, frente a la escuela, me fuí con el objeto de traerme unos limones y unos mangos para venderlos aquí. Me encontraba ahí trabajando ese día haciendo el aseo de la casa cuando por ahí a las 9 de la mañana ví salir a Luis Alfredo Matoma, que está aquí preso, salir para la escuela que queda frente a la casa mía. Luis Alfredo se estuvo ahí un momentico en la escuela y salió en dirección para el puente que queda frente a la finca del finado Moisés Rodríguez. Yo pu-

de darme cuenta de que Luis Alfredo Matoma había ido hasta el puente que queda frente a la finca del finado Moisés Rodríguez porque yo tenía que ir a la finca de mi propiedad a sacar un tercio de leña. Y en el punto donde yo iba a recoger la leña quedaba cerquita al puente. Fue así como me dí cuenta que Luis Alfredo Matoma se regresó por el mismo camino. Esto sería por ahí a las nueve y media o diez de la mañana Pero de ahí no me volví a dar cuenta de él. Me dio la impresión de que en esas horas de la mañana lo que Luis Alfredo Matoma estaba haciendo era inspeccionando la vereda. Por ahí como a las cinco y media para las seis de ese mismo día veintisiete de mayo del año en curso, volví a ver a Luis Alfredo Matoma por el mismo camino real que había transitado por la mañana, pero ya no iba solo, iba en compañía de cuatro personas más entre las que coiocí a Adolfo y Marcelino Tapiero, a los otros dos no los conocí. Todos los cinco iban armados, había tres con fusiles, un fusil lo llevaba Marcelino Tapiero y los otros dos desconocidos llevaban los otros dos fusiles. Luis Alfredo Matoma y Adolfo Tapiero estaban armados con peinillas y con unas armitas pequeñas a la cintura. Yo los ví desde atrás de la cocina de mi casa cuando cruzaban por el camino real como a una distancia de unos diez metros. Ellos no me vieron. Cuando los cinco individuos iban subiendo por una lomita que queda frente a la casa de misiá Alcira Tique sentí tres disparos que dieron por el lado de frente de la escuela para allá, hacia la parte oriente, después de que oí los tres tiros casi al momento pude darme cuenta del humo que salía en borbollón hacia el lado de abajo de la escuela.. A mí me dio susto y salí a carrera hacia la carretera para venirme para Natagaima con mi niña de nombre Blanca María, de 10 años. No me dí cuenta de más nada. PREGUNTADA: Sírvase decir en compañía de quién o quiénes se encontraba usted cuando a las cinco y media de la tarde del 27 de mayo del año en curso vió cruzar por el camino real que pasa cerca de su casa a Luis Alfredo Matoma, Marcelino y Adolfo Tapiero, y los dos desconocidos, armados de fusiles, peinillas y armas "pequeñitas". CONTESTO: Yo estaba en compañía de mi hijita de diez años de nombre Blanca María. Mi hijita también los vió y los conoció. PREGUNTADA: En las horas de la mañana del 27 de mayo del año en curso cuando usted vió a Luis Alfredo Matoma llegar a la casa de Alcira Tique, ir luego a la escuela y luego transitar por el camino real hasta el puente que queda frente a la finca de Moisés Rodríguez, en compañía de quién se encontraba usted? CONTESTO: "Me encontraba en compañía de mi niña Blanca María". PREGUNTADA: Sabe usted si otras personas se dieron cuenta de la presencia de Luis Alfredo Matoma en la vereda de Guaguarco, esa tarde del 27 de mayo anterior? CONTESTO: "Sé que la hija de Mercedes Tique vió a Luis Alfredo Matoma en las horas de la mañana de ese día. Barbarita se llama la niña". (fs. 82 y vto.).

La declaración de la menor Blanca María Tique, dice en su parte pertinente así:

"PREGUNTADA: Sírvase decir si conoce a Luis Alfredo Matoma. CONTESTO: "Si señor, lo conozco. PREGUNTADA. Sírvase decir si el 27 de mayo, día en que ocurrieron algunas muertes violentas en la vereda de Guaguarco, vió a Luis Alfredo Matoma. En caso afirmativo díganos a qué horas lo vió, en compañía de quién o quienes se encontraba y a qué se dedicaba?, CONTESTO: "Sí señor, yo ví a Luis Alfredo Matoma ese día, lo ví como a las nueve de la mañana, iba solo para la escuela de Guaguarco. Después de eso lo ví, cuando yo iba con mi mamita a coger una leña lo ví que para hacia el lado (sic) del puente del ferrocarril, frente a la casa de Rogelio Rodríguez. Después ahí como a las cinco y media estando yo con mi mamita en mi casa ví en un montecito cerca de mi casa a Luis Alfredo Matoma, Marcelino Tapiero y Adolfo Tapiero y a dos más que no conocí. Todos esos estaban armados con unas cosas de esas que tienen los soldados y con peinillas y de ahí se agacharon por detrás del montecito para que no los viéramos nosotras. Al poco rato sentí unos totazos. Esos hombres que ví iban como con vestidos verdes y unos llevaban esas cosas como para cargar balas. Al poquito rato después de los totazos ví humo y entonces mi mamita y yo nos salimos de la casa y nos vinimos para acá para el pueblo". (fs. 87 vto.).

Por su parte Bárbara Rodríguez, declara lo siguiente:

"PREGUNTADA: Sírvase decirnos si conoce al señor Luis Alfredo Matoma Tique? CONTESTO: "Si señor lo conozco". PREGUNTADA: Sírvase decirnos si el 27 de mayo del año en curso, fecha en que se cometieron unos crímenes en la vereda de Guaguarco, Tambo y Acevedo Gómez, vió, por esas mismas veredas, al señor Luis Alfredo Matoma. En caso afirmativo diga a qué horas lo vió, con quién o en compañía de quiénes se encontraba y a qué se dedicaban? CONTESTO: "El día 27 de mayo ví cerca de la escuela de Guaguarco

a Luis Alfredo Matoma. Eran más o menos las tres de la tarde cuando lo ví, estaba solo, lo ví que abría la puerta de una casa que es de un señor que se llama David, no recuerdo su apellido. Esta casa del señor David queda a una distancia como de aquí a la puerta y de asomarse la volvió a cerrar y se fue (sic) PREGUNTADA: Sírvase decir si después de las tres de la tarde en que vió a Luis Alfredo Matoma abriendo la puerta de la casa del señor David, lo volvió a ver? CONTESTO: No señor no lo volví a ver". (fs. 87).

Esta misma testigo rindió declaración extrajuicio en el término probatorio de la causa por pedimento del apoderado. Ratificada después (fs. 237 vto. y 238) en el Juzgado Promiscuo Municipal de Natagaima, dijo lo que sigue:

"Yo soy hija de Mercedes Tique y de Moisés Rodríguez, quien fue muerto a manos criminales el veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, yo soy la misma persona que declaró con el nombre de Bárbara Rodríguez en el proceso penal por la muerte de mi padre natural Moisés Rodríguez, que rendí ante este despacho el día 19 de junio de 1958. Conozco a Luis Alfredo Matoma Tique, hace unos dos años, y yo ví a Luis Alfredo Matoma fue en las horas de la mañana el día 27 de mayo de 1958, día en que pereció mi padre Moisés Rodríguez, pues yo lo ví cuando me encontraba en la Escuela de El Tambo (Guaguarco), porque él estaba en una casa cerca de la Escuela. Es verdad que yo declaré haber visto a las tres de la tarde del día citado 27 de mayo, porque la señora Rudesinda Tique me dijo que dijera que yo había conocido a Luis Alfredo, por lo cual declaré así el día 19 de junio de 1958".

Varias tachas fundamentales pueden hacerse a los testimonios de estas dos últimas declarantes: su menor edad, que aunque no constituye propiamente una inhabilidad legal para declarar, sí es susceptible dentro de los principios que informan la crítica del testimonio para valorar su credibilidad, de hacerlos sospechosos; su parentesco próximo en cuanto a Blanca con la principal testigo de cargo Rudesinda Tique González madre de la menor y en lo que respecta a Bárbara hija de Moisés Rodríguez, una de las víctimas de este proceso, amén de que su propia madre en declaración que se transcribió antes, hace alusión a la forma como fue recibido su testimonio, que por cierto lo coloca en un plano dentro del cual resulta inidóneo para servir de prueba adecuada que refuerce los dichos de Rudesinda Tique.

Porque si es verdad que un proceso de esta categoría, por las mismas circunstancias que rodearon la ejecución de los delitos, implica dificultades tremendas en orden a su investigación, no puede perderse de vista tampoco que si los testigos presentan algún género de inhabilidad o de sospecha, su apreciación exige someterlos a un riguroso análisis a fin de conocer hasta dónde sirven como criterio de certeza legal. Esto es manifiesto respecto de las declarantes nombradas, a lo cual hay que agregar también que la forma en que la declarante Bárbara Rodríguez se retractó en parte respecto de sus dichos primeros, ello mismo es un motivo más para que la credibilidad que pudiera comportar su testimonio merme mucho en su contenido probatorio y pierda más todavía su fuerza como elemento de juicio.

Es notorio que podría aludirse a esta argumentación a que se refiere el señor Fiscal, en el sentido de que el Juez puede atribuír mayor fuerza a los testigos que rindieron su deposición cuando sobre ellos no pesaba ninguna influencia que pudiera modificar sus primitivas percepciones y recuerdos. Esto es así y en los dominios de la psicología jurídica se han aceptado siempre como realidad estos fenómenos. Pero es evidente que en el caso de autos tal argumentación no produce el efecto deseado, por cuanto lo que está aquí en tela de juicio no son aquellos principios científicos sobre la prueba, sino el grado de credibilidad que pueden aportar testimonios que exhiben las tachas antes anotadas, que de poderlas superar sería grandemente beneficioso para la justicia, ante la impotencia de conseguir comprobaciones siquiera colaterales o indiciales que por algún camino fortalecieran el contenido de aquellos testimonios.

Vistas de tal suerte las pruebas del proceso, resulta que no queda como medio de evidencia nada distinto que la declaración de Rudesinda Tique González. Este es menester también someterlo a un análisis que permita deducir si es digno de credibilidad y bastante para que al confrontarlo con la prueba de descargo o coartada que desde su indagatoria presentó el sindicado Matoma Tique, resiste esta confrontación y por suceder así, sea bastante para fundamentar un fallo condenatorio.

Todos los argumentos del recurrente en orden a la causal segunda se dirigen a hacer, a manera de doble columna, una demostración de las específicas condiciones que ofrecen los testimonios de cargo. A la verdad dicho examen es absolutamente necesario en el caso presente, como quiera que si a las pruebas aducidas al proceso se les dió

un valor probatorio que no tienen en cuanto a lo que dice relación con los de Rudesinda Tique González, Blanca Tique y Bárbara Rodríguez, es manifiesto que por ser esto mismo uno de los presupuestos que la causal segunda contiene para la invalidación de la sentencia, no puede el juzgador prescindir de este punto de referencia, que conlleva precisamente a la resultante de valorar los elementos de juicio aportados al proceso. El C. de P. P. contiene una norma que en este caso es de inexcusable aplicación, cual es la de que "al Juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración". Esa misma norma dice que "las condiciones y circunstancias que conforme al inciso anterior, puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo se hará constar en la misma declaración".

Esto último no fue cumplido en forma alguna por los investigadores, no hay dato ninguno en el proceso que permita conocer esas condiciones morales susceptibles de valoración para apreciar la credibilidad de los testimonios que se analizan. A falta de ello, que es al mismo tiempo un grave defecto de la investigación, fueron traídos al proceso algunos elementos probatorios que permiten aproximadamente conocer las condiciones morales de Mercedes Tique González único testigo que como se ha visto, queda como recaudo probatorio en la acusación contra el sindicado, no porque la declarante lo hubiera visto en la comisión del delito, lo que conviene destacar adecuadamente, sino porque según su dicho lo vió entre las personas que consumaron el asalto del 27 de mayo de 1958, con el saldo trágico a que ya tantas veces se ha hecho referencia

El recurrente al referirse a este punto dice algo que no puede menospreciarse porque está acorde con las constancias procesales y es deber del Juez tenerlo en cuenta para las conclusiones a que haya de llegar en la decisión de este proceso:

"Sin embargo las condiciones morales y sociales de estas testigos, están en todo reñidas con las que exige la más sana crítica para admitirle credibilidad a sus testimonios. Así vemos que al folio 135 vto., se trajo a los autos las constancias expedidas por la Inspección departamental de Policía de Hilarco en las cuales aparece que ésta testigo, o sea, Rudesinda Tique fue querellada por el padre de mi poderdante (q.e.p.d.)), Cirilo Matoma "por contravenciones de calumnias contra el honor de él", y sancionada luego de probársele sus mentiras, con una conminación de quinientos pesos, siguiendo el ritual del Código de Policía del Tolima. Y la misma Rudesinda Tique también fue querellada por Eugenio Romero C. "por ultrajes de palabra", comprobados los cuales se le sancionó también con una conminación de cien pesos, siguiendo el procedimiento de policía. Y al folio 223, aparece copia de una resolución emanada por la misma Inspección Departamental de Policía de Hilarco, mediante la cual la misma testigo Rudesinda Tique, fue sancionada a petición de Isaac Arias, quien la acusó de falsas imputaciones e injuria de palabra. A esto se agrega el dicho, expresado bajo juramento de la declarante Mercedes Tique vda. de Rodríguez, sobre que Rudesinda Tique es persona no grata, pendenciera como que no guarda la paz con nadie, gustando de hablar del honor de los demás con injurias y calumnias, condiciones malévolas que utilizó desde mucho tiempo antes para perjudicar a la familia de mi representado". (fs. 214, vto. y 237 f.)

"Tales circunstancias anotadas sobre la responsabilidad de la declarante Rudesinda Tique, dan margen seguro para creerle a la niña Bárbara Rodríguez o Tique, hija del occiso, su dicho de que la inculpación que contiene su declaración rendida el 19 de junio de 1958, se debió a la presión sobre ella ejercida por la tal Rudesinda Tique en el instante de rendir su declaración por haber estado presente en ese acto. Así lo declara la madre de ésta, Mercedes Tique vda. de Rodríguez, durante el término probatorio de la segunda instancia.

"De esta manera a la prueba de la declaración de Rudesinda Tique se le dió en la sentencia un valor probatorio que no tiene, ya que las condiciones sociales de pésima reputación moral de esta declarante son circunstancias demostradas en el proceso que no dan margen para creérsele su dicho o al menos para darle el valor pleno que demuestre el hecho de la presencia de Luis Alfredo Matoma Tique en el lugar y hora que los hechos sucedieron. Y hay que presumir que las mismas condiciones sociales y de ambiente moral se predican con respecto a la menor Blanca María Tique, hija de Rudesinda Tique, para desechar el testimonio de aquella a la cual se le dió también un valor probatorio que no tiene". (fs. 10 a 21).

Ante hechos que ponen en tela de juicio las condiciones morales de un testigo, sobre todo en lo

que concierne a su poco respeto por la verdad y a su capacidad de atribuír a otros, por chismes y embustes, actos que conducen a crear contra los circunvecinos mal ambiente y falsa reputación, no es posible argumentar como lo hace el señor Agente del Ministerio Público, que el examen de aquellas condiciones no era indispensable en el caso ni obligatorias para el Tribunal pues que la sola transcripción de los testigos de cargo bastaba al fallador para prestarles fé, indicando con esto que le es permitido al Juez en forma arbitraria discriminar la prueba de tal manera que por su propia y omnímoda voluntad resuelva desechar lo que conviene a su criterio y aceptar aquello que aunque esté establecido comporte una distinta valoración del testimonio humano. Cuando el C. de P. P. dispone en el artículo 295 que "el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o lo atenúen", es porque está indicando que también esos hechos o circunstancias deben gravitar en el examen del proceso a fin de que se les tenga en cuenta cuando se trate de dictar sentencia. De otra manera no se explicaría que determinadas comprobaciones como las que son favorables al reo se alleguen al proceso, sin que en la definición de éste tengan la importancia que es menester señalar. El proceso viene a ser en síntesis la historia de una determinada conducta humana, susceptible de ser sancionada penalmente. Si uno de los términos de esa conducta, los que resulten favorables al procesado, no se toman en cuenta, aquella historia resultaría trunca e incompleta.

Otra cosa es que al valorar el Juez las pruebas, haga un cómputo probatorio para discriminar a cuáles les presta mayor o menor credibilidad; esto está dentro de las facultades y prerrogativas que corresponden al fallador, siempre y cuando se someta a las prescripciones legales que señalan la tarifa legal cualitativa antes que cuantitativa. Dentro del actual sistema del Código las pruebas más se pesan que se cuentan. Ello quiere decir que si bien se acepta la tarifa legal de pruebas, ésta es cualitativa y no cuantitativa, como lo pregona la frase contenida en el artículo 204 de la Ley procesal según la cual en los juicios penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Pero de que ello sea así no se desprende que exista una libertad de apreciación omnímoda, a tal punto que sea el criterio del Juez el que marca el límite de su valoración. Al adoptar el legislador un sistema intermedio entre la libre apreciación de las pruebas y la tarifa legal, fue sin duda porque aceptó los principios que informan la teoría general de prueba, señalando pautas y límites para apreciarlas, de tal modo que los principios que forman esta teoría no pueden ser desestimados para encontrar aquella certeza legal que es la única que dentro de las deficiencias del espíritu humano puede permitir al Juez el ejercicio de una recta justicia. Es claro que cada caso tiene que ser distinto de los demás, porque en los procesos penales la igualdad de las circunstancias es imposible. Por ello, sin intentar una doctrina general, que no se acomoda a la índole de estas materias, las anteriores observaciones no pueden menos que formularse, ya que en el caso encuentran adecuada aplicación.

Y para que se vea que todo lo anterior es valedero, basta con entrar en una confrontación en el proceso de la prueba de cargo con la de descargo, a fin de concluír si enfrentados esos dos elementos de juicio hay margen para que se concluya que los autos ofrecen prueba plena de la responsabilidad del sindicado.

Desde su primera indagatoria éste ha alegado en su favor una coartada, consistente en afirmar que el día de los hechos, 27 de mayo de 1958, se encontraba en un punto distante del lugar en donde ellos se cometieron.

Los funcionarios en las instancias han negado todo valor a la coartada, pero sin que el Tribunal ni tampoco el Procurador Primero Delegado en lo Penal, hayan penetrado en el examen de dicha prueba para decir en qué se fundamentan para negarle todo valor probatorio. Se han limitado a señalarla y aún a decir en qué consiste, mas no a procurar argumentos convincentes que sirvan de base a su total rechazo.

Como en este proceso se enfrentan en forma diametralmente opuesta una prueba ya analizada, constituída por la declaración de Rudesinda Tique González y la de otros testimonios que declaran que el día de los sucesos el sindicado se encontraba en un lugar distante del sitio en donde aquellos ocurrieron; no es posible prescindir del análisis de esos elementos de juicio, sobre los cuales el recurrente insiste en orden a fundamentar el punto de sustentación de la demanda, que lo constituye precisamente, en este particular, la afirmación categórica que hace, de que la causal segunda de casación debe prosperar porque a la prueba favorable al reo se le ha negado el valor

que sí tiene, presupuesto también de los motivos de impugnación aducidos dentro del recurso.

Como ya se dijo, el procesado desde su primera indagatoria afirmó sobre el particular lo siguiente:

"PREGUNTADO: Sírvase decirnos voluntariamente, dónde se encontraba usted el día martes veintisiete de mayo del presente año, de las doce del día hasta las seis de la tarde, en compañía de quién o quiénes, de qué asuntos trató o habló o de qué se ocupó?. CONTESTO: "El día martes veintisiete de mayo del corriente año y a eso del medio día me encontraba en Natagaima, en compañía de mi mamá Carmen Tique de Matoma, hasta eso de las tres de la tarde en que me fuí para la estación y cogí el tren que va para el Huila, porque tenía que irme hasta el paradero de "Velú", donde iba a trabajar recogiendo unas naranjas que la señorita Gilberta Romero me había buscado para eso, y así fue como cogí el tren en compañía de la señorita Gilberta Romero y una hermana mía de nombre Mauricia, habiéndonos ido y llegado a la vereda o punto de "Velú" a eso de las tres y media y allí nos quedamos en la casa de la señora Francisca Romero; al otro día salimos como a eso de las siete de la mañana para la vega a coger las naranjas, habiendo cogido diez bultos de naranjas, donde duramos como hasta las cinco de la tarde de ese día miércoles 28, habiéndonos quedado esa noche donde la misma señora Francisca Romero, y el día jueves la señorita Gilberta se vino con las naranjas para el pueblo de Natagaima y yo me quedé allá en la vega hasta el viernes por la mañana en que me vine para Natagaima". PREGUNTADO: Sírvase decirnos voluntariamente si usted conoce al señor José Ascencio Cupitra Yacuma, y en caso afirmativo, cuánto tiempo hace que lo conoce, qué clase de negocios o de tratos ha tenido con éste y cuándo fue la última vez que se vió o entrevistó con ellos y en qué sitio o lugar? CONTESTO: "Si señor lo conozco desde que estuvimos en la escuela es decir desde pequeños, pues desde que salimos de la escuela no hemos tenido tratos de ninguna clase. Y hace siete meses que no me he vuelto a ver con él, pues sí lo he visto y la última vez fue en Natagaima, que hace quince días más o menos, en la estación del Ferrocarril". PREGUNTADO: Conoce Ud. a las personas de Ismael Tique, Héctor Yara, Adolfo Tapiero y Marcelino Tapiero y en caso afirmativo, qué clase de tratos ha tenido con estos y cuándo fue la última vez que se vió o entrevistó con ellos y en qué parte o lugar? CONTESTO: "Pues solamente conozco a Héctor Yara, Adolfo y Marcelino Tapiero, y a Ismael Tique no lo conozco; no he tenido tratos de ninguna clase con ellos, y hace cuatro años que no me he vuelto a ver con ellos". PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud. se dió cuenta sobre unos hechos de sangre que hubieron (sic) en la tarde del 27 de mayo del corriente año, en las veredas de "Tambo", Guaguarco y Acevedo Gómez de esta jurisdicción municipal? CONTESTO: "No señor yo no me doy cuenta de nada de eso".

PREGUNTADO: Con qué personas comprueba Ud. que el día martes veintisiete de mayo del corriente año, se encontraba en el poblado de Natagaima, y que cogió el tren que va para Neiva hasta el punto de "Velú?". CONTESTO: "Puede declarar sobre este asunto la señorita Gilberta Romero, la señora Francisca Romero". PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud. conoció las casas de las personas de Juan Jiménez, Eva Tique, Natividad Ortiz, María de Jesús Francoa, Juan Yara, y Leopoldina Ortiz, Fulgencia Botache, Liboria Ortiz de Tique y Esteban Romero, y en caso afirmativo si ha estado alguna vez en ellas y con qué objeto? CONTESTO: "No señor no las conozco, ni he estado ninguna vez en ellas". PREGUNTADO: Sírvase decirnos voluntariamente si sabe quiénes son los autores, cómplices, auxiliares, o encubridores del delito de "Homicidio" en las personas de Belén Alape (hombre), Belisario Alape, Nacianceno Yara, Lorenzo Yara Franco, Virginia Franco, Cristóbal Narváez, Julio Narváez, Moisés Rodríguez y Ramona Tique Ortiz, que se investiga por medio de las presentes diligencias? CONTESTO: "No señor yo no me doy cuenta de nada de eso". (fs. 28 vto. y 29 vto.).

La señorita Gilberta Romero, a quien cita el sindicado a fs. 30, verifica dicha cita de la manera siguiente:

"El día porque se me pregunta, o sea el veintisiete de mayo último, en las horas de la mañana le dije al joven Luis Alfredo Matoma, que me trabajara cogiendo unas cargas de naranja, pero él primero fue a la vereda de Guaguarco a coger unos mangos y regresó en el tren de pasajeros que llega aquí a las tres y quince p.m. siguiendo luego en el mismo tren hasta el paradero de "Velú", hasta donde me acompañó, bajándonos ahí y llegando a casa de una tía mía de nombre Francisca Romero. Esa tarde desde las cuatro p. m. en que llegamos estuvimos en esa casa y fui-

mos al Santo Rosario que se celebraba en la Escuela y estuvimos en la quema de la pólvora. Al día siguiente y como a eso de las ocho a.m. nos fuimos con el joven Luis Alfredo y un tío mío de nombre Alirio, a la vega que tiene mi papá, en orillas del Magdalena, donde estuvimos todo el día 28 trabajando como se dijo en la cogienda de naranjas y cortada de plátanos".

Por su parte, Francisca Romero, a fs. 126 vto., se expresa así, al contestar a las preguntas de lo que supiera o le constara sobre los hechos sangrientos del mentado veintisiete de mayo de 1958, ocurridos en las veredas de El Tambo, Guaguarco y Acevedo Gómez:

"CONTESTO: "Yo no sé nada, ni conozco esa vereda, pero la gente dice que ocurrió ese caso de muertes e incendios, pero yo no he visto nada de eso". PREGUNTADA: Sírvase decir si lo sabe la fecha precisa en que ocurrieron los hechos criminales en las veredas de Guaguarco, Tambo y Acevedo Gómez. CONTESTO: "No señor, no sé". PREGUNTADA: Sírvase decir en dónde se encontraba usted en la tarde del veintisiete de mayo del año en curso? CONTESTO: "Me encontraba en mi casa de habitación situada en Velú". PREGUNTADA: Recuerda Ud. qué día de la semana correspondía a esa fecha del veintisiete de mayo? CONTESTO: "El veintisiete de mayo me parece que fue un martes". PREGUNTADA: Tiene usted buena memoria? CONTESTO: "Si señor". PREGUNTADA: Por qué recuerda usted con tanta precisión que el veintisiete de mayo de este año se encontraba Ud. en la vereda de Velú, y que ese día era martes? CONTESTO: "Porque yo era alférez de los Rosarios del día veintiocho de mayo y había invitado yo a la sobrina que vive aquí en Natagaima y que se llama Giberta Romero, la había invitado yo para que fuera a acompañarme al Rosario". PREGUNTADA: Sírvase decir qué persona o personas acompañaron a su sobrina Gilberta Romero a visitar su casa durante la tarde del veintisiete de mayo de este año? CONTESTO: "Ella llegó acompañada de dos jóvenes mujer y varón, mire que como poco los conozco porque como son de otras partes apenas sé que son hijos de la señora Carmen que me trajo aquí, me parece que el muchacho se llama Luis Felipe". PREGUNTADA: A qué horas llegaron a su casa de la vereda de Velú su sobrina Gilberta y los dos jóvenes que usted dice son hijos de la señora Carmen? CONTESTO: "Por ahí poco más o menos a las cuatro y media de la tarde". PREGUNTADA: A qué se dedicó el joven acompañante de su sobrina y cuánto tiempo permaneció en su casa? CONTESTO: "Llegó el martes como a las cuatro y media, el miércoles se fueron para la vega a coger naranjas en compañía de un hijo mío de nombre Alirio Romero, los dos muchachos que llevó mi sobrina se pusieron a coger naranjas y el hijo mío a acarrear las naranjas al paradero del tren". PREGUNTADA: El joven que usted dice es hijo de la señora Carmen, permaneció, después de su llegada, todo el tiempo en su casa de habitación ese veintisiete de mayo del año en curso? CONTESTO: "Estuvo toda la tarde hasta las seis de la tarde en que se fue con nosotras para la escuela para la fiesta del Santo Rosario y ahí estuvo con nosotras hasta que llegamos a la casa a las nueve de la noche". PREGUNTADA: Sírvase decirnos si tiene conocimiento de que la señora Carmen "que la trajo aquí", tiene más hijos. Diga, también, si esta señora tiene más hijos varones y si usted los conoce? CONTESTO: "No señor no sé, somos conocidas hace mucho tiempo pero la familia no se la conozco, apenas si le conozco varias señoritas mujeres. Los varones si no sé cuántos tenga, apenas conocí a ese por haber ido a mi casa". PREGUNTADA: Díganos cuánto tiempo hace que conoce a Carmen "la que la trajo aquí"?. CONTESTO: "Hace cuarenta años que la conozco, e inclusive soy comadre de la señora madre de la señora madre de Carmen y de una hermana de ésta".

La declaración de Gumersindo Capera, en su parte pertinente, es decir, respecto a los hechos de sangre en mención, dice así:

"CONTESTO: "De eso no sé nada". PREGUNTADO: En dónde se encontraba usted el día veintisiete de mayo del año en curso? CONTESTO: "Ese día estuve todo el día trabajando en una huerta de mi propiedad, en compañía de un peón de nombre Vicente Oyola, desde las seis de la mañana hasta las cinco de la tarde. Cuando salimos del trabajo, veníamos para mi casa, yo y el peón Vicente Oyola, nos encontramos con Gilberta Romero quien venía en compañía de Alirio Romero y un joven Luis Alberto, no le sé el apellido, me parece que es Matoma, traían una carga de naranjas, nos saludamos y seguimos nuestro camino". PREGUNTADO: Díganos que fecha era cuando se encontró usted con Luis Alberto Matoma, y qué día de la semana? CONTESTO: "Esto fue el veintisiete de mayo, martes". PREGUNTADO: Díganos por qué recuerda usted con tanta exactitud que el día en que se encontró con las personas antes dichas, fue el veintisiete de mayo y que era

un martes? CONTESTO: "Porque Gilberta Romero me decía que si yo me acordaba que ese martes era veintisiete, yo me acordé que eran esos mismos días". PREGUNTADO: Qué era lo que le preguntaba Gilberta que si se acordaba? CONTESTO: "Ella lo que me preguntaba era que si yo me acordaba qué día era el que nos habíamos encontrado, que ella venía con las naranjas". PREGUNTADO: Díganos cuánto tiempo hace que conoce usted a Luis Alberto Matoma? CONTESTO: "Lo conocí únicamente el día que lo veía con las naranjas o sea el veintisiete de mayo, antes no lo había visto. PREGUNTADO: Conoce usted a la señora Francisca Romero? CONTESTO: "Si señor, la conozco". PREGUNTADO: Díganos si el veintisiete de mayo cuando vió a Luis Alberto Matoma, lo vió en la casa de Francisca Romero o en el camino? CONTESTO: "Lo ví en el camino". PREGUNTADO: Díganos qué puede decir de la conducta de Luis Alberto Matoma". CONTESTO: "No señor de la conducta de él no puedo decir nada, porque yo no lo he tratado nunca y únicamente lo conocí el día a que me he referido en esta declaración". (fs. 127 vto.).

Preguntado sobre los mismos hechos, Florentino Díaz Bustos, expresa lo siguiente:

"Conozco al señor Luis Alfredo Matoma Tique, de vista, trato y comunicación, hace más o menos unos quince a diociocho años y me consta personalmente que en las primeras horas de la noche, como a eso de las siete de la noche del año próximo pasado (1958) éste se encontraba por haberlo visto charlando con él, en compañía de su hermana Mauricia Matoma Tique en la fracción de Velú de este municipio, en la escuela, rezando el Rosario ya que allí se cumplía una misión de la Iglesia Católica. Temprano del día no los ví, porque yo me encontraba en mi trabajo, pero supe que desde temprano habían llegado en el tren de pasajeros y se habían hospedado en casa de doña Francisca Romero y dizque habían estado recolectando unas naranjas para traer a esta población; el día siguiente o sea el veintiocho, estuvieron en mi casa como desde eso de las diez de la mañana hasta como a eso de las ocho de la noche que se volvieron para la casa de doña Francisca Romero donde durmieron; y el día veintinueve se volvieron para esta población en el tren de pasajeros". (fs. 212 vto. y 213).

En declaración rendida en Natagaima a fs. 213 vto., Alirio Romero Acosta sostiene sobre el particular lo siguiente:

"Conozco a Luis Alfredo Matoma Tique, de vista, trato y comunicación desde hace unos cinco años más o menos y por ese conocimiento que de dicho señor tengo, me consta a ciencia cierta que en las horas de la tarde, como a eso de las tres y media del día 27 de mayo del año próximo pasado (1958) llegó a esta estación de Velú de este municipio, por haberlo visto y haber charlado con él, que llegó el señor Luis Alfredo Matoma Tique en compañía de su hermana Mauricia Matoma Tique, y Gilberta Romero, luego de desmontarse del tren de pasajeros, se fueron para mi casa y allí hasta las ocho de la noche nos fuimos para el Rosario a la Escuela, luego nos regresamos para la casa y allí amanecimos todos juntos el día siguiente (28); ese día estuvimos en la vega recolectando unas naranjas y algunos otros oficios, hasta las cinco de la tarde que regresamos a la casa; allí nos estuvimos ese resto de tarde y toda la noche hasta el amanecer del día (29), ese día, los hermanos Matoma Tique y la Romero se vinieron para esta población en el tren de pasajeros".

La declaración de Gumersindo Capera (fs. 127) se encuentra ratificada por el mismo a fs. 234 vto. de la siguiente manera:

"Es un hecho cierto porque me consta personalmente que el señor Luis Alfredo Matoma Tique llegó a la vereda de Velú, de esta jurisdicción, donde yo resido, el veintisiete de mayo de 1958 acompañado de su hermana la señorita Mauricia Matoma Tique habiendo permanecido en la labor de recolectar unas naranjas para la señorita Gilberta Romero en casa de la señora Francisca Romero de Sánchez, hasta el día veintinueve de mayo, que regresó a Natagaima. La señorita Matoma Tique y su hermano Luis Alfredo Matoma Tique, llegaron a la vereda de Velú, el día 27 de mayo de 1958, como a eso de las tres o tres y media de la tarde en el tren que pasa por allí o sea el que viene de Bogotá".

Como se ha visto la confrontación de la prueba es de obligatoria necesidad en este proceso. Sin esta es imposible discriminar el grado de certidumbre que de ella surge para condenar o absolver. Porque existiendo distintos criterios sobre el acervo probatorio que arroja el informativo entre los funcionarios que en él han intervenido, corresponde a la Corte ante la ausencia del Jurado, someterlos al examen que autoriza la causal segunda cuando ella se plantea como lo hace la demanda.

Nadie desconoce que en materia criminal la prueba puede ser única o múltiple según que esté formada por una sola de las categorías que la ley

consagra y sea la combinación de varias de esas categorías. En el primer caso, lo mismo que en el segundo, aunque el procedimiento para encontrar la certeza sea distinto, el resultado es idéntico en relación con la evidencia legal. Como en el caso solo dos formas testimoniales se ofrecen, sin auxiliadores colaterales o indiciales que las corroboren, importa la confrontación minuciosa para conocer su verdadero contenido de certeza que el juicio requiere, que es precisamente lo que ha hecho la Sala, con el resultado de que la prueba infirmativa, **álibi o negativa loci**, destruyó la deleznable prueba de cargo que el proceso pudo aportar.

En consecuencia, debe darse por establecida la causal segunda de casación.

CAUSAL PRIMERA: Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

La causal primera viene a ser una consecuencia necesaria de la causal segunda alegada, pues desde el momento de que el fallo recurrido dió una apreciación a las pruebas que no les corresponde o les negó el que sí tienen, se produjo una errónea interpretación o indebida aplicación que incide en la ley sustantiva por este concepto, de tal manera que pueden resultar violados principios como los contenidos en los artículos 203 y 204 del C. de P. P., que son precisamente los que según el recurrente fueron infringidos por el Tribunal y son la base para la impugnación de la sentencia, que no los tuvo en cuenta para fallar.

"La sentencia demandada —dice el libelo— es violatoria de la ley penal, por cuanto erróneamente se le interpretó o indebidamente se aplicó en contra del procesado Luis Alfredo Matoma Tique, respecto de los conceptos de procedimiento penal de que enseguida me ocuparé:

"Violó dicha sentencia el artículo 203 del C. de P. P., que dice: "No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio, y la de que el procesado es responsable de ella". Significa lo anterior que para condenar penalmente a un individuo precisa allegar al expediente la doble prueba plena tanto del cuerpo del delito como la atinente a la responsabilidad. No discutimos que en el proceso esté demostrado plenamente el cuerpo del delito de homicidio (asesinato) de que fue víctima Moisés Rodríguez el 27 de mayo de 1958, del cual se inculpa como coautor a mi defendido. Lo que no puede aceptarse es que con una prueba a la que se le dió un valor probatorio que no tiene y en cambio se negó a otra el que verdaderamente tiene, se quiere aceptar como demostrada plenamente la responsabilidad del señor Luis Alfredo Matoma Tique. Y esta prueba de la responsabilidad de Matoma Tique, por las razones que expuse en la causal anterior, referente al análisis que hice de la prueba testimonial registrada en el proceso y aportada en la forma legal al mismo, no puede, dentro de la más pura hermenéutica jurídica, aceptarse que el dicho de Rudesinda Tique y Blanca María Tique encierre la demostración de un hecho que induzca necesariamente a aceptar que la responsabilidad de mi patrocinado resulte plenamente demostrada. Ya dijimos, y conviene repetirlo cuáles son las condiciones morales y sociales de dicha mujer y su hija para que no brinde credibilidad a sus exposiciones; en ella, y hay que presumir en su hija, hay un interés en causarle mal a la familia del procesado, hoy a través de éste cuando tiene oportunidad de hacerlo, ayer a sus progenitores acusándolos con falsas imputaciones, como lo demuestra el pasado policivo de que nos ocupamos antes. Y es tanto más oscura esa prueba testimonial de Rudesinda y su hija, si se tiene en cuenta que frente al dicho de tales mujeres, existen testimonios coetáneos, concordantes y por lo más de visible seriedad en sus exposiciones, que desvirtúan completamente lo que afirma la enemiga de mi representado y de su familia. Pues vimos a través de los testimonios de la viuda y su hija Bárbara Tique o Rodríguez, que la prueba que en un principio apareció, sobre todo por el dicho de Bárbara Rodríguez, como bastante para enjuiciar a Luis Alfredo Matoma Tique, durante el término probatorio de la segunda instancia que la ley brinda para esclarecer con mayor certidumbre los hechos, se desvaneció y desapareció cuando estas testigos relataron modalidades desconocidas para el Juzgador de primera instancia. De consiguiente esa prueba de la responsabilidad de mi apoderante no es plena o completa para condenarlo, razón por la cual demandé la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué como violatoria del precepto transcrito. Ya que, en tales circunstancias, no podía ser otra que una sentencia absolutoria la que debió haberse pronunciado en este asunto por el juzgador de segunda instancia, en desarrollo del principio contenido en dicho precepto.

"También la sentencia demandada del H. Tri-

bunal Superior de Ibagué es violatoria del artículo 204 del C. de P. P., ya que, frente a la situación probatoria que en el peor de los casos para mi defendido entrañare duda para la prueba testimonial aportada por éste, con relación á la considerada en la sentencia para condenarlo, existe o no se produjo la doble demostración de si el procesado estuvo en el lugar de los hechos a la hora en que sucedieron.

"Como consecuencia de haber encontrado plenamente demostrada la responsabilidad del procesado detenido con el dicho de las dos testigos, Rudesinda y Blanca Tique, y de haberle negado todo el valor probatorio a las declaraciones aportadas para defender su inocencia indudablemente en la sentencia demandada no se aplicó el principio contenido en el artículo 204 del C. de P. P., según el cual toda duda que se ofrezca en la justa estimativa de la prueba, debe resolverse en favor del procesado. En el caso que nos ocupa se imponía la aplicación de este precepto legal, en la peor de las situaciones probatorias del procesado; por cuanto el grupo testimonial que integran las declaraciones de Francisca Romero de Sánchez, Gilberta y Alirio Romero, y de Florentino Díaz, Bárbara Tique y aún de la misma viuda del occiso, Mercedes Tique, por las condiciones sociales de respeto a que son acreedores tales testigos, había que darle a este grupo el valor probatorio que entraña y no se le dió; y en este camino legal, no otra cosa que la duda en el planteamiento que ofrecen tales testimonios respecto del hecho de la participación del inculpado Matoma Tique, o de su presencia complaciente en la hora y lugar de los crímenes. Pero la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, a este respecto peca de una falta de sensibilidad jurídica que molesta, fastidia y repugna al más desprevenido observador que examine este negocio en su realidad jurídico-procesal-probatorio, por lo mismo que es la duda la que con más fuerza salta en su apreciación de conjunto".

CONSIDERA LA CORTE:

El señor Agente del Ministerio Público, al referirse al motivo de impugnación consistente en que no se aplicaron al proceso las normas de los artículos 203 y 204 del C. de P. P., afirma que la duda de que habla el abogado recurrente y que debe absolverse en favor del acusado, "fue debidamente descartada por el sentenciador al aplicar al juzgamiento de los hechos, el sano y autónomo criterio que lo condujo a condenar al acusado, sin que sea dable decir —como ya se anotó— que incurrió en un grave error de apreciación de la prueba de cargo y la de descargo".

Es verdad que en los procesos penales el Juez debe tener, por la índole misma de las cuestiones en ellos debatidas, alguna libertad de apreciación de los elementos de juicio aportados en la investigación. Pero esa libertad no puede ser omnímoda ni arbitraria. En el caso de autos, resulta patente que aplicando los principios de la teoría general de las pruebas en que se basa el Código Procedimental vigente en el capítulo respectivo destinado a la materia y el sistema de eliminación de las hipótesis que puedan explicar el fundamento racional de la convicción que el testimonio humano puede aportar en un caso dado, se tendría en el particular estos dos únicos supuestos:

Primera hipótesis: Que la testigo Rudesinda Tique González y su hija Blanca dijeran la verdad en sus declaraciones referentes a que vieron al sindicado Matoma Tique en los alrededores del sitio en donde resultó muerto en el asalto efectuado en aquellas veredas Moisés Rodríguez, como quien dice el único indicio de lugar que aporta el proceso.

Segunda hipótesis: Que no dijeran la verdad por tener interés en ocultarla o interés en inculpar a alguien. Indicio de inhabilidad o inidoneidad moral que presenta este negocio en forma destacada.

No se trata en este caso de modificar la reiterada doctrina de la Corte en el sentido de que sólo cuando exista un abierto y ostensible error en la apreciación de la prueba puede prosperar la causal segunda de casación en los juicios en que no interviene el Jurado. Esa jurisprudencia, por las razones en que se sustenta en las distintas ocasiones en que la Corte la ha expuesto, no es susceptible de aclaración o enmienda alguna. Otra cosa es que en un caso como el que ahora se estudia, a las dos únicas hipótesis que se pueden formular sobre los testimonios de cargos y aplicando el método de eliminación autorizado en negocios de esta índole para apreciar la credibilidad de los testigos, no se encuentre distinto criterio que el de aceptar la existencia de una grave duda y un tremendo vacío en la prueba que no le es dado colmar al Juez, al menos que con la imaginación supla lo que el proceso no contiene.

En efecto, la primera hipótesis enunciada, no resiste el menor análisis, porque pugna en forma

abierta con la coartada que la anula o por lo menos la neutraliza. La segunda, encuentra fundamentos bastantes que la hacen probable en extremo, de conformidad con las razones sobre su crítica que en otra parte se ha hecho, al tratar de la causal segunda en especial en lo referente a las condiciones morales de la testigo Rudesinda Tique González. Por lo mismo la duda en cuanto a la credibilidad de este testimonio, cobra eficacia y es razón bastante para que no pueda otorgársele completo crédito como criterio de verdad, pues no resulta imposible que aquella mujer depusiera en la forma que lo hizo no por interés de la justicia ni por contribuír al esclarecimiento de muy graves delitos, sino por sentimientos vengativos que no pueden excluírse en el examen de su testimonio.

Aparte de lo anterior, resta decir que la argumentación del Tribunal, en el sentido de que "podría causar curiosidad la circunstancia de que Mercedes Tique vda. de Rodríguez, Jairo Rodríguez Tique y Bárbara Rodríguez, no hubieran reconocido dentro de los asaltantes a Luis Alfredo Matoma Tique, pero tal inadvertencia lejos de constituír una prueba favorable para tal reo, se torna en un hecho de la más elemental lógica, si se tiene en cuenta que la primera de los expresados testigos es ni más ni menos que tía uterina del inculpado y los dos últimos, sus correspondientes primos". Pero este argumento como para constituír un indicio de responsabilidad no resiste el menor análisis, si se tiene en cuenta la declaración de la viuda de Moisés Rodríguez, Mercedes Tique, en la ampliación rendida el primero de junio de 1958, (fs. 14) es decir, pocos días después de consumados los delitos, declaración en la que dice: "Entre los asaltantes conocí a uno que no dió la cara, pero que es idéntico a mi hermano Ismael Tique, quien era enemigo de mi esposo sacrificado en ese asalto". Si, pues, esta testigo no duda acusar de tan grave hecho a su propio hermano, no hay razón alguna para que abrigara sentimientos más favorables para su sobrino Luis Alfredo, quien si se hubiera encontrado entre los asaltantes con ello mismo habría demostrado su animosidad con Rodríguez, ya que participaba en el asalto en que éste perdió la vida. Para ser de otra suerte, sería menester la comprobación que explicase una conducta como la de la testigo, en la cual se da mayor preferencia al vínculo más remoto de parentesco, para negárselo al más próximo, como lo pretende el Tribunal sin fundamento ninguno en el proceso.

Por lo demás, este es un claro ejemplo de lo que constituye en el lenguaje jurídico una investigación en la cual no se ha partido de otras bases que de meras sospechas sobre la responsabilidad del sindicado. Vienen aquí, por ser muy procedentes, los conceptos de Dellepiane sobre lo que constituye en pruebas judiciales la sospecha:

"La sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio en estado bruto, un indicio (lato sensu) que requiere verificarse. La sospecha, sola o acompañada a otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada; pero, nunca, ser fundamento para una condenación: **Nec de suspicionibus debere aliquem damnari, divus Trajanus rescripsit** (Ulpiano, I. 5. D. de poen.) ("Teoría General de la Prueba", página 95).

"Esa gran importancia de la misión penal —dice Ellero— que exige la certeza, excluye al propio tiempo aquella necesidad que en diversas circunstancias de la vida se presentan, y en virtud de la cual hay que contentarse con las simples probabilidades. De ahí que la bondad de las leyes y de las sanciones penales, antes de aumentar disminuiría, si se pudiera castigar a los ciudadanos en vista de meras sospechas; en realidad debe preferirse la impunidad del reo al castigo del inocente".

"No ignoro —dice el mismo autor— que algunos legisladores, jurisconsultos y jueces, han creído, y creen, que puede condenarse a alguno en virtud de una simple **suficiente persuasión o urgente probabilidad** de su culpabilidad, alegando como excusa la necesidad de castigar bien o mal en ciertas circunstancias. Comunmente tal disparidad de criterio proviene más de error del discurso que de concepto, a causa de dar nombres diferentes a una cosa misma o un mismo nombre a cosas diversas. Para mí la certeza es una firme y formada persuasión, y nada más; y creo que muchos de los aludidos piensan que en tal definición debe comprenderse la certeza y aquellas probabilidades que alcanzan un grado eminente; de donde resulta que sólo se trata de una diferencia de palabras. Y me fundo también para sostener esto, en que dicen que tales probabilidades deben surgir, por ejemplo, de indicios tales, que a veces produzcan, no solo probabilidad, sino certeza. Sin embargo, hay también quien cree que se puede, por ciertas razones de bien público, condenar a los simples sospechosos en virtud de meras probabilidades; doctrina esta que la razón, la

moral y el derecho y los convenios rechazan, aun cuando en algún tiempo haya sido sancionada por el despotismo, la ignorancia y el miedo". (Pedro Ellero, "La Certidumbre en los Juicios Criminales", páginas 19 y 20).

Por lo demás, no puede perderse de vista que en el expediente no existe dato ninguno sobre que el procesado haya pertenecido a cuadrillas de bandoleros o forajidos de los que han venido infestando las infortunadas veredas del Tolima. Por el contrario, su conducta anterior y sus antecedentes están acreditados por documentos de no poca importancia, toda vez que provienen del señor Cura Párroco de Natagaima, Presbítero Ricardo Barreto y del señor Cura Párroco de Purificación, Presbítero José Lucas Guzmán, certificados que indudablemente representan un aporte muy valioso para que unido al análisis que ha venido haciéndose a través de esta providencia de la prueba que compromete al incriminado, que la investigación logró arrojar en este proceso, sirven también para inclinar el ánimo en sentido favorable al mismo, ya que no podría explicarse con suficiente claridad que dos distinguidos sacerdotes católicos certificaran sobre la buena conducta de quien ha venido respondiendo de graves delitos, si esos conceptos no se ajustan a la verdad.

Las certificaciones visibles a folios 131 y 132 del primer cuaderno, son del tenor sigiente:

"El suscrito Cura Párroco de Natagaima Hace Constar: Que conoce al señor Luis Alfredo Matoma y se ha dado cuenta de que tanto él como su familia son personas honradas y trabajadoras.

"Que dicho señor ha sido cumplidor de sus deberes religiosos y ha observado en general buena conducta.

Dada en Natagaima a 4 de julio de 1958.

Ricardo Barreto V. Pbro." Hay un sello que dice, Diócesis del Espinal Parroquia de Natagaima".

La Parroquia de Purificación dice así:

"El suscrito Cura Párroco de Purificación certifica que conoce al señor Luis Alfredo Matoma y le consta desde hace mucho tiempo que pertenece a una familia honrada y trabajadora de la Vereda de Guaguarco (Carmen) en el Municipio de Coyaima. Que personalmente él ha observado muy buena conducta moral y social, siendo excelente hijo de familia, honrado y trabajador.

"Purificación, julio 4 de 1958.

José Lucas Guzmán.

Nota: La anterior certificación la da el suscrito por haber sido bastante tiempo Párroco de Natagaima a donde frecuentaba mucho el joven Matoma.

Fdo. José Lucas Guzmán". Hay un sello que dice: Diócesis del Espinal Parroquia de Purificación.

Como la prueba para condenar tiene que ser plena y completa y es bien sabido que las sospechas no tienen esas características, resulta como conclusión que por no haber tenido en cuenta el Tribunal en la apreciación de las pruebas de cargo y de descargo la razonada duda que esos elementos de juicio ofrecen, todos los fundamentos que se han aducido en el estudio de la causal segunda, tienen también valor para que incidan dentro de la causal primera en el sentido de que ambas causales de impugnación deben prosperar en el caso de autos.

Esta última consideración hace que no tenga la Sala necesidad de entrar en el estudio de las causales cuarta y quinta que el recurrente también invoca advirtiendo sí que en lo que respecta a la primera de las nombradas los argumentos que el señor Procurador Delegado en lo Penal aduce, los prohija la Corte en todas sus partes, toda vez que en su contenido jurídico es innegable para sustentar la tesis en el sentido de que no hay nulidad supralegal o constitucional en la aplicación que se ha hecho al proceso del Decreto 0012 de 1959.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, CASA PARCIALMENTE la sentencia procedente del Tribunal Superior de Ibagué, en cuanto a la condenación proferida en ella contra Luis Alfredo Matoma Tique, por el delito de homicidio agravado que se le formuló en este proceso, y en su lugar ABSUELVE a dicho sindicado por aquel cargo.

Como aparece de autos que el sindicado Matoma Tique se halla detenido, dése orden de libertad incondicional si no lo estuviere por otro delito y no lo solicitaren las autoridades de la República. Expídase, **con esta salvedad**, el correspondiente despacho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD DE UN FUNCIONARIO, POR OMITIR, REHUSAR O RETARDAR LA EJECUCION DE UN ACTO QUE LE OBLIGA (ART. 172 DEL C. P.)

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidir definitivamente sobre la acción penal contra el doctor José A. Garizábal, Fiscal ad-hoc del Tribunal Superior de Santa Marta, por el delito de abuso de autoridad —demoras— iniciada en virtud de lo dispuesto por esta misma Sala, en providencia del 30 de junio de 1958, en el proceso adelantado contra el doctor Rafael Cotes Acosta, como Juez del Circuito de Plato, por los delitos de abandono del puesto, detención arbitraria y abuso de autoridad.

Con base en las copias compulsadas en el juicio contra el doctor Cotes Acosta, se abrió investigación criminal, por auto de fecha 5 de agosto de 1958, para esclarecer la responsabilidad en que hubieran podido incurrir los doctores Salvador Villa Carbonell, José Francisco Pinto Núñez y José A. Garizábal, en su calidad de Fiscales ad-hoc del Tribunal Superior de Santa Marta, por demoras en la tramitación del proceso contra el ex-Juez del Circuito de Plato.

Perfeccionada y cerrada la investigación y emitido el concepto por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, por auto del 23 de julio del año pasado, se calificó el mérito del sumario sobreseyéndose definitivamente en favor del doctor José Francisco Pinto Núñez y llamándose a responder en juicio al doctor José A. Garizábal por el genérico delito de abuso de autoridad, con arreglo al Libro II, Título III, Capítulo VI del Código Penal.

Con relación al doctor Salvador Villa Carbonell, nada se resolvió, pues "según puede verse en el informativo, no llegó a posesionarse ni mucho menos a actuar como Fiscal ad-hoc en el proceso contra el doctor Cotes Acosta".

Después de haber adelantado el juicio contra el doctor Garizábal y habiéndose celebrado la audiencia pública, sin que las partes interesadas hubieran concurrido, al entrar en el estudio del proceso para proferir el fallo correspondiente, se observó que la actuación se había adelantado sin la asistencia de defensor, quebrantándose así lo dispuesto en los artículos 170 y 432 del C. de P. P. Esta grave omisión originó la nulidad procesal prevista en el ordinal 3º del artículo 198 del mismo, nulidad que se decretó por auto del 11 de febrero del presente año.

Subsanada la nulidad y repuesta la actuación con la asistencia de defensor de oficio, y sin que se hubiera solicitado prueba alguna en el plenario de la causa, se celebró nuevamente la audiencia pública el 14 de junio del presente año, acto al cual concurrió el señor Agente del Ministerio Público y el defensor del procesado.

CARGO FORMULADO AL PROCESADO

En el auto de proceder, y con base en las pruebas practicadas en el sumario, se formuló al sindicado doctor Garizábal, el cargo de que habiendo sido nombrado y habiéndose posesionado del cargo de Fiscal ad-hoc del Tribunal de Santa Marta, recibió en tal carácter, el proceso contra el doctor Rafael Cotes Acosta, ex-Juez del Circuito de Plato, el 25 de marzo de 1954 y lo devolvió sin concepto de fondo, el 9 de marzo de 1956, es decir después de casi dos años de haberlo recibido.

El procesado doctor Garizábal trata de exculpar esta inaudita demora manifestando en su indagatoria que "por razón de mis ocupaciones profesionales y de tener que estar saliendo con fre-

cuencia de esta ciudad a atender algunos asuntos de mi profesión, no alcancé a proferir un concepto".

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de examinar detenidamente la conducta del doctor Garizábal, en su condición de Fiscal ad-hoc del Tribunal de Santa Marta, en el proceso que en dicho Tribunal se adelantaba contra el doctor Cotes Acosta ex-Juez del Circuito de Plato (Magdalena) por los delitos de falsedad, abandono del cargo, detención arbitraria y abuso de autoridad, concluyó solicitando en su concepto de fondo, que debía llamarse a aquél a juicio como responsable del delito de ABUSO DE AUTORIDAD, por omisión en el cumplimiento de su deber, por cuanto "incurrió en la mora delictuosa descrita en el artículo 172 del C. P.".

Como fundamento de su petición el señor Procurador expuso lo siguiente:

"Desde el punto de vista de la materialidad del reato imputado al Dr. Garizábal obra la Inspección Ocular en la cual se acredita que el sumario adelantado contra el Dr. Cotes Acosta le fue entregado el 25 de marzo de 1954 y que fue devuelto, sin el concepto de fondo solicitado, el 9 de marzo de 1956. Es decir, que se operó una demora de cerca de dos años en el cumplimiento del acto a que por mandato de la ley estaba obligado a ejecutar por razón de sus funciones como Fiscal ad-doc. Hubo una omisión en la ejecución del deber que se le impuso al mencionado profesional al atribuírsele en un determinado momento la calidad de funcionario público, porque en manera alguna emitió el concepto de rigor en el negocio ya citado. Este hecho no admite discusión.

"En cuanto hace referencia al aspecto de la subjetividad del delito estudiado, en estas sumarias está acreditado igualmente que hubo negligencia o descuido por parte del Dr. José A. Garizábal al dejar transcurrir un lapso aproximado de cerca de dos años sin haber cumplido con el deber que le imponía su investidura de Fiscal ad-hoc. La omisión en que incurrió no se justifica por la afirmación dada por este sindicado en el sentido de que sus ocupaciones profesionales no le permitían cumplir con la obligación de rendir concepto en el negocio del Dr. Cotes y tampoco, porque, con frecuencia, debía abandonar la ciudad de Santa Marta para atender sus cuestiones particulares. Si no estaba en capacidad de cumplir con el deber como Representante de la Sociedad, en ese negocio, ha debido manifestarlo a su debido tiempo para evitar que posteriormente se fueran a producir situaciones que hicieran imposible el ejercicio de la acción penal en el sumario que le fue entregado. Tal descuido no tiene explicación aceptable, y menos si se piensa que durante cerca de dos años permaneció inactivo el negocio en su poder, demostrando así la ninguna importancia que le concedió el Dr. Garizábal a la realización del acto a que legalmente estaba obligado.

"Lo anterior indica que el Dr. José A. Garizábal sí incurrió voluntariamente en la omisión de su deber como Fiscal ad-hoc, habiéndose acreditado en autos la prueba exigida en el artículo 429 del C. de P. P. para proferir en su contra auto de llamamiento a juicio, —conforme lo solicitará este Despacho— por el delito que se le atribuye".

TESIS DE LA DEFENSA

El señor defensor del procesado, en la audiencia pública basó la defensa del Dr. Garizábal, exponiendo que: "no está demostrada en los autos la calidad de funcionario público de su defendido el doctor José A, Garizábal; que consta en los autos que contra el doctor Rafael Cotes Acosta se adelantaron dos sumarios distintos: uno en que fue denunciante el señor Alfonso Jaramillo y otro denunciado por el doctor Juan A. Benavides Macea; que el doctor Garizábal fue nombrado Fiscal ad-hoc por Decreto Nº 106 de 20 de febrero de 1954, en el proceso en que es denunciante el señor Alfonso Jaramillo (f. 49), y no en el que aparece como denunciante el doctor Benavides Macea. Que la Gobernación nombró Fiscal al doctor José Francisco Núñez (f. 51) para que conociera del negocio en que era denunciante el doctor Benavides Macea, y como Fiscal al doctor José A. Garizábal para que conociera del expediente en que era denunciante el señor Alfonso Jaramillo, pero que cuando llegó el doctor Garizábal a la Secretaría del Tribunal, se le entregó, no el expediente que le correspondía, sino otro negocio totalmente distinto al asignado conforme al Decreto respectivo, o sea uno para el cual no fue nombrado, y en tales circunstancias el doctor Garizábal no cometió delito alguno ya que no recibió un expediente para el cual fuera nombrado, en el que no se posesionó, y si lo devolvió sin haber actuado, no tiene responsabilidad". Así, concluye el defensor, "el delito de abuso de autoridad porque se le llamó a responder en juicio, carece de uno de los elementos esenciales, o sea el que se relaciona con el carácter de funcionario público".

LA SALA CONSIDERA:

Los hechos y consideraciones en que la defensa

se basa para afirmar que el doctor Garizábal no es responsable del delito de abuso de autoridad, por el que se le llamó a juicio, carecen de serio respaldo probatorio y son resultado de una equivocada apreciación de los hechos que aparecen plenamente comprobados en autos, como se verá en seguida.

1ª La calidad de Fiscal ad-hoc del Dr. José A. Garizábal se encuentra debidamente comprobada en autos con las copias auténticas del Decreto Nº 106, del 20 de febrero de 1954, expedido por el Gobernador del Departamento del Magdalena y con la copia del acta de posesión (fls. 49 y 50). Allí consta que se nombró como Fiscal ad-hoc al procesado doctor Garizábal para que conociera en varios procesos, entre otros en el que se adelantaba "contra el doctor Rafael Cotes, por hechos delictuosos cometidos como Juez del Circuito de Plato. La posesión del cargo de Fiscal ad-hoc del doctor Garizábal se efectuó, según consta de la copia del acta respectiva, el día 1º de marzo de 1954.

2ª De acuerdo con la certificación expedida por la Secretaría de Gobierno del Departamento del Magdalena, que obra a folio 57, se estableció que el procesado Garizábal estuvo desempeñando el cargo de Fiscal ad-hoc del Tribunal de Santa Marta durante el lapso comprendido entre el 10 de marzo de 1954 y el 25 de enero de 1957.

3ª Con la copia del Decreto Nº 025 del 24 de enero de 1957, expedido por el Gobernador del Departamento del Magdalena (f. 51) y con la certificación de la Secretaría de Gobierno del mismo Departamento (f. 57) aparece que se nombró para Fiscal ad-hoc del Tribunal de Santa Marta, en reemplazo del doctor Garizábal, al doctor José Francisco Pinto Núñez; y que éste se posesionó de dicho cargo el 26 de enero de 1957 está probado con la copia de la respectiva acta (f. 52).

4ª En las copias tomadas del proceso adelantado contra el doctor Rafael Cotes Acosta ex-Juez del Circuito de Plato, así como en la diligencia de inspección ocular practicada en este proceso, el 20 de abril de 1959, aparecen notas secretariales en que consta: que con fecha 25 de marzo de 1954 se le dió en traslado el expediente al doctor Garizábal para que emitiera concepto de fondo, y que el 9 de marzo de 1956, es decir un año, once meses y catorce días después, fue devuelto el negocio sin concepto de fondo. Igualmente aparece, que con fecha 5 de abril de 1956, el Tribunal Superior de Santa Marta ordenó devolver el negocio al Fiscal Garizábal para que emitiera concepto de fondo, y que el 18 de enero de 1957 el proceso fue devuelto nuevamente por el doctor Garizábal, por requerimiento que le hizo el Presidente del Tribunal, pero sin el respectivo concepto fiscal. Así mismo está comprobado que el Tribunal de Santa Marta, por auto del 21 de enero de 1957, pidió a la Gobernación que se nombre otro Fiscal "por reiterada renuencia del doctor Garizábal a cumplir como Fiscal".

Por último, en la diligencia de inspección ocular a que se ha venido haciendo referencia, practicada por el Juez Segundo Superior de Santa Marta, como comisionado de la Corte, en asocio de los testigos actuarios, doctores Armando Escobar de León y Manuel Valla Mendoza, se dejó la siguiente constancia: "De acuerdo con el expediente existió mora en la actuación del doctor José A. Garizábal, desde luego que el expediente le fue entregado en marzo 25 de 1954, y sólo fue devuelto por él el 9 de marzo de 1956. Es imposible establecer con vista en el proceso si en la segunda oportunidad en que se le dió traslado al doctor Garizábal, en virtud de la providencia de 5 de abril de 1956, existió o no mora, por cuanto la Secretaría no dejó constancia en el proceso de la fecha en que se le entregó al citado doctor Garizábal".

5ª También aparece de la certificación jurada rendida por el doctor José Ramón Lanao Tovar (f. 21 a 22 vto.), y de las copias que obran en el proceso, que el juicio seguido contra el doctor Rafael Cotes Acosta como Juez del Circuito de Plato, por denuncia del Dr. Juan A. Benavides Macea, que fue iniciado en agosto de 1950, feneció por prescripción de la acción penal, declarada por el Tribunal Superior de Santa Marta, en providencia del 19 de junio de 1957, confirmada por la Corte.

No consta en este proceso que contra el doctor Rafael Cotes Acosta se adelantaran dos sumarios distintos, como lo afirmó el señor defensor en la audiencia pública. Para hacer esta afirmación el señor defensor únicamente se basó en la copia del Decreto Nº 106, del 20 de febrero de 1954, del Gobernador del Magdalena, que en la parte pertinente dice textualmente: "denuncia de Alfonso Jaramillo contra el Dr. Rafael Cotes, por hechos delictuosos cometidos como Juez del Circuito de Plato".

Se trata de un error cometido al expedir la copia de este Decreto, o al redactarlo, pues de otras pruebas se deduce que contra el doctor Cotes Acosta, en su calidad de ex-Juez del Circuito de

Plato, no se adelantó sumario distinto del originado en el denuncio formulado por el doctor Juan A. Benavides Macea.

El error de la copia del Decreto 106, por medio del cual se nombró al doctor Garizábal como Fiscal ad-hoc, consistente en hacer figurar como denunciante del doctor Cotes Acosta, ex-Juez de Plato, a Alfonso Jaramillo, se explica porque el juicio que se siguió a este ex-Juez, se originó en actuaciones en el sumario contra Alfonso Jaramillo, por homicidio en Euclides Cortina, según aparece de la copia de la providencia en que se ordenó cesar el procedimiento por prescripción de la acción penal, en el proceso adelantado contra dicho ex-Juez.

De lo anterior se concluye, que en el proceso sí está plenamente establecido que: el doctor José A. Garizábal fue nombrado, se posesionó y ejerció el cargo de Fiscal ad-hoc del Tribunal de Santa Marta en el sumario adelantado en dicho Tribunal contra el ex-Juez del Circuito de Plato (Magdalena), por los delitos de abandono del puesto, detención arbitraria y abuso de autoridad, en virtud de denuncia del doctor Juan A. Benavides Macea; que el doctor Garizábal recibió este proceso para que emitiera concepto de fondo, el 25 de marzo de 1954 y lo retuvo en su poder, sin cumplir el deber de rendir concepto fiscal, hasta el 9 de marzo de 1956; que nuevamente le fue entregado el expediente al procesado Garizábal, y lo devolvió el 18 de enero de 1957, a requerimiento del Presidente de la Sala Penal del Tribunal, sin haber rendido tampoco el concepto fiscal; que el sumario que el procesado Garizábal recibió en su calidad de Fiscal ad-hoc, contra el ex-Juez de Plato, para que emitiera concepto, lo retuvo en su poder, por dos ocasiones y casi por espacio de tres años, sin cumplir con el deber que como funcionario le correspondía; que debido a la grave omisión del procesado y a la grande demora que tal omisión produjo en la actuación del sumario contra el ex-Juez de Plato, la acción penal prescribió a favor de éste.

El artículo 172 del Código Penal, sanciona benignamente, con multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave, al funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado.

Como se ha visto, aparece suficientemente comprobado en este proceso: que el doctor José A. Garizábal, como funcionario público, con el carácter de Fiscal ad-hoc del Tribunal de Santa Marta, en el sumario contra un ex-Juez del Circuito, fue renuente, en el cumplimiento de un acto propio de sus funciones, al abstenerse de rendir concepto fiscal en dicho sumario; que retuvo el expediente, en forma injustificada, por un lapso de cerca de tres años, conducta esta que originó el que la acción penal contra dicho ex-Juez se extinguiera por prescripción, ocasionándose con ello notorio perjuicio a la buena marcha y al prestigio de la administración de justicia.

El motivo alegado por el doctor Garizábal, pero no probado, de sus muchas ocupaciones profesionales, no lo exonera de responsabilidad ni justifica la grave omisión en que incurrió en el cumplimiento de un acto a que legalmente estaba obligado.

No existe suficiente fundamento en el proceso para concluír que el procesado, al rehusar cumplir un acto propio de sus funciones, hubiera obrado por simpatía hacia el acusado, doctor Rafael Cotes Acosta, o por animadversión hacia otros interesados en el sumario contra este ex-Juez, caso en el cual la responsabilidad del doctor Garizábal habría quedado incluída dentro de la denominación de prevaricato.

Aunque no existen en el presente caso circunstancias de mayor peligrosidad, habrá de imponerse al acusado una pena media, dentro de la permitida por la ley, dada la gravedad del ilícito de abuso de autoridad por éste cometido, que ocasionó la prolongada paralización del sumario, en que debió cumplir un acto oficial a que legalmente estaba obligado, y que omitió cumplir, dando origen con esta omisión a la prescripción de la acción penal.

D E C I S I O N :

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONDENA al abogado doctor José A. Garizábal, mayor de edad y vecino de Santa Marta, a pagar al Tesoro Nacional una multa de CIEN PESOS ($ 100.00) moneda legal como responsable del delito de abuso de autoridad —demoras— por el cual fue llamado a juicio en este proceso.

Comuníquese al respectivo Recaudador de Hacienda Nacional, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

HOMICIDIO Error en la apreciación de pruebas. — La prueba indiciaria.

El indicio, entendido por el artículo 216 del C. P. como "un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho", debe ser perfecto en su sustancia intrínseca, vale decir, concluyente en su relación con el delito y, además, perfecto en la sustancia de la prueba, esto es, que debe aparecer claramente establecido por otros medios probatorios, excepto el de otro indicio. Sólo después de que el indicio logre consolidarse en la prueba como hecho, es dable discutirlo en su eficacia lógica y, por ende, probatoria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se admitió con respecto a la sentencia del 8 de abril del año en curso por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al señor Luis Alberto Gasca Rodríguez, como responsable del delito de homicidio en el señor Hernando Bocanegra a la pena de diez y siete años de presidio y las accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES:

En torno a las siete de la noche del 21 de enero de 1958 el señor Hernando Bocanegra salió de su casa de habitación ubicada en la carrera 4ª entre calles 15 y 16 de la ciudad de Ibagué, con el fin de guardar una camioneta que tenía estacionada frente a su misma casa y a ese efecto, para maniobrar el vehículo, se metió dentro de él, momento en el cual fue ultimado, por un desconocido, de dos disparos que le hizo "a corta distancia". El autor del delito, no obstante que lo vieron cuando acometía a su víctima y aun antes, en momentos en que la acechaba, y después, cuando consumado el crimen emprendió carrera, no pudo ser identificado.

FALLOS DE 1ª Y 2ª INSTANCIA:

El proceso se tramitó con arreglo al procedimiento establecido en el Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 y, en consecuencia, previa clausura del sumario y traslado a las partes para alegar de conclusión, el Juzgado 3º Superior de Ibagué, con fecha 22 de junio del año pasado dictó el fallo de primer grado en el proceso, en el cual sobreseyó, en forma temporal, a favor del señor Luis Alberto Gasca Rodríguez y de las demás personas que fueron indagatoriadas. El Tribunal, en providencia mayoritaria de 8 de abril del año en curso, revocó el sobreseimiento a favor del citado Gasca Rodríguez y en su lugar lo condenó, como responsable del delito de homicidio, dentro de la modalidad de asesinato, en el señor Hernando Bocanegra, a la pena de diez y siete años de presidio y accesorias del caso, conforme a los siguientes indicios:

"a) Se comprobó con numerosas declaraciones, que un sujeto que corresponde a la filiación de Gasca y a su manera de vestir, dió muerte a Hernando Bocanegra.

"b) Con otros testimonios se demostró que ese sujeto que dió muerte a Bocanegra, responde al nombre de Luis Alberto Gasca. Es de advertir que estos dos indicios se confunden y forman uno solo,

"c) Fue reconocido en rueda de presos por uno de los testigos presenciales del hecho".

"d) Confesó extrajudicialmente su crimen en la Penitenciaría de esta ciudad, confesión que fue debidamente probada.

"e) Dió una falsa coartada".

Con el salvamento de voto, el Magistrado minoritario criticó el fallo de la mayoría, crítica de la que hizo un resumen, así:

"La sintesis hecha en el proyecto de mayoría en relación con los indicios que militan contra Gasca, no corresponde con exactitud a la verdad de las cosas, es decir a la verdad legal, ya que en ese proyecto no se analizan los contraindicios es decir las pruebas de descargo, ni se analizan los hechos precisos sobre los cuales basaron sus afirmaciones los testigos que presenciaron los hechos".

PRUEBAS:

Los indicios en que se fundó el Tribunal para condenar al procesado Gasca Rodríguez se estimaron probados, según se especifica en el mismo fallo, con los testimonios que se procede a reseñar, determinando, como es natural, lo que cada uno de ellos expresa:

AMELIA OREJUELA DE VANEGAS. Vió a un sujeto, el 20 de enero, **vestido de negro**, y luego el 21 "por ahí a eso de las seis y media de la tarde", que hacía el "simulacro de leer un periódico" y observó "cuando metió la mano por entre la ventana derecha de la camioneta de don Hernando Bocanegra y sonó el primer disparo y en seguida el otro disparo... No lo había visto antes". En reconocimiento de rueda de presos esta testigo no identificó en Gasca Rodríguez al sujeto a quien se refirió en su declaración (Ffs. 22 y ss. y 213 del cuaderno 1º).

ELENA RAMOS. El 20 de enero vió a un tipo sospechoso, pero no recuerda "siquiera cómo estaba vestido ese hombre ni cómo era, porque no le puse cuidado". El sospechoso, fue el que mató al señor Bocanegra, "según me lo contó la señora Amelia Orejuela, quien sí lo vió". (fls. 25 v., y ss.).

NELSON DIAZ. Dice que el día de autos "me alcanzó un hombre de por detrás que iba a la carrera, él era de vestido negro y sombrero negro, iba bastante agitado, iba corriendo y pasó por junto a mi y se metió a un rastrojo... Yo no puedo dar relato cómo era el hombre... en todo caso iba vestido de negro y sombrero negro, era más bien bajito de estatura, no mucho, se veía más bien ancho de espaldas, no le ví bien la cara, porque iba con el sombrero agachado". (fls. 27 y ss.).

NENA PEREZ. Sintió dos disparos "y ví cuando un hombre de vestido negro de paño, como ordinario y viejo el paño, y de sombrero negro, guardaba un arma pequeña negra, como un revólver o pistola, que la guardó debajo del saco y salió corriendo... Era de regular estatura, no gordo y delgadito, de regular edad... no le ví bien la cara, yo solamente me fijé en él fue en conjunto". (Fls. 35 y ss.).

MARIA TERESA PEREZ. Vió "que el hombre que estaba disparando encaramado en el estribo de la camioneta bajó al centro de la calle y salió en carrera... Era un hombre de regular estatura, más bien de buen cuerpo ni gordo ni flaco, más bien joven, blanco más bien y vestía todo de negro con el sombrero un poco agachado... La calle no estaba bien iluminada. Esta testigo no identificó, en rueda de presos, donde figuraba Gasca Rodríguez, al sujeto a que se refirió en su declaración. (Fls. 43 y ss. y 257 del cuaderno 1º).

ADELA BARRETO. Dice que Sara Peláez de Malo le expresó "que tenía idea que el asesino hubiera sido un hombre de apellido Gasca que trabajaba o trabaja en el Reformatorio de Ibagué", porque esa noche "había visto pasar al tal Gasca... agachado y ligero... con vestido negro y sombrero negro". (Fls. 48 y ss. del primer cuaderno).

SARA PELAEZ DE MALO. Esta es la testigo a que alude Adela Barreto. Dice que el día de autos vió a "un señor vestido de negro, camisa blanca, sombrero negro y corbata de un color rojo claro de un solo fondo", en un bar, con otros sujetos tomando cerveza, primero a la una de la tarde y luego a las cinco, en la calle, en actitud sospechosa, y que al ser reconocida la muerte de Bocanegra y comentarla con la señora Alcira Torres de Méndez, ésta le observó que el individuo vestido de negro, "era un tal Gasca que vivía más allá de la casa de ella"; que después fue a ver la casa donde vivía Gasca y lo identificó como el que tomaba cerveza y luego había pasado "por la acera del frente del señor Bocanegra". En rueda de presos esta testigo identificó en Gasca Rodríguez al sujeto de sus referencias, las cuales, en verdad, son inocuas, porque se contraen a que lo vió en

un bar, tomando cerveza, como a la una de la tarde, y cerca de las cinco volvió a verlo pasar por frente de la casa del señor Bocanegra. (Fls. 78 y ss. y 257 v. del cuaderno primero).

ALCIRA TORRES DE MENDEZ. Esta es la testigo a que se refiere la señora Sara Peláez de Malo. Dice que vió pasar "a un tipo de regular cuerpo, de camisa blanca y vestido negro y de sombrero negro, que bajaba a paso largo, no a paso natural sino que venía aprisa y nervioso". Y agrega que al comentar con el señor Luis Malo la muerte de Bocanegra, cayó en la cuenta de que aquel sujeto que vió pasar ofrecía parecido al Sargento Gasca, que ella conocía con anterioridad. (Fls. 98 y ss. cuaderno primero).

LUIS ENRIQUE MALO. Las conversaciones de ese testigo con la señora Alcira Torres de Méndez fueron las que suscitaron en ésta sus conjeturas contra Gasca Rodríguez, las cuales despertaron la imaginación de la señora Sara Peláez de Malo, quien se hizo eco de ellas en su declaración ya reseñada. Dice el señor Malo que con doña Alcira Torres de Méndez comentó la muerte del señor Bocanegra y que al tratar sobre los datos que se oían respecto al hombre que varios testigos vieron correr, la señora en cuestión "me dijo que de acuerdo con la filiación del hombre que había visto bajar por frente a su casa se le parecía tal hombre al de apellido Gasca". (Fls. 100 y ss. cuaderno primero).

LIDVINA RODRIGUEZ. Oyó los disparos y vió pasar a "un sujeto de vestido negro de paño y sombrero negro, guardando un revólver entre un papel", al que no pudo identificar porque "iba con sombrero", pero al que describe como "de regular estatura, y ni gordo ni flaco", sin que le hubiera visto la cara. (Fls. 65 y ss. del cuaderno primero).

JOSE VICENTE MALO. Dice que vió a Gasca Rodríguez, a quien conocía, tomando cerveza en un café, por la tarde del día de autos, y agrega que como a las ocho un sujeto le contó que habían matado al señor Bocanegra y que entonces se arregló para ir al sitio de los sucesos y oír "qué versiones o comentarios hacía la gente sobre el caso" y que por los datos que daban sobre un individuo "de mediana estatura, que no era grueso ni delgado, que era más bien moreno" y el vestido negro, dedujo que había coincidencia con el predicho Gasca. (Fls. 86 y ss.).

HUMBERTO MONTES. Vió "a un hombre que corría hacia abajo", vestido de negro, con sombrero de color que no recuerda, "regular cuerpo, hombre ya formado no muy grueso". (Fls. 104 y ss. cuaderno primero).

ERNESTO MENDEZ. Al oír los disparos vio que cruzaba "un tipo de una mediana estatura por ahí de un metro con sesenta y cinco centímetros más o menos, delgado es decir, no gordo, de vestido de paño negro, sombrero negro, que llevaba un periódico en la mano derecha", al cual no le pudo ver la cara. (Fls. 105 v. y ss.).

BENJAMIN OLAYA. Vió pasar un sujeto "de vestido oscuro y sombrero oscuro, era de regular estatura, pero yo no le pude apreciar más". (Fls 120 y ss. cuaderno primero).

PASTOR LOZANO. Vió "asomó un hombre a toda carrera, de vestido de paño negro y sombrero negro, de regular estatura". (Fls. 136 y ss. cuaderno primero).

LUIS ALIRIO TORRES. Observó pasar un sujeto pero sin poderle ver la cara porque "siempre estaba oscura la calle, de regular cuerpo, ni muy gordo ni muy flaco, con vestido negro y sombrero negro". (Fls. 141 v. y ss. cuaderno primero).

CARLOS HUMBERTO PEREZ. Dice que "el asesino era más bien bajito, más bien robusto, vestía de paño negro, más bien un paño como ordinario y los pantalones eran de boca ancha, llevaba sombrero negro, zapatos negros, tenía bigote, de un color moreno claro la cara porque nos miró cuando pasó por frente, según me pareció era de regular edad más o menos de unos cuarenta años". (Fls. 124 v. y ss. del cuaderno 1º).

ROMULO GUEVARA. Vió pasar un sujeto de vestido y sombrero negros, "ni muy gordo ni muy flaco, de una estatura regular, por ahí de un metro con sesenta y cinco centímetros, no muy alto ni muy bajito, medio cuadradito el tipo y por ahí de unos treinta y cinco o cuarenta años de edad más o menos", que iba corriendo. No identificó en Gasca Rodríguez a ese sujeto en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos. (Fls. 209 y ss. y 211 y s. del cuaderno 1º).

PAULO EMILIO OSORIO. Vió pasar "un hombre corriendo, de vestido oscuro, azul o negro, de sombrero también negro", al que no reconoció. Y agrega: "Opino yo que este señor Gasca, después de trabajar dos años en el Reformatorio de Menores y yo por razón del cargo que ocupo, Secretario Habilitado del mismo Reformatorio, es lógico que hubiera reconocido al hombre que corría sí, como se dice, el que cometió el citado delito hubiera sido Luis Alberto Gasca". (Fls. 249 del cuaderno 1º).

Los testimonios que se dejan reseñados son los que, con la excepción de los rendidos por los señores Luis Enrique Malo y Paulo Emilio Osorio, se presentan dentro del fallo acusado para tener por probados los indicios a) y b), los cuales, en suma, de acuerdo con el criterio del mismo Tribunal, "se confunden y forman" un solo indicio.

El indicio c), relativo a que Gasca Rodríguez fue reconocido en rueda de presos "por uno de los testigos presenciales del hecho", tiene como único asiento la declaración del señor Gustavo Castro Rodríguez, quien dijo en ella que el día de autos vió pasar en carrera a un sujeto como de "un metro con sesenta y cinco centímetros, no muy robusto ni muy delgado, es decir que es más gordo que delgado, iba vestido de pantalón negro, saco negro, de paño ambas piezas, camisa blanca, me parece que sin corbata, con sombrero negro; yo le ví que tenía bigote no muy poblado y el color de la cara era un poco moreno y más bien gorda la cara". (Fls. 63 y ss. del cuaderno 1º).

Con este testigo, de tan señalada importancia en el fallo acusado, se practicó una diligencia de reconocimiento en rueda de presos y allí el señor Castro Rodríguez consignó lo que en seguida se copia textualmente:

"De los dos hombres que tengo al frente y que he observado detenidamente, se me parecen dos, el segundo de derecha a izquierda y el que ocupa el puesto quinto de derecha a izquierda; aclarando que el que más se me parece al hombre que hizo los disparos al señor Bocanegra y que salió por la carrera 4ª abajo y que luego cogió la calle 16, la noche del veintiuno de enero del año en curso, es el señor que ocupa el puesto número cinco de derecha a izquierda. Se le hizo dar un paso al frente al sujeto que ocupa el segundo puesto de derecha a izquierda y al preguntársele por su nombre manifestó llamarse Aureliano Vargas, agregando que es natural de esta ciudad y que se encuentra detenido por cuenta de la Sexta Brigada desde hace dos años y nueve meses. En seguida se le ordenó al sujeto que ocupa el puesto quinto de derecha a izquierda, que diera un paso al frente y que diga su nombre, lo que así hizo y dijo llamarse LUIS ALBERTO GASCA RODRIGUEZ". (Fl. 212 y 213 del Cuaderno 1º).

El indicio d), referido a confesión extrajudicial de Gasca Rodríguez, con respecto al crimen, según el mismo fallo acusado, tiene como soporte los dos testimonios que a continuación se reseñan.

OLIVERIO GARCIA DELGADO. Este individuo manifiesta que un día cualquiera, cuya fecha no recuerda, hallándose ambos en la cárcel de Ibagué, Gasca Rodríguez le preguntó "que por qué delito me encontraba yo detenido y yo le respondí que por un homicidio", lo que dió lugar a que el predicho sujeto, "como complemento de la conversación anterior me dijo que él también estaba sindicado por la muerte de Hernando Bocanegra, que era cierto que él lo había matado porque era el que auxiliaba a los chusmeros del Cañón de la la China". (Fls. 146 y s. del cuaderno 2º).

En diligencia de careo García Delgado sostuvo ante Gasca sus afirmaciones, en tanto que éste lo desmintió con entereza y vigor". (Fls. 167 y ss. del 2º cuaderno).

ALIRIO PEREZ. Dice, en su declaración, que evidentemente Gasca Rodríguez le hizo conocer a García Delgado que "había matado a Bocanegra, no recuerdo si dijo el nombre, porque era chusmero o ayudaba a la chusma". (Fls. 158 y ss. del cuaderno 2º).

En la apreciación de estas declaraciones, que conforme al fallo acusado, "no fueron desvirtuadas por ningún medio probatorio", se prescindió de los testimonios de los señores Medardo Sandoval, William Arangure, Carlos Morales Santamaría y Francisco Tejada, los cuales informan de algo que es preciso recordar.

MEDARDO SANDOVAL. Dice que Gasca le contó que los autores del delito en el señor Bocanegra eran otros, que él "estaba ahí pagando y que no iban ni a verlo". (Fls. 4 v. y ss.).

WILLIAM ARANGURE. Oyó una charla entre presos, en la cual un sujeto Grisales decía a otro de apellido Barrios que "Gasca estaba pagando el ganso de Bocanegra, que habían (sic) $ 3.000.00 para taparle la boca a Gasca...". (Fls. 37 y ss. del cuaderno 2º).

CARLOS MORALES SANTAMARIA. Da cuenta de una conversación entre Máximo José Barrios y José María Grisales, en la cárcel de Ibagué, respecto a que "había una plata para taparle la boca a Gasca", el cual, en esos términos, quedaba colocado como ajeno a la muerte de Bocanegra. (Fls. 63 y ss. del cuaderno 2º).

FRANCISCO TEJADA. Gasca le escribió una carta que aquel discute, en la que aparece la frase "yo no soy el responsable del delito que se me imputa, la cual se refrenda con el reconocimiento de Tejada en el sentido de que el procesado le pidió "que lo ayudara que lo estaban acusando de la muerte del señor Hernando Bocanegra de lo cual era inocente". (Fls. 141 y 160 y ss. del cuaderno 2º).

El indicio e), relacionado con falsa coartada de Gasca Rodríguez, se plantea en el fallo acusado con fundamento en el examen de los testimonios de los señores Carlos E. Sandoval, Ernesto Mantilla, José Mora, José Joaquín Hurtado, Manuel Espinosa y Conrado Alvarez, los cuales, en sentir del Tribunal, desvirtúan la afirmación del procesado en el sentido de que se encontraba en el Reformatorio, donde era vigilante, en la hora en que fue muerto el señor Bocanegra. Procede, pues, revisar lo que dicen esos testigos.

CARLOS E. SANDOVAL. Este individuo era el Director del Reformatorio donde prestaba sus servicios como Jefe de Vigilancia Gasca Rodríguez, de quien dice que regularmente entraba a su oficio a las cinco y media de la tarde y salía al otro día a las ocho de la mañana, "no sin que unas pocas veces no haya sido muy exacto... El señor Gasca me faltó tal vez algunas veces al Reformatorio, dos o tres veces, esto es que no había llegado a la hora que yo salía es decir a las seis de la tarde, pero después, cuando yo llegaba a constatar si había llegado o no, lo que sucedía entre siete y diez de la noche, lo encontraba allí... eso fue en este año, pero la fecha no la recuerdo... El señor Gasca, una, dos o tres veces ha dejado de llegar a horas en este año, pero en los días 20, 21 y 22 de esas fechas —se refiere a enero— si no recuerdo". La declaración se le recibió el 13 de marzo de 1958. (Fls. 177 y ss. del primer cuaderno).

ERNESTO MANTILLA. Para la fecha de los sucesos era Director Técnico de Talleres de Reformatorio. En su declaración rendida el 27 de marzo sostiene que en el Reformatorio nadie firmaba entradas y salidas y que en lo regular Gasca Rodríguez entraba entre cinco y media y seis de la tarde. Al ser preguntado respecto a que si el procesado entró los días 20 y 21 de enero a la hora acostumbrada, es decir, a las cinco y media de la tarde, respondió: "no señor, no puedo tener presente a qué horas llegaría en estos días...". (Fls. 214 y ss. del cuaderno 1º).

JOSE MORA. Era chofer de la camioneta del Reformatorio y rindió declaración el 27 de marzo. Dice que Gasca Rodríguez entraba a su oficio a las cinco y media de la tarde y salía al otro día a las ocho de la mañana. Al ser preguntado en torno a si el predicho sujeto había entrado el 20 y 21 de enero a la hora acostumbrada, contestó: "No recuerdo de esos dos días" (fls. 217 y ss. del cuaderno 1º).

JOSE JOAQUIN HURTADO. Era vigilante del Reformatorio y rindió declaración el 21 de mayo. Dice que tomaba la alimentación en la tienda de una señora Anita y que salía a comer, generalmente, a las cinco y media de la tarde. El 21 de enero salió, como de costumbre, a esa hora en el objetivo expresado. No recuerda si a tiempo de salir ya Gasca Rodríguez se encontraba en el Reformatorio, pero en cambio recuerda que cuando regresó de la comida, "estaba en la pieza que le corresponde a él, estaba jugando no se si ajedrez o damas con un vigilante de nombre Víctor Espinosa", regreso que se produjo, según el testigo, "creo que más bien antes que después de las siete de la noche porque era la hora en que yo acostumbraba a llégar". (Fls. 254 y ss. del cuaderno 1º).

MANUEL o VICTOR MANUEL ESPINOSA. Era empleado de la vigilancia en el Reformatorio. Rindió declaración el 21 de mayo y es la persona que, según el testigo José Joaquín Hurtado, jugaba ajedrez o damas con Gasca Rodríguez cuando regresó de la comida. Categóricamente sostiene que el 21 de enero, desde las seis y media de la tarde hasta las nueve de la noche, estuvo jugando damas, en el Reformatorio, con el citado Gasca Rodríguez. (Fls. 255 y s.).

CONRADO ALVAREZ. Este es un comerciante y rindió declaración el 10 de junio. Dice que el día que mataron al señor Bocanegra se encontraba en unos potreros cerca del estadio, lugar a donde bajó "como a las cuatro y media o cinco de la

tarde" y que después subió, "como a las seis o seis y media, hasta la tienda de Enrique Quintero, donde se demoró tomando cerveza "un cuarto de hora más o menos" para pasar luego al Reformatorio con el fin de entrevistarse con Gasca Rodríguez, al cual encontró allí. (Fls. 278 y s. cuaderno 1º).

DEMANDA DE CASACION:

El recurrente, por conducto de apoderado y dentro del término legal, presentó la demanda del caso subordinada en un todo a las exigencias legales. En ellas invoca, como única causal de casación, la prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del C. de P. P., y así dice que "por errada interpretación o apreciación de los hechos que señalaré, en la sentencia se les atribuye un valor probatorio que no tienen; a otros que indicaré se les negó el que sí tienen; y a otros que también especificaré no se les tuvo en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso".

En desarrollo de esos enunciados, el recurrente, después de que resume los hechos del debate y determina los fundamentos del fallo, los cuales presenta en la misma forma como allí aparecen sintetizados bajo las letras a), b), c), d) y e), procede a estudiar, con detenido cuidado, el acervo testimonial para luego, en función crítica y con criterio objetivo, hacer una confrontación rigurosa de su contenido y alcances, con las tesis de la sentencia impugnada, tarea que ejecuta en cuatro capítulos, donde va planteando presupuestos lógicos que le sirven para la conclusión final y de conjunto en el sentido de que, por errada interpretación o apreciación de los hechos del proceso, se atribuyó en la sentencia, a unos, según se demuestra, un valor probatorio de que carecen; a otros, se les negó, en cambio, el que sí tienen; y, por último, otros, no fueron tenidos en cuenta, a pesar de estar acreditados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador 2º Delegado en lo penal, en el concepto para responder el traslado de la demanda, pide se case el fallo recurrido, conforme a las siguientes razones en que aparecen condensadas sus ideas:

"Estudiados por esta Procuraduría los testimonios —20 en total— de que se vale el H. Tribunal para ameritar su certeza de que Gasca Rodríguez fuera el sujeto que diera muerte a Bocanegra el 21 de enero de 1958, en razón de que en su manera de vestir y filiación general coincidiera con el individuo que vieron dichos declarantes en la noche de autos, se tiene:

"Ninguno de estos declarantes (Amelia Orejuela de Vanegas F. 22 1er. c., Elena Ramos, Fl. 27 1er. c., Nelson Díaz, fl. 27 1er. c. Nena Pérez fl. 35 1er. c., María Teresa Pérez, fl. 34 1er. c., Adela Barreto fl. 78 1er. c., Alcira Torres de Méndez, fl. 98 1er. c., Emiro Paz, fl. 59 1er. c., Gustavo Castro, fl. 63 1er. c., L. Rodríguez, fl. 65 1er. c., y los restantes citados por el Tribunal) afirma de manera enfática haber reconocido a Gasca como la persona que agrediera a Bocanegra, sino simplemente estar, más o menos acordes en la forma como ese desconocido iba vestido y en algunos rasgos generales, aunque bien confusos, de su fisonomía y estampa.

"Esta coincidencia pudo ser definida favorablemente a la justicia, cuando se produjo la diligencia de reconocimiento en rueda de presos por uno de los testigos presenciales del momento consumativo del delito; este reconocimiento no fue en sus resultados definitivo, ya que, a más de dudar entre dos de los presos que integraban la rueda, los reconocedores en su tarea hallaron semejanzas o parecidos con Gasca, pero no formularon apreciaciones categóricas.

"Por lo demás la confesión extrajudicial que Gasca hizo en la penitenciaría de Ibagué, no fue enjuiciada o analizada por el Tribunal a la luz del artículo 224 del C. de P. P., habida en consideración a la personalidad de los declarantes que afirman el hecho de su existencia, —dos presidiarios— y de sus condiciones personales y sociales; al tiempo que, desestiman las declaraciones de inocencia de Gasca, dadas por otros detenidos (Sandoval, Morales, Tejada Fls. 6, 37, 160 del c. 2º).

"La coartada, alibi o prueba de descargo presentada por el sentenciado, fue mal desechada por el Tribunal al no admitir, —sin mayor discusión y dilucidación y concluírla como falsa—, los testimonios de quienes aseveran que Gasca en la noche y hora de los hechos estuvo en lugar distinto a aquel en que se diera muerte violenta a Bocanegra.

"Las deposiciones de Hurtado, Espinosa y Alvarez (Fls. 54, 225 y 278 c. 1er.) no fueron suficientemente sopesadas y avaluadas a la luz de las normas de crítica testimonial. Esta coartada, no está desvirtuada así lo juzga este Despacho".

SE CONSIDERA:

En el objetivo de examinar con adecuada propiedad los indicios en que descansa el fallo acusado, conviene recordar que el indicio, entendido por el artículo 216 del C. de P. P. como "un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho", debe ser perfecto en su sustancia intrínseca, vale decir, concluyente en su relación con el delito y, además, perfecto en la sustancia de la prueba, esto es, que debe aparecer claramente establecido por otros medios de prueba, excepto el de otro indicio. Sólo después de que el indicio logre consolidarse en la prueba como hecho, es dable discutirlo en su eficacia lógica y, por ende, probatoria.

El Tribunal, dentro de la sentencia impugnada, sostiene que los testimonios que invoca en relación con los indicios a) y b), cuya reseña se hizo atrás, comprueban "que quien dió muerte al señor Bocanegra fue un hombre de regular edad, vestido de negro, de sombrero negro, de zapatos negros, camisa blanca y con bigote, filiación que coincide con la de Gasca".

De modo que los dos indicios que se estudian, conforme se declara en el fallo, se integran sobre la base de que la filiación que entregan los testigos con respecto al matador del señor Bocanegra, coincide con la del procesado Gasca Rodríguez. Esta forma de plantear la prueba indiciaria es, en verdad, absolutamente insólita y, por lo mismo, inadmisible, con tanta mayor razón si se tiene en cuenta que los datos sobre el homicida sólo ofrecen solidez y uniformidad en lo tocante con el vestido y el sombrero que se indican, de manera acorde, al menos en términos generales, como negros. En lo demás, todo es confuso, y debe advertirse que sólo el joven Carlos Humberto Pérez habla de bigote al dar la filiación del homicida, aunque, asumiendo una postura insular, lo determina como **bajito,** cuando los otros testigos dicen que era de **regular estatura** y aún acuerpado.

La mayoría de los testigos que se presentan en apoyo de los indicios en examen, expresamente manifiestan que no observaron la cara del sujeto que vieron correr a continuación de que causó la muerte del señor Bocanegra, y los otros, con la salvedad del citado Pérez, en nada aluden a ella, circunstancia que, como es obvio, permite deducir que tampoco se la vieron. En estos términos se echa de ver que los datos sobre filiación se reducen al color del vestido, del sombrero, de la camisa y a la estatura, todo lo cual, en verdad, es demasiado poco para determinar una persona, sin observarle el rostro, particularmente en la noche, como es el caso de autos, y en una calle que "no estaba bien iluminada", según lo atestigua concretamente la señora María Teresa Pérez.

Los testigos que con mayor claridad y firmeza suministran datos sobre la filiación del matador del señor Bocanegra, por cierto en forma que coinciden con los que, en general, anotan todos los declarantes, son los señores Rómulo Guevara, Amelia Orejuela de Vanegas y María Teresa Pérez, personas que llevadas a diligencia de reconocimiento en rueda de presos, no identificaron en Gasca Rodríguez al sujeto de sus referencias testimoniales. Ese hecho, tan favorable al procesado, no se tuvo en cuenta hasta el punto de que los citados tres declarantes se invocaron para tener como demostrados los dos indicios de que se viene tratando, vale decir, los distinguidos con las letras a) y b).

La señora Alcira Torres de Méndez rindió una declaración que en vez de comprometer a Gasca Rodríguez lo favorece en forma rotunda y definitiva. Ella conocía al procesado con anterioridad al delito y la verdad es que en momento alguno se permitió sostener que hubiera sido el homicida, es decir, el sujeto que vió bajar a paso largo, "de regular cuerpo, de camisa blanca y vestido negro y de sombrero negro". En el fallo, sin embargo, se toma esa testigo contra el acusado, precisamente en el objetivo de sostener los indicios que se estudian.

La testigo Elena Ramos se refiere a un sospechoso que vió el día antes del delito, del que no recuerda "siquiera cómo estaba vestido", circunstancia que, con todo, no impidió que el Tribunal la invocara contra Gasca Rodríguez para tener por probados los citados indicios.

La señora Sara Peláez de Malo rindió una declaración que es realmente anodina porque se limita a consignar, en suma, que en torno a la una de la tarde del día de los hechos vió en un bar, tomando cerveza, a "un señor vestido de negro, sombrero negro, camisa blanca y corbata de color rojo, sujeto al que vió de nuevo como a las cinco de esa misma tarde que pasaba por frente a la casa del señor Bocanegra". Ese sujeto resultó ser, conforme a reconocimiento en rueda de presos, Gasca Rodríguez, circunstancia que carece de todo valor, como de suyo se comprende sin esfuerzo alguno ni necesidad de demostración. No obs-

tante ello, en la sentencia que se revisa, se acoge ese testimonio como prueba en contra del procesado, recogiendo, a su vez con el mismo sentido, el que rindió la señora Adela de Barreto, quien se limitó a manifestar que la señora Peláez le había comentado "que tenía idea de que el asesino hubiera sido un hombre de apellido Gasca". Si se hubieran estudiado a fondo esas dos declaraciones y, de otra parte, se hubiera tenido en cuenta la testificación del señor Luis Enrique Malo, donde aparecen explicadas las bases de los juegos imaginativos de la señora Peláez, de ningún modo se invocan como prueba en contra del procesado.

El señor Pablo Emilio Osorio, en la declaración que rindió y cuya reseña se hizo atrás, es terminante en su manifestación de que Gasca Rodríguez no pudo ser el autor del homicidio en el señor Bocanegra. El Tribunal, en forma que no se explica, se abstuvo de reparar en ese testimonio al que ni siquiera menciona a lo largo de su fallo.

Cuanto queda expuesto ya es suficiente para concluír en que los llamados indicios a) y b) apenas pueden responder a circunstancias conjeturales más o menos vagas y en cierto modo arbitrarias, porque, para presentarlas, no se tuvieron en cuenta las pruebas que en sí mismas las destruyen.

El testigo que permitió sentar el llamado indicio c) fue el señor Gustavo Castro Rodríguez, quien como todos los demás que vieron al homicida, proporciona algunos datos, a su turno vagos e imprecisos sobre su filiación. El Tribunal, en su fallo, sostiene que ese testigo reconoció en rueda de presos a Gasca Rodríguez como el mismo sujeto de sus referencias en la declaración, lo que en verdad resulta inexacto, absolutamente contrario a lo que aparece en la respectiva diligencia, trascrita atrás en lo pertinente.

En efecto, lo que manifestó Castro Rodríguez en el reconocimiento de rueda de presos, formada por doce personas, fue que se le parecían dos de ellas, con mayor fuerza e intensidad, la que ocupaba el segundo puesto de derecha a izquierda, que resultó no ser Gasca Rodríguez sino un preso de vieja data, de nombre Aureliano Vargas. El otro, el de menos parecido, el señalado en segundo lugar y que ocupaba el quinto puesto, fue el que resultó ser Gasca. En estos términos, dentro de estas expresas condiciones, apenas cabe calificar de absurda y extravagante la afirmación de que el procesado hubiera sido reconocido en rueda de presos "por uno de los testigos presenciales del hecho, vale decir, por el señor Gustavo Castro Rodríguez.

El llamado indicio d), referido a una supuesta confesión extrajudicial de Gasca, tiene como fundamento probatorio los testimonios de los presos, ya condenados, señores Oliverio García Delgado y Alirio Pérez, testigos a los cuales se les dió todo crédito sin someterlos a ninguna crítica y sin tener en cuenta las aseveraciones de los señores Medardo Sandoval, William Arangure, Carlos Morales Santamaría y Francisco Tejada, quienes informan de las reiteradas protestas de inocencia que hacía Gasca Rodríguez con relación a la muerte del señor Bocanegra. En estas condiciones, no apareciendo en el fallo y tampoco en el expediente razón alguna que explique la causa para que se le diera crédito a García y a Pérez, y en cambio se les negara a los otros cuatro testigos mencionados, es claro que no se puede hablar de indicio, el que, conforme se recordó atrás, primero debe estar consolidado en la prueba como hecho para luego sí discutirlo en su eficacia lógica-probatoria.

En el indicio e) se anota que el procesadio "dió una falsa coartada", la cual se plantea en consideración a que Gasca Rodríguez, en todas las diligencias que se practicaron con su intervención, sostuvo que a la hora del crimen se encontraba en el Reformatorio, lo que resultó no ser cierto, según se desprende de los testimonios de los señores Carlos E. Sandoval, Ernesto Mantilla, José Mora, José Joaquín Hurtado, Manuel Espinosa y Conrado Alvarez. Ocurre, sinembargo, que esos testigos no desmienten a Gasca Rodríguez.

En efecto los señores Manuel Espinosa y Conrado Alvarez, particularmente el primero, aseveran que el procesado, en verdad, se encontraba en el Reformatorio desde antes de las siete de la noche, lo que quiere decir que en vez de contradecirlo, lo confirman. El señor José Joaquín Hurtado plantea una situación a su turno favorable a Gasca Rodríguez, puesto que dice que a su regreso de la comida, "creo que más bien antes que después de las siete de la noche, porque esa era la hora en que yo acostumbraba a llegar", ya se encontraba en su pieza jugando ajedrez o damas "con un vigilante de nombre Víctor Espinosa". El doctor Carlos Sandoval, Director del Reformatorio, como se vió atrás, informa que Gasca era puntual y que llegaba en torno a las cinco y media de la tarde, aunque una, dos o tres veces dejó de hacerlo en esa hora, sin poder recordar que ello hubiera ocurrido en los días 20, 21 y 22 de enero. Los otros dos testigos, es decir, los señores Er-

nesto Mantilla y José Mora, al igual que el doctor Sandoval, dan cuenta de que Gasca llegaba entre cinco y media y seis de la tarde, pero no recuerdan si los días 20 y 21 de enero lo hubiera hecho a esa hora.

Como puede apreciarse, no es cierto que la llamada coartada de Gasca, respecto a su afirmación de que se encontraba en el Reformatorio a la hora del crimen, hubiera resultado falsa. Ese aserto aparece concretamente confirmado por dos testigos, los señores Manuel Espinosa y Conrado Alvarez y, en términos generales, por otro testigo, el señor José Joaquín Hurtado. Los testimonios de los otros tres declarantes, el doctor Carlos Sandoval y los señores Ernesto Mantilla y José Mora, de ningún modo se oponen al dicho de Gasca Rodríguez, refrendado en la forma como se deja indicada.

Las razones que se dejan consignadas establecen que, en realidad, como se sostiene en la demanda de casación y también en el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, el procesado Gasca Rodríguez fue condenado con fundamento en cinco llamados indicios, los cuales no tienen ese carácter, según quedó ampliamente demostrado. Lo que allí aparece, de acuerdo con la prueba examinada y que es la única que ofrece el expediente, es la expresión de conjeturas, más o menos vagas, formuladas sin el examen crítico de los elementos de juicio reunidos en el proceso. Cabe concluír, entonces, en que los cargos formulados al fallo acusado tienen base sólida y, en consecuencia, debe ser casado con apoyo en la causal 2ª que se invoca, para en su lugar, conforme lo dispone el aparte a) del artículo 570 del C. de P. P., dictar el que haya de reemplazarlo y que no podrá ser sino de absolución y orden inmediata de libertad a favor del procesado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo materia del recurso y en su lugar ABSUELVE al señor LUIS ALBERTO GASCA RODRIGUEZ por el delito de homicidio en la persona del señor Hernando Bocanegra y ORDENA su inmediata libertad incondicional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez—Gustavo Rendón Gaviria—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León. Secretario.



EL BENEFICIO DE LA AMNISTIA

En materia de amnistía para delitos políticos y de procedencia política, es menester ceñirse estrictamente a los decretos que definen cuáles son esos delitos y autorizan el beneficio, cuyos límites están determinados y circunscritos por sus mismos términos, mucho más amplios que los que pudieran contener definiciones puramente doctrinarias y tradicionales. Con el propósito de extenderlo a muchos hechos que no podrían acogerse a él si se aplicara un criterio restrictivo, el Decreto 1823 de 1954 amplió, en su contenido y aplicación, el beneficio de la amnistía, pero condicionándolo a determinados requisitos que, cuando no se cumplen, debe denegarse necesariamente.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

V I S T O S :

Por medio de su apoderado Dr. Miguel Tarazona Gutiérrez, los sindicados Alonso Valero, Fermín Castillo Valero, y Roberto Ortiz Alfonso, insisten en solicitar a esta Sala de la Corte el beneficio de amnistía de que tratan los Decretos 1823 y 2062 de 1954, en su calidad de procesados por el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Tunja, quien venía adelantando la correspondiente investigación por el delito de homicidio de que son incriminados los mencionados sujetos.

De acuerdo con los trámites previstos para solicitudes de esta naturaleza, el expediente fue remitido al Tribunal Superior Militar, el cual se pronunció en providencia de septiembre 24 de 1960 en forma desfavorable, declarando "que los procesados Alonso Valero, Fermín Castillo Valero, y Roberto Ortiz Alfonso, de notas civiles conocidas, sindicados por el delito de Homicidio en la persona de Olimpo Benítez Peña, no son acreedores al beneficio de AMNISTIA de que trata el Decreto extraordinario 1823 de 1954, y por lo tanto ordena que el presente proceso regrese al Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Tunja, para los efectos legales de su incumbencia".

"El día 18 de abril de 1949 —dicen los autos— se encontraba Olimpo Benítez Peña en la vereda de Varela del Municipio de Saboyá, punto denominado "La Diana", en donde habitaba en casa de Cecilia García v. de Barrera y Bárbara Cubides. Como a eso de las once del día llegaron siete individuos aproximadamente, entre ellos Alfonso Valero, Fermín Castillo Valero y Roberto Ortiz Alfonso, todos portando armas de fuego de largo alcance, y después de rodear la casa entró Alfonso Valero, quien encontrando a Olimpo Benítez detrás de la puerta donde se había escondido, le dió en la frente un violento culatazo que lo desfiguró. Luego lo sacó al patio de la casa donde todos los facinerosos lo rodearon encañonándolo con sus armas. Ante esta actitud Olimpo Benítez a pesar de estar ya gravemente herido, quiso escapársele para favorecer su vida, pero rodó con tan mala suerte como a veinte metros de distancia llegando a una mata de mora, lugar donde el citado Alonso Valero, Fermín Castillo y Roberto Ortiz Alfonso le acabaron de dar muerte y, después da haberlo requisado y haberle sustraído la suma de mil pesos, huyeron".

En contra de lo resuelto por el Tribunal Militar, el defensor de los procesados interpuso recurso de apelación, del cual corresponde conocer a la Sala Penal de la Corte, y que le fue concedido por resolución del mismo Tribunal, con fecha diez

y siete de octubre de mil novecientos sesenta.

El apoderado de la parte recurrente, en los distintos alegatos que ha venido presentando, tanto ante el Juzgado de primera instancia, como ante el Tribunal Militar y la Corte, sostiene que el delito cometido por sus patrocinados no reviste otras características que las políticas.

Al solicitar el beneficio de amnistía ante el Tribunal Superior Militar, pone de presente que el ilícito fue perpetrado por la época en que las luchas partidistas se hicieron más crudas, pues los acontecimientos del 9 de abril de 1948, prepararon enconadamente los ánimos políticos, con especialidad en el Departamento de Boyacá, jurisdicción a la que pertenece el municipio de Saboyá y su vereda Varela, esta última, lugar de los acontecimientos.

Considera que el móvil del delito no fue el robo, sino que éste, en el caso de haberse presentado, fue puramente ocasional. Por otra parte —dice el recurrente—, los Decretos-Leyes números 1823 y 2062 de 1954, que tutelan los derechos de sus defendidos, y que se refieren expresamente a la concesión del beneficio de amnistía, no contemplan el robo como delito excluíble del mencionado beneficio, pues a este respecto, el artículo 4º del Decreto 1823, se ocupa solamente de aquellos "cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral". Afirma luego que el robo sí puede revestirse de delito eminentemente político, pues con éste se causa una venganza que bien podría tener origen en pasiones sectarias. Pone en duda la veracidad de los testimonios recibidos al cabo de diez años, los que aseveran que el occiso llevaba consigo el día de los hechos, la suma exacta de $ 1.000.00, como si los declarantes se la hubieran visto contar, o como si fuera muy creíble el hecho de que un agricultor pobre portase en su billetera fácilmente tan considerable cantidad de dinero. Agrega que el delito fue puramente político, puesto que entre los victimarios y el occiso no mediaba otra diferencia que la filiación política.

En el alegato presentado ante la Corte, a más de los planteamientos sustentados ante el Tribunal Militar, aduce como de suma importancia los testimonios rendidos por Petrocinia Benítez, hermana legítima del occiso, y de los dos hijos de ésta, Bernardo Benítez y José Reyes Benítez, en los cuales se ve claramente que existía un fundado temor por las incursiones de la "chusma" que de llegar al sitio de los hechos, cometería toda clase de atropellos con el fin de zanjar rencillas políticas, como en efecto sucedió. Según los mentados testimonios, el número de los atacantes no era menor de veinticinco y no siete como lo afirman los denunciantes. Hecho este que contribuye a aminorar considerablemente la hipótesis del robo. A lo anterior agrega el apoderado de los inculpados, que los mismos testimonios rendidos por los familiares del occiso (fs. 99 a 102) ante el Inspector de Policía de Saboyá, coinciden en afirmar que el móvil del delito no pudo ser otro que el de la violencia política. Invoca por último el abogado de la defensa el texto parcial del Decreto 1823, en lo que se refiere a los requisitos que deben llenar quienes se hagan acreedores al beneficio de la amnistía, alegando que sus defendidos son nacionales colombianos y que el delito fue cometido con anterioridad al primero de enero de 1954, y que no reviste en parte alguna las características de insensibilidad moral y atrocidad, cumpliendo en esta forma con las exigencias del mencionado Decreto.

Por su parte el Tribunal Militar, que en providencia de septiembre 24 de 1960, negó la petición de amnistía solicitada por el apoderado de los procesados, aduce las siguientes consideraciones para respaldar su negativa:

"En el caso que nos ocupa, cree la Sala que los móviles políticos no tuvieron el mayor asomo a la consumación del delito en la persona de Olimpo Benítez Peña. Basta leer todas y cada una de las declaraciones que obran en el proceso para deducir que la finalidad que indujo a la comisión del ilícito, a más de la del robo fue la del odio entre personas y familias. Roberto Ortiz Alfonso, en su indagatoria atribuye, después de que dice que es calumnia que él fuera partícipe de la muerte de Olimpo Benítez, el robo de ganado; pues francamente él habla de asaltantes. Y el Dr. Cenón Prieto Rincón, apoderado de Fermín Castillo y Alonso Valero, en su escrito visible a hojas 36, dice que "la imputación y los cargos que aparecen contra sus mandantes son el fruto de una enemistad personal que se ha venido fraguando desde hace varios años entre dos grupos de personas residentes en la vereda de Varela de esta jurisdicción, con grave perjuicio para la tranquilidad social. Uno de esos grupos lo encabeza Jorge Benítez, denunciante en el negocio de la referencia, su hermano Salomón Benítez y sus amigos Valentín Peña, Carlos Samuel Peña, Leonidas Caro y otros.

"Seguidamente, en el mencionado memorial el mismo apoderado pide "copia de todas aquellas denuncias donde aparezcan —dice— mis mandan-

tes o sus enemigos PERSONALES ya indicados como denunciantes o sindicados". Y por último pide pruebas relacionadas con el robo de novillos, hurto de vacas, robo de ganado, asaltos etc., hablando siempre de la enemistad, todo lo cual contribuye a inferir una perfecta demostración que los móviles que indujeron a los sindicados Valero, Castillo y Ortiz, en ningún caso tuvieron como base la política partidista, sino, como se ha visto, la enemistad personal de grupos y de familias como se ha dicho antes".

Finalmente sostiene el Tribunal:

"No habiéndose cumplido los requisitos exigidos por el Decreto 1823 de 1954 y no encontrándose dentro del proceso móvil político alguno que condujera a la muerte en la persona de Olimpo Benítez Peña, expuestas ya las razones para no aceptarlo así, debe concluírse que la cuestión política o partidista como móvil para la consumación del delito de Homicidio, debe descartarse, ya que no tuvo asidero ninguno, y por esto los procesados no podrán ser amparados con el beneficio de AMNISTIA impetrado".

Para decidir considera la Corte:

Tres presupuestos es necesario considerar a fin de establecer si son viables las pretensiones de la parte recurrente. Son ellos:

a) Que durante toda la etapa investigativa, de los folios 1º a 65, nada surgió en los autos que permitiera darle a la muerte de Olimpo Benítez Peña carácter de hecho cometido por "extralimitación en el apoyo o adhesión al Gobierno, o por aversión o sectarismo político". Los mismos sindicados, en sus respectivas indagatorias, en forma vaga e imprecisa, apenas sugieren que se les calumnia incriminándoles ese hecho "por política", pero sin determinar claramente en qué consiste este sentimiento y por qué obra ese móvil.

b) A folios 66 aparece un memorial suscrito por los tres sindicados, en el cual afirman:

"Como el delito a que se refiere el sumario tiene raíces y vinculaciones políticas, de acuerdo con las constancias que aparecen en el expediente, por medio del presente memorial manifestamos a usted que nos acogemos a lo dispuesto por los Decretos números 1823 de 1954, del trece de junio, y 2062 del ocho de julio de 1954, nos acogemos a la amnistía política concedida para estos delitos.

"Como el artículo segundo del Decreto 1823 del 13 de junio de 1954, establece el cese del procedimiento y la libertad incondicional de todos los sindicados en todos los procesos que se adelanten por estas infracciones y cometidos con anterioridad a la fecha de la promulgación del referido Decreto, solicitamos se sirva remitir las diligencias al señor Presidente del H. Tribunal Superior Militar de Bogotá, a fin de que esa entidad estudie nuestro caso y nos resuelva nuestra situación a la mayor brevedad".

A esta solicitud le dió curso el Juzgado Promiscuo Municipal de Chiquinquirá el 23 de marzo de 1960, ordenando el envío de las anteriores diligencias, "en el estado en que se encuentren, a los señores Jueces Superiores del Distrito Judicial (repartimiento) de Tunja, a fin de que el señor Juez del conocimiento resuelva lo pertinente". (fs. 66 vto.).

De este proveído fue pedida reposición por escrito firmado de puño y letra por los tres sindicados, como aparece a folios 68, que contiene los siguientes apartes:

"Elevamos solicitud para que el negocio pasara al H. Tribunal Militar de Bogotá, con el fin de que dicha entidad estudiara lo relacionado con la amnistía política en este negocio. Pero es el caso señor Juez que no se haya probado lo suficiente que el delito que se investiga haya tenido origen en la política, por lo que muy respetuosamente le manifestamos que siendo nuestra petición PREMATURA se tenga como no escrita, solicitando en consecuencia se reponga la providencia que ordena remitir el expediente a los Juzgados Superiores (reparto) para estudiar la petición de amnistía.

"Subsidiariamente —agregan— desistimos de nuestra petición, por ahora, por ser prematura, y con el fin de que la investigación continúe su curso normal hasta el nombramiento del Investigador especial solicitado al Ministerio de Justicia y Gobernación del Departamento".

Esta solicitud la corroboró el Dr. Zenón Prieto Rincón obrando como apoderado de los sindicados Alonso Valero y Fermín Castillo (Roberto Antonio Ortiz nombró a fs. 69 su apoderado al Dr. Dioselino Perilla Barreto, quien aceptó y tomó posesión del cargo a fs. 69 vto.), en escrito en que solicita "se reponga la providencia que ordena remitir el negocio a los Jueces Superiores (reparto), en la forma y términos anteriores".

Para resolver la anterior solicitud, el señor Juez Municipal de Chiquinquirá hace una serie de razonamientos, en uno de los cuales consigna lo siguiente, que guarda íntima relación con lo que aquí se decide:

"c) Es más: en el curso de la investigación hasta la fecha no aparece constancia alguna acerca

de la filiación política del occiso como de los sindicados, porque ésta no vino a surgir sino como móvil tendiente a lograr la excarcelación de los sindicados actualmente, porque en ninguna indagatoria o declaración hay constancia de que haya mediado motivos políticos en los hechos". (fs. 72).

El funcionario aludido no accedió a reponer la providencia en cuestión; en consecuencia el negocio fue enviado a los Jueces Superiores y repartido correspondió al Tercero Superior de Tunja. (fs. 75 vto.).

Así las cosas, los sindicados cambiaron de apoderado nombrando al Dr. Miguel Tarazona Gutiérrez, quien aceptó y se posesionó (fs. 79 y 80). Obrando como tal, por escrito del 21 de abril del año en curso recabó sobre la solicitud de enviar el sumario al Tribunal Superior Militar para dar aplicación a los decretos sobre amnistía, "por ser el hecho a que se refiere el proceso en mención de carácter netamente político". (fs. 81).

En distintos memoriales el apoderado en mención, ha insistido en sus puntos de vista y ya se han señalado los principales argumentos que presenta en orden a lograr el triunfo de sus planteamientos. Pero antes de remitir el proceso al Tribunal Superior Militar, por pedimento del apoderado, se practicaron algunas pruebas, que corren a folios 94, 99, 100, 101 y 102 y las constituyen las declaraciones de Tulia Cubides, Rosario Monsalve, Petrocinia Benítez, Reinaldo Benítez y Reyes Benítez, de estas últimas, la primera hermana del ofendido Olimpo Benítez Peña y los otros, sobrinos, al atenerse a sus propias aseveraciones.

Estas pruebas no buscan otra finalidad que señalar la respectiva filiación política de las víctimas y de sus presuntos victimarios y lo consiguen ampliamente. Sin embargo, conviene tener presente que una de las declarantes, sin parentesco con el ofendido, Tulia Cubides, al contestar una pregunta del interrogatorio que le fue propuesto en el memorial de prueba del apoderado, afirma al punto c):

"Yo apenas ví que bajaban los tipos de para abajo callados y ligero, pero yo no oí nada, es decir ninguna vociferación. Yo creo que a Olimpo Benítez lo mataron fue por robarle, porque ese hombre era sordo, callado y cargaba su plata y hacía poco le había vendido dos mulas que tenía mi hermano Benjamín Cubides y seguro tenía la plata; Olimpo Benítez en política era callado y a nadie ofendía y de buena conducta y así lo reconocía todo el mundo; era enemigo de peleas".

c) Y como presupuesto final, se tiene:

Valero, Castillo y Ortiz presentan distintos antecedentes sobre hechos delictuosos de que se les sindica con anterioridad al suceso que determina este proveído, antecedentes que comprueban una peligrosidad social indudable y que constituyen fundamento más para no dar a este hecho delictuoso que también se les incrimina, el carácter de que en su consumación hubiera habido móvil político. Otros motivos, como el robo, ilícito porque también están sindicados en asociaciones para delinquir, aparecen mejor destacados en la conducta de aquellos sujetos; en efecto, a fs. 86 vto. procedente del Juzgado Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá, se encuentran las siguientes referencias:

"Sumario Nº 3.316 contra Alonso Valero, por el delito de violencia carnal en Concepción Ramos Monguí. Hecho ocurrido en jurisdicción de Pauna en el año de 1951. Iniciado en el Juzgado Municipal de Pauna el 28 de marzo de 1952. Repartido al Juzgado el día 15 de septiembre de 1955. Denunciante Gregorio Ramos.

"Sumario Nº 1.458 contra Fermín Castillo. Por lesiones personales en Eliseo Medina. Hechos que tuvieron lugar el día 1º de noviembre de 1944, en jurisdicción de Briceño. Iniciado en este Juzgado el día 10 de noviembre de 1944. Repartido y radicado en la misma fecha.

"Sumario Nº 940: Fermín Castillo, por violencia carnal en María Isabel Cuéllar, cometido mayo 2 de 1944 en vecindario del municipio de Chiquinquirá. Iniciado en el Juzgado Segundo del Circuito de Chiquinquirá en mayo 8 de 1944. Repartido en mayo 5 de 1944.

"Sumario Nº 1.641: Fermín Castillo, por lesiones personales en Pasión Cortés, cometido marzo 30 de 1940 en la vereda de Varela jurisdicción de esta ciudad. Iniciado en el Juzgado 2º del Circuito en lo Penal en abril 5 de 1940. Repartido abril 6 de 1940.

"Sumario 1.657. Fermín Castillo, por lesiones personales en Heliodoro Cuéllar. Cometido junio 23 de 1944, en la vereda de Varela de la jurisdicción de Chiquinquirá. Iniciado junio 16 de 1944. Repartido al Juzgado junio 30 de 1944.

"Sumario Nº 1.772. Fermín Castillo, robo en bienes de José Villamil. Cometido enero 5 de 1944, en vecindario de Briceño. Iniciado en la alcaldía de Briceño noviembre 3 de 1944. Repartido abril 27 de 1945. (Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, fs. 87).

"Sumario Nº 283. Contra Fermín Castillo y Bernardo Castillo por el delito de tentativa de homi-

cidio, cometido en Chiquinquirá, vereda de Varela el 6 de enero de 1958. Iniciado en Alcaldía del Circuito el 9 de enero de 1958. Denunciante Leonidas Caro Sánchez". (Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chiquinquirá, fs. 88).

"Sumario Nº 897. Delitos: Asociación para delinquir. Robo. Azonada, violación de domicilio y otros, y Asalto en cuadrilla. Sindicados: Roberto Ortiz..., Fermín Castillo..., Alonso Valero y... Denunciante Ramón Barrera P. Cometido en: Vereda Varela - Chiquinquirá, abril 16 de 1948 y "Carrasposal", vereda Cucaita, Briceño, mayo 22 de 1948. Iniciado: Alcaldía, abril 22 de 1948". (Alcaldía del Circuito de Chiquinquirá, fs. 88 vto.).

"Sumario Nº 3.493. Contra... **Fermín Castillo** y Alonso Valero. Delito: Tentativa de Homicidio, asalto y lesiones. Cometido en este municipio (Tenería) el 27 de junio de 1955. Iniciado en esta Alcaldía el 27 de junio de 1955. Denunciante Arturo Castellanos". (Alcaldía del Circuito de Chiquinquirá, fs. 89).

Todo lo anterior no conduce a otra conclusión que la que determinó el Tribunal Superior Militar a declarar que los procesados Alonso Valero, Fermín Castillo Valero, y Roberto Ortiz Alfonso, sindicados por el delito de homicidio en la persona de Olimpo Benítez Peña, no son acreedores al beneficio de AMNISTIA de que trata el Decreto extraordinario 1823 de 1954, y por lo tanto ordena que sea devuelto al Juzgado Tercero Superior de Tunja para lo de su competencia.

No hace referencia la Sala, de manera pormenorizada a cada uno de los alegatos presentados por el recurrente con el fin de demostrar sus puntos de vista. En un caso como este, por la objetividad de la prueba, sobran razones o argumentos de índole sociológica y consideraciones de carácter histórico para desentrañar los motivos que desencadenaron la violencia, cuáles fueron sus causas y todo lo que arrasaron y destruyeron los elementos violentos y los hechos políticos que la determinaron. No se trata precisamente de esto en el proceso. Lo importante es indicar dentro de sus elementos probatorios, si el beneficio de amnistía condicionada que autoriza el decreto invocado por los interesados puede concederse en el actual estado de la investigación. Lo que es menester contestar negativamente, como ya queda establecido por el examen que se ha hecho de lo que en lo pertinente presenta el proceso.

En materia de amnistía para delitos políticos o de procedencia política, es menester ceñirse estrictamente a los decretos que definen cuáles son esos delitos y autorizan el beneficio, cuyos límites están determinados y circunscritos por sus mismos términos, mucho más amplios que los que pudieran contener definiciones puramente doctrinarias, indudablemente más restrictivas en cuanto al significado y alcance de los ilícitos políticos que beneficia la amnistía, tal como están contemplados en la doctrina tradicional.

Con el propósito de extender aquel beneficio a muchos hechos que no podrían acogerse a él si se aplicara un criterio restrictivo, el Decreto 1823 de 1954 lo extendió en su contenido y aplicación, pero condicionándolo a determinados requisitos, que cuando no se cumplen, el beneficio debe denegarse necesariamente.

Ello implica que esas condiciones deben ser valoradas con un criterio que permita discriminar si en un caso dado aquellos requisitos se han cumplido, pues de lo contrario la amnistía no puede otorgarse. Esto es lo que ha acontecido en el proceso, como quedó demostrado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia emanada del Tribunal Superior Militar, que negó a los presuntos autores de la muerte de Olimpo Benítez Peña, el beneficio de amnistía solicitado por ellos por medio de apoderado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

ALEGACION DE NULIDADES EN UN PROCESO POR HOMICIDIO

1— Cuando se le notifica al sindicado el auto de proceder cumpliendo con lo esencial de tal notificación, es decir, dándole lectura íntegra al pliego de cargos y haciéndole conocer al enjuiciado el derecho que tiene de nombrar defensor, pero incurriendo luégo en alguna omisión de detalle en la diligencia respectiva, como sería el no dejar constancia de que la firma del testigo que aparece suscribiendo la notificación fue puesta allí a ruego del procesado, es preciso que éste formule su reclamo dentro de los treinta días a partir del momento en que reciba la primera notificación personal siguiente, pues de lo contrario, como lo dispone el artículo 198, ordinal 3º del C. P. P., la causal de nulidad desaparece, y ello aun en el supuesto de que tal hecho constituya una irregularidad capaz de desvirtuar la prueba de haberse cumplido la notificación.

2— Del hecho de que el respectivo Tribunal no remita oportunamente las listas de jurados, según lo dispuesto en los artículos 482 y siguientes del C. P. P., no se desprende demostración alguna de que los juicios deban paralizarse, ya que se puede hacer el sorteo de jurados con las listas de jueces de conciencia que, precisamente por no haber sido renovados, siguen vigentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veintidos de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

V I S T O S :

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante providencia de 26 de marzo del corriente año, confirma el fallo proferido por el Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, por el cual le fue impuesta a LEOVIGILDO CARO RUIZ la pena de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de Homicidio consumado en la persona de Rubén Perilla Alfonso.

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación el señor defensor del procesado, recurso sobre el cual procede la Sala a resolver lo conducente.

— I — HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

La síntesis de lo ocurrido la presenta el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal en los términos siguientes:

"Estos..." hechos... "sucedieron el día ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete, en la vereda de Hormigas, jurisdicción del municipio de Zetaquirá. En esta región tenía establecida su casa Leovigildo Caro. Este campesino tuvo alguna diferencia con su vecino Emiliano Manrique por unas matas de café. Para zanjar la dificultad nombraron como perito a Rubén Perilla Alfonso. Los contendientes se sometieron a lo resuelto por Perilla, el cual exigió honorarios por su trabajo. Como no le cubrieran estos honorarios, llegó en la tarde de la fecha indicada a la casa de Leovigildo Caro, con el objeto de cobrarlos. Al entrar, los perros le ladraron, pero Mercedes Barahona tuvo el cuidado de impedir que estos animales le hicieran algún daño al visitante. Se cruzaron los saludos de costumbre entre Perilla y Leovigildo Caro, pero éste no dejó su tarea, pues estaba ocupado en transportar guaduas. Perilla le llamó la atención... y después de imponerse sobre el objeto de la presencia de Perilla, Caro le manifestó que a él no le correspondía pagar esos cinco pesos, sino a Manrique. Esto dió lugar a discusión entre los dos. Perilla amenazó que mataría los

perros y al efecto empezó a agitar en las manos un bordón o varilla. Caro entonces tomó la escopeta; Mercedes Barahona se interpuso y se la agarró, no obstante Perilla recibió un tiro que descargó por sobre el hombro de Mercedes. Este disparo fue mortal".

Adelantada la investigación penal, el Juzgado 3º Superior de Tunja, con fecha 8 de marzo de 1958, llamó a juicio al procesado Leovigildo Caro Ruiz, por el delito de Homicidio consumado en la persona de Rubén Perilla Alfonso.

Esta providencia fue notificada al Fiscal del Juzgado 3º Superior de Tunja y al procesado, mediante la siguiente constancia que dejó el Secretario de ese Despacho:

"Notificación del auto de proceder. Hoy, catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho. Notifico por medio del empleado de este Juzgado el auto de proceder anterior, al Sr. Fiscal y a las partes, manifestando el sindicado que nombra como defensor en la causa al Dr. Daniel Páez Pérez. El Fiscal, (firmado), Gustavo Granados Moreno. (firmado), José H. Casas...", firma puesta sobre el nombre de Leovigildo Caro Ruiz, puesta a máquina...; "(firmado), Julia Inés Casas (empleado autorizado); (firmado), José E. Alba, Secretario".

El doctor Daniel Páez Pérez tomó posesión del cargo de defensor de Caro Ruiz el día 24 de marzo siguiente y en esta misma fecha le fue notificado el auto de proceder proferido contra su mandante.

Aparece, asimismo, que el auto de 21 de marzo de 1958, mediante el cual se reconoce al doctor Páez Pérez como defensor de Leovigildo Caro Ruiz, fue notificado a éste y a su mandatario, en la forma siguiente:

"Notificación. Hoy, veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, notifico por medio del empleado de este Juzgado el auto anterior, al Sr. Fiscal y a las partes: (firmado), Gustavo Granados Moreno; (firmado), Daniel Páez Pérez. Por Leovigildo Caro Ruiz, (firmado), Arturo Rivero; (firmado), Julio Inés Casas, empleado autorizado; (firmado), José E. Alba, Secretario".

Ejecutoriado el auto de proceder, se le dio al juicio el siguiente trámite:

a). El 21 de mayo de 1958, (fl. 83 del primer cuaderno), se llevó a cabo el sorteo de jurados, correspondiéndoles desempeñar el cargo a los señores José Rincón, Alirio Galindo y Edmundo Quevedo. Mas como el señor Galindo no fue hallado, debió ser reemplazado, mediante sorteo parcial llevado a efecto el 14 de julio de 1958, (fl. 89 del mismo cuaderno), por el señor Luis A. Rivera.

b) Cumplida la audiencia pública, los jueces de conciencia, en atención al cuestionario que les fue propuesto, respondieron que Leovigildo Caro Ruiz "sí es responsable", de "haber herido con arma de fuego de dispersión (escopeta), con la intención y el propósito de matar, a Rubén Perilla, heridas que le causaron la muerte, según diligencia necropsial (sic), hechos que tuvieron lugar entre las tres y las cuatro de la tarde del día ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en la propia casa de habitación del procesado, situada en la vereda de Hormigas, de la jurisdicción de Zetaquirá".

c). Posteriormente y antes del fallo de primera instancia, el doctor Páez Pérez solicitó del Juzgado 3º Superior de Tunja declarar "nulo todo lo actuado, desde la diligencia primera de sorteo de Jurados", con apoyo en las siguientes consideraciones:

"Los jurados que fueron sorteados para el juzgamiento público de mi defendido, el señor Leovigildo Caro, no corresponden a la lista legal.

"Puesto que esa lista, dentro de la cual se sortearon los mencionados jurados, regía legalmente para el año anterior al sorteo de la causa mencionada y no para el año en que precisamente se hizo el sorteo de jurados que juzgaron en conciencia, se dice a mi defendido, el señor Caro.

"Esto indica a las claras que se ha violado notoriamente el mandato legal del artículo 483 del C. de P. P. y siguientes pertinentes de la misma obra".

d). En atención a lo ordenado por el Juzgado 3º Superior de Tunja, (auto de 5 de agosto de 1959), el Secretario de ese Despacho rinde el siguiente informe:

"...que en la causa que en este Juzgado se le adelanta a Leovigildo Caro, por Homicidio, se llevó a cabo el 21 de mayo de 1958 el sorteo de jurados, siendo favorecidos los señores Rincón José, Galindo Alirio y Quevedo Edmundo, quienes figuran en las listas de jurados enviadas por el H. Tribunal Superior y bajo los números 178, 91 y 163, respectivamente. Estas listas fueron remitidas el 13 de junio de 1957.

"Por haber cambiado de sede el jurado Galindo Alirio, el 14 de julio de 1958 se llevó a cabo un sorteo parcial para reemplazarlo, utilizando para ello las mismas listas mencionadas anteriormente, siendo favorecido en este sorteo parcial el señor Rivera Luis A., cuyo número corresponde al 168 de dichas listas.

"Con el jurado así compuesto se realizó la audiencia pública en la causa de la referencia, el 4 de septiembre de 1958, sin que oportunamente se hubiera reclamado contra los sorteos.

"Las nuevas listas de jurados sólo fueron enviadas por el H. Tribunal el 18 de junio de 1959. Por tanto las listas que sirvieron para los sorteos, remitidas el 13 de junio de 1957, no habían sido reemplazadas. Tunja, agosto 10 de 1959. (firmado), José E. Alba, Secretario".

e). El Jugzado profirió la sentencia de 13 de agosto de 1959, en la cual, respecto de la nulidad alegada por el defensor, se anota que ella no existe, por cuanto "hay disposición expresa de que nadie puede retirarse de un cargo o empleo, mientras no sea reemplazado"; y que, "aunque la voluntad del Tribunal no se manifieste cada año no quiere decir que revoque o deje sin valor las listas..." de jurados... "ya existentes, porque lo mismo da dejar la lista que reelegir a los mismos ciudadanos, para incluírlos en las nuevas listas".

f). Apelada por el señor defensor de Caro Ruiz la sentencia del Juzgado 3º Superior de Tunja, a que se ha hecho mención, insistió el recurrente, ante el Tribunal Superior de la misma ciudad, que se declarara la nulidad por él alegada, anotando lo que pasa a transcribirse:

1º "Que el funcionario de primera instancia, al llevar a efecto la diligencia de sorteo de jurados o de jueces de conciencia, hizo esa escogencia del personal que había dejado de serlo, porque su período había expirado, como que se refería la lista a un año diferente.

2º "...Que los jurados jueces de hecho... tienen limitado el período dentro del cual pueden ser escogidos, pues si son elegidos dentro de un período diferente, su designación... está viciada de ilegalidad, de nulidad, para mejor decirlo, porque se presenta el fenómeno jurídico de la incertidumbre, de la duda, en relación con el personal de jueces de conciencia que debía juzgar al acusado.

3º "... Que el señor juez ha sufrido una equivocación palmaria, al sostener que como se trata de funcionarios asimilables a empleados públicos (interpretación por analogía), que, por lo tanto, no podían abandonar el cargo hasta tanto no llegase el respectivo reemplazo. Tremenda equivocación del señor Juez, porque, de un lado, en materia penal no se puede echar mano de las analogías, menos cuando se trata de vulnerar, con tal procedimiento, los intereses de la sociedad y, en particular, los de los procesados".

f). Igualmente el Tribunal Superior de Tunja, en la sentencia recurrida, niega la existencia de la nulidad alegada por el doctor Páez Pérez, "por cuanto...", se dice en ella... "en el caso de autos no se operó este fenómeno, por la sencilla razón de que el sorteo general de jurados en esta causa se verificó... teniendo en cuenta la lista que reposaba en el juzgado, enviada por el Tribunal y correspondiente al año anterior... la cual conserva su vigencia".

LA DEMANDA DE CASACION.

También como apoderado de Leovigildo Caro Ruiz dentro del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de marzo de 1960, proferida por el Tribunal Superior de Tunja, el doctor Daniel Páez Pérez dice en la demanda que dicho fallo es violatorio de la ley procedimental, por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad.

Alega, en consecuencia, la causal cuarta de casación, que apoya en los siguientes cargos:

1º "No haberse notificado en debida forma el auto de proceder...", (ordinal 3º del artículo 198 del C. de P. P.).

Dice el demandante que la constancia que aparece al folio 79 vto. del primer cuaderno es "un remedo de notificación del auto de enjuiciamiento...", la cual "no tiene existencia jurídica...", presentándose, "por consiguiente, la causal de nulidad consagrada por la ley... en el ordinal 3º del artículo 198 del C de P. P., por cuanto no se ha notificado en debida forma el auto de proceder".

Anota que "en tal constancia se dice que se notifica a mi defendido, pero él no suscribe tal diligencia, pues no sabe hacerlo, ni rogó a nadie para que firmara en su lugar. Existe, sí, una firma de un tal José H. Casas, en manuscrito, y debajo de tal nombre aparece en tipo de máquina el nombre de Leovigildo Caro Ruiz...".

"Podría argüirse, agrega, que la misma disposición establece que la causal de nulidad allí prevista desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio, no la reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal. A lo anterior, si se llegase a aducir como argumento para negar el postulado propuesto, cabría decirse simplemente que es así, pero siempre y cuando que, como allí se establece, la causal de nulidad surja por no haberse notificado en debida forma el auto de enjui-

ciamiento, lo cual no es lo que aquí ocurre. En efecto, la ley considera subsanable la causal de nulidad por no haberse notificado en debida forma el procesamiento (sic) al acusado. Pero lo que aquí ocurre... es cosa muy diferente: que tal notificación no existe, ni legal, ni jurídicamente, no importa que aparezca materialmente, y, por consiguiente, no cabría, por ilógico, el concepto de notificación indebida, ya que si una cosa no existe jurídicamente, no tiene vida como acto procesal, no cabe respecto de tal ente ningún calificativo para modificar su contenido o esencia.

"Si pues", concluye... "el hecho escueto de haberse verificado en forma indebida la notificación del procesamiento (sic) a un acusado es causal de nulidad del procedimiento, a fortiori hay que concluír que con mayor razón tal nulidad debe considerarse presente cuando tal notificación no existe jurídica ni legalmente".

2º "Figurar en la lista de los sorteados para integrar el Jurado alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo". Y "haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado; o haberse omitido en la misma cualquiera formalidad de las que la ley señala, siempre que en este último caso se haya hecho la reclamación correspondiente por alguno de los interesados al tiempo de verificarse el acto y que sea dicho interesado el que alega la nulidad", (ordinal 4º y 5º del artículo 199 del C. de P. P.).

Dice el demandante, respecto de estas causales de nulidad en los juicios en que interviene el Jurado, lo siguiente:

"En el caso en estudio... los jurados que juzgaron a mi cliente no pertenecían a la lista formada por el H. Tribunal para el período en vigencia, cuando se hizo el sorteo. Esa lista estaba caducada; su personal había dejado de ser apto para su escogencia, como juzgadores de conciencia; hay que distinguir entre formar parte de una lista de jurados, que esté vigente, para tener opción de poder ser escogido y sorteado, y figurar en una lista expirada, caducada por ministerio de la ley. Es como el que compra un billete de la lotería, caducado; aunque saliese sorteado ese número, no recibe premio. Así sucede con los jurados: si están en una lista que no está vigente, que está caducada, que ha perdido toda su virtualidad legal de que su personal pueda ser escogido como jueces de conciencia, legalmente no pueden ser jurados y, por consiguiente, figurar en la lista de los escogidos o sorteados personas que no pertenecen a la lista oficial vigente.

"...a mi cliente se le juzgó con personal inidóneo, contrariando abiertamente la ley y violando flagrantemente la disposición que manda escoger jurados de la lista vigente. Es flaco, de toda flaqueza, el argumento de que porque el H. Tribunal se demoró en enviar la lista que estaba obligado, podía el juez para formar el tribunal popular echar mano de personal inidóneo. Por eso el artículo 482 del C. de P. P. ordena que" "anualmente..." el Tribunal respectivo formará las listas del personal de jurados para la vigencia respectiva, pues el concepto de anualmente está indicando, a las claras, que cada año es necesario renovar ese personal, que deben enviarse listas nuevas, que el bloque de jurados para escoger debe ser cambiado, y cambiado o nó, el juez sólo puede sortear a los de la lista vigente.

"Habiéndose hecho un sorteo de jurados para juzgar a mi cliente con base en una lista caducada, que se refería a otro año...", concluye... "por este mismo hecho se incurrió en la diligencia de sorteo o de escogencia en una equivocación tal que resulta aventurado e imposible saber cuáles hubieran podido ser, legal y realmente, conforme a la lista que debía regir conforme a la ley, jurados que debían juzgar a mi patrocinado, presentándose, en consecuencia, por este nuevo hecho, la causal de nulidad prevista en el ordinal 5º del artículo 199 del C. de P. P.".

Antes, asimismo, había expresado el demandante, que en el juicio se había incurrido en el caso de nulidad señalado en el ordinal 4º del artículo 199 del C. de P. P., que se refiere de manera expresa, al evento "de que figuren en la lista de los sorteados, personas que no pertenezcan a la lista de los designados por el H. Tribunal".

CONCEPTO DEL SR. PROCURADOR 2º DELEGADO EN LO PENAL

Estima el Ministerio Público que no corresponde casar la sentencia que ha sido objeto del recurso, pues "no ofrecen piso firme los argumentos esgrimidos por el memorialista, como idóneos para demostrar la causal de casación que pretende; ni logran desquiciar la sentencia, vanamente atacada".

Respecto del primer cargo, observa el señor Procurador que "aún aceptando, en gracia de discusión, que la referida notificación no se hubiera verificado en debida forma, es un hecho real que

la irregularidad quedó subsanada por el transcurso del tiempo, sin que durante él se hubiera interpuesto el reclamo que la elevara a categoría de nulidad. En efecto, con posterioridad a tal notificación, fechada en marzo 14 de 1958, existe otra, del 24 del mismo mes, enterándolo del reconocimiento de la personería del defensor nombrado por él, en el acto de la notificación del enjuiciamiento, sin que en los 30 días siguientes se hubiera producido reparo alguno sobre la indebida notificación, para que ésta adquiriera entidad de nulidad, conforme a la disposición citada Si la notificación tiende a dar conocimiento de un acto procesal, fue tan evidente el conocimiento que el incriminado Caro tuvo del llamamiento a juicio, que ese mismo acto, el de la notificación, lo aprovechó para el nombramiento de defensor, recaído en el doctor Daniel Páez Pérez, génesis de la personería que viene ejerciendo ininterrumpida y asiduamente a lo largo de la causa y que ahora culmina con su interesante demanda de casación. No hubo, pues, tal vicio de nulidad, por ese aspecto, conforme al numeral 3º del artículo 198 del C. de P. P."

En cuanto al segundo cargo, anota el Ministerio Público que "el vicio encasillado por el libelista en los numerales 4º y 5º del artículo 199 ibidem..." descansa en la "exótica tesis de que tales listas habían sido elaboradas para el año anterior y como tales nombres son elegidos para un período de un año, habían cesado también sus funciones. Empero, tanto el juez del conocimiento, como al ad quem, dejaron perfectamente demostrado que las listas que sirvieron de base para el sorteo tenían plena vigencia, porque si bien habían sido elaboradas para el año anterior, conservaban su fuerza obligatoria, en razón de no haber sido renovada, por el principio general de que nadie puede abandonar un cargo sin haber sido legalmente reemplazado, consagrado en el Código de Régimen Político y Municipal, para todos los empleados y en el Judicial para los de esta rama.

"Por otra parte...", agrega..., "nadie les ha negado a los jurados sorteados las calidades a que se refiere el numeral 4º del citado artículo 198, ni tampoco que se hubieran pretermitido las formalidades de sorteo y posesión requeridas por el otro numeral 5º invocado..."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Dos son, pues, los cargos hechos a la sentencia recurrida, con fundamento en la causal 4ª de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P., que dice:

"Hay lugar a casación... 4º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Y como ninguno de ellos fue demostrado por el demandante, no corresponde casar la sentencia acusada.

En efecto:

Primer cargo.

"No haberse notificado en debida forma el auto de proceder".

Se contrae el fundamento que el demandante presenta para este primer cargo, al hecho de que no aparece en el testimonio dejado por el Secretario del Juzgado 3º Superior de Tunja, respecto de la notificación que le fue hecha al procesado Leovigildo Caro Ruiz del auto de proceder proferido en su contra, dato alguno sobre que el enjuiciado, por no saber firmar, hubiese rogado a José H. Casas para que firmase en su nombre.

De ello no se desprende, como lo asevera el demandante, que Caro Ruiz no hubiese hecho tal ruego; ni mucho menos que se hubiera prescindido de hacerle conocer la providencia por la cual se le enjuició. Antes bien, es lógico que si en esa oportunidad expresó que designaba como su defensor al doctor Páez Pérez y efectivamente este profesional acudió a tomar posesión del cargo y a noticiarse, asimismo, del auto de proceder aludido, ello se debió a que Leovigildo Caro Ruiz fue sabedor de tal providencia, siendo, por tanto, notificado personalmente.

Lo esencial, lo que constituye la forma debida para esa notificación personal del auto de proceder a Caro Ruiz, fue cumplido, como aparece del citado testimonio dejado por el Secretario del Juzgado 3º Superior de Tunja: darle noticia directa del pliego de cargos contenido en ese auto de vocación a juicio y hacerle saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio.

El artículo 167 del C. de P. P. indica que "la notificación personal se practicará leyéndose íntegramente el auto o sentencia a la persona a quien se notifique".

Y de lo anterior aparece, como ya se dijo, prueba en el testimonio dejado por el Secretario del Juzgado 3º Superior de Tunja.

Ahora bien:

Aún en el supuesto de que el hecho de no haberse anotado que Caro Ruiz rogó a un testigo, para que firmase a su nombre la diligencia de notificación del auto de proceder proferido en su contra, constituyese una irregularidad que pudiese desvirtuar la prueba de que esa notificación se cumplió, se tendría que esa supuesta causal de nulidad señalada en el ordinal 3º del artículo 198 del C. de P. P., dejó de ser pertinente, porque "habiendo comparecido el reo en juicio, no la reclamó dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le hizo la primera notificación personal", como ocurrió en este negocio, de conformidad con lo señalado en el citado ordinal.

Y ello es apenas natural, pues si la razón de noticiar personalmente el auto de proceder al enjuiciado es la de que conozca los cargos que en él se deducen y ejercite el derecho de nombrar defensor, si ello es por él conocido posteriormente porque se le ha notificado otra providencia del mismo juicio, es claro que cesa la razón tomada en cuenta por la ley (ordinal 3º del artículo 198 del C. de P. P.) para que exista la nulidad de lo actuado, si además deja transcurrir ese lapso de treinta días sin reclamarla, contados desde la fecha de esa notificación personal.

Anotaba, sobre este particular el doctor Rueda Concha, en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, cuando se discutía el mencionado ordinal 3º del artículo 198 del citado código, lo siguiente:

"El fin de la ley es la razón suprema para buscar su interpretación; si el fin de la notificación personal es el que el procesado conozca los cargos que se le formulan en el auto de proceder, inmediatamente que este procesado los conozca, debe desaparecer la nulidad consignada, para cuando falte ese conocimiento. Ahora bien: es claro que el procesado a quien se notifica personalmente una providencia posterior, necesariamente tiene que conocer los cargos del auto de proceder. Por lo tanto, cuando esta notificación se le ha hecho y ha pasado un término prudencial corto, sin que alegue la nulidad, debe desaparecer la causal".

Y más adelante agrega:

"Pero cuál es el caso concreto que puede presentarse? Tomemos un ejemplo: dice una notificación del auto de proceder: "en tanto de tantos notifico personalmente el auto de proceder al señor fulano de tal, quien impuesto firma"; efectivamente la notificación fue hecha, pero por descuido del Secretario el procesado no firma. Esto queda así, el procesado sabe de antemano que faltando su firma, el proceso puede ser anulado. No dice nada, ni alega nada ,sino que se espera hasta el final. Bien: expedida la sentencia condenatoria, se presenta ese mismo procesado y dice: pido la nulidad de todo el juicio. Es como si dijera: yo sí conocía el auto de proceder, pero eso me lo guardé para la última hora. Pido a Ud. que anule todo. Un fraude a la ley, evidente, que no puede permitirse. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, si le ha faltado a la notificación la firma del Secretario, o si la fecha se ha dejado en blanco".

Y en este proceso el enjuiciado dejó de firmar la diligencia de notificación del auto de proceder sólo porque no sabe hacerlo habiendo firmado un testigo, si bien no se dejó testimonio de que Caro Ruiz lo hubiera solicitado, así. Pero es lo cierto que el enjuiciado, desde ese momento, conoció el auto de proceder, como que en la misma diligencia de notificación designó defensor. Y solamente después del veredicto condenatorio del Jurado es que alega, por primera vez, esa supuesta nulidad, apoyada en lo que indica el ordinal 3º del artículo 198 del C. de P. P., habiendo sido notificado de otras providencias del juicio, mucho antes.

No aparece, pues, demostrado este primer cargo hecho al fallo recurrido.

Segundo cargo.

"Haber figurado en la lista de los sorteados para integrar el Jurado..." personas que no pertenecían a la lista de los designados, (ordinal 4º del artículo 199 del C. de P. P.); y **"haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación..." que no deja saber cuáles fueron los designados que realmente debieron formar el Jurado,** (ordinal 5º del mismo artículo).

Apoya el demandante este segundo cargo en el hecho de que el sorteo de jueces de conciencia para el juzgamiento de Caro Ruiz, se hizo en este proceso tomando en cuenta la lista de jurados correspondientes al año de 1957, que el libelista estima caducada para las fechas en que tal sorteo fue verificado, (21 de mayo de 1958 y 14 de julio del mismo año).

Y de la afirmación que hace de no "estar vigente..." esa lista de jueces de hecho, enviada por el Tribunal Superior de Tunja al Juzgado 3º Superior de la misma ciudad el 13 de junio de 1957, deduce la ocurrencia de las causales de nulidad señaladas en los ordinales 4º y 5º del artículo 199 del C. de P. P., ya citado.

El único argumento del demandante para estimar sin vigencia tal lista de jurados, para la fecha de los sorteos verificados en este proceso, es el de que "el artículo 482 del C. de P. P. ordena que "anualmente, cada uno de los miembros del Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial deberá enviar al Presidente de la Corporación, durante los últimos quince días del mes de noviembre, una lista con no menos de cien nombres de candidatos para jurados..."; y que "anualmente...", dice el demandante... "está indicando, a las claras, que cada año es necesario renovar ese personal que deben enviarse listas nuevas, que el bloque de jurados para escoger debe ser cambiado...".

Pero de lo anterior no se desprende demostración alguna de que —como dice el demandante— por no ser enviadas oportunamente, por un Tribunal Superior de Distrito, esas listas a los respectivos Juzgados Superiores, los juicios deban paralizarse, sin que se pueda hacer el sorteo de jurados con las listas de jueces de conciencia que, precisamente por no haber sido renovadas, siguen vigentes.

"El Juez sólo puede sortear a los de la lista vigente...", dice el doctor Páez Pérez en su demanda. Y precisamente en este negocio fue lo que se hizo: sortear el Tribunal popular de la lista vigente, si bien élla había sido enviada por el Tribunal Superior de Tunja el año inmediatamente anterior a ese sorteo. Vigente, porque no existía otra lista; y sólo en junio de 1959 ese Tribunal renovó la que enviara en el año de 1957.

Ahora bien:

El artículo 32 del C. de P. P. expresa que "en casos especiales..." la administración de justicia... "se ejerce... aún por los particulares, en calidad de Jurados, que participan de las funciones judiciales...".

Y para que esos particulares cumplan con esas funciones judiciales es por lo que los Tribunales Superiores de Distrito deben hacer las listas de ciudadanos que, al ser sorteados en un determinado juicio, componen el tribunal popular que juzga en materia penal.

Les es pertinente, entonces, a las personas que hacen parte de esas listas lo señalado en el artículo 11 del C. J., en donde se preceptúa lo siguiente:

"El funcionario del orden judicial o del Ministerio Público cuyo período haya terminado, o a quien se conceda licencia... **no puede separarse** del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo del destino el individuo que deba reemplazarlo o sucederle".

Sobre este particular anota el profesor Hernando Morales en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil" (cuarta edición, Tomo 1º, pág. 43), que "quien renuncia..." un cargo judicial... "no puede dejar el empleo, so pena de incurrir en el delito de abandono del puesto, hasta cuando se le acepte la renuncia, se nombre a quien ha de reemplazarlo y éste tome posesión del cargo".

Esto tiene su fundamento lógico en la necesidad de que la administración de justicia no se paralice. Y la misma razón aparece respecto de los particulares que, por formar parte de las listas de jurados, transitoriamente pueden ser llamados a cumplir funciones judiciales.

La Corte, en providencia de 3 de diciembre de 1943, (G.J. Tomo LVI, pgs. 472 a 479 del Nº 2001 a 2005), dijo lo que pasa a transcribirse:

"Las listas de ciudadanos que forman los Tribunales, para sortear entre ellas los miembros de los Jurados, sólo rigen durante el período anual para el cual han sido adoptadas, a menos que aquellas corporaciones no las hayan sustituído en la época legal, pero sustituídas, caduca su vigencia y rigen las que las hayan reemplazado".

No resultan, pues, demostrados los eventos de nulidad previstos en los ordinales 4º y 5º del artículo 199 del C. de P. P., y, de consiguiente, es inatendible este segundo cargo hecho a la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de 26 de marzo de 1960, por la cual, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, fechada el 13 de agosto de 1959, impuso al procesado Leovigildo Caro Ruiz la pena de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Rubén Perilla Alfonso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

HOMICIDIO Y OTROS DELITOS. — SOLICITUD DE AMNISTIA

1—Las disposiciones del Decreto 2062 de 1954 crearon una dualidad de competencias que, en situaciones un poco complejas, como cuando se trata de la investigación de varios delitos y hay pluralidad de copartícipes, dificulta y a veces hace prácticamente imposible la aplicación del beneficio de la amnistía, sobre todo cuando la situación jurídica de los varios sindicados no se ha definido aún, ni se ha perfeccionado la investigación.

2—Cuando, en razón de que el estado imperfecto del proceso no suministra suficientes elementos de juicio, es negado el beneficio de la amnistía, los sindicados no quedan inhibidos para insistir en su petición cuando la investigación esté perfeccionada.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veintidos de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

V I S T O S :

El presente sumario adelantado contra ARQUIMEDES BUSTOS, ALFREDO ALVAREZ y otros, para investigar el delito de homicidio consumado en Fidel Martínez, y otros ilícitos, lo ha enviado a la Corte el Tribunal Superior Militar, en virtud de la apelación interpuesta por el apoderado del primero contra el auto de fecha 4 de julio del presente año, por medio del cual dicho Tribunal resolvió: "1º Declarar que no hay lugar al beneficio de amnistía por el delito de homicidio en la persona de Fidel Martínez por el cual están sindicados Arquimedes Bustos G., Manuel Solórzano, Teniente Acosta, Cabo Granados y otros, hechos que tuvieron ocurrencia entre el 3 y el 4 de abril de 1953, en Topaipí; 2º Declarar que no hay lugar al beneficio de amnistía por el delito de lesiones personales en Fidel Martínez, imputado al sindicado Alfredo Alvarez, hecho que tuvo ocurrencia el 3 de abril de 1953; 3º Se abstiene el Tribunal de resolver sobre el beneficio de amnistía por el delito contra la libertad individual imputado a Juan de Dios Pineda o Mahecha y Avelino Pineda o Mahecha, consumado el 3 de abril en Topaipí, por estar prescrita la acción penal".

Se inició este proceso en virtud de la denuncia formulada por la señora Waldina Martínez v. de Reyes ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Topaipí, el 15 de diciembre de 1953, con el fin de establecer la responsabilidad de Arquimedes Bustos y otros sujetos, quienes el cuatro de abril del mismo año detuvieron y condujeron a la población de Topaipí, en donde lo entregaron a la policía, asegurando que era un "chusmero" a Fidel Martínez, hijo de la denunciante.

De las pruebas que hasta ahora se han practicado en esta deficientísima investigación, se saca en conclusión que Fidel Martínez, después de haber sido detenido en la cárcel de Topaipí, a donde llegó sangrante, luégo de haber sido cobardemente golpeado en la cara por Alfredo Alvarez, fue atrozmente asesinado, al día siguiente, por la policía que se encontraba acantonada en dicha población y su cuerpo fue lanzado a un precipicio, junto con otro cadáver de un desconocido, según reconocimiento que del cadáver de Martínez hicieron José María Cuéllar y Marco Tulio Beltrán. Parece que el cadáver de Fidel Martínez ni siquiera recibió sepultura.

A pesar de que la madre de Martínez formuló denuncia el 15 de diciembre, no hubo la menor actuación judicial en este proceso que fue enviado al Juez Superior de Bogotá, reparto, únicamente el 9 de agosto de 1955. El negocio fue repartido al Juez 6º Superior y este funcionario, a petición

del Fiscal, solicitó inútilmente al Ministerio de Justicia la designación de un Juez de Instrucción especial, en atención a que las autoridades del municipio de Topaipí no ofrecían las garantías necesarias para el éxito de la investigación.

No habiendo podido lograr el Juez del conocimiento el nombramiento de un investigador especial para el perfeccionamiento de la investigación, por auto del 2 de octubre de 1959 ordenó la práctica de algunas diligencias primordiales comisionando, con amplias facultades, al Juez Municipal de Topaipí, funcionario éste que, en forma imperfectísima, practicó algunas pruebas decretadas.

Dispone el artículo 1º del Decreto 2062 de 1954 que: "corresponde privativamente al Tribunal Superior Militar resolver las solicitudes de amnistía que se formulen con base en el Decreto 1823 del año en curso" y el artículo sexto expresa que "las autoridades civiles o militares que conozcan de los procesos a que se refiere el Decreto 1823 de 1954... los remitirán... al Tribunal Superior Militar..., tan pronto como se les haga por parte interesada la respectiva solicitud", y que "cuando se presente una solicitud dentro de un proceso... el Tribunal entrará a decidir la situación en que con respecto a la amnistía..., se encuentren la totalidad de los procesados"

Así el Decreto 2062 de 1954, vino a modificar el 1823 del mismo año, que concedió amnistía por delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero de 1954, en cuanto le quitó a la autoridad judicial competente la facultad de otorgar el beneficio de amnistía que el artículo 1º del Decreto 1823 le había conservado a dicha autoridad.

Como lo expresó esta Corporación: "Las mencionadas disposiciones del Decreto 2062, que parecen inspiradas en una desconfianza, sin justificación aparente, de las autoridades militares en la rectitud o eficacia de los jueces ordinarios" crearon una dualidad de competencias, que en situaciones un poco complejas, en la que se trata de investigación de varios delitos y en la que hay varios copartícipes, como ocurre en el caso en estudio, dificulta y a veces hace prácticamente imposible la aplicación del beneficio de amnistía; sobre todo cuando la situación jurídica de los varios sindicados no se ha definido aun, ni se ha perfeccionado la investigación, pues debiéndose decidir, en cuanto a la aplicación de la amnistía, en relación con la totalidad de los procesados y debiéndose además, tener en cuenta, para saber si el delito imputado merece o no el calificativo de "político", de preferencia los aspectos subjetivos de cada caso, de acuerdo con la indoctrinaria definición que de delito político da el decreto 1823, es forzoso previamente esclarecer, no sólo los móviles de cada uno de los sindicados, sino el grado de responsabilidad y coparticipación de éstos, cuestiones éstas que son de la exclusiva competencia de los jueces ordinarios, y sobre las cuales no podría anticiparse a decidir el Tribunal Superior y la Corte, a quienes compete únicamente resolver sobre la aplicación de la amnistía, como atinadamente lo sostiene el señor Fiscal del Tribunal, cuando expresa lo siguiente:

"Se ha visto que para el conocimiento incidental del proceso en el Tribunal, el estudio debe concretarse al delito considerado en las generalidades que se han indicado, pues la precisión de la responsabilidad de cada sindicado corresponde al juez de instancia, de suerte que si lo acometiera el Tribunal usurparía esa función. Resultaría no examinando la naturaleza del delito imputado, sino decidiendo, en el fondo, quién era responsable y en qué grado y quién no".

Así por ejemplo, el Tribunal Militar se abstuvo de resolver sobre el beneficio de amnistía en relación con los sindicados Juan de Dios Pineda o Mahecha y Avelino Pineda o Mahecha, por estimar que está prescrita la acción penal por el delito contra la libertad individual que en su concepto se les puede imputar a éstos, cuestiones que le corresponde decidir es al Juez competente, pero que éste todavía no ha resuelto.

El sumario en el estado en que actualmente se encuentra es tan deficiente, que como lo expresa el mismo Tribunal Superior Militar: "En cuanto a los autores materiales, es poco o nada lo que se ha hecho en la investigación, para indagarlos, no obstante que el informativo arroja bases más que suficientes para identificarlos, localizarlos y responsabilizarlos".

Con respecto a estos autores materiales únicamente se ha emplazado a Manuel Solórzano (teniente) al "Teniente Acosta" y al cabo "Granados", es decir, que a estos dos últimos ni siquiera se los ha identificado por sus nombres, siendo por lo tanto, improcedente e inocuo declarar por ahora que tienen o no derecho a disfrutar del beneficio de amnistía, pues es muy posible que entre los individuos que forman o formaron parte de la policía haya más de un teniente de apellido Acosta y más de un cabo de apellido Granados.

De lo dicho se sigue, que por ahora, dado el estado deficiente del presente sumario, no es posible dar acertada aplicación a lo dispuesto en el

artículo 6º del Decreto 2062 de 1954, para poder entrar a decidir la situación de todos los que figuran como sindicados en este proceso, con respecto a la amnistía ya que ni siquiera se ha identificado, localizado ni responsabilizado a los autores materiales del asesinato consumado en la persona de Fidel Martínez.

Por lo tanto, y por las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte habrá de confirmar la providencia recurrida, con la aclaración de que esta decisión de ninguna manera inhibe a los sindicados, para que una vez perfeccionada la investigación, puedan solicitar el beneficio de amnistía, en el caso de que se consideren amparados por este beneficio de acuerdo con los términos de los decretos que lo reconocen y reglamentan.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de fecha cuatro de julio del presente año dictado por el Tribunal Superior Militar, con el efecto que se deja explicado en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

RECUSACION E IMPEDIMENTO DE UN MAGISTRADO EN UN PROCESO POR DELITO DE FALSEDAD

1—Cuando la recusación se basa en la amistad íntima debe darse un valor especial, a falta de prueba suficiente, a la apreciación subjetiva del propio juez o magistrado.

2—La ley no autoriza impedimentos de carácter simplemente moral, distintos de los taxativamente señalados en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veintidos de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

V I S T O S :

Corresponde a la Sala Penal de la Corte decidir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 74 del C. de P. P., sobre la recusación propuesta por el doctor Jaime Dangond, apoderado de Pedro Agustín Calderón —de la parte Civil—, contra el magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta doctor Arnoldo Smith López, en el proceso que por falsedad documentaria se adelanta contra Tomás Fernández Posada, Tony Fernández Madrid y otros, así como acerca del impedimento manifestado por dicho magistrado, toda vez que la Sala Dual del Tribunal no aceptó este impedimento.

RECUSACION.

La funda el recusante doctor Dangond en el hecho de que entre el magistrado doctor Smith López y el doctor Rafael Gómez Bernier, apoderado del sindicado Juan T. Vence, existe amistad íntima y el vínculo espiritual de compadres.

Para probar los hechos en que funda su recusación acompañó el doctor Dangond dos declaraciones extrajuicio, rendidas ante el Alcalde Municipal de Valledupar, por el señor José Barros y por el doctor Gabriel Pinedo Barrios.

En relación con estos testimonios el magistrado recusado manifiesta: "bajo la gravedad del juramento, expongo que los declarantes Gabriel Pinedo Barros y José Barros son perjuros y su proceder debe ser investigado".

Aunque a la Sala Dual no le correspondía decidir acerca de la recusación propuesta, pues de conformidad con el artículo 77 del C. de P. P., si el juez o magistrado recusado no aceptare los hechos se debe enviar el proceso al superior, quien resolverá de plano, dicha Sala, no obstante, estimó que las pruebas acompañadas por el recusante no establecen la causal alegada, pues los declarantes Barros y Pinedo, al afirmar que entre el magistrado recusado y el doctor Gómez Bernier existe amistad y vínculo de parentesco espiritual de compadres no dan la razón de su dicho. Además, agrega la Sala Dual del Tribunal, "está suficientemente aclarado con los testimonios que el doctor Gómez Bernier acompañó a esta Sala, recibidos de Valledupar los días 11 de agosto y 5 de septiembre del año en curso, que los deponentes incurrieron en un error de apreciación, ya que ninguno de ellos está en capacidad de afirmar con certeza la amistad íntima y el vínculo de compadres, que dice el recusante existe entre los doctores Smith López y Gómez Bernier".

Considera la Sala, que además de las razones expuestas por el Tribunal para rechazar la prueba testimonial en que se pretendió apoyar la recusación, debe tenerse en cuenta, según lo ha exprepsado esta Corporación, en relación con la causal

de la amistad íntima, que por el hecho de entrañar un sentimiento predominante subjetivo, a falta de prueba suficiente "suministrada por el interesado en la recusación, debe darse un valor especial a la apreciación que el magistrado tenga sobre la clase de amistad que lo liga con alguna de las partes o su representante".

El magistrado recusado, en escrito de 14 de septiembre del presente año, al rechazar y negar los hechos alegados por el recusante dice lo siguiente: "Tengo amistad con el paisano doctor Gómez Bernier, pero no somos amigos de intimidad, como no lo soy de todos mis paisanos".

Por lo tanto, no habiendo aceptado el magistrado recusado los hechos en que se pretendió fundar la recusación, ni habiéndose probado debidamente estos hechos, por el recusante, se concluye que debe desecharse, por infundada, la recusación propuesta.

IMPEDIMENTO.

Como el magistrado recusado, en el mismo memorial en que negó los hechos en que se fundó la recusación, se declara impedido con relación a su recusante, y el Tribunal rechazó dicho impedimento, la Corte debe decidir en definitiva y de plano sobre él, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del C. de P. P.

Al respecto expresó el magistrado impedido lo siguiente:

"No ha estado en mi ánimo, señalarme enemigo del doctor Dangond, pero el día de la presentación de su escrito de 12 de julio, me sentí obligado a decirle personalmente al nombrado doctor que lo indicado para lograr impedimento no era producir 'altercado de palabras' en Valledupar con el doctor Gómez Bernier, así se hiciera alusión a un fallo o providencia que lleva mi firma, pero que es de la Sala aun cuando yo haya sido el ponente, con alusiones hacia mí, sino atacarme directa y personalmente, que con mucho gusto me declararía impedido, pero después de contestar el ataque o la ofensa, porque antes no veía operada la causal... No sé hasta dónde puede lo anteriormente expuesto ser considerado por los demás Magistrados como suficiente para que el suscrito deba separarse del negocio en referencia, porque no debo hacer manifestación expresa de mi enemistad con el doctor Dangond, por expresiones que éste diga a larga distancia, o sin afirmaciones concretas cuando lo hace en el escrito dirigido a mí. Sin embargo, preferiría que se considerara suficiente lo anterior, para creérseme impedido, porque así como me siento con entereza para cumplir con mi deber, así también tengo que sentir perturbado mi ánimo por la mínima sombra con que se pretende deslucir mi trayectoria por la vida, que considero limpia en lo público y en lo privado..."

El Tribunal, al calificar el impedimento manifestado por el doctor Smith López, acertadamente considera lo siguiente:

"Muy respetables para esta Sala Dual son los conceptos esgrimidos por el H. Magistrado doctor Smith López en el anterior escrito que se acaba de transcribir. Son ellos la exteriorización de la protesta íntima de un Magistrado probo, cumplidor de su deber. Son ellos la protesta moral de quien, sin fundamento, ve atacada su honorabilidad. Pero a pesar de tan notorias cualidades se ve la Sala obligada a no considerarlas como causal de impedimento, por cuanto ello acarrearía a la larga una oportunidad para algunos litigantes y partes interesadas, quienes no vacilarían en ocasionar estos incidentes morales en prosecución del alejamiento de un Magistrado probo y capaz, por el sólo hecho de oponerse su criterio jurídico a la finalidad perseguida por ellos.

"Como bien lo dice el H. Magistrado doctor Smith López, él no siente en su ánimo señalarse enemigo del doctor Dangond. Por consiguiente la protesta moral del mencionado Magistrado es un exceso de celo de su parte, muy laudable, pero que jamás podría llegar a constituírse en causal de impedimento".

No puede aceptarse el impedimento manifestado por el doctor Smith López, pues el motivo por él invocado no encaja dentro de las causales previstas por la ley, la que no autoriza impedimentos de carácter simplemente moral, distintos de los taxativamente señalados en el artículo 73 del C. de P. P., entre los cuales no se cuenta el manifestado por dicho magistrado.

En consecuencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta doctor Arnoldo Smith López y la recusación contra este magistrado propuesta por el doctor Jaime Dangond.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

COLISION NEGATIVA DE COMPETENCIAS EN UN PROCESO POR ESTAFA

1—El acto de la entrega del cheque no es el que determina cuál es el juez competente para conocer del delito de estafa cometido por medio de un tal instrumento; la competencia la viene a fijar la circunstancia en que, presentado para el pago, el banco se niega a hacerlo efectivo por falta de fondos del girador. En ese momento y lugar se configura jurídicamente el aspecto engañoso o artificio que significa la estafa, porque es entonces cuando la intención del agente logra su realización objetiva y cuando el sujeto pasivo tiene conocimiento del engaño.

2—A la Corte no le es dable, al dirimir un incidente de colisión, entrar a discriminar unas u otras modalidades de la infracción, ni pronunciarse porque exista una en vez de otra, o avanzar conceptos sobre su existencia y demás particularidades, que son de exclusiva competencia de los jueces de instancia y sólo a ellos corresponde absolverlas.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

V I S T O S :

Entre el Juzgado Tercero Superior de Cali y el Juzgado Segundo Superior de Buga, se ha suscitado colisión de competencia negativa sobre cuál de los dos tiene jurisdicción para conocer del proceso iniciado para establecer la responsabilidad que pueda corresponder a José Vicente Orozco Zuluaga, como acusado del delito de estafa.

Como no es el caso, para resolver de plano la colisión presentada, según mandato legal, entrar a discriminar las distintas fases del proceso, esta Sala de la Corte, procede a exponer las razones alegadas en su favor por los dos Juzgados entre quienes se ha presentado la mencionada colisión.

El señor Juez Segundo Superior de Buga, dispuso enviar al reparto de los Jueces Superiores de Cali, el presente negocio, a fin de que ellos conocieran de él, por cuanto considera que el lugar de la comisión del presunto delito fue la ciudad de Cali. Argumenta de esta manera:

"En efecto, el incriminado JOSE VICENTE OROZCO ZULUAGA, giró un cheque por quince mil pesos ($ 15.000.00) contra el Banco Popular de Cali, lugar donde debía hacerse efectivo, siendo protestado por esta entidad por carencia de fondos en la cuenta del girador.

"El cheque en mención es producto de una negociación existente entre el señor RAUL HOYOS GOMEZ y el sindicado y que concretamente se refiere a la venta de un maíz por valor de la suma girada, el que fue entregado en la región de Holguín, Municipio de la Victoria, comprensión de este Distrito Judicial.

"Quiere decir lo anterior, que en territorio de éste Distrito se hizo la negociación y hasta la entrega del producto, pero en Cali debía cumplirse la obligación de entregar el valor de la cosa vendida".

Cita enseguida el señor Juez de Buga, la repetida jurisprudencia de la H. Corte Suprema, en el sentido de que al Juez que le corresponde decidir sobre el delito de estafa es el del lugar en donde debía cumplirse la obligación, el pago o la devolución de las cosas vendidas y no donde se hayan efectuado los actos configurativos del negocio, que en este caso sí fueron en su jurisdicción.

Continúa diciendo el señor Juez de Buga, que "los actos realizados en territorio de este Distrito fueron lícitos, pues se trataba de una operación comercial común entre las gentes de negocios...,

No había hasta ese momento propósito criminal alguno y si surgió su configuración tuvo lugar en Cali, pues en esa ciudad era donde debía hacerse efectivo el cheque. puesto que la cuenta corriente del sindicado tenía su asiento en el Banco Popular de la citada capital... Y porque sólo en ese instante y en ese lugar el proceso volitivo queda consumado por el acto externo y material, provecho ilícito y perjuicio material, que unidos a la intención criminal, estructuran el delito y determinan la competencia para conocer del proceso. (Auto de la H. Corte Suprema de Justicia, junio 16 de 1950, LXVII, 515).

Por su parte, el señor Juez Tercero Superior de Cali, para no aceptar la competencia negativa que se le provoca, aduce como razones principales, las de que la jurisprudencia citada por el señor Juez de Buga, no es aplicable por "referirse a una legislación que no está vigente, toda vez que data de 1923" y que en este caso se configura más bien es un delito de abuso de confianza, por cuanto "el vendedor para otro sitio sí recibió las mercancías a título no traslaticio de dominio y podía venderlas a mayor precio y guardar ese mayor precio para sí".

Agrega que "lo que obtiene Orozco Zuluaga de Hoyos Gómez es el maíz blanco y en este momento exacto se consuma la infracción si es que en el expediente surge la prueba de su responsabilidad".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El ilícito atribuído al sindicado parece ser estafa, al menos por ese hecho se formuló el denuncio por parte del ofendido. Tal delito presupone un dolo de engaño o fraude, ya que el agente para llevarlo a cabo necesariamente tiene que poner en juego artimañas y embustes que logren determinar al sujeto pasivo a realizar alguna cosa o hacer determinada prestación, que de otra manera no habría realizado. Existe pues inducción a error por medio de artificios o engaños para obtener un provecho ilícito con perjuicio de otro.

Si ello es así, como lo enseña la doctrina y como el estatuto penal lo consagra, mientras subsista el título del delito que en estas diligencias señala, es manifiesto que el acto preparatorio que constituyó la entrega del cheque, no determinó la competencia o jurisdicción, sino que ésta la vino a fijar la circunstancia surgida en la ciudad de Cali, cuando al tratar de hacer efectivo el cheque en el Banco Popular, no fue pagado por carencia o falta de fondos del girador.

Fue en ese momento cuando se configuró jurídicamente el aspecto engañoso o el artificio que significa la estafa, porque entonces la intención del agente tuvo realidad objetiva, ya que al girar el cheque debía conocer el estado de su cuenta bancaria; y el mismo sujeto pasivo tuvo conocimiento de que había sido víctima de un engaño.

Tan cierto es lo anterior, que en el supuesto de lo contrario, esto es que el ofendido hubiese conocido la situación bancaria del sindicado, no hubiera hecho entrega de la mercancía objeto del negocio ni aceptado el cheque. Al cumplirse esta aceptación, sin duda fue porque consideró que no era víctima de ningún ardid ni artificio engañoso. Al surgir éste en el momento de hacer efectivo aquel instrumento negociable, se produjo el hecho de considerarse víctima de una maniobra ilícita por parte del sindicado, si en realidad se cometió un ilícito de tal carácter.

Como esta última ocurrencia se presentó en jurisdicción de los jueces de Cali, es aquí en donde debe radicarse la competencia para conocer de este proceso. Y no vale alegar que la doctrina de la Corte que el señor Juez de Buga cita no tiene operancia por ser de vieja data. La estructura del delito y sus elementos constitutivos no se modifican por el tiempo, ni tampoco porque éste cambie de título en el supuesto de un abuso de confianza, porque esto lo determinará la investigación y será objeto de calificación en hora oportuna, sin que influya en el estado del proceso para modificar la competencia. Aunque ello ocurriera, varias doctrinas de la Corte señalan que en este último delito también es aplicable la jurisprudencia aquí expuesta.

Se dice lo anterior porque a la Corte no le es dable al dirimir un incidente de colisión, entrar a discriminar unas u otras modalidades de la infracción ni pronunciarse porque exista una en vez de otra o avanzar conceptos sobre su existencia y demás particularidades que son de exclusiva competencia de los Jueces de instancia y solo a ellos corresponde absolverlas, desde luego que sería usurpar jurisdicción decidir lo que no es de su incumbencia al resolver un incidente de esta índole.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autori-

dad de la ley, desate la colisión de competencias producida en favor del Juzgado Segundo Superior de Buga. En tal virtud, el conocimiento de este proceso corresponde al Juzgado Tercero Superior de Cali, a quien deberá enviársele oportunamente. Dése aviso de esta decisión, por medio de oficio, al señor Juez Segundo Superior de Buga.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

CONTENIDO MORAL Y SUBJETIVO DE LA DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO

1—El impedimento es una manifestación inhibitoria del funcionario para sustraerse al conocimiento de un negocio judicial, precisamente para allanar cualquier equívoco, mal entendido o apreciación errónea de su conducta como fallador, para que las partes puedan tener la máxima seguridad de que sus intereses no van a ser disminuídos o menospreciados por sentimiento alguno que pueda incidir sobre el recto ejercicio de la justicia.

2—El impedimento es una manifestación de contenido moral y subjetivo que la ley deja al arbitrio del funcionario, exigiendo apenas los motivos que obligan a su determinación, juzgados en algunos casos, por circunstancias especiales, con menos rigor que la recusación, por razones obvias, dentro de las causales que el procedimiento señala.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

V I S T O S :

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la providencia por medio de la cual dando aplicación al artículo 153 del Código Procesal Penal, declaró que "ningún cargo o delito puede deducirse de la actuación del doctor Jesús Rodríguez Narváez en lo relacionado con el proceso por lesiones personales adelantado contra Aurelio y José Daza y también contra Luis Alberto España, por los hechos a que alude el denunciante Nectario León Muñoz en su memorial de noviembre de 1959, y ordena en consecuencia el cese de todo procedimiento en contra del citado doctor Rodríguez, Juez Titular del Circuito de La Unión, quien viene ejerciendo el cargo a virtud de haber sido reelegido para dicho Circuito desde julio de 1959".

Es en virtud de la consulta legal como la Corte tiene jurisdicción para decidir en el caso, ya que por otra parte el carácter de Juez del Circuito del sindicado fue debidamente establecido en el proceso.

El mentado Nectario León Muñoz formuló algunos cargos contra el funcionario judicial en forma vaga y general sin concretar en qué consistía su acusación y cuáles ilícitos atribuía al doctor Rodríguez Narváez, ya que sólo expresa en su denuncio inicial que los hechos por los que acusaba al Juez eran violatorios de la ley penal, sin determinación precisa en la infracción.

Hizo, por esto, lo debido, el funcionario instructor del denuncio, en el auto en que comisionó para ello al señor Alcalde de La Unión, en exigir que al ratificar y juramentar a aquél "concrete o puntualice en mejor forma los hechos que atribuye al señor Juez Mixto del Circuito de La Unión".

Fue por esto por lo que en la diligencia de ratificación el denunciante expresó que acusaba al funcionario judicial por abuso de autoridad consistente en denegación de justicia, aparte de hacer allí algunas referencias sobre la vida privada del Juez que denotan a las claras el ánimo prevenido del acusador y que ponen de relieve que no actuó con el deseo de ayudar a la sociedad en la prosecución de una justicia honesta y la búsqueda de funcionarios idóneos y rectos, sino el deseo de impedir por este medio o por los otros que empleó, —como lo insinúa el Tribunal— la reelección del funcionario en el cargo que ocupaba, lo que afortunadamente no logró ya que en la providencia que revisa la Corte muy claro queda ex-

presado que el doctor Rodríguez Narváez fue reelegido Juez de La Unión.

En concreto, el cargo formulado se hace consistir en que tanto el Juez del Circuito, como el Juez Municipal de la población mencionada "estaban más que parcializados con los sindicados en el proceso por lesiones contra Aurelio y José Daza y contra Luis Alberto España, y trataban de favorecerlos cometiendo con ello un delito sancionado en nuestro Código Penal".

En relación con el Juez del Circuito narra de la siguiente manera los hechos que determinaron la queja:

"Cuando el asunto (se refiere al tantas veces mencionado de Dazas y España) llegó al conocimiento del señor Juez del Circuito, buscando como pretexto la enemistad con el señor Alcalde de este Municipio doctor Manuel María Muñoz, hermano mío, causal que aún siendo cierta, no sirve para separarse del conocimiento, ya que de acuerdo con el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, la enemistad del Juez debe ser con alguna de las partes o su apoderado o defensor, y mi hermano, no es parte absolutamente en el proceso...".

Las copias que solicitó el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pasto y que no existían en el proceso antes de rendir su primer concepto, sirven en grado sumo para conocer con toda claridad la conducta del funcionario incriminado. Son del siguiente tenor:

"JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO.- La Unión, agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta y nueve.- Para que no se vayan a perjudicar los intereses de los detenidos, se procede a aceptar al doctor Antonio Pantoja Muñoz, como apoderado judicial de los señores José Aurelio Daza, en los términos a que se refiere el respectivo memorial poder. Pero, como es de público conocimiento y el Honorable Tribunal de la ciudad de Pasto, conoce los antecedentes habidos entre la familia del señor Alcalde Municipal y mi persona y esto para llegar a obtener el titular de la Alcaldía el Juzgado del Circuito, de esta localidad, y por la otra parte teniendo en cuenta que el señor Alcalde viajó a la ciudad de Pasto para hablar con el señor Gobernador y obtener el nombramiento de un Alcalde ad-hoc para que conociera del presente negocio, lo que quiere decir que ya tenía desconfianza con la actuación mía y para que se esclarezcan los hechos en la forma legal y respetando los principios constitucionales, es del caso recusarme para actuar en este informativo de conformidad con lo estatuído por el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal por cuanto el herido señor Nectario León Muñoz, actual Recaudador de Hacienda Nacional es hermano legítimo del doctor Manuel María Muñoz M., debiendo exhortar al Honorable Tribunal Superior de Pasto, poniendo en conocimiento el impedimento antes anotado y para que esa digna Corporación se sirva designar el Juez que ha de conocer de este negocio de aquí en adelante.— Como se dijo antes y para que no se perjudiquen los intereses de los sindicados y detenidos, se comisiona al señor Juez Municipal de este lugar para que adelante la instrucción sumaria y resuelva las peticiones que se pudieran presentar inter (sic) el Superior provee lo conveniente. Cúmplase y notifíquese. Jesús Rodríguez Narváez. El Secretario, Heriberto Arturo M.

COPIA DEL OFICIO POR EL CUAL EL HONORABLE TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, COMUNICA QUE SE HA DESIGNADO JUEZ AD-HOC, POR ENCONTRAR LEGAL EL IMPEDIMENTO DEL DR. JESUS RODRIGUEZ N.

Oficio Nº 599. Pasto, septiembre 11 de 1959. Señor Juez Promiscuo del Circuito. La Unión (N.) Para su conocimiento y fines legales consiguientes, tengo el honor de comunicar a Ud. que el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en Sala de Acuerdo Nº 23 del 9 del presente mes, nombró al señor LUCAS S. SANTACRUZ, como Juez ad-hoc de ese Circuito, para que conozca del sumario seguido contra José y Aurelio Daza y otros, por lesiones personales, por excusa del anteriormente nombrado. De Ud. atento y s.s. LUIS G. ZAMBRANO D., Srio. en ppdd".

Se explica así por qué el doctor Rodríguez Narváez al rendir indagatoria, expresó lo que sigue:

"El señor Nectario León Muñoz, primo hermano del doctor Guillermo Dávila Muñoz fue herido por sus mismos coterráneos y copartidarios cuando en meses pasados se encontraba en una de las cantinas de La Unión en estado de embriaguez. Según él lo afirma. Este negocio lo tomó primeramente y para su investigación el Alcalde Municipal de dicha población —hermano del presunto lesionado—. Manuel María Muñoz, Alcalde, siguió la investigación y los señores apoderados de los sindicados pidieron al señor Fiscal del H. Tribunal Superior, hiciera pasar estas diligencias a mi despacho. Cum-

pliendo con esta orden superior, hubo de pedirlo y como había ciertos antecedentes entre los Muñoz que dejó relacionado mi persona, tuve que impedirme de conocer del sumario y así lo comuniqué al H. Tribunal Superior de esta ciudad. El H. Tribunal, en Acuerdo cuyo número no recuerdo por el momento, me declaró impedido. Así fue que se nombró al señor Lucas Santacruz como Juez ad-hoc y para este asunto. Al declararme impedido para conocer del negocio y en el mismo auto que esto lo hacía y como aparecen de las diligencias respectivas, pasé el sumario en comisión al señor Juez Municipal de La Unión estando allí el tantas veces referido negocio, se nombró al señor Lucas Santacruz y en esta forma han seguido investigándose las lesiones de que dice ha sido víctima Nectario León Muñoz. De suerte que, no veo cuál es el delito que yo hubiera podido cometer en la averiguación a que me he referido y mal puede el señor apoderado de la parte civil hacerme cargos de ninguna naturaleza". (fls. 13 del cuaderno 1º).

Por ello tiene razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal para decir:

"Toda la razón le asiste al procesado cuando después de explicar su honesto proceder en el negocio penal que dió motivo para que temerariamente fuera denunciado, concluye diciendo que no entiende cuál puede ser el delito que hubiera él cometido con motivo de la averiguación criminal adelantada por las lesiones personales inferidas al señor Nectario León Muñoz".

SE CONSIDERA:

El impedimento es una manifestación inhibitoria del funcionario para sustraerse al conocimiento de un negocio judicial, precisamente para allanar cualquier equívoco, mal entendido o apreciación errónea de su conducta como fallador, para que las partes puedan tener la máxima seguridad de que sus intereses no van a ser disminuídos o menospreciados por sentimiento alguno que pueda incidir sobre el recto ejercicio de la justicia. Es una manifestación de contenido moral o subjetivo que la ley deja al arbitrio del funcionario, exigiendo apenas los motivos que obligan a esa determinación, juzgados en algunos casos por circunstancias especiales, con menos rigor que la recusación, por razones obvias, dentro de las causales que el procedimiento señala.

Así lo hizo el doctor Rodríguez Narváez en este caso. Procediendo acorde con lo que él entendía como su deber, a tal punto que la misma entidad encargada de resolver sobre aquella inhibición la encontró acorde con la ley y declaró al funcionario separado del conocimiento, nombrando quien debía reemplazarlo.

No puede hallarse una actuación de mayor concordancia con la más recta legalidad. Lo extraño es que ello apareje consecuencias penales como las que presenta este negocio. Pero como quiera que es imposible evitar que los resentimientos operen entre los hombres, existen otros caminos por los cuales se abre paso la justicia. En este caso particular la aplicación del artículo 153 declarando la inocencia del acusado, es uno de ellos.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, después de oído el concepto del Ministerio Público, y de acuerdo con él, CONFIRMA el proveído objeto de la presente consulta.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

IMPUGNACION DE UNA SENTENCIA POR CUANTO ACOGE UN VEREDICTO QUE EL ACTOR CALIFICA DE NOTORIAMENTE INJUSTO

1—Los jueces de hecho, en su función juzgadora, están facultados para deducir soberanamente sus conclusiones. A esta soberanía del jurado sólo se opone el caso en que su fallo resulte palmariamente contrario a la realidad procesal, situación en la cual corresponde declarar contraevidente el veredicto.

2—La invocación de la causal 2ª de casación no es pertinente en los juicios en que interviene el jurado, porque éste es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso de acuerdo con su convicción íntima, y porque si en casación pudiese adelantarse ese examen de pruebas, se llegaría a la contraevidencia de los hechos con el veredicto, lo cual no ha sido señalado como causal de casación, sino cuestión que compete exclusivamente a las instancias.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

V I S T O S :

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 11 de febrero de 1960, por la cual reforma la de primera instancia del Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, en el sentido de rebajar a diez y seis años de presidio la pena que, por diociocho años, le fue impuesta a los procesados Pedro Enrique Bolaños Triana y Campo Elías Moyano Triana, como responsables del delito de homicidio consumado en la persona de Josá María Triana.

El recurso fue presentado por el procesado Campo Elías Moyano, quien otorgó poder al doctor Néstor Aya para que presentara la correspondiente demanda de casación.

H E C H O S Y DESARROLLO DEL PROCESO:

"Dan cuenta los autos...". dice el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal... "de que entre Campo Elías Moyano y Pedro Enrique Bolaños Triana, por una parte, y José María Triana, por la otra, se habían suscitado serias diferencias, que dieron como resultado que el Alcalde de Caparrapí profiriera su resolución Nº 041, de 30 de junio de 1956, por medio de la cual les impuso una multa de $25.00 a cada uno de ellos, y los conminó bajo caución para que guardaran paz y armonía entre sí. Desde entonces, puede decirse que la ojeriza y rencor por parte de los dos primeros y en contra de José María Triana fue acumulándose y acrecentándose tan profundamente que, fría y deliberadamente, planearon la manera de darle muerte. En efecto, reunidos Moyano Triana y Bolaños Triana en una casa de la fracción denominada La Honda, del municipio precitado, concertaron a Pedro Julio Ostos Melo para que, por la suma de veinticinco pesos ($25.00), consumara el delito. Así fue como el mencionado Ostos Melo, a eso de las nueve de la noche del día dieciocho de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, llegó a la casa de habitación de José María Triana, lo llamó diciéndole "Pepe, levántate y me das guarapo", y habiendo conseguido que aquel se levantara y abriera la puerta para atenderlo, le hizo las lesiones que le ocasionaron la muerte".

Ahora bien:

Mediante providencia de 22 de marzo de 1957, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el 12 de febrero de 1958, el mismo Juzgado 3º Superior declaró, con fundamento en lo previsto en el artículo 100 del C. P. extinguida la acción penal que era seguida contra Pedro Julio Ostos Melo, por haber fallecido el día 20 de enero de 1957.

Verificada la audiencia pública, al Jurado le fueron sometidos los siguientes cuestionarios, que contestaron afirmativamente, con la frase "sí es responsable":

Primero.— "El acusado, Pedro Enrique Bolaños Triana, es responsable, sí o no, de haber determinado a Julio Ostos Melo a ocasionar la muerte, con intención de matar y a consecuencia de las heridas descritas en la diligencia de autopsia, a José María Triana, hecho que tuvo su ocurrencia durante las horas de la noche del día diez y ocho de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis, en su casa de habitación situada en la fracción denominada La Honda, jurisdicción del municipio de Caparrapí, de este Distrito Judicial, hecho que ejecutó con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y, además, por precio o promesa remuneratoria?".

Segundo.— "El acusado, Campo Elías Moyano Triana, es responsable, sí o no, de haber determinado a Julio Ostos Melo a ocasionar la muerte, con intención de matar, y, a consecuencia de las heridas descritas en la diligencia de autopsia, a José María Triana, hecho que tuvo su ocurrencia durante las horas de la noche del día diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, en su casa de habitación situada en la fracción denominada La Honda, jurisdicción del municipio de Caparrapí, de este Distrito Judicial, hecho que ejecutó con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y, además, por precio o promesa remuneratoria?".

Y con fundamento en el veredicto contenido en la respuesta dada por el Jurado a los dos cuestionarios anteriores, el Juzgado 3º Superior de Bogotá, estimándolo apoyado en la realidad procesal, profirió sentencia condenatoria, el 19 de agosto de 1959, por la cual les impuso a los procesados Bolaños Triana y Moyano Triana la pena principal de dieciocho (18) años de presidio, la que, como se deja dicho, rebajó el Tribunal Superior de Bogotá a diez y seis (16), en el fallo recurrido.

Respecto a esa determinación del Jurado que juzgó a Bolaños Triana y a Moyano Triana, el Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia a que se ha hecho referencia, dice lo siguiente:

"El artículo 554 del Código de Procedimiento Penal confiere al Tribunal Superior facultad para que si al estudiar la sentencia de segunda instancia referente a proceso en que hubiere intervenido el Jurado, encontrare que el veredicto fue contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, así lo declarará y ordenará que el inferior convoque a nuevo Jurado.

"Es doctrina reiterada de nuestros Tribunales que para desechar un veredicto, debe aparecer plenamente probada la tesis contraria a la que el fallo popular contiene y afirma. Pero si esa tesis no se halla plenamente probada, no es lícito a los jueces de derecho rechazar el veredicto, conforme a los principios generales y universales sobre la institución del Jurado y a lo que la ley y la jurisprudencia colombiana establecen sobre el particular.

"...En el presente caso el Jurado ejercitó soberanamente la facultad de apreciar las pruebas, en realidad un poco contradictorias, pero, a su juicio, en lo íntimo de su conciencia decidieron quiénes eran responsables de la consumación del delito.

"La Sala encuentra debidamente probados en derecho los elementos relativos al aspecto subjetivo del delito. Los medios de convicción apretados (sic) al debate judicial son suficientemente claros y explícitos cuando señalan a Pedro Julio Ostos (q.e.p.d.) como autor material del homicidio agravado y a Pedro Enrique Bolaños y Campo Elías Moyano Triana como autores intelectuales del mismo. Pero como en delitos de esta índole es el Jurado quien, en su soberanía, aporta la prueba de la responsabilidad penal, es el caso de ver si la respuesta de los miembros del Tribunal Popular llamados a juzgar a quienes ante ellos comparecieron, se ciñe o no a la realidad procesal.

Y "no hay duda alguna...", concluye el Tribunal Superior de Bogotá... "de que los procesados Bolaños y Moyano determinaron a Pedro Julio Ostos a cometer el horrendo delito, pues quedó establecido en los autos que los procesados eran enemigos de José María Triana... Se estableció, además, que José María Triana era deudor de Pedro Enrique Bolaños y Campo Elías Moyano, de una ínfima cantidad de dinero y que por esta razón habían tenido las peleas a que se hizo referencia anteriormente, y así que, por la misma razón declara José del Carmen Montoya que los úni-

cos enemigos de Triana en la vereda eran los citados Bolaños y Moyano..."

Mas adelante, anota el mismo Tribunal que "en las varias diligencias de careo en que Ostos confesó su delito, sostuvo enfáticamente a los dos procesados el precio que éstos le ofrecieron por darle muerte a José María Triana... No hay lugar, pues, a considerar el veredicto de los jueces contrario a la evidencia de los hechos, toda vez que la demostración plena de la responsabilidad de los procesados está consignada en los autos, mediante las pruebas legalmente producidas. Así las cosas, el veredicto debe aceptarse, y se acepta en su integridad".

LA DEMANDA DE CASACION:

Invoca el actor las causales 1ª y 2ª consagradas en el artículo 567 del C. de P. P., con fundamento en los motivos que a continuación se transcriben:

Causal Primera.— "Se violaron...", dice el demandante, "las disposiciones contenidas en los artículos 19, 362 y 363 del C. P., y 554 del C. de P. P.

"En mi opinión, cuando se halla demostrada en autos en forma evidente que hay injusticia notoria en el veredicto, el Tribunal sentenciador debe declararlo y rechazar ese fallo del Jurado, porque de lo contrario incurre en flagrante violación del artículo 554 del C. de P. P., por interpretación errónea y por no aplicación al caso del proceso. Esto es evidente, porque el Tribunal no puede desconocer los derechos de las partes en el proceso penal, reconocidos en esa trascendental disposición, y tomarla como facultativa. Es un deber que le ha impuesto el legislador para evitar notorias injusticias, aberrantes en estrados judiciales.

"Al interpretar erróneamente esa disposición y no aplicarla como es debido, se violan también en este caso las disposiciones de los artículos 19, 362 y 363 del C. P., por habérseles dado una aplicación improcedente. Es claro: si el camino era el declarar la notoria injusticia del veredicto, para la convocación de un nuevo Jurado, entonces no cabía la sentencia condenatoria con base en los artículos 19, 362 y 363 del C. P. El mal uso de estas normas constituye su violación, por aplicación indebida".

Y luego de hacer algunas críticas al veredicto, confrontándolo con algunos datos del proceso, afirma que al aceptarlo, el sentenciador "violó la ley sustantiva, porque dejó de cumplir el mandato del artículo 554 citado, porque desconoció toda una realidad procesal y dio interpretación errónea y aplicación indebida a la Ley Penal".

Causal Segunda.— Expresa el actor que "acusa el fallo recurrido por errónea apreciación de los hechos que integran el proceso, por errores evidentes de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Tanto unos como otros influyen en la calificación del delito y en la responsabilidad de los sindicados.

"Al comenzar esta demanda...", anota... "puse de presente que ante la reiterada jurisprudencia de la H. Corte, las dificultades de este recurso son inmensas. Pero creo tener razón en la defensa de quien represento y por eso, sin el menor temor, expongo mis opiniones".

Dice luego el demandante que "el Tribunal sentenciador pretermite la diligencia de reconocimiento del cadáver, que es plena prueba, lo mismo que las declaraciones de Salamanca y Montoya. Esa pretermisión constituye un error grave de hecho, porque así el juzgador se formó un concepto distinto de los hechos que vienen a configurar el cuerpo del delito y a incidir sobre la responsabilidad de los procesados, y al propio tiempo incurrió en error de derecho, porque desconoció el valor probatorio que de la diligencia y de los testimonios debe tenerse en cuenta, de conformidad con la ley de pruebas"

Considera, asimismo, que la confesión de Pedro Julio Ostos está contradicha con esa diligencia de reconocimiento del cadáver de José María Triana y con las referidas declaraciones de Salamanca y Montoya; y que "la enemistad no puede considerarse siempre como indicio de haber sido..." el enemigo... "el autor de un crimen", de que resulte víctima la persona odiada.

Observa el demandante que "el juzgador desconoce las afirmaciones que hacen estos declarantes:.." (Salamanca y Montoya)... "de haber sido varias personas las que asaltaron a Triana...", lo cual lleva al error de "tener como cierta la confesión de Ostos... Y con base en una confesión como la de Ostos, es sencillamente monstruoso llevar a una persona a dieciséis años de presidio".

Y concluye en lo que pasa a transcribirse:

"Aceptar un veredicto que acoge una realidad procesal distinta de la que arrojan esos autos es grave error del sentenciador, que ha podido evitar y que estaba en su deber evitar, por mandato expreso del artículo 554 del C. de P. P.

"Toda esa cadena de errores los condujeron a la violación de la ley en una u otra forma, en cuanto lo llevaron a aceptar como responsables de un hecho monstruoso a Campo Elías Moyano y a Pedro Enrique Bolaños y a condenarlos por ese hecho, cuando el proceso dice cosa completamente

diferente. Pudo haber un plan, supongámoslo en gracia de discusión, por parte de ellos con Ostos, para eliminar a Triana. Pero ese plan jamás se realizó, porque si Triana fue muerto por un grupo de bandoleros, no lo fue por Ostos, como él lo afirmó falsamente.

"Como existe una continua jurisprudencia de que no es viable el recurso de casación por la causal segunda, con base en que el veredicto es notoriamente injusto, porque se ha sostenido que el Jurado es soberano en la apreciación de los hechos y porque el nuevo Código de Procedimiento no contempla como causal de casación la del veredicto notoriamente injusto, me permito observar lo siguiente:

"No creo que el Jurado sea soberano en la apreciación de los hechos del proceso. Al contrario: habiendo facultad tanto en el Juzgado, como en el Tribunal, para declararlo contrario a la evidencia, a la realidad procesal, las facultades del Jurado están limitadas. Y como el sentenciador, para acoger o rechazar un veredicto de esta naturaleza, tiene necesariamente que hacer un análisis de las distintas probanzas y de los hechos procesales, si incurre en error o falsas apreciaciones, dándoles un valor probatorio que no tienen, el fallo debe casarse, con base en la causal segunda. No era necesario, por estas razones, incluír como causal de casación la de veredicto notoriamente injusto o contraevidente. O se deja de aplicar la ley o se la aplica indebidamente, o se incurre en graves errores en la apreciación de los hechos, dándoles un valor probatorio que no tienen. Esos motivos son más que suficientes para que un fallo sea casado por ser ilegal, contrario a la ley y violatorio de ella, que son los motivos más importantes para que una sentencia no pueda prosperar".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Pide el Ministerio Público que no se case la sentencia recurrida, solicitud que apoya en las siguientes consideraciones:

"Contra las pretensiones del impugnador, se tiene que la injusticia notoria del veredicto, caso de demostrarse, no está erigida en causal de casación, pues fue suprimida en el actual C. de P. P., como lo tiene declarado expresamente la Corte.

Y en cuanto a la causal segunda de casación propuesta por el demandante, anota el señor Procurador que "la improcedencia de esa causal se pone de relieve, ya que los hechos que sirvieron de piso para que los jueces de hecho declararan responsables a los procesados Bolaños y Moyano sólo pueden ser debatidos por los jueces de instancia. Pretender que la Corte invada la zona de las instancias para declarar contraevidente un veredicto, saliéndose del radio de sus atribuciones, es por lo menos ingenuo. Ella sólo interviene cuando se acusa la sentencia de estar basada en un veredicto contradictorio o que aparezca en desacuerdo con él, que son cosas muy distintas, como lo viene sosteniendo incesantemente aquel alto Tribunal".

"En síntesis...", dice... "dos son las causales alegadas. Por medio de la primera apenas sí nombra unas disposiciones legales como violadas, limitando sus argumentos, si así pueden llamarse, a la falta de aplicación del artículo 554 del C. de P. P.; a pesar de la claridad de esta disposición tanto en su letra como en su espíritu, afirma que no es potestativa del Tribunal, sino de rigurosa aplicación al caso contemplado, esto es, que el Tribunal ha debido encontrar que el veredicto es contraevidente y como tal, declararlo así, no obstante que el juicio del Tribunal llegó al extremo contrario, pues no sólo no lo halló contraevidente, mas aún, lo consideró ajustado a la fuerza demostrativa de los hechos procesales.

"La segunda causal se caracteriza por su improcedencia inaudita. Para considerarla, habría que principiar por reformar las causales, para luego complacer al libelista, revaluando toda la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de Justicia. Nada hay que agregar para entender que por dicha causal sería absurdo invalidar el fallo".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

No deja de estar inteligentemente presentada la tesis del recurrente, al invocar en la demanda las causales 1ª y 2ª de casación, tesis que puede reducirse a la siguiente argumentación:

Puede el juzgador en las instancias apartarse del veredicto del Jurado, cuando de la confrontación de las pruebas con la decisión de los jueces de hecho resulta indubitable la contraevidencia de su fallo. Pero si en el examen de esos medios de prueba, cumplido a los fines de esa facultad del juzgador en derecho (declaratoria de contraevidencia del veredicto del jurado), se incurre en una "errada interpretación o apreciación de los hechos... o se les atribuye un valor probatorio que no tienen...", (causal 2ª de casación), de lo cual

se desprende que no se aplique lo previsto en los artículos 537 y 554 del C. de P. P., se incurre en un error de derecho, precisamente por falta de ejercicio de esa facultad del juzgador de instancia: la declaratoria de contraevidencia del veredicto del Jurado.

Sinembargo de la aparente fuerza dialéctica del anterior argumento, se encuentra que todo él se reduce, en últimas, a un ataque, mediante la invocación de la causal 2ª de casación, al fallo de los Jueces Populares, evento de casación que no es pertinente en los juicios en que interviene el Jurado, porque éste es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, de acuerdo con su convicción íntima, y porque si en casación pudiese adelantarse ese examen de las pruebas se llegaría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, lo cual no ha sido señalado como causal de casación.

Y lo anterior, es una cuestión que compete exclusivamente a las instancias, como en forma reiterada lo ha señalado la Corte.

En providencia de 11 de febrero de 1948 (G. J. Tomo LXIII, pg. 877), dijo esta Sala lo que pasa a transcribirse:

"No es exacto que en los juicios por jurado sea el juez de derecho quien deba apreciar los hechos y decidir sobre la responsabilidad, pues que todo lo contrario dice la ley penal, o sea que en las causas en que interviene el jurado es a éste a quien corresponde calificar los hechos y definir la responsabilidad (artículo 480 del C. de P. P. y 28 de la Ley 4ª de 1943). Al juez de derecho no le incumbe sino dictar la sentencia de acuerdo con aquella calificación, señalando las sanciones que deban imponerse en caso de condena o absolviendo al procesado cuando el tribunal popular lo haya declarado libre de reato. Lo que sí puede es declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime (artículo 537 del C. de P. P.). Pero como el jurado no está sujeto a pauta alguna para justipreciar las pruebas de un proceso criminal, pues sólo debe guiarse por el íntimo convencimiento que de ellas se forme, y como la casación es un estudio de derecho sobre el fallo de segundo grado, no parece lógico que figure la contraevidencia del veredicto entre las causales de casación, porque entonces se convertiría este recurso extraordinario en una tercera instancia".

En los juicios en que interviene el Jurado, los jueces de hecho pueden apreciar cualquiera prueba y sacar de ellas sus conclusiones con entera libertad, pues en su función juzgadora deducen soberanamente sus conclusiones.

A esta soberanía del Jurado en la estimación de los medios probatorios tomados en cuenta para proferir su veredicto, sólo se opone el caso en que su fallo resulte palmariamente contrario a la realidad procesal, situación en la cual corresponde, pero sólo en las instancias, declarar contraevidente el veredicto.

¿Pero, qué podría hacerse en caso de un evidente error judicial, consistente en que a pesar de la contraevidencia del veredicto, tal declaratoria no fuese hecha? Por caso: ¿Cuando alguien esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase, que haya podido determinar el fallo respectivo?

En todo caso, cualquiera que fuese la respuesta que se diera a los supuestos planteados en el anterior interrogante, no es precisamente el recurso de casación por las causales invocadas el medio pertinente para subsanar ese error judicial.

¿Cómo puede un juez declarar contrario a la evidencia un veredicto, después de que en el auto de cargos ha encontrado razón legal bastante para demandar judicialmente la conducta del sindicado? Tendría que existir un error protuberante, el que sólo podría enmendarse por medios distintos a la casación, pues en este recurso la decisión del jurado, con base en la causal segunda, es inmodificable.

Puede admitirse un plenario en que la prueba de cargo se hubiera desvirtuado y en el que, a pesar de ello, se haya proferido un veredicto condenatorio, si bien esta hipótesis es bastante improbable, dada la dinámica del proceso en este caso, determinada por el amplio debate en las audiencias y por la manera como procede el Jurado, el cual siempre absuelve en casos de duda sobre la responsabilidad del procesado. En esta situación es claro que procede la declaratoria de contraevidencia de la decisión de los jueces de hecho, pero sólo en las instancias, lo que no ha ocurrido en este negocio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con

el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 11 de febrero de 1960, por la cual fueron condenados Pedro Enrique Bolaños Triana y Campo Elías Moyano Triana a la pena de diez y seis años de presidio, como responsables del delito de homicidio consumado en la persona de José María Triana.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Bogotá.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS, DENTRO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, PARA CONOCER DEL DELITO DE LESIONES PERSONALES COMETIDO POR UN SOLDADO

En conformidad con el artículo 331 del Código de Justicia Penal Militar, los Comandantes de Batallón conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra el personal de tropa de su respectivo batallón.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

V I S T O S :

El presente sumario adelantado contra el soldado DELFIN ORTIZ ARIAS ha sido enviado a esta Sala Penal, para dirimir la colisión de competencia propuesta por el Comandante del Batallón de Infantería Nº 22 "Cazadores", al Comandante de Escuela de las Armas Blindadas, en cuyo lugar funciona ahora el Grupo Mecanizado de Reconocimiento Nº 1, quien en providencia del 28 de octubre del presente año, se declaró incompetente para conocer de este negocio.

El Comandante del Batallón de Infantería Nº 22 "Cazadores", funda su negativa para conocer, en que el soldado Ortiz Arias "en ningún momento ha pertenecido o formado parte de los efectivos de esta Unidad, como tampoco que al desintegrarse el Destacamento del Oriente del Tolima los efectivos de él en parte o en su totalidad, hayan pasado al Batallón a mi mando".

Por su parte el Comandante del Grupo Mecanizado de Reconocimiento, fundamenta su declaratoria de incompetencia en las razones siguientes:

"Se afirma que el Juez competente para conocer de este negocio es el señor Comandante de las Armas Blindadas, tal vez basándose en el oficio número 0029 que obra al folio 28 del expediente, en que el señor Teniente Coronel José Manuel Medina González al decir en él "De ésta Unidad" afirma con ello de que el soldado sindicado Delfín Arias Ortiz pertenecía en ese entonces a la Escuela de las Armas Blindadas.

"Mas sin embargo si revisamos cuidadosamente la investigación encontramos a folio 23 que dicho soldado fué dado de alta, por traslado, en el Batallón de Infantería Nº 1 "S", perteneciente al Destacamento Oriente del Tolima y como los Comandantes de Batallón son jueces de primera instancia, sería aquél a quien correspondía la competencia, máxime si se tiene en cuenta que esas Unidades tuvieron un carácter permanente sin tiempo definido de duración en esos lugares por las circunstancias de Orden Público.

"Lo anterior queda demostrado en el parte inicial de la investigación (folio 1), el cual está dirigido al señor Capitán Comandante del Batallón de Infantería Nº 1 "S", y el auto de cierre de la investigación si así pudiera llamarse a folio 27 el cual comienza: "Oficina de Instrucción del Batallón de Infantería Nº 1 "S" Compañía "A", y termina diciendo que el sindicado queda a órdenes del señor Capitán Comandante del Batallón.

"Refiriéndose concretamente a los dos casos anteriores se concluye que por haber pertenecido el soldado sindicado a un Batallón dependiente o no de la Escuela de las Armas Blindadas, como por haber desaparecido ésta en cuyo lugar funciona ahora el Grupo Mecanizado de Reconocimiento Nº "1" y a donde ha sido remitido últimamente el presente sumario, el suscrito Comandante del Grupo Mecanizado de Reconocimiento Nº "1", ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY;"....

SE CONSIDERA:

De acuerdo con las constancias procesales que cita el Comandante del Grupo Mecanizado de Reconocimiento, aparece claramente establecido que cuando el soldado sindicado consumó el ilícito de lesiones personales, en perjuicio del soldado José Iván Pérez Benjumea, el 12 de noviembre de 1957, pertenecía al Batallón de Infantería Nº 1 "Sumapaz", de modo que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 331 del Código de Justicia Penal Militar, el Juez de Primera instancia competente para conocer de este negocio es el Comandante de este Batallón.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias en este proceso planteada, en el sentido de decidir que su conocimiento es de competencia del Comandante del Batallón de Infantería Nº 1 "Sumapaz", a donde deberá ser remitido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Comandante del Grupo Mecanizado de Reconocimiento número 1º, para que dé cumplimiento a lo resuelto en esta providencia.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L., Secretario.



1—En procesos que no pueden iniciarse ni adelantarse oficiosamente, como por ejemplo en los especiales de que trata la ley 69 de 1945, la ilegitimidad de personería en el querellante desemboca en la total ineficacia e invalidez de la actuación procesal.

2—La norma del artículo 200 del C. P. P. tiende a evitar la revalidación del proceso que se haya anulado por ilegitimidad de personería en el querellante: la actuación anulada por esta causa es absolutamente ineficaz y no puede subsanarse.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, diciembre primero de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín su providencia de fecha trece de junio del presente año, por medio de la cual sobreseyó definitivamente a favor de los abogados doctores Jaime Jiménez Ramírez y Alfonso Uribe Misas, por los cargos que contra la ética profesional les fueron formulados por el señor Luis A. Castellanos A. En la misma providencia se dispuso enviar copia de lo conducente al Juez Penal del Circuito (repartimiento) a fin de que se investigue el delito de calumnia que pudo cometer el quejoso.

CARGOS FORMULADOS.

Los resume el Tribunal en la forma siguiente:

"Relata en su escrito inicial que la señora Teresa Villa v. de Isaza, por entonces anciana de 74 años residente en Medellín, venía siendo la víctima de distintas personas que apelando a numerosos abusos la estaban despojando de su patrimonio. Su hijo, el señor Eduardo Isaza Villa, con la única mira de protegerla, para que no fuera finalmente despojada de todo, entabló un juicio de interdicción judicial, que cursó en el Juzgado Primero Civil de este Circuito. Como los abogados que asistían a la señora renunciaran al poder, dejándola intempestivamente abandonada en el curso del juicio, aquella tuvo que recurrir a su amigo el doctor Alfonso Uribe Misas, para que continuara asistiéndola en el negocio judicial, pero éste se negó a asumir la representación de la anciana. No obstante sí recomendó ante la señora al doctor Jaime Jiménez Ramírez, desconocido para ella hasta entonces y recién recibido por el Tribunal como abogado. El doctor Jiménez Ramírez, continúa el quejante, aprovechándose del estado de desamparo y de precaria salud de la señora, le significó que por recomendación del doctor Uribe Misas aceptaría representarla por la suma de veinte mil pesos, como en efecto lo hizo, después de que inicialmente había pedido por honorarios la cantidad de cuarenta mil pesos.

"Advierte el señor Castellanos que al cobrar esa suma exhorbitante el doctor Jiménez Ramírez lo hacía "por terminar un pleito en cuya gestión ya habían intervenido los antiguos apoderados durante dos años". Además, todo esto lo hizo el doctor Jiménez Ramírez, al decir del quejante, aprovechándose del estado de debilidad mental en que se encontraba la anciana, de su desamparo, y de la necesidad en que estaba de reemplazar de inmediato a sus antiguos apoderados.

"También manifiesta el acusador que el doctor Jiménez Ramírez en vista de que la policía había reconocido y amparado el derecho del señor Eduardo Isaza Villa para habitar en la misma casa de su señora madre, se dió a la tarea de aconsejar a ésta para que empleara las vías de hecho contra

su hijo, y así, haciéndole compañía, estuvo arrancando las cerraduras de las habitaciones o apartamentos alquilados que ocupa el señor Isaza Villa en la misma casa de su madre y en ausencia de sus moradores, y unos sellos que se habían colocado para hacer saber a terceros que esas habitaciones estaban ocupadas por sus inquilinos y que se haría responsable a quienes las violaran.

"Fuera de los hechos anteriores, acusa también Castellanos al doctor Jiménez Ramírez de que siendo apoderado del señor Jaime Morris, súbdito inglés residente en Medellín, lo demandó a nombre del Fondo Ganadero, embargando sus bienes, aprovechándose de que por su calidad de extranjero no estaba en capacidad de defenderse.

"También pide el señor Castellanos que se investigue, "amplia y severamente", si el doctor Alfonso Uribe Misas, intermediario, junto con su esposa, entre el doctor Jiménez Ramírez y la anciana, devengó algún provecho en este negocio".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a quien le correspondió intervenir en este negocio, solicita que se "decrete la NULIDAD de este juicio especial desde la providencia que aceptó las querellas que obran en los cuadernos primero y segundo de este expediente", con fundamento en las razones siguientes:

"Este Despacho, como consecuencia de haber hecho un detenido estudio de los autos, encuentra en cierto modo razonable la decisión que en el presente negocio tomó el H. Tribunal de Medellín, mediante el proveído que se consulta. Tal decisión aparece condensada en el siguiente párrafo de la citada providencia:

"En resumen: los doctores Jaime Jiménez Ramírez y Alfonso Uribe Misas no han cometido faltas contra la delicadeza o el decoro profesionales, pues las actuaciones que señala el señor Castellanos se amoldaron a la más estricta corrección. Por lo tanto, como los hechos de que se les acusó no constituyen faltas contra la ética profesional del abogado, y de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Tercero del Tribunal, debe impartirse un sobreseimiento definitivo en su favor y así procederá el Tribunal".

"Al obrar el H. Tribunal del indicado modo, prudentemente dió ocasión a que quedaran esclarecidos y definidos una serie de incidentes apasionantes que atrajeron la atención, no sólo de la capital antioqueña sino del resto del país, y que se referían a ciertas circunstancias que acompañaron los últimos años de vida de una prestantísima dama de la sociedad medellinense.

"Sin embargo, a la determinación de que se habla se llegó no obstante la carencia de **interés jurídico por parte del querellante, señor Luis A. Castellanos.**

"Y con respecto a esta cuestión ha preceptuado la H. Corte lo siguiente:

"Según la letra del artículo 8º de la Ley 69 de 1945, para la imposición a los abogados de la sanción que en la misma disposición se establece (y ésto obra con respecto también al artículo 9º de la misma Ley, observa el suscrito), no se ha establecido una acción pública o popular, es decir, de la cual puede ser titular cualquiera persona, sino que se ha señalado el requisito de que la queja sea formulada por persona interesada. Se aplica aquí el concepto abstracto de 'interés jurídico' que tan importante papel juega en campo del derecho procesal. Y por 'interés jurídico' para el ejercicio de una acción, según lo tiene establecido la Corte (Casación de 22 de agosto de 1940), debe entenderse aquel que venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés y con el cual se haya lesionado un derecho del que lo alega. Cuando falta ese interés así entendido el demandante o quejoso no podrá obtener sentencia favorable a sus pretensiones". (Auto del 22 de febrero de 1949. G. J. T. 65, pág. 548).

"Esta misma doctrina la encontramos corroborada por la H. Corte, en otros fallos publicados en el Tomo 75 de la Gaceta Judicial, páginas 260 y 479 y en el Tomo 81, páginas 955 y 977, siendo el caso de reproducir aquí lo pertinente del primero de ellos:

"Requisito indispensable para configurar la acción en este caso, es demostrar haber sufrido un daño o perjuicio cualquiera, en el patrimonio económico, o en el patrimonio moral, por las actividades del abogado a quien se acusa. Tal perjuicio no se acredita con la simple afirmación de la persona que dice sufrirlo, sino que es menester demostrarlo legalmente, mediante la participación en relaciones jurídicas y que pueda dar origen a la querella, y el demandante no ha de limitarse a asumir el papel de persona a cuyo conocimiento llegan los hechos constitutivos de delitos, que deben denunciarse por mandato del artículo 12 del Código de Procedimiento Penal. De aquí se desprende que si el querellante no logra acreditar su condición de parte, según el criterio civil, carece

de acción para provocar el juicio sumario contra el abogado y el juzgador queda inhibido para pronunciar sentencia, lo mismo que cuando no resulta la legitimación en causa tratándose de procesos civiles. El efecto es el mismo que lleva, en procedimiento penal, a un auto de sobreseimiento, con las hipótesis previstas por el ordinal primero del artículo 437 del Código de la materia".

"Con base en las procedentes enseñanzas, es indudable que lo que ha debido hacer el H. Tribunal de Medellín desde un principio era rechazar rotunda y terminantemente la querella instaurada por el señor Castellanos contra los abogados Jiménez Ramírez y Uribe Misas, pues de los escritos que obran a los folios 1 al 7 del cuaderno número uno, y 5 a 10, del número segundo (contentivos ambos y en idénticos términos, de la querella iniciada contra los mencionados profesionales) no se deduce ni siquiera se puede presumir un interés legítimo o jurídico, que pudiera darle a los querellantes el carácter de "parte interesada" en la acción disciplinaria correspondiente.

"Esta falta de personería se demuestra, además, con lo expresado por el mismo señor Castellanos en su declaración del folio 177 del primer cuaderno, y en los libelos o panfletos de los folios 138 y ss.; 173 y ss. del cuaderno primero y 7 y ss. del cuaderno tercero.

"Por otra parte, es evidente que tan acerbas acusaciones hechas a la señora viuda de Isaza como al señor Morris, no descansan en un legítimo interés del señor Castellanos, pues que a éste en nada lo perjudicaron porque en modo alguno se relacionaban con el mismo,, los hechos noticiados. Y la carencia de un legítimo interés, conforme a la ley sobre moral profesional, impide que se adelante el procedimiento.

"Siendo lo que se anota evidente, se infiere entonces que en este negocio y desde su iniciación se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el ordinal segundo del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, causal la cual es de imperioso reconocimiento y aplicación por ser una disposición de orden público y de interés general y social.

"Por lo demás, a los distinguidos abogados acusados, les bastará para su satisfacción el reconocimiento que de su elevada corrección ha hecho el H. Tribunal de Medellín, cualidad ésta que el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal no tiene inconveniente en admitir también.

"b.— **Prescripción de la acción penal.**

"Como simple cuestión de interés meramente jurídico, es de observar que en el presente caso la acción pertinente, por tratarse de contravenciones, se hallaba prescrita al momento de fallar, en vista de lo que estatuye el artículo 11 del Código Penal, que es la disposición aplicable en estos casos, según lo ha sostenido este Despacho reiteradamente".

SE CONSIDERA:

La Sala prohija la tesis del señor colaborador Fiscal, por cuanto ella se ciñe a la realidad procesal y a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, en cuanto a la naturaleza de las acciones consagradas por los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945, y por cuanto el quejoso, señor Castellanos, no demostró de modo alguno haber sufrido daño o perjuicio económico o moral por las actividades profesionales de los abogados a quienes acusa.

Por lo tanto, la Sala habrá de decretar la nulidad de este juicio, como lo solicitó el señor Procurador Delegado en lo Penal, por ilegitimidad de personería en el querellante y por cuanto éste no es asunto de aquellos en que pueda procederse de oficio, con base en lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 198 del C. de P. P., que establece como causa de nulidad en los procesos penales la ilegitimidad de la personería en el querellante.

Esta causal de nulidad es aplicable a los juicios especiales consagrados por la ley 69 de 1945, reglamentaria de la profesión de abogados, pues dichos juicios, por su finalidad y naturaleza, son verdaderos procesos penales, con los que se busca sancionar las faltas cometidas contra le ética profesional por los abogados autorizados por la misma ley para el ejercicio de la abogacía.

La nulidad que existe en este juicio por falta de legitimidad de personería en el querellante o quejoso Luis A. Castellanos, habrá de decretarla la Sala, a pesar de la manifestación expresa de los abogados acusados de que allane dicha nulidad, por cuanto ésta no es subsanable, y así cuando ocurre en un juicio, debe declararse sin lugar a ordenar que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, por cuanto el artículo 200 del C. de P. P. no lo permite.

La querella, y por lo tanto la legitimidad del querellante, es una condición de procedibilidad según opinión de los modernos procesalistas. En consecuencia, cuando inicialmente se observa la

falta de legitimidad del quejoso o querellante en un proceso que no puede iniciarse ni adelantarse oficiosamente, el proceso no puede incoarse; si esta falta se observa cuando ya el juicio se ha adelantado, deben tenerse como ineficaces y sin valor los actos procesales realizados, y por lo tanto, declararse la nulidad correspondiente. Esta falta de validez se funda en que faltando la condición de procedibilidad de la legitimidad de personería del querellante, los actos procesales no han podido producir el efecto preclusivo, necesario para el desarrollo procesal, y así no teniendo estos actos fuerza vinculante, por falta de una condición necesaria, se desemboca en la total ineficacia e invalidez del proceso.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 200 del C. de P. P., no puede subsanarse el proceso anulado por ilegitimidad de personería en el querellante, ni aun presentando dentro del mismo proceso nueva querella por quien tenga derecho a ello, ni convalidando en tal forma los actos procesales realizados. Esto, naturalmente, no es óbice para que el legítimo querellante, dentro del término legal, pueda iniciar un nuevo proceso, distinto y válido, pero sin tener en cuenta en lo más mínimo el proceso que fue anulado, el que no puede aportar nada al nuevo proceso por cuanto es absolutamente ineficaz.

La norma del artículo 200 tiende, entonces, a evitar toda revalidación de un proceso anulado por causa de la ilegitimidad de la personería en el querellante.

La declaratoria de nulidad que habrá de decretarse en este proceso no es obstáculo para que la Sala, accediendo a lo solicitado por el doctor Alfonso Uribe Misas, en su memorial del 30 de septiembre, disponga lo conducente en orden a que por la autoridad correspondiente se investiguen los hechos por él imputados en dicho memorial a los señores Eduardo Isaza Villa y Luis A. Castellanos, atribuyendo a aquél la autoría intelectual de la queja que dió origen a este juicio, y a quien calificaba como "peligroso maleante" y "como asesino moral de su anciana madre".

DECISION:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Declarar la NULIDAD de todo lo actuado en este juicio desde el auto de fecha veintisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho en que se ordenó tramitarlo.

2º Enviar copia del memorial de fecha 30 de septiembre de 1960, suscrito por el doctor Alfonso Uribe Misas, al señor Juez Penal del Circuito de Medellín (repartimiento), a fin de que investiguen los delitos denunciados en dicho memorial e imputados al señor Eduardo Isaza Villa y al quejoso Luis A. Castellanos A.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Primitivo Vergara Crespo—Carlos Reyes Posada, Conjuez.—**Pioquinto León L.** Secretario.

NULIDAD DE UN JUICIO ADELANTADO, POR DELITO DE HOMICIDIO, CONTRA UN AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL

1—Si se analizan los artículos 381 y 547 del Código de Justicia Penal Militar, es fácil entender que la facultad del juez de primera instancia, para nombramiento de Fiscal, está reducida a los Consejos de Guerra Verbales, sin que pueda ejercerla en los que siguen el procedimiento militar ordinario.

2—El Decreto 350 de 1958 no conservó el fuero castrense para los delitos comunes, salvo que su comisión tenga lugar en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público; pero en estos eventos excepcionales de que da cuenta el ordinal 2º del artículo 308 del Código de J. P. M., necesariamente debe estar vigente el fuero al tiempo del juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponete: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

V I S T O S :

Compete a la Corte —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 320 y 597 del C. de Justicia Penal Militar (Decreto Legislativo Nº 0250 de 1958), conocer del recurso extraordinario de casación interpuesto en este negocio por el procesado JOSE ANTONIO LONDOÑO LOPERA contra la sentencia dictada el 8 de marzo último por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual le impuso la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesarias pertinentes, como responsable del delito de homicidio.

La demanda fue formulada, en tiempo hábil, por el doctor Gregorio Quiñones Gómez, abogado titulado e inscrito, a quien el recurrente constituyó su apoderado.

H E C H O S :

Aparecen relatados en la providencia enjuiciatoria, lo mismo que en las sentencias de primero y segundo grados, en estos términos:

"Refieren los autos que el día treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, el Agente de la Policía Nacional, Unidad "Antioquia", de nombre **Londoño Lopera Antonio José**, llegó en las primeras horas de dicho día, a la cantina de propiedad de Rafael Antonio Cardona Cañaveral, situada en el barrio de Las Camelias de esta ciudad y denominada Bar España, donde se encontraba trabajando la muchacha Lilliam Pérez Alzate, con quien tenía relaciones íntimas, a preguntar por ésta y requerirla de amores, cuando al dar la orden el dueño de la cantina, Cardona Cañaveral, de que la muchacha Lilliam debía salir de compras, el agente Londoño Lopera se opuso a las pretensiones del dueño del establecimiento de manera insistente, hasta obligar a la muchacha a desobedecer las órdenes recibidas de su patrón.

"En la cantina se encontraba Arquimedes Pérez Ortega, quien, en asocio del dueño de la misma, reconvinieron al Agente Londoño Lopera para que dejara a la muchacha ocuparse de sus quehaceres, a lo que se opuso nuevamente el Agente, encañonando con su revólver al joven Arquimedes, y agarrando a la muchacha por el pelo, la sacó hasta la carretera, llevándola adelante de la cantina, en donde fueron interceptados por Rafael Antonio Cardona y Arquimedes Pérez Ortega, quienes procedieron a introducirla en un taxi, librándola por el momento, de la persecución del Agente.

"El mismo día, treinta de septiembre de mil no-

vecientos cincuenta y siete, en las primeras horas de la noche, regresó a la cantina llamada Bar España el Agente de la policía Londoño Lopera acompañado del Agente Franco Giraldo Luis Antonio, con el fin de entrevistarse con la muchacha Lilliam, quien al darse cuenta de lo ocurrido, huyó de la presencia del Agente, refugiándose primeramente en la cantina referida y luego en casa de una de sus amigas".

"En establecimientos de cantinas cercanas y por esas horas se encontraban libando cerveza Rodrigo Melguizo Pérez, Carlos Enrique Cárdenas y Arquimedes Pérez Ortega, cuando el Agente Londoño Lopera, quien se encontraba en busca de la muchacha, fue visto por el occiso (sic) surgiendo el comentario de éste con sus amigos en el sentido de manifestarles que el dicho Agente lo había amenazado con bala la mañana del mismo día.

"Los individuos nombrados, Rodrigo Melguizo Pérez, Carlos Enrique Cárdenas y Arquimedes Pérez Ortega, siguieron entonces hacia el Bar Medellín sitio en el cual y en su frente, se encontraron con el Agente Londoño Lopera y al repetirse por parte del occiso el comentario anterior, el Agente nombrado sacó su revólver y disparando varias veces contra Melguizo Pérez y Carlos Enrique Cárdenas, alcanzó con sus disparos a Arquimedes Pérez Ortega, causándole la muerte, casi instantáneamente..."

DEMANDA DE CASACION

Dos causales, de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P., invoca el recurrente: la 4ª, "porque se produjo sentencia en un juicio viciado de nulidad", y la 1ª, de modo subsidiario, "ya que en materia grave de procedimiento se aplicó indebidamente la ley".

Como en verdad la demanda sólo se refiere a vicios de procedimiento, sin hacer estudio alguno para la impugnación del fallo frente a la causal 1ª de casación, importa a los fines de esta decisión el examen de la causal alegada como principal, teniendo en cuenta, en primer término, los fundamentos principales de la demanda.

Previa cita del artículo 26 de la Constitución Nacional, base de las nulidades supralegales en los juicios de orden criminal, en orden a demostrar que no hubo en este proceso la plenitud de las formas propias, hace los siguientes reparos:

1º Que en la sentencia de primera instancia —visible a fls. 156— hace referencia en su motivación al veredicto pronunciado por los vocales del Consejo de Guerra Verbal, lo que da a entender, a juicio del recurrente, que el negocio se tramitó por este especial procedimiento, no aplicable al caso de autos, cuyo trámite es el previsto en el Capítulo I, Título VI, Libro Cuarto del C. de J. P. M.

2º Que la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, que confirmó la del Comando de las Fuerzas de Policía-Unidad Antioquia, no se refiere a un fallo dictado por Juez de primera instancia, sino por la Presidencia del Consejo de Guerra.

De estos dos primeros reparos que para nada inciden en las formas propias del juicio, deduce el señor apoderado "que se violó la norma constitucional arriba transcrita porque se aplicó un procedimiento desfavorable para la defensa de Londoño, ya que el procedimiento de la justicia ordinaria por su amplitud en los términos probatorios, la previa lista de jurados y numerosas solemnidades fundamentales es a los intereses de la defensa más favorable".

3º Que la justicia castrense "no tiene competencia para juzgar delitos comunes cometidos en la época de estado de sitio por miembros de las Fuerzas Armadas en razón de que el procedimiento es restrictivo y desfavorable a la defensa", lo que entraña "la nulidad constitucional emanada de lo dispuesto en el artículo 26". Estima el recurrente "que la justicia militar no tenía competencia para el juzgamiento de Londoño, ni por el procedimiento del Consejo de Guerra Verbal ni del Consejo de Guerra Ordinario"

4º Que no sólo fue violado el artículo 589 del C. de J. P. M. al aplicar "un procedimiento extemporáneo", sino que, además, se incurrió en nulidad por el Comando de la División Antioquia al dictar la providencia que aparece a fls. 124, en que dispuso nombrar fiscal para la causa al señor Capitán Aníbal Maldonado Pérez, porque con este proceder fue violado el artículo 381 ibidem.

Esta la síntesis de los cargos hechos por el demandante, con fundamento en la causal 4ª de casación, única que deberá considerarse ya que lo alegado en cuanto a la causal 1ª es de la esencia de aquella.

RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Se opone el señor Procurador General de las Fuerzas Armadas en su concepto de fondo —fls. 19 a 23 del Cuaderno 2º— a que se case la senten-

cia recurrida, y abona en pro de su tesis las siguientes razones:

1ª Que la alusión en la parte motivo del fallo de primera instancia al "fallo o veredicto pronunciado por los Vocales del Consejo de Guerra Verbal", no está indicando que al juicio se le haya dado un trámite distinto al ordinario. "Trivial cuando menos —expresa la Procuraduría— resulta tal argumento, porque de una parte la frase se halla en la motivación de la Sentencia de Primera Instancia y no en la parte resolutiva; en la Sentencia de Segunda Instancia que sería la atacada, en forma clara se dice que el procedimiento aplicado fue el del Consejo de Guerra, y el plenario arroja esta verdad procesal".

2ª Respecto al cargo de que el fallo de primer grado lo profirió el Presidente del Consejo de Guerra, y que así lo confirmó el Tribunal, para dejar entender el señor apoderado que hubo la aplicación de un procedimiento impropio, distinto al ordinario, con toda lógica observa el señor representante del Ministerio Público:

"Se anota que el Código de Justicia Penal Militar establece tres procedimientos: uno que señala el artículo 590, otro que es el de los Consejos de Guerra Verbales regulado por los artículos 566 y siguientes y finalmente el del Consejo de Guerra previsto en los artículos 536 y siguientes, que fue justamente el aplicado en este juzgamiento. Luego erró el demandante al creer que se había aplicado el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales. Y es indiscutible que este último procedimiento es el más favorable y el que ofrece mejor garantía al procesado.

"Ahora bien, da la circunstancia de que el Juez de primera instancia es la misma e idéntica persona que el Presidente del Consejo de Guerra, porque en el Capítulo VII, Título III, Libro Tercero del Código de Justicia Penal Militar se señalan los Jueces de Primera Instancia para la Policía Nacional, y el artículo 536 y siguientes establece, que el Juez de Primera Instancia califica el proceso, le da el trámite correspondiente, convoca el Consejo de Guerra y lo preside como Presidente, tal como claramente lo establece el artículo 547 del Código de Justicia Penal Militar que dice: 'El Consejo de Guerra tendrá el siguiente personal: Un Presidente, que será el mismo Juez de Primera Instancia; tres Vocales que serán Oficiales pertenecientes a la misma repartición, sorteados de listas elaboradas anteriormente; caso de que no existiera personal suficiente para ello, podrá incluírse en la lista de nombres de Oficiales de otra repartición o en retiro; un Fiscal, y un Secretario, nombrados por el Juez".

La cita del artículo 547, como más adelante se verá, no es del caso por lo que se refiere a la designación del Agente del Ministerio Público en los Consejos de Guerra ordinarios.

3ª En cuanto a la falta de competencia de la justicia militar, estima la Procuraduría General de las Fuerzas Armadas que el cargo no es valedero porque las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, lo que equivale a decir, para el caso a estudio, que si bien la infracción ocurrió en octubre de 1957, el trámite para el juzgamiento del agente tenía que ser el del Decreto 0250, de acuerdo con el artículo 619 del mismo.

4ª El nombramiento por el Juez de primera instancia de agente del Ministerio Público, no lo encuentra irregular la Procuraduría, precisamente con base en el artículo 547 del C. de J. P. M., antes citado, y por lo que preceptúa el artículo 381 de la misma obra. Dice al respecto la vista fiscal:

"Es indudable que el distinguido recurrente no leyó todas las normas que regulan el procedimiento del Código de Justicia Penal Militar, porque el Artículo 381 establece que cada Juez de Primera Instancia tiene un Fiscal Permanente, **salvo las excepciones establecidas por el mismo Código, y** el artículo 547 al decir cuál es el personal que integra el Consejo de Guerra que faculta en forma expresa al Presidente del mismo o Juez para nombrar el Fiscal y el Secretario.

"La organización de las Fuerzas Militares y el principio que regula el Código de que la Primera Instancia sea siempre tramitada por militares, obliga al legislador previsivo a excepcionar en casos como el presente y por esto el nombramiento del Fiscal en el Consejo de Guerra hecho por el Juez no debe extrañar a quien conozca la organización y funciones en la carrera de las armas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª La impugnación del fallo por las informalidades que se reseñaron en los dos primeros puntos en el acápite que se ocupa de la demanda, no tiene contenido jurídico serio que autorice la declaratoria de nulidad de lo actuado, por violación del artículo 26 de la Carta, y en este aspecto la Corte estima atinentes las observaciones del señor Procurador General de las Fuerzas Armadas.

2ª Admitido que a este proceso se le dio un curso que es propio a los Consejos Ordinarios de Guerra, como bien claro resulta del examen de la ac-

tuación cumplida, es evidente que la primera instancia incurrió en grave falla al designar, por sí y ante sí, el Agente del Ministerio Público, pues si se analizan los artículos 381 y 547 del C. de J. P. M., es fácil entender que la facultad del Juez de primera instancia para nombramiento de fiscal está reducida a los Consejos Verbales, sin que pueda ejercerla en los que siguen el procedimiento militar ordinario.

3ª Pero no insistirá la Sala en esta anormal determinación tomada en la primera instancia del juicio, no empece a que genera una nulidad constitucional, por cuanto el proceso resulta afecto de otro vicio relativo a normas sobre jurisdicción y competencia que habrá de determinar la invalidación del fallo.

En efecto:

El delito atribuído al acusado ocurrió, como ya se dijo, a principios de octubre de 1957. Para entonces y por virtud del Decreto 1426 de 1954, el conocimiento de los autos correspondía a la justicia militar. Esa competencia, sin consideración a que el territorio de la República estuviera en estado de sitio, y el consiguiente fuero militar para el agente del delito, subsistió hasta la expedición del Decreto 0250, es decir, hasta el 11 de julio del año de 1958.

Bajo el imperio de este nuevo Código de Justicia Penal Militar la situación respecto de la competencia y del fuero respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas (que incluye a los Agentes de la Policía), varió fundamentalmente.

De una parte, el ordinal 2º del artículo 308 dio competencia a la justicia penal militar para conocer de "los delitos establecidos en las Leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del Orden Público"; y de otra, en los artículos 618 y 619, en su orden, dispuso:

"Los procesos en curso que por razón de éste Decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción, se remitirán inmediatamente en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal".

"Las disposiciones procedimentales contenidas en este Decreto se aplicarán a todos los procesos de competencia de la jurisdicción militar que estén en curso, cualquiera que haya sido la fecha de su iniciación, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 153 de 1887".

Por Decreto 321 de 1958 fue levantado el estado de sitio en la mayoría de los Departamentos, entre ellos Antioquia, territorio dentro del cual ocurrió el delito a que se refiere el proceso. La disposición aludida tuvo vigencia a partir del 27 de agosto de 1958.

4ª En estas condiciones, se tiene: la justicia castrense tuvo competencia para el conocimiento del proceso contra Londoño Lopera hasta la fecha últimamente citada, como que en ella perdió el acusado el fuero garantizado en derecho, primero por el Decreto 1426 de 1954, luego por el Decreto 0250 de 1958, en cuanto el lugar de comisión del delito se mantuvo bajo el estado de sitio. Levantado éste, se imponía para el caso de autos, dar aplicación a los artículos 618 y 619, atrás copiados.

5ª Así se deduce en consideración a que el Decreto 0250 no conservó el fuero castrense para los delitos comunes, salvo que su comisión hubiera tenido lugar en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público, pero en estos eventos excepcionales de que da cuenta el ordinal 2º del artículo 308 del C. de J. P. M., necesariamente debe estar vigente el fuero al tiempo del juicio. Cuando la justicia militar avocó el conocimiento del proceso para su calificación de fondo por el Comando de la Policía de Antioquia, ya había cesado el estado de sitio en esa sección del país. En efecto, el auto de proceder lleva fecha 24 de julio de 1959, y del negocio empezó a conocer dicho Comando en virtud del auto proferido por la Cuarta Brigada el 14 de noviembre de 1958, en el que dispuso, con base en el artículo 347 del C. de J. P. M. remitir el sumario "al señor Comandante de la Policía del Departamento de Antioquia, por ser de su competencia".

6ª Si el Decreto no mantuvo el fuero castrense para delitos comunes, salvo las excepciones de que trata el ya citado artículo 308, ni ese fuero tiene efecto retroactivo, resulta claro que la competencia para juzgar a Londoño Lopera es de la justicia ordinaria.

7ª Hay, pues, incompetencia de jurisdicción, causal de nulidad que la ley de procedimiento penal consagra y que a la vez tiene amparo en el artículo 26 de la Carta, como que todo procesado debe ser juzgado "ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Sin más consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor

Procurador General de las Fuerzas Armadas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida a que se ha hecho mérito, y DISPONE devolver el proceso al Tribunal de origen para que se reponga el procedimiento, a partir del auto de 14 de noviembre de 1958, según lo indicado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L., Secretario.



SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO A FAVOR DEL CORONEL DANIEL CUERVO ARAOZ, EX-GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Corresponde a esta Sala calificar el mérito del sumario adelantado contra el ex-Gobernador de Caldas, Coronel Daniel Cuervo Araoz, a virtud de denuncia formulada ante la Comisión Nacional de Instrucción Criminal, por el doctor Ignacio Vélez Estrada, Contralor de dicho Departamento, el 15 de abril de 1958, por actuaciones realizadas por el expresado ex-Gobernador durante el tiempo en que ejerció el cargo oficial.

HISTORIA Y ORIGENES DE LA INVESTIGACION

Los relata el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en la forma siguiente:

"Ante el Despacho de la Comisión Nacional de Instrucción Criminal el señor Contralor del Departamento de Caldas incoó denuncia contra el ex-Gobernador del mismo, Coronel Daniel Cuervo Araoz, vinculada a presuntos ilícitos realizados por éste durante el lapso en que estuviera al frente de esa administración.

"La Comisión, avocando el conocimiento de los hechos, emitió el correspondiente auto cabeza de proceso mediante el cual dispuso la práctica de numerosas diligencias, y del cual resaltamos lo enunciado en el numeral d) que reza en la siguiente forma:

"Por lo tanto, esta investigación se contraerá al hecho de la celebración del contrato para la adquisición por el Departamento de Caldas de cincuenta volquetas marca 'Chevrolet' por la suma de un millón cien mil pesos M. C., y en lo que respecta a los demás hechos que se han enumerado, se abrirá por separado la investigación a que dé lugar..."

"En esta forma quedó limitado el ámbito investigativo del negocio.

"Debe hacerse notar que esta Procuraduría, con fecha 11 de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, y en oportunidad idéntica a la presente, solicitó a esa H. Corte un sobreseimiento temporal a favor del mencionado Coronel Cuervo Araoz por los cargos que le aparecen en esta sumaria, y, que tal concepto fue acogido por la Corporación, al tiempo que, por encontrar operantes para el caso las pruebas que este Despacho insinuaba ordenó procurarlas para el sumario reabriendo a tal efecto la investigación.

"Al momento actual estos elementos se hallan recaudados y debidamente diligenciados dentro del negocio.

"DE LA COMPETENCIA DE ESA H. CORTE PARA CONOCER DE ESTE NEGOCIO

"Ella está debidamente conformada mediante los documentos procesales que se discriminan así:

"1º Original autenticado por el Ministerio de Gobierno, del Diario Oficial en edición correspondiente al 12 de octubre de 1956 dentro del cual se halla inserto el texto del Decreto número 2407 del mismo año(septiembre 28) por intermedio del cual el Presidente de la República nombró Gobernador del Departamento de Caldas al Coronel Cuervo Araoz (fls. 250, 1º cuad.).

"2º Copia auténtica del acta de posesión del mismo Coronel para el cargo referido (fl. 251 v.).

"De esta manera queda plenamente fijada la competencia por la H. Corte, según lo dispuesto en el artículo 42 ordinal 6º del C. de P. P.

"RELACION DE LOS HECHOS

"Esta Procuraduría reproduce la efectuada con ocasión del primitivo concepto sobre el mérito del sumario que obra a folios 69 y siguientes del cuaderno cuarto. Dice ella así:

"Emerge de autos, que aproximadamente, hacia el mes de octubre de mil novecientos cincuenta y seis se iniciaron en la Gobernación del Departamento de Caldas, presidida en aquella época por el Teniente Coronel Daniel Cuervo Araoz, algunas gestiones tendientes a obtener la adquisición de cincuenta (50) volquetas para el servicio de Obras Públicas.

"Ante la dificultad de obtener los vehículos por conducto oficial, —conforme lo sostenido por el incriminado— el Gobernador Cuervo Araoz procedió a iniciar averiguaciones personales a fin de lograr que alguna firma comercial le hiciera la negociación aludida, movido por el deseo de verificar la operación en el menor tiempo posible, dado el conocimiento que había tenido en el sentido de que pronto se haría difícil la importación de tales vehículos, a causa de la escasez de divisas con que contaba el país en ese entonces, por lo cual era fácilmente previsible un aumento en el precio de los existentes en poder de algunas compañías dedicadas a estas actividades comerciales.

"Como resultado de sus gestiones, se puso en contacto con el señor Mario Salazar Vélez, quien representaba a la firma denominada "Inversiones Rurales de Bogotá" cuyo objeto social era principalmente celebrar negociaciones de finca raíz y el cual hacia septiembre u octubre de 1956 había iniciado conversaciones con la firma "Compañía General Automotriz S. A." para lograr la adquisición de un número igual de volquetes, para dedicarlos a diversos menesteres en la nueva urbanización "El Cedrito". El señor Salazar Vélez le comunicó al Coronel Cuervo Araoz que estaba en capacidad de venderle las 50 volquetas al Departamento de Caldas, pero cobrando una comisión del 20%, a la cual fue posteriormente disminuída el 10%, al precio de $ 22.000.00. Dichos vehículos los había obtenido a $20.000.00 cada uno. Esto ocurría a mediados del mes de diciembre de 1956.

"El Coronel Cuervo Araoz, después del anterior ofrecimiento, regresó a Manizales, pues él personalmente estuvo en diversas ocasiones en Bogotá haciendo las gestiones sobre el particular, a informar de la situación futura que vendría sobre la imposibilidad de importar vehículos como los que necesitaba el Departamento de Caldas y, también, a ordenar a los miembros de la Junta de pedidos se reunieran, no obstante estar disfrutando de las vacaciones anuales de rigor, para que culminaran positivamente la negociación tratada con el señor Mario Salazar Vélez.

"En desarrollo de lo anterior, se reunieron los integrantes de la Junta de Pédidos del Departamento de Caldas señores Carlos Arbeláez, Secretario de Hacienda y Presidente de la Junta, Mayor Pablo Ronderos, Secretario General de la Gobernación, Gonzalo Cardona Arias, Director del Departamento de Provisiones y Uriel Cardona Chica, Almacenista Departamental y Secretario de la Junta, no habiendo acudido únicamente sino uno de sus miembros, el señor Jaime Duque Ramírez, Auditor de la Contraloría, en representación del Contralor Departamental. Esta reunión tuvo por finalidad informar a los asistentes de la negociación adelantada por el Coronel Cuervo Araoz y como tal gestión se considerara un "hecho cumplido" los integrantes de la Junta procedieron a suscribir el documento que les presentara el Capitán Pablo Ronderos y que contenía la "confirmación del Pedido" de 50 volquetas. La fecha de ocurrencia de este incidente fue el 18 o 19 de diciembre de 1956.

"Posteriormente, el 15 de enero de 1957 la Junta de pedidos se volvió a reunir y en esta ocasión, con la asistencia de Jaime Duque Ramírez, Auditor de la Contraloría en representación del Contralor Departamental, se procedió a impartir la aprobación del negocio cuestionado. De lo acontecido en esta fecha se dejó la constancia respectiva, por medio del Acta Nº 42, acreditando además, que se habían presentado cotizaciones de las siguientes firmas: Panauto Ltda., Auto-Rent y Leonidas Lara e Hijos de Bogotá; esta última ofreciendo algunas volquetas a $19.500.00 por unidad.

"Cumplido lo anterior, se adelantaron las gestiones necesarias para obtener la legalización de las cuentas respectivas hasta girar los cheques números 456792, 166366 y 190957 por valor de $220.000.00 cada uno, con fecha enero 15 de 1957, y tres por valor de $25.449.20, $194.550.80 y $220.000.00 fechados en febrero 5 de 1957. De manera que así quedó cubierto el valor de la negociación.

"Dice el señor Alfredo Patiño Botero (fl. 211 v. cuad. 1º) quien desempeñaba el cargo de Tesorero de valorización Departamental, que fue requerido por el Banco Popular para el pago inmediato de las cuentas a favor de "Inversiones Rurales Ltda." alegando que "era orden del señor Gober-

nador cancelarla inmediatamente". También afirma este declarante que debió cubrir a la misma Institución Bancaria la suma de $ 5.500.00 "por el transporte de dichos vehículos hasta Manizales; y a la Compañía Granadina de Seguros y La Libertadora la suma de TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS ($ 31.580.00) por concepto de seguros".

"En la misma fecha en que se giraron los últimos cheques a la firma "Inversiones Rurales Ltda." el 5 de febrero de 1957, en la Notaría 8ª del Circuito de Bogotá se otorgaron las escrituras públicas Nos. 261 y 262 en las cuales se protocolizaban las siguientes ventas: 1ª la de la Sociedad Inversiones Rurales Ltda. a favor del Coronel Daniel Cuervo Araoz por valor de $43.744.20 consistente en los lotes números 3 y 4 de la manzana 71 de la Urbanización "El Cedrito" y 2ª la del Coronel Daniel Cuervo Araoz a Mario Franco Ruiz por el precio de $35.257.75 sobre el inmueble citado en la Urbanización "Belalcázar". El dinero recibido por el vendedor en esta ocasión fue entregado a Mario Salazar Vélez representante legal de Inversiones Rurales Ltda., para abonar al precio de los lotes adquiridos por el Coronel Cuervo Araoz quedando en su contra un crédito por $9.900.00".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Delegado en lo Penal, a quien le ha correspondido intervenir en este proceso, después de hacer un detenido examen de las pruebas, especialmente las producidas después de reabierta la investigación, llega a las conclusiones siguientes:

"Las pruebas allegadas, con especialidad la inspección ocular hecha sobre los libros de Contabilidad de la firma "Inversiones Rurales Ltda." a objeto de corroborar la presencia de la operación contable a que se dió lugar con la venta de un lote perteneciente al Coronel Cuervo Araoz y de dos más de dicha sociedad, a más de comprobar la relación del crédito en contra del dicho Coronel, (fls. 121 v. y ss. del cuaderno 4º) es tan clara en sus conclusiones y tan evidente en cuanto a las constataciones realizadas ante peritos juramentados en forma debida, que, esclarece la duda que diera pábulo a este Despacho para solicitarla como prueba. Acompañan a esta inspección fotoscopias ilustrativas (fls. 124 y ss. cuaderno 4º).

"La declaración del Vice-Almirante Piedrahita (fl. 145 y ss. cuad. 4º) las certificaciones del Banco Popular, (142) de las firmas Panauto Ltda. (fl. 141), Leonidas Lara (136), Buraglia Ltda., (135) la declaración de Héctor Aristizábal, (fl. 139 v.) la certificación o constancia del Banco de la República —Oficina de Registro de Cambios en relación con los cierres transitorios de importaciones— por la época a que se reduce la investigación, (fl. 130) las certificaciones de la Compañía General Automotriz, (fl. 119 y ss.) la inspección en la Secretaría de Hacienda de Caldas y en el Archivo General de la Contraloría del mismo Departamento (fls. 109, 110), sobre los documentos de "órdenes definitivas", la certificación del Banco Popular, (Sucursal de Manizales) (fl. 107 y ss.) sobre actividad desarrollada ante dicha entidad por el Coronel Cuervo para un pronto pago a "Inversiones Rurales", la adjunción original de varios papeles hallados en los Archivos de la Secretaría de Obras Públicas, (fls. 103 y ss.) las explicaciones rendidas por Emilio Salazar Arango en su declaración (fl. 100 cuad. 4º) en relación con su actividad en la negociación con "Inversiones Rurales Ltda."; etc., permiten, con nuevos y valiosos elementos de juicio, disipar dudas y elaborar conclusiones claras en lo que respecta a las gestiones cumplidas por el Coronel Cuervo, como Gobernador del Departamento de Caldas y relacionadas con la compra de automotores materia de esta investigación.

"El ya completo acervo probatorio lleva a afirmar que el cargo de cohecho que al citado funcionario le fuere imputado no existe comprobado en forma alguna; y que, las versiones dadas por el incriminado hallan respaldo en el texto de las pruebas y elementos de convicción aportadas.

"En tal razón, satisfecha en forma exhaustiva la investigación, y amoldándose la situación de preceptos legales del artículo 437 del C. de P. P., esta Procuraduría, atentamente solicita a la H. Corte se sirva proferir un auto de sobreseimiento definitivo á favor del Coronel Daniel Cuervo Araoz por los cargos que le aparecen en estas sumarias".

CONSIDERACIONES:

Si en un principio parecía sospechosa la conducta del sindicado en sus actuaciones como Gobernador del Departamento de Caldas, y en relación con su intervención en la compra, para la entidad que administraba, de cincuenta volquetas marca "Chevrolet", especialmente por la circunstancia de que en la época en que se perfeccionó dicha negociación el imputado adquirió para sí y de la misma compañía vendedora de dichos vehículos, la socie-

dad "Inversiones Rurales Limitada", dos lotes de terreno situados en la Urbanización "El Cedrito", por la suma de $43.744.20, dando así lugar a suponer que este era un precio ficticio que encubría una dádiva, como retribución de un verdadero "contrato ilícito" celebrado en perjuicio de la administración pública, que nuestra ley define y sanciona como delito del "Cohecho", las pruebas practicadas, principalmente la inspección ocular en los libros de comercio de dicha sociedad y las declaraciones de renta del Coronel Cuervo Araoz, así como los testimonios del Vice-Almirante Piedrahita, de los señores Emilio Salazar, Mario Franco Ruiz y otros, disiparon la sospecha que dió origen a la investigación, ya que con estas pruebas se estableció, en forma nítida, que la adquisición de los lotes de terreno hecha por el ex-Gobernador fue una compraventa real y lícita, pues la mayor parte del precio fue efectivamente pagado por este en el momento de firmarse la respectiva escritura, con el de la venta que el mismo día y en la misma Notaría recibió de manos del señor Franco Ruiz, a quien el imputado vendió otro lote de terreno urbano por la suma de $35.257.75. En cuanto a la suma de $9.900.00 que el sindicado quedó a deber a la sociedad "Inversiones Rurales Ltda." por el precio de compra de los lotes urbanos, por la diferencia de valor entre estos y el que le pagó el señor Mario Franco, dicha deuda aparece contabilizada y registrada en los libros de comercio y en la declaración de renta de esta sociedad.

Además, aparece comprobado, también con varios testimonios, entre ellos con el del Vice-Almirante Rubén Piedrahita, ex-Ministro de Obras Públicas, que el ex-Gobernador Cuervo Araoz, antes de iniciar la negociación de las volquetas con "Inversiones Rurales Ltda.", hizo ante el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Hacienda, reiteradas e inútiles gestiones con el fin de que estas entidades le suministraran o le ayudaran a importar las volquetas que el Departamento de Caldas necesitaba, para estandarizar su equipo de construcción de carreteras.

Así mismo quedó demostrado que para el perfeccionamiento de la compra de las cincuenta volquetas a la firma "Inversiones Rurales Ltda.", previamente se llenaron los requisitos exigidos entonces para legalizar una negociación de esta naturaleza, tales como la solicitud de cotizaciones a empresas dedicadas a la importación de vehículos automotores, la aprobación de la Junta de Pedidos del Departamento. La comprobación de estas circunstancias se establece con las copias de las actas de la Junta de Pedidos, con las certificaciones de las sociedades Panauto Ltda, Leonidas Lara, Buraglia Ltda., y con los testimonios de los señores Carlos Mejía (f. 196 y 213 del cuad. 1º), Capitán Pablo Ronderos (f. 27, cuad. 2º), Gonzalo Cardona Arias (f. 212, cuad. 1º), Jaime Duque Ramírez, (f. 195 cuad. 1º) y Uriel Cardona Chica (f. 193 y 210 del cuad. 1º) quienes en lo fundamental están acordes acerca de lo ocurrido en la sesión de la Junta de Pedidos verificada el día 15 de enero de 1957 y lo que consta en el acta número 42 de esta Junta.

En relación con la conveniencia de la negociación de las volquetas, el Sr. Emilio Salazar Arango, ex-Secretario de Obras Públicas del Departamento de Caldas, expresa lo siguiente: "La intervención mía con motivo de esa negociación con "Inversiones Rurales Ltda." consistió en darle su aprobación por ser esta firma quien daba los mejores precios y hacían entrega de esas cincuenta volquetas en forma inmediata y número completo, es decir las cincuenta unidades. La aprobación que yo podía darle se la dí porque ya estaba en poder de las informaciones necesarias para que el departamento hiciera una compra ventajosa como en realidad fue esta, pues el alza de dichos automotores fue inmediata en todo el país". Al preguntarle el investigador a este mismo funcionario "si el Coronel Cuervo Araoz u otra persona habían recibido dineros por concepto de la negociación" de las cincuenta volquetas, manifestó: "Creo que únicamente los vendedores de las cincuenta volquetas, señores "Inversiones Rurales Ltda." recibieron el dinero de dicha negociación y en cuanto al Coronel Cuervo Araoz recibiera dineros por concepto de este negocio, en forma rotunda y terminante y categóricamente rechazó la sugerencia de que el señor Gobernador de Caldas, en ese entonces Coronel Cuervo Araoz, hubiera recibido beneficio alguno ni en ésta ni en ninguna de las actuaciones como Gobernador que fué".

El Vice-Almirante Rubén Piedrahita Arango, ex-Ministro de Obras Públicas durante el tiempo a que se contrae esta investigación, en su declaración rendida el 16 de diciembre de 1959 (cuad. 4, fls. 145 a 147), deja en claro los siguientes hechos: a) que en la segunda mitad del año de 1956 el Gobernador Cuervo Araoz le solicitó el servicio de hacerle una importación de vehículos, por intermedio de los organismos del Ministerio y con destino a las Obras Públicas de Caldas; b) que el ex-Ministro aceptó con gusto atenderle la socilitud

"pero el Departamento Legal del Ministerio y la Comisión de Adquisición de esa misma entidad le notificaron que era imposible hacer importaciones de material que no fueran para las Obras Públicas Nacionales"; c) que durante varios meses el ex-Gobernador sindicado continuó tratándole al ex-Ministro sobre el problema de la importación, pero que al fin tuvo que decirle éste que no insistiera más ante el Ministerio de Obras, pues a pesar de su buena voluntad en ayudarlo, el problema sólo podía resolverlo el Ministerio de Hacienda o el Control de Cambios; d) que la licencia de importación no le fue concedida; e) que durante la época en que el declarante fue Ministro de Obras "clamaba permanentemente por la estandarización de material en vista de la heterogeneidad de máquinas para la construcción de vías"; f) que el sindicado "estuvo haciendo gestiones ante el señor Presidente de la República, ante el Control de Cambios, y por su insinuación ante el Ministerio de Hacienda, para ver la manera de obtener una licencia de importación para material de transporte con destino a las Obras Públicas de Caldas"; g) que desde el año de 1954 los automotores y las máquinas de transporte en general tenían variaciones muy considerables en el precio debido a las fluctuaciones de cambio, a las variaciones del Arancel y al cierre temporal de aduanas".

De lo expuesto se concluye, sin lugar a dudas, que el cargo del posible delito de cohecho, que en un principio se le imputó al ex-Gobernador Cuervo Araoz, no aparece en forma alguna comprobado, y que las explicaciones dadas por éste en su amplia indagatoria tienen suficiente respaldo en el contenido de las numerosas pruebas practicadas. En consecuencia, como la investigación se encuentra perfeccionada, es el caso de clausurar definitivamente la etapa sumarial con un sobreseimiento definitivo a su favor, acogiendo lo solicitado por el Ministerio Público en su concepto de fondo.

El señor Mario Salazar Vélez, representante de la sociedad "Inversiones Rurales Limitada", fue indagatoriado en estas diligencias sumarias, por suponérsele como posible cómplice del delito de cohecho imputado al Coronel Cuervo Araoz, pero como esta Sala Penal carece de competencia para juzgarlo, no podrá calificar su situación en este proceso, pero habrá de disponer en cambio, que se saque copia de lo conducente para enviarla al Juez competente para que éste le defina su situación.

DECISION:

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y acorde con el concepto Fiscal, RESUELVE:

1) Sobreseer definitivamente a favor del Coronel Daniel Cuervo Araoz, ex-Gobernador del Departamento de Caldas, por las imputaciones que se le hicieron en este proceso por actuaciones realizadas durante el tiempo que ejerció dicho cargo, en relación con la adquisición de cincuenta volquetas para el citado Departamento.

2) Disponer que se saquen copias de lo conducente y se envíen al Juez Superior de Bogotá (reparto) para que califique la situación del sindicado, señor Mario Salazar Vélez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL EN LA PERSONA DE LA CONYUGE

1—De la circunstancia de que los cónyuges no hayan tenido entre sí relaciones sexuales no se desprende que, en caso de homicidio, sea improcedente la aplicación de la circunstancia agravante de que trata el ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal. La calidad de cónyuge que allí se toma en cuenta como circunstancia de asesinato, no deja de existir, por la falta de consumación del matrimonio. En el contexto de la referida norma penal no se encuentra distinción alguna entre la situación de cónyuges de matrimonio rato y de matrimonio consumado, y no le corresponde al intérprete distinguir donde la ley no distingue.

2—Hay indudablemente una deficiencia técnica en el Código Penal —respecto de la dosimetría legal de la sanción— al dejar sin agravación específica el homicidio que, siendo preterintencional, fue sin embargo cometido en alguna o algunas de las circunstancias de agravación enumeradas en el artículo 363 del Código Penal. Esta ausencia de agravación específica con relación al homicidio, frente a la previsión que hace la ley de las mismas causales para agravar específicamente el delito de lesiones (artículo 379 del C. P.), lleva en ciertos casos a consecuencias incongruentes. Así, quien ocasiona a su cónyuge una lesión personal que determina la pérdida de un órgano o miembro, está sancionado con una pena que en su máximo alcanza a doce años de presidio; pero si la víctima muere y el agente sólo tuvo intención de lesionar, la sanción no puede pasar de nueve años, cuatro meses (artículo 365 del C. P.).

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de 5 de abril de 1960, confirma el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad, fechado el 23 de septiembre de 1959, por el cual le fue impuesta, mediante el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, a LUIS ALFREDO OBANDO CORREDOR la pena de quince (15) años de presidio, mas las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Felipa Obando de Obando.

Contra la referida sentencia recurrió en demanda de casación el doctor Gonzalo Rodríguez, como apoderado de Obando Corredor, recurso sobre el cual entra a resolver la Sala.

HECHOS:

El procesado Luis Alfredo Obando Corredor y la occisa Felipa Obando, primos entre sí, contrajeron matrimonio eclesiástico el 13 de junio de 1954, en la población de Pacho (Cundinamarca), habiendo fijado su residencia en una finca de propiedad del padre de aquel, situada en el Corregimiento de Villa Restrepo, en jurisdicción del municipio de Ibagué.

Dice el procesado, fls. 52 a 53 del primer cuaderno), que "cuando yo me casé con esta señora y me convencí que había sido engañado, por haberla encontrado desflorada y ya con unos cuatro o cinco meses de embarazo, me retiré y en el tiempo de cinco años de haberme casado con ella no hice vida con esta señora... y menos tener relaciones carnales con ella".

Dentro de este estado de separación de los cón-

yuges, si bien ambos residían en la misma finca del señor Juan Obando, padre de Luis Alfredo y tío de Felipa, pero en casas distintas, fueron frecuentes los disgustos entre ellos, llegándose en algunas veces a los maltratos de obra por parte del procesado para con su esposa. Y en el último de tales disgustos, ocurrido el 28 de mayo de 1959, originado en ofensas verbales de Felipa, según afirma Luis Alfredo, éste le arrebató un palo con el cual pretendió aquella agredirlo y con él le causó varias heridas, que posteriormente le ocasionaron la muerte.

ACTUACION PROCESAL:

Da cuenta el sumario de que dentro de la alcoba, que en la casa de Juan Obando ocupaba Felipa de Obando, fue encontrado por dicho señor el cadáver de esta mujer, habiendo dado informe de tal hecho, ese mismo día 29 de mayo de 1959, al Corregidor de Villa Restrepo, municipio de Ibagué, quien cumplió la diligencia de levantamiento del cadáver y adelantó la investigación correspondiente.

Practicada la necropsia (fls. 23 y 23 v.), se encontró que "la causa de la muerte de Felipa Obando de Obando fue una asfixia por compresión toráxica", y que su "cadáver presentaba placas de contusión equimótica" en la rodilla derecha, en el muslo derecho, en el hipocondrio derecho, en la cara posterior del codo izquierdo, en el brazo y el antebrazo izquierdos; así como fracturas de las costillas 7ª, 8ª y 9ª derechas y de las costillas 8ª, 9ª y 10ª izquierdas.

Oído en declaración de inquirir el procesado Luis Alfredo Obando, dijo el 2 de junio de 1959 lo que pasa a transcribirse:

"Sí sé por qué estoy rindiendo esta declaración. Yo hace algo más de cinco años que me casé con la señora Felipa Obando, matrimonio que contrajimos en la población de Pacho y luego me vine con la señora para esta población. Hago constar que cuando entablé amores con esa señora, ella me prometió que estaba honrada, es decir, que se encontraba virgen y en vista de esta promesa y como yo la quería, me casé con ella y ya en la luna de miel pude convencerme de que esta señora no se encontraba honrada y desde ese momento quedé convencido de que había sido engañado por esta mujer y con circunstancia de que me dí cuenta perfecta de que esta señora se encontraba como de cuatro meses de embarazo. Ya la vida para mí se tornó muy amarga, me entró un aburrimiento y vivía muy preocupado por verme burlado y me mantenía pensando de cómo esta señora me había ultrajado mi dignidad de hombre, pues cuando empecé amores con ella, tenía el deseo de hacerla mi esposa, es decir, mi compañera y después de todo esto quedé convencido de que era un fracasado en el matrimonio y ella en lugar de hacerme a mí la vida más llevadera, lo que hacía era hacerme cierta tiradera. No obstante todo esto, yo siempre seguí haciendo vida con ella, pero como el embarazo avanzaba, un día me dijo que se encontraba muy enferma, que la llevara a donde un médico y fue así como un día la llevé a donde el médico de Bolivia, cerca a Cajamarca y ese médico cuando la examinó, me dijo que no se podía hacer ningún remedio, porque esa señora lo que tenía era un embarazo y en verdad, a los pocos días, tuvo una niña que fue cristianada en la Iglesia de San Roque, en Ibagué, pues la misma Felipa me dijo que la había bautizado. En esos días estaba yo jornaliando en donde don Francisco Salinas y cuando tuvo esa niña, diz que vino un hombre y se la llevó y por ese motivo yo ni conocí esa niña".

Luego declara que el día 28 de mayo de 1959, en las horas de la tarde, "cuando yo bajaba, al pasar por frente a la casa en donde se encontraba Felipa, la ví en el patio y yo entré hasta el patio de la casa y le dije: Ud. que se trajo esos quinientos cincuenta y cinco pesos que yo tenía en el bolsillo del overol, qué los hizo?; y, entonces, esta señora se disgustó y me trató muy mal, pues hasta me mentó mi madre y me dijo que si la seguía jodiendo se largaba para donde el padre de la niña, y que no la jodiera porque me rajaba la cabeza con un palo, que ella era la que mandaba, que yo nada tenía que ver con ella, que a mí nada me importaba, y entonces cogió un garrote y se me fue encima y entonces yo la cogí y le quité el palo y con este le dí unos garrotazos, pues tuve que pasar por la pena y después de darle esos garrotazos ella se encerró en la pieza y yo salí y me vine, pero yo no lo hice con la intención de matarla, pues como que Dios quiso que se muriera, para que no sufriéramos más".

Posteriormente, el 9 de julio del mismo año, amplió su indagatoria el procesado para informar lo siguiente:

"...yo cuando me casé con esta señora y que me convencí que había sido engañado, por haberla encontrado desflorada y ya con unos cuatro o cinco meses de embarazo, me retiré y en el tiempo de cinco años de haberme casado con ella, no hice

vida con esta señora, porque me era imposible, ya que sabía que mi dignidad de hombre honorable había sido ultrajada y por eso no viví nunca con ella y menos tener relaciones carnales con ella..." por determinación de mis padres y en vista de que yo no vivía con ella, ésta vivía en compañía de mi padre en la casa de abajo de la finca. En cuanto a las lesiones que le encontraron... esa determinación la tomé no solamente por los ultrajes que recibí, sino por la ira que me causó el solo verla; puedo decir que sentí no se qué se apoderó de mi y pude haber tomado esa determinación, pero nunca tuve la intención de matarla, simplemente traté de castigarla por su actitud vulgar para conmigo".

Fuera de la confesión del procesado no existe otra prueba de los hechos por él admitidos. La averiguación apenas permite deducir los siguientes antecedentes:

a): Que Luis Alfredo Obando y Felipa Obando contrajeron matrimonio en la parroquia de Pacho (Cundinamarca), el día 13 de junio de 1954, (fl. 19);

b). Que en la parroquia de San Roque, de la ciudad de Ibagué, fue bautizada "una niña que nació el nueve de noviembre de este año..." (1954)..., "a quien se llamó María Gloria, hija de Felipa Obando...", sin que conste el nombre del padre. Dicho bautizo se cumplió el día 20 de diciembre de 1954, de acuerdo con el acta del fl. 27 del informativo;

c). Que Felipa Obando de Obando, cuando contrajo matrimonio con el procesado, se encontraba embarazada, (declaraciones de Pablo Emilio Guevara, fls. 3 y 3 v.; de Raimunda Corredor de Obando, fls. 4 v. a 6 v., y de Juan Obando Benítez, fls. 9 v. a 12);

d). Que Luis Alfredo Obando no residía en la misma casa que ocupaba, en la finca de los padres del procesado, Felipa Obando de Obando, (declarantes ya citados y Leopoldo Castillo, (fls. 41 y 42);

e). Que eran frecuentes los disgustos entre los esposos Obando, en los cuales, en varias ocasiones, llegó Luis Alfredo a maltratos de obra contra su esposa Felipa Obando, (declaraciones de Pablo Emilio Guevara, fls. 3 a 4; Roberto Obando, fls. 7 a 8 v.; José Ricardo Castellanos, fls. 8 v. a 9 v.; Benilda Zambrano de Varela, fls. 14 v. a 16; Paula de Castro, fls. 28 y 28 v., y Pablo Emilio Guevara Pedraza, fls. 39 y 39 v.), y

f). Que Felipa Obando de Obando era una persona tímida, humilde y respetuosa del hogar, (declaraciones de Benilda Zambrano de Varela, fls. 14 v. a 16; Paula de Castro, fls. 28 a 29; Cristóbal Hernández, fls. 30 y 30 v., y Roberto Obando, fls. 7 a 8 v.).

Ahora bien:

En las instancias, el defensor de Luis Alfredo Obando alegó la inexistencia de la circunstancia agravadora del homicidio, prevista en el ordinal 1º del artículo 363 del C. P., fundándose en que el procesado no consumó con Felipa Obando el matrimonio; solicitó la aplicación de lo previsto en el artículo 28 del C. P., apoyándose en la afirmación de su defendido, de que obró en estado de ira, y, asimismo, pidió que se considerara la ausencia de propósito de matar, aseverada por su mandante, lo cual, por la sola intención de causar lesiones, implica que el Homicidio porque se le procesa sea calificado como preterintencional, (artículo 365 del C. P.). Pero tanto el Juzgado 2º Superior de Ibagué, como el Tribunal Superior de la misma ciudad, en los fallos citados, rechazaron las consideraciones del defensor, doctor Gonzalo Rodríguez.

LA DEMANDA DE CASACION

El demandante propone contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué la causal segunda de casación, prevista en el artículo 567 del C. de P. P., porque, dice, "los jueces han errado en la apreciación de los hechos que la motivan y que en la sentencia se les atribuye un valor probatorio que no tienen".

Señala, al respecto, los siguientes cargos:

1º Que Luis A. Obando no consumó con su esposa Felipa Obando el matrimonio, pues asevera que no tuvo con ella relaciones sexuales, si se atiende a lo que el procesado manifiesta en su declaración de inquirir. De consiguiente, concluye el demandante, "no puede interpretarse lo que en este proceso se manifiesta como causal agravante para deducir asesinato, porque el matrimonio no estaba perfecto... porque en su esencia él no se perfeccionó. Pudo haber existido el vínculo, el contrato formal; pero el requisito esencial, la consumación, no se produjo y sin este hecho, la agravante de asesinato no tiene consistencia jurídica. Por lo anterior...", agrega,.... "los jueces interpretaron erróneamente la prueba, apreciaron erradamente los hechos y les negaron el valor probatorio que sí tienen...", pues a pesar de que Luis Alfredo Obando expresó que "nunca tuve relaciones con ella"..., con Felipa Obando..., "los jueces

han creído más en la vaga referencia del mismo procesado cuando habla de que ya en la luna de miel fue cuando se dio cuenta del embarazo de su reciente esposa, concluyendo los jueces de esta locución convencional un hecho cierto, el del coito matrimonial, y, por ende, el perfeccionamiento de tal relación mediante la consumación del contrato y del sacramento".

2º Que "el expediente prueba con diversos testimonios...", anota el demandante al formular este segundo cargo... "que Luis Alfredo Obando Corredor solía dar de palos a su mujer, con quien no hacía vida marital. Entonces, si como lo dice el procesado, "yo la cogí y le quité el palo y con éste le dí unos garrotazos, pues tuve que pasar por esa pena y después de darle esos garrotazos, ella se encerró en la pieza y yo salí y me vine, pero yo no lo hice con intención de matarla, pues como que Dios quiso que se muriera para que no sufriéramos más..." y si la mujer murió a consecuencia de tales vapuleos frecuentes, por causa eficiente del último, no puede despreciarse el dicho del incriminado de que él no tuvo intención de matarla, porque este propósito punible se ha predicado con basamento exclusivo en otra frase de Obando Corredor, de aquella que describe que "pasé por la pena de tener que hacerlo, porque llevaba más de cinco años de estar sufriendo...", tomándola literalmente, sin ahondar en su profundidad ni relacionarla con las demás expresiones del mismo reo que todas integradas, miradas dentro del cuerpo indivisible de su confesión, patentizan que el resultado excedió los efectos requeridos en un instante de ira, que fueron rebasados los límites de un propósito cierto pero inferior, en resumen, que acreditan una preterintencionalidad punible en el agente, pero no una intencionalidad simplemente homicida como la aceptada y penada por los jueces, por donde resulta que, también por este extremo del caso, la prueba se apreció en forma errada, se le dió un valor y una trascendencia equivocados y se desconoció el valor probatorio que sí tienen.

"Las aseveraciones del procesado...", agrega... "tienen fuerza de confesión indivisible porque se hallan confirmadas con todo el resto del expediente y se acredita, así, en forma plena, que mi defendido no tuvo la intención de matar a... Felipa Obando, y que si la lesionó, fue con el exclusivo fin de sancionarle sus agresiones...; su hecho encaja, por fuerza, en las prescripciones del artículo 365 del C. P., que describe y sanciona el denominado homicidio preterintencional...".

3º Por último, hace el demandante el cargo de que Luis Alfredo Obando obró "enceguecido por la ira y el intenso dolor que..." tuvieron causa... "en las ofensas que ella...", su esposa... "le hizo en el momento de los hechos, injustas y graves, que provocaron la reacción de Obando, no sólo por las provocaciones de ese instante, sino por todas las ofensas recibidas, desde la representada por lo que he llamado la estafa sexuológica, siguiendo la terminología de Bernaqui Jáuregui, hasta las mordacidades diarias y continuadas, representadas por las alusiones al padre de la niña, las faltas de atenciones en las comidas, el vestido y los simples requerimientos de elemental cortesía..., circunstancias y motivos morales, intelectuales y pasionales todos estos, que en el instante y en el largo lapso de matrimonio frustrado desde su origen, evidentemente crearon en el procesado un permanente estado de ira y de dolor originado en la grave injusticia, en la infame preñez de Felipa Obando, circunstancias comprobadas en el expediente...y despreciadas equivocadamente por los jueces en su valor trascendental para mi defendido", esto es, en lo que atañe a la atenuante, alegada en las instancias por el demandante, prevista en el artículo 28 del C. P.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

Se opone el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal a que se case la sentencia recurrida, por estimar que carece de fundamento la causal segunda de casación invocada.

Para respaldar su concepto, considera el Ministerio Público lo siguiente:

"Ante todo, obsérvese que los tres planteamientos hechos en la demanda, al acudir al segundo motivo de impugnación previsto por el artículo 567 del C. de P. P., participan del mismo contenido ideológico que fue propio de las razones aducidas por la defensa durante los debates de instancia.

"En realidad, lo que se comprueba es que lo argüído ante la Corte, como Tribunal de casación, es lo mismo que se dijo en los escritos de los folios 70 y 98 y siguientes del cuaderno número primero, siendo éstos, si se quiere, mucho más amplios, razonados y documentados que la propia demanda que se contesta.

"Si tal cosa es evidente, esas mismas alegaciones no pueden ser nuevamente valoradas con mo-

tivo del recurso extraordinario interpuesto, porque ello pugna, como tema que fue agotado en las instancias, contra la técnica de la casación, según lo tiene enseñado esa Superioridad".

Anota, luego, el criterio señalado por esta Sala, en providencia de 26 de octubre del corriente año, respecto del tratamiento que ha de darse a la causal segunda de casación, (proceso contra José Cándido Herrera), conforme al cual "dentro del sistema de evaluación de la prueba que el C. de P. P. consagra, en juicios de puro derecho los juzgadores gozan de un amplio arbitrio en orden a la valoración racional de los elementos de convicción legalmente producidos en el proceso. Pero si el Tribunal, como ocurre en el caso sub judice, ha realizado un juicioso análisis de la prueba, a la Corte, en virtud del recurso extraordinario de casación, le está vedada una circunstanciada y minuciosa calificación de la misma, para concluír, en la hipótesis de una académica evaluación diferente, invalidando el fallo recurrido. Cuando se ha invocado la causal segunda de casación en juicios sin intervención del jurado, la invalidación de la sentencia acusada sólo es posible cuando se demuestre que el fallador de segundo grado incurrió en un abierto y ostensible error en la apreciación de la prueba".

Expresa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que en "el fallo acusado se exhibe una serie de argumentos jurídicos que surgen de las pruebas traídas al expediente, y que ponen de presente un equitativo criterio aplicado por el juzgador de instancia, sin que sea dable decir que al avaluar las mismas pruebas se incurrió en un grave, manifiesto o protuberante error".

PARA RESOLVER CONSIDERA LA SALA:

Con invocación de la causal segunda de casación, como se ha visto, el demandante afirma que la sentencia recurrida, al negarle a la confesión el valor probatorio que ella tiene, dejó de tomar en cuenta las circunstancias modificadoras de la sanción previstas en los artículos 28 y 365 del C. P., y, asimismo, al considerar como consumado el matrimonio contraído entre Luis Alfredo Obando Corredor y Felipa Obando, a pesar de que el procesado aseveró que "nunca tuvo relaciones con ella", si bien "en la luna de miel se dio cuenta del embarazo de su reciente esposa", incurrió el fallador en el error de tomar como pertinente la circunstancia de asesinato indicada en el ordinal 1º del artículo 363 del C. P., pues, según el criterio del libelista, el matrimonio no consumado no origina el lazo familiar creado entre los cónyuges, tomado en cuenta para agravar la pena del delito de Homicidio que define el artículo 362 del mismo código.

Tres, pues, son los cargos hechos a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, a los cuales pasa a referirse la Sala en la forma siguiente:

Cuando en los autos no obra contra el sindicado prueba diferente y no aparecen elementos probatorios que infirmen su confesión en lo que lo favorece, ella se hace indivisible y debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable al procesado.

Así lo consideró esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 1942 (G. J. Tomo LIV, pg. 204), al decir que lo expresado "por el sindicado debe aceptarse en toda su integridad, cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil".

Es lo mismo que anota Nicolás Framarino de Malatesta en su obra "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", (pgs. 399 y ss.) al decir que "dada una confesión calificada, no se la puede legítimamente dividir, rechazando parte y aceptando parte, si la rechazada no se presenta reprobada y la aceptada comprobada. La mera reprobación de una parte no autoriza a rechazar ésta, aceptando la otra sólo porque no está contradicha".

Y ciertamente, en este proceso, la confesión de Obando Corredor es la prueba fundamental en la cual se apoya el fallo condenatorio recurrido. Corresponde, entonces, examinar si aquellas partes de su indagatoria que le son favorables resultan infirmadas, bien por el mismo dicho del procesado o ya por otras pruebas traídas al informativo y deducir, según el caso, si en la sentencia acusada se incurrió en error en la estimación del alcance probatorio de su confesión, o fue, en cambio, acertadamente estimada.

A tres situaciones refiere el demandante, como se ha dicho, ese supuesto error respecto de la confesión de Obando Corredor, a saber:

Primer cargo.— Improcedencia de la circunstancia de asesinato señalada en el ordinal 1º del artículo 363 del C. P.

Se dice en el ordinal citado que "el homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior..." (362 del

C. P.)... "se cometiere: 1º Contra la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del hermano o la hermana, padre, madre o hijo adoptivo, o afín en línea directa en primer grado".

Ciertamente, contra la aseveración del procesado de no haber tenido nunca relaciones sexuales con su cónyuge Felipa Obando, el Tribunal Superior de Ibagué concluye en que "el mismo Luis Alfredo Obando, al rendir indagatoria el dos de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, aceptó que había consumado el vínculo matrimonial con Felipa, al manifestar que no obstante haberse dado cuenta de que ésta había ido al matrimonio embarazada de otro, había seguido haciendo vida con ella, lo que en el lenguaje corriente quiere decir que entendiéndose sexualmente con su cónyuge". Pero, si bien no cabe deducir indubitablemente la existencia de relaciones sexuales sólo de la citada aseveración de Obando Corredor, de "haber seguido haciendo vida con ella" —con Felipa—, pues el alcance de esa frase es ambigüo y por cuanto el mismo procesado asevera que nunca las tuvo con su cónyuge, de la aceptación del dicho del sindicado, de no haber cumplido la cópula con su esposa, no se desprende la consecuencia jurídica que pretende el demandante, esto es, la improcedencia de la circunstancia de asesinato prevista en el transcrito ordinal 1º del artículo 363 del C. P., pues la calidad de cónyuge tomada en cuenta en esta norma agravadora de la pena del delito de Homicidio que sanciona el artículo 362 del mismo Código no deja de existir por la falta de consumación del matrimonio, pues la validez del vínculo, en ausencia de tal consumación, nadie podría jurídicamente discutirla y mucho menos negarla.

El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 establece que "son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico".

Y el canon 1015 expresa que "el matrimonio válido de los cristianos se llama rato, si todavía no ha sido consumado; rato y consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges hacen una sola carne".

De las disposiciones anteriores se desprende que para los efectos jurídico-penales y para los civiles y políticos a que se refiere la Ley 57 de 1887, es tan válido el matrimonio rato como el matrimonio consumado.

Esta distinción entre matrimonio rato y entre matrimonio consumado sólo tiene importancia dentro del Derecho Canónico, ya que de acuerdo con el Canon 1119 "el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga". Y es lógico que, aún frente a las normas de este derecho canónico, el vínculo matrimonial persiste y es válido hasta tanto esa disolución, por las causas señaladas en la disposición transcrita, no se haya declarado.

De otra parte, el ordinal 1º del artículo 363 del C. P. no distingue entre la situación de cónyuges de matrimonio rato y de matrimonio consumado, respecto del contraído ante la Iglesia, para los efectos indicados en el citado ordinal. Y no corresponde al intérprete distinguir donde la ley no distingue, para hacer pertinente esa disposición de la Ley Penal, como pretende el demandante, sólo en cuanto a los cónyuges de un matrimonio consumado.

De lo anterior se deduce que este cargo no puede tenerse como probado.

Segundo cargo: Pertinencia de la circunstancia de atenuación de la pena, a que se refiere el artículo 28 del C. P.

Según el mismo procesado, las heridas que le ocasionó a su cónyuge Felipa Obando tuvieron como antecedente inmediato los siguientes hechos: "Al pasar por en frente de la casa donde se encontraba Felipa, la ví en el patio y yo entré hasta el patio de la casa y le dije: usted que se trajo esos quinientos cincuenta y cinco pesos, que yo tenía en el bolsillo del overol; qué los hizo?; y, entonces esta señora se disgustó y me trató muy mal, pues hasta mentó mi madre y me dijo que si la seguía jodiendo se largaba para donde el padre de la niña, y que no la jodiera, porque me rajaba la cabeza con un palo; que ella era la que mandaba; que yo nada tenía que ver con ella; que a mí nada me importaba, y entonces cogió un garrote y se me fué encima y entonces yo la cogí y le quité el palo y con este le dí unos garrotazos... pero yo no lo hice con la intención de matarla...", (fl. 13 v.), sino que "simplemente traté de castigarla por su actitud vulgar para conmigo", (fl. 52 v.).

En nada influyó, pues, la situación antecedente mediata de fracaso en el matrimonio del procesado, o de "estafa sexuológica" a que se refiere el demandante, en el ánimo de Obando Corredor. El mismo explica que trató "simplemnete de castigar..." a Felipa... "por su actitud vulgar para..." con él, consistente en las ofensas verbales que dice le hizo su esposa cuando le reclamó una suma de dinero que estimó ella había tomado sin su consentimiento.

De otra parte, contra esa supuesta actitud ofensiva de Felipa Obando aparecen en el proceso diferentes datos que la hacen inverosímil. En efecto, varios declarantes informan que la occisa era una persona tímida, humilde y respetuosa del hogar, y que en ocasiones anteriores también Luis Alfredo Obando había maltratado de obra a su cónyuge, sin mayores protestas de ella.

Se tiene, por caso, lo que informan los siguientes testigos:

a). **Pablo Emilio Guevara,** (fls. 3 a 4), dice que Felipa Obando "era una buena mujer para mi concepto, toda vez que pude observar que era una señora humilde y muy honorable... En cuanto a la vida que ellos...", Luis Alfredo y Felipa... "llevaban, puedo decir que Luis Alfredo solo regresó como al mes de estar la señora Felipa en casa de sus suegros, y desde que llegó no hizo vida con ella y esta siguió viviendo en donde los suegros, pues Luis Alfredo no la miraba para nada, y esta señora llevaba una vida más bien amarga, ya que desde hace tiempo se oía decir que Luis Alfredo le daba muy malos tratos a su señora y ella misma me lo dijo hace como un mes, que le había dado una paliza, que casi la despacha en esa ocasión..."

b). **Roberto Obando,** (fls. 7 a 8 v.), expresa que "ellos...", Luis Alfredo y Felipa... "peleaban con frecuencia, pero ella no le levantava mano, y mi tío Luis Alfredo Obando no discutía, sino de una vez le iba pegando con lo que encontraba, inclusive un día le acabó una vara (palo) de pino dándole fuete, y éste, en el mismo día, le pegó dos fueteras, y le dió la primera y luego después le pegó la otra con la misma vara, y esto lo contó mi tío Luis Alfredo Obando y después contó Felipa Obando, y con frecuencia le pegaba con lo que encontraba, inclusive un día le pegó un planazo con la peinilla (machete), entonces ella se echó a rodar por el pastal abajo y no se dejó pegar más...".

c). **José Ricardo Castellanos,** (fls. 8 a 9 v.), manifiesta que "se oía con frecuencia decir en esta región que Luis Alfredo Obando le pegaba y le daba mala vida..." a Felipa Obando...; "yo, aunque nunca lo ví, y hace más o menos unos quince días me contó el señor Juan Obando, padre de Luis Alfredo Obando, encontrándonos trabajando en la finca de él, que su hijo Luis Alfredo Obando le había pegado a Felipa Obando de Obando, su esposa, una fuetera, que se encontraba madura y a pesar de eso le tocaba trabajar, y que andaba algo mal a consecuencia de esos maltratamientos recibidos...".

d). **Benilda Zambrano de Varela,** (fls. 14 v. a 16), informa que "la señora Felipa Obando de Obando era una persona corta de espíritu, y creo que por ese motivo la ultrajaba y le decía y hacía todos los oprobios que quería, porque el mismo Luis Alfredo Obando me dijo que esa no era mujer para él y ella era una persona de hogar, honesta y respetuosa en todo sentido del hogar; antes se propasaba de humilde".

e). **Paula de Castro,** (fls. 28 a 29), declara que "me consta que esta pobre mujer fue una mártir, muchas veces me mostró los lobanillos que le habían quedado de los golpes que Luis le daba... Me consta que era una mujer de muy buen genio; últimamente era como corta de espíritu, pero esto pudo ser por tanto golpe, pues cuando yo la conocí era una mujer despierta y en cuanto a ser abandonada, es claro que una pobre mujer como esa, cómo se iba a mantener bien arreglada si no le daban con qué vestirse, pues sólo la tenían como macho de carga; no la dejaban salir, ni siquiera a este caserío; y no solamente Luis Alfredo le pegaba; eran todos los de esa casa...".

f). **Cristóbal Hernández Hernández,** (fls. 30 y v.), expone que "no me consta que ella..." Felipa... "lo hubiera amenazado con otra persona. Oí decir que por causa de esa niña..." (la hija de Felipa Obando)... "estaba sufriendo moralmente esa señora, y por esto peleaba con frecuencia Luis Alfredo Obando con ella... Era tan humilde Felipa Obando que se cree que ella no lo hacía".

g). **Pablo Emilio Guevara Pedraza,** (fls. 39 y v.), anota que "Luis Alfredo Obando le daba mala vida a Felipa Obando de Obando, porque cuando se casó ya estaba embarazada de otro".

No cabe, por tanto, tomar como verosímil la versión del procesado sobre supuestos ultrajes y amenazas de parte de su cónyuge, inmediatamente anteriores a las heridas que aquel le causara y que determinaron su fallecimiento.

De consiguiente, no incurrió el Tribunal Superior de Ibagué en error al apreciar la confesión del procesado, pues si rechazó la aplicabilidad de la atenuante señalada en el artículo 28 del C. P., en razón de no ser admisible ese supuesto estado de ira causado por las graves e injustas provocaciones afirmadas por Obando Corredor y que dice antecedieron inmediatamente a los hechos porque fue procesado, ya que otros pruebas del informativo lo infirman, no siendo, por tanto, indivisible su confesión, por este aspecto.

No aparece, pues, apoyo suficiente para que en la sentencia recurrida se diera aplicación a lo previsto en el artículo 28 del C. P. Por tanto, este segundo cargo no resulta demostrado.

Tercer cargo.—Aplicabilidad de la norma contenida en el artículo 365 del Código Penal.

Preceptúa el artículo 365 del Código Penal que quien "con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída en una tercera parte a la mitad".

Este tipo de homicidio —preterintencional o ultraintencional— es un delito específico, con entidad propia, en el cual el elemento subjetivo se concreta en el fin de producir un resultado dañoso inferior del que efectivamente se causa, esto es, en el que el resultado de la acción supera el fin o la intención del autor, ya que éste sólo busca causar lesiones personales, siendo el resultado —muerte— ajeno al propósito del agente.

"Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas", (artículo 12 del C. P.).

La intencionalidad supone querer el resultado. Y querer el acto exige conocerlo previamente, es decir, tomar en cuenta la esencia objetiva del delito que se va a ejecutar. En la mente del sujeto que delinque dolosamente (con dolo directo y determinado) debe haberse establecido la relación de causalidad que une al acto con el resultado, comprendiendo el agente que éste se producirá por aquel y orientando su voluntariedad a ese fin conocido.

Pero también acoge nuestra legislación el dolo preterintencional (especie de dolo indirecto), en el que, dentro de la posibilidad de que ocurra el resultado, existe tanto la probabilidad de que se dé o la de que no se dé ese resultado, dolo preterintencional del que es ejemplo clásico el de aquellos mendigos que mutilan a los niños para que inspiren lástima y que fallecen por las lesiones recibidas. Es este el llamado en la doctrina **dolo eventual,** en el que el resultado no ha sido querido, sino que el agente se propone obtener un daño inferior.

Pues bien:

Alega el demandante que Luis Alfredo Obando, como afirma este procesado en su confesión, lesionó a su esposa sin la intención de darle muerte, sino simplemente con el propósito de "castigarla".

En realidad, esta parte de la confesión de Obando Corredor resulta indivisible y corresponde, por tanto, admitirla, pues ella no resulta desvirtuada en el proceso y, además, esa confesión se ha tomado como prueba fundamental para condenar al procesado por el delito de homicidio perpetrado en su esposa.

Se tiene, en efecto, que en ocasiones anteriores también Luis Alfredo había dado de palos a su cónyuge, en la misma forma que lo hizo cuando ese "castigo" le ocasionó la muerte. Y corresponde, entonces, suponer verosímil que ni en aquellas otras oportunidades, ni en esta última, Obando Corredor tuvo la intención de matar a Felipa Obando, sino sólo la de causarle lesiones: "castigarla...", como afirma en su indagatoria.

De la diligencia de autopsia, asimismo, resulta que la mayoría de las lesiones ocasionadas a Felipa Obando las recibió ésta en los brazos y en las piernas, y solamente algunas fracturas de las costillas pudieron determinar su fallecimiento. Esto respalda la aseveración del procesado, pues si hubiese tenido el ánimo de matar, esos golpes los hubiera dirigido hacia regiones más vulnerables del cuerpo de la víctima, como el cráneo, por ejemplo.

Igualmente si Luis Alfredo hubiese obrado con el propósito de matar (con dolo directo y determinado) habría persistido en los golpes a su esposa hasta dejarla exánime. Pero, como él mismo asevera (y esa afirmación no está contradicha, sino, antes bien, tiene el respaldo de lo que declara Juan Obando, quien dice que encontró el cadáver de su nuera dentro de la alcoba que ésta ocupaba en su casa) "después de darle esos garrotazos, ella se encerró en la pieza y yo salí y me vi-

ne", lo cual indica que apreció que no había lesionado mortalmente a Felipa Obando.

Por último, el sindicado había tomado la costumbre de cumplir tal clase de "castigos" a su cónyuge, lo cual señala que lo hacía sin el propósito de darle muerte.

Sí incurrió, por tanto, el Tribunal Superior de Ibagué en error manifiesto al rechazar esa parte de la confesión de Luis Alfredo Obando Corredor, la que es indivisible en este aspecto por no aparecer elemento alguno en el proceso que la infirme y, además, porque otros datos del informativo la hacen credible.

Por este error del Tribunal en la apreciación de las pruebas, se dejó de aplicar en la sentencia recurrida lo previsto en el artículo 365 del C. P., y, en cambio, se fijó la sanción impuesta a Obando Corredor, tomando en cuenta lo que señala el artículo 363, improcedente en este caso.

La Corte, en casación de 18 de octubre de 1940 (G. J. Tomo LI, pg. 306), dijo lo que pasa a transcribirse:

"El artículo 365 del C. P. de 1936 no relaciona la sanción para el homicidio ultraintencional sino con el artículo 362, que señala la pena del homicidio común, cuando esa relación debía ser también respecto del artículo 363, que trata del asesinato. En la legislación penal italiana el homicidio ultraintencional se extiende al homicidio común y a sus formas agravadas. En la de Colombia tan sólo se reprime el ultraintencional con la pena del homicidio simple, reduciéndola en parte. No hay razón, se repite, para circunscribir la pena del homicidio ultraintencional al caso del artículo 362 y no referirla, asimismo, a los del 363, porque no puede ser igual matar ultraintencionalmente a un extraño, que al padre o madre, abuelos, descendientes, hermanos, etc. No parece ser la misma cosa matar ultraintencionalmente a un sujeto, v.gr. con un disparo de revólver en riña y sin factores que compliquen el lance, que darle muerte ultraintencionalmente en cualquiera de las circunstancias de los ordinales 2º a 9º del artículo 363".

Y en sentencia de 2 de diciembre de 1942 (G. J. Tomo LV, pg. 84), esta Sala anota lo siguiente:

"...la circunstancia modificadora de la ultraintención debiera tenerse en cuenta no sólo para el homicidio común sino también para varios casos de asesinato; sin embargo, el texto del artículo 365 del Código Penal se refiere clara y únicamente al artículo 362 ibidem y no al 363. De manera que la solución al problema de **jure condendo** es la de que puede existir parricidio ultraintencional; pero considerando el asunto **ex jure condito,** hay que reconocer que en el Código se omitió hacer extensiva la calificación de preterintencional al asesinato".

Indudablemente hay una deficiencia técnica en el Código Penal, respecto de la dosimetría legal de la sanción, al dejar sin agravación específica —así fuere en un pequeño aumento de la pena— el homicidio preterintencional, cuando el hecho se comete dentro de las circunstancias que agravan el homicidio simple (artículo 362) y le dan la denominación de asesinato, previstas en el artículo 363 del Código Penal. Tanto más, cuanto que respecto del delito de Lesiones Personales no se incurre en ese vacío, pues en el artículo 379 se preceptúa que "cuando los hechos previstos en los artículos anteriores...", (los que sancionan los distintos casos de lesiones personales),... "concurra alguna de las circunstancias del artículo 363, la pena se aumentará hasta en la tercera parte". Y dado el anterior criterio del Código Penal colombiano, se puede presentar, por ejemplo, el absurdo de que si alguien consuma el delito de lesiones personales en su cónyuge y la herida le produce "la pérdida de un órgano o miembro", (artículo 375), la pena máxima aplicable es la de doce (12) años de presidio; pero si la ofendida muere y el agente obró sin intención de matar y con el propósito, únicamente, de causar lesiones personales, entonces la sanción máxima apenas puede llegar a nueve años y cuatro meses de presidio, atendido lo que prevee el artículo 365 del C. P. Si en las dos hipótesis el agente obra sólo con la intención de causar lesiones personales, al menos la pena máxima debiera ser igual, si es que se prescinde, aún, del mayor interés jurídico ofendido en el homicidio preterintencional.

Claro que en el homicidio preterintencional el legislador dejó al juez, dentro de la sanción mínima y la sanción máxima señalada en el código, la dosimetría de la pena, dentro de lo cual bien puede tomar como circunstancias de mayor peligrosidad las que están señaladas en el artículo 363 del C. P., como circunstancias de asesinato. Pero la ausencia de agravación específica del Homicidio Preterintencional por esas causales, frente a la previsión de las mismas para agravar específicamente el delito de Lesiones Personales, lleva, en casos como el anotado, a conclusiones incongruentes.

En efecto, si el hijo —para indicar otra hipótesis— "sin intención de matar...", (como dice el

artículo 371 del C. P., que define el delito de Lesiones Personales), de un machetazo le cercena al padre uno de los miembros inferiores y la víctima muere, se tendría el delito de Homicidio Preterintencional, que también requiere la ausencia de propósito de matar y exige la intención de causar lesiones personales; y aún tomada esa relación de parentesco como circunstancia de mayor peligrosidad y considerado que la pena aplicable es la máxima prevista en el artículo 365 del C. P., la sanción no puede sobrepasar el lapso de nueve años y cuatro meses de presidio. Pero si el ofendido no muere, bien puede llegar la sanción a doce años de presidio, de conformidad con las previsiones de los artículos 375 y 379 citados.

Ahora bien:

La sanción aplicable, en este proceso, es la que señala el artículo 362 (de ocho a catorce años de presidio), disminuída de una tercera parte a la mitad, de acuerdo con el artículo 365 del C. P.

Y como al procesado lo favorece la circunstancia de menor peligrosidad del ordinal 9º del artículo 38 del C. P., bien puede tomarse en cuenta la pena mínima, pero aumentada en dos años, en atención a los lazos familiares que ligaban a la víctima con el victimario, y que hacen pertinente la circunstancia de mayor peligrosidad a que alude el ordinal 4º del artículo 37 de la misma obra.

En tales condiciones, la pena imponible a Obando Corredor es la de seis (6) años de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 5 de abril de 1960 y, en consecuencia DISPONE: 1º CONDENASE a LUIS ALFREDO OBANDO CORREDOR a la pena de seis (6) años de presidio, en lugar de la de quince (15) que le había sido impuesta, como responsable del delito de Homicidio Preterintencional consumado en la persona de su cónyuge Felipa Obando de Obando, hecho ocurrido el día 28 de mayo de 1959. Esta pena deberá cumplirla en el establecimiento que señale la Dirección General de Prisiones. 2º CONDENASE al mismo Luis Alfredo Obando Corredor a la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal. 3º CONFIRMASE en lo demás la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Ibagué.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

PROCESO POR DELITO DE LESIONES PERSONALES TRAMITADO EN CONFORMIDAD CON EL DECRETO 012 DE 1959

1—Se alega que la tramitación establecida en el Decreto 012 de 1959 es violatoria de los fueros de la defensa, pues la condena se produce sin haber oído ni vencido al procesado y que la Sala, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, debe invalidar la sentencia, en consideración a que el proceso recibió la tramitación establecida en el mencionado decreto. Una demanda de esta naturaleza necesita contener la demostración de sus afirmaciones, pues la declaración por excepción de inconstitucionalidad, no es una facultad arbitraria del fallador, ni puede ser tomada por éste en forma ligera y superficial, sino que debe ser motivo de profundo estudio, el cual tiene que surgir de los mismos razonamientos del interesado.

2—Fuera más explícita la demanda en el punto concreto a los vicios de inconstitucionalidad que atribuye al Decreto 012 de 1959. conforme a cuyo procedimiento fue juzgado el procesado, y tal vez podría la Corte conceder una mayor importancia al cargo de impugnación consistente en aquellas razones. Porque, demostradas por el recurrente, con la demostración que es requerida en el recurso extraordinario de casación, la solidez de los argumentos bien pudiera llegar a convencer a la Sala de que el juzgamiento mediante las ritualidades que prescribe el Decreto, constituye violación de los fueros de la defensa e incide, por lo mismo en la nulidad supralegal, por no haberse oído y vencido en juicio al procesado y por no habérsele juzgado con la plenitud de las formalidades.

3—Bueno es advertir que la Constitución no prescribe propiamente formas de juicio, (artículo 26), sino que garantiza las establecidas por la ley, y por lo tanto la Corte no tiene facultad para declarar inconstitucionales formas de ésta, concernientes a ritualidades y sustanciación de los mismos. Su acción a este respecto está limitada al caso de conflicto entre la Carta y el mandato legal, en cuyo caso se prefiere la norma constitucional, o lo que es lo mismo, actúa aquí el fenómeno de la prelación de normas a que se refiere la ley 57 de 1887.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

V I S T O S :

El Juzgado Segundo del Circuito de Garzón condenó a José Vicente Moreno Rincón a la pena principal de cuarenta (40) meses de presidio e incorporales correspondientes como responsable de las heridas que con arma de fuego infirió a Carmen Julia Vera en el paraje denominado "Vereda de Resina", jurisdicción del municipio de Guadalupe.

Contra este fallo interpuso recurso de alzada el propio procesado y por este concepto y también por el grado de jurisdicción de consulta conoció del proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el cual en sentencia de 28 de marzo del año en curso, reformó la sentencia de primera instancia y en su lugar impuso a Moreno Rincón la pena de tres años de presidio y accesorias inherentes junto con la multa que señaló en la cantidad de $ 300.00.

El defensor del procesado interpuso ante el mismo Tribunal el recurso de casación, el cual le fue concedido y la Corte lo admitió por auto de fecha doce de julio próximo pasado. Cumplidos,

pues, los trámites procesales propios de aquel recurso, entra la Sala a decidir.

La demanda invoca como causales de casación la primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código Procesal Penal. La Sala estudiará por separado cada una de ellas, comenzando por la última de las nombradas, o sea, la cuarta, pues de prosperar ésta, sería improcedente, por innecesario, estudiar las restantes y porque tampoco el recurrente le asigna una especial preponderancia al orden en que hace consistir las causales de impugnación, lo que significa que otorga un valor idéntico a cada una de ellas, dejando propicio el campo para que de conformidad con la técnica del recurso su análisis se haga dentro de las modalidades que le son propias y según "los efectos inmediatos y directos que cada una de las mismas causales puedan producir sobre el fallo acusado".

CAUSAL CUARTA.— **Estar viciado el proceso de nulidad supralegal o constitucional.**

Fundamenta el recurrente esta causa de impugnación con los siguientes argumentos:

"La sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad constitucional y por consiguiente es violatoria de la ley procedimental. En efecto: Al proceso se le dió la tramitación establecida en el Decreto 0012 de junio 4 de 1959, y en consecuencia se prescindió de dictar auto de proceder, y de la etapa del juicio, profiriendo sentencia, sin previo enjuiciamiento.

"Ahora bien, este procedimiento viola las garantías constitucionales establecidas por el artículo 26 de la Constitución Nacional que dispone que nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. De acuerdo con el decreto mencionado no se oye al reo, ni se le vence en juicio, pues el Estado no le formula pliego de cargos alguno para que se defienda, como es moral y jurídicamente obligatorio y como ocurre en todos los pueblos que han alcanzado siquiera sea un escaso nivel de cultura y civilidad.

"Las disposiciones arbitrarias del decreto 12 de 1959 no deben ser aplicadas por los jueces y magistrados porque contrarían abiertamente la Constitución Nacional y van contra la moral y contra los principios más elementales de derecho. El artículo 5º de la ley 57 de 1887 ordena al juzgador preferir la aplicación de la Constitución cuando la disposición legal o decretal sea claramente contraria a la CARTA fundamental.

"El Decreto dicho no solo es contrario a la Constitución y a la moral, sino que destruye el principio fundamental sobre que se asentaba la organización del Estado colombiano como ente jurídico, pues destruye por medio de un abuso de poder la tradicional independencia de los órganos del poder público, al asumir el órgano ejecutivo del poder la función de dictar sentencias de primera instancia, por medio de los empleados subalternos del Ministerio de Justicia, función que era privativa del órgano judicial y que en hora penosa para la historia del país le fue arrebatada".

Sugiere enseguida el demandante que la Sala aplique en este caso particular la excepción de inconstitucionalidad, que es atribución propia de los jueces, aunque aún la demanda de inexequibilidad no haya sido resuelta por la Corte, pues "nuestro sistema jurídico tiene dos medios de salvar la Constitución: Uno general que consiste en la declaración por la Corte de la inexequibilidad de la norma arbitraria, y otro singular para cada caso, que consiste en la obligación de cada juzgador de no aplicar en casos a su conocimiento la norma que se oponga abiertamente a lo ordenado en la Constitución Nacional"

"Se ha incurrido pues al tramitar y fallar este proceso según las disposiciones del Decreto 12 de 1959 en una nulidad de carácter constitucional".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo sobre el presente negocio, solicita a la Corte que no case la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que ha sido materia de este recurso.

Hace el señor Procurador un exhaustivo análisis de las causales de casación invocadas en la demanda, y con base en él sostiene sobre la Causal Cuarta —Nulidad del juicio— la primera que examina, lo siguiente:

"El sistema del libre examen que propugna el recurrente, de ser aceptado no solamente provocaría un desorden jerárquico, a virtud del cual se prescindiría de dichos organismos y acciones, sino que también daría lugar a que cada cual y en cada caso obrara en la forma que más le conviniera a sus intereses, sin sujetarse a las normas de la Constitución que, por ser de naturaleza superior, presiden y regulan el ordenamiento jurídico del Estado".

En la Causal Segunda —Errada interpretación o apreciación de los hechos—, es de opinión el se-

ñor Delegado de la Procuraduría, que no se case la sentencia, pues se muestra acorde con el estudio realizado por el Tribunal Superior de Neiva, según el cual hay mérito suficiente para condenar al procesado José Vicente Moreno.

En cuanto a la Causal Primera —errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal—, arguye el señor Procurador Primero, que "los argumentos ofrecidos en esta ocasión, no corresponden a los fines de la causal primera, sino más bien a la causal segunda, pues en la demanda todo lo que se hace es criticar el sistema de interpretación de la prueba adoptado por el H. Tribunal, para concluír que ese sistema es equivocado, y que, por lo tanto, no había mérito para condenar al acusado, pues la prueba carecía del carácter de plena o completa".

Se contesta:

Este proceso fue iniciado, según el auto cabeza del mismo, el veintiocho de septiembre de 1959, (fs. 2) por denuncio formulado por la ofendida Carmen Julia Vera, en virtud de declaración ante el Alcalde Municipal de Guadalupe (H.), el mismo día del auto ya mencionado.

Esta circunstancia hace que, como el Decreto 0012 entró a regir el cuatro de junio de 1959, fecha de su expedición, las normas propias a la ritualidad del juicio penal que tal Decreto establece hayan sido las aplicadas en el juzgamiento del procesado José Vicente Moreno, sin que por otra parte hubiesen intervenido en su investigación y fallo funcionarios distintos de los de la rama jurisdiccional, pues como quedó ya antes expresado, la sentencia de primer grado la dictó el Juez Segundo del Circuito de Garzón y el segundo grado correspondió al Tribunal Superior de Neiva.

Por este aspecto no es posible enfocar el problema que plantea la demanda, en el sentido de que pudiera presentarse una violación del inciso segundo del artículo 26 de la Carta, según el cual, en materia criminal la ley favorable, vigente en el momento de la comisión del delito, rige el proceso, con la excepción concerniente a las reglas de simple ritualidad o sustanciación, de que trata el artículo 40 de la ley 153 de 1887.

Por otra parte, el tópico relativo a la favorabilidad de la ley, no fue planteado en la demanda y nada autoriza a la Sala para suplir las deficiencias de la misma en este orden de ideas, sobre todo cuando el libelo se limita a propugnar la excepción de inconstitucionalidad con base en la ley 57 de 1887, artículo 5º, sin que hubiera tenido el cuidado de probar las tachas que en concepto del recurrente constituyen la violación por el Decreto de la Ley de Leyes, limitándose a una afirmación abstracta y prefiriendo el estímulo y sugerencia a los falladores para que hagan uso de la prerrogativa que les confiere el artículo 215 de la Constitución, y en guarda de la misma, por sí y ante sí, se arroguen la responsabilidad de declarar en el caso sub-judice que el juzgamiento del procesado se hizo nulo porque en él se violó la Constitución al aplicar un Decreto inconstitucional.

Fuera más explícita la demanda en el punto concreto a los vicios de inconstitucionalidad que atribuye al Decreto conforme a cuyo procedimiento fue juzgado el procesado, y talvez podría la Corte conceder una mayor importancia al cargo de impugnación consistente en aquellas razones, porque demostradas por el recurrente, con la demostración que es requerida en el recurso extraordinario de casación, podría estudiarse por la Sala la fuerza de la argumentación, cuya solidez bien pudiera convencerla de que en el juzgamiento por el Decreto mediante las ritualidades que prescribe, constituye una violación de los fueros de la defensa y por lo mismo inciden en la nulidad supralegal porque el procesado no fue oído ni vencido en juicio y porque tampoco se le juzgó con la plenitud de las formalidades que le son propias.

Cuando está de por medio nada menos que la constitucionalidad de un Decreto legislativo, expedido por el Gobierno en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y cuando el punto en discusión hace referencia a uno de los más arduos problemas de la ciencia constitucional, como es el referente a si hubo desconocimiento de los fueros de la defensa y resultan éstos tan restringidos que se hizo imposible la defensa del inculpado, es apenas natural que en presencia de la misma gravedad de la encuesta jurídico-constitucional que se alega, la demanda intente al menos demostrar en qué consisten esas violaciones a dichos fueros y si ellas fueron tan evidentes como que al procesado se le desconoció todo derecho en el uso de las facultades que la ley le otorga para desvanecer los cargos que contra él surgieron en el proceso.

Cuando nada de esto se ha hecho, ni tampoco se ha convencido al fallador de la evidente inconstitucionalidad de un determinado Decreto, no es posible exigirle que se arrogue la facultad de hacer uso de una excepción para una declaratoria de

tal entidad que nada menos afirme que por cuanto no se aplicaron las normas del procedimiento común al caso y sí las del Decreto, eso mismo constituye la violación de la Carta, ya que no existió el cumplimiento de la plenitud de las formas propias del juicio. Es decir, que porque comparadas las normas del Decreto con las del estatuto procesal en vigencia en Departamentos que no están bajo el régimen del estado de sitio, y resultan aquellas más restrictivas, esta sola consideración es bastante para el quebrantamiento de la Constitución. Todo indica que lo que ocurre es apenas la existencia de un sistema jurídico restrictivo, pero el derecho de defensa subsiste y siendo ello así, una demanda que aspire a la aplicación de las normas constitucionales sobre las legales, por la incompatibilidad entre unas y otras que obliguen a preferir las primeras, de conformidad con el artículo 5º de la ley 57 de 1887, necesita contener la demostración de tal acerto para convencimiento del juez, pues la declaración por excepción de inconstitucionalidad no es una facultad arbitraria del fallador, ni puede ser tomada por éste en forma ligera y superficial, sino que debe ser motivo de profundo estudio, el cual tiene que surgir de los mismos razonamientos del interesado. Mientras ellos no existan resulta por lo menos peregrino que se pretenda conseguir en un caso dado lo que apenas podría lograrse con una demanda de inexequibilidad

Bueno es advertir que la Constitución no prescribe formas de juicio propiamente dicho, sino que el artículo 26 garantiza las establecidas por la ley y por lo tanto la Corte no tiene facultad para declarar inconstitucional formas de ésta concernientes a ritualidades y sustanciación de los mismos. Su acción a este respecto está limitada al caso de conflicto entre la Carta y el mandato legal, en cuyo caso se prefiere la norma constitucional, o lo que es lo mismo, actúa aquí el fenómeno de la prelación de normas a que se refiere la ley 57 de 1887. Como éste no es el caso, la Sala no puede invadir campos que le están vedados, pues confundiría la acción pública con la excepción, lo que es inaceptable.

En un reciente fallo de esta misma Sala de la Corte, fechado el 30 de septiembre del año en curso, dijo lo siguiente que tiene grandes puntos de contacto con lo aquí discutido:

"La Constitución y la ley de enjuiciamiento penal garantizan el juzgamiento de los incriminados con la plenitud de algunas formalidades, que de incumplirse, acarrean nulidad sustancial o supralegal. Pero es la ley o, en su defecto, el Decreto-ley dictado en uso de las facultades de que goza constitucionalmente el Ejecutivo en determinadas circunstancias, la que señala los trámites que condicionan aquel juzgamiento dentro de las formalidades que se confronta por la situación de orden público para que fue expedida esa legislación de emergencia, de manera que si ésta recorta, limita y aún suspende aquellas garantías en alguna forma, para acelerar y hacer presumiblemente más eficaz la justicia, no por ello puede decirse que se vulneraron o desconocieron los derechos de la defensa, pues aunque pudieron ser menguados o recortados por las formas sumarias de nuevo imperio, fueron sin embargo cumplidas éstas últimas en toda su extensión sin menoscabo de las prerrogativas que se le otorgan por ellas al procesado".

Y agrega la Sala:

"El Decreto 0012 limita muchas atribuciones de la defensa, las recorta, pero no llega al extremo de suprimir las esenciales en orden a la consecución de sus fines, como lo pretende el demandante al señalar como nudidad la carencia de medios defensivos, pues de éstos sigue gozando el procesado, con limitación, como es obvio, dentro de un procedimiento sumario, sin que se produzca nada de aquello que conlleva al completo desamparo que contempla la doctrina de la Corte citada en la demanda, en el sentido de anular por falla constitucional un juicio en el que el procesado carece en absoluto de medios defensivos. La Sala insiste en esa doctrina, que ha sido en múltiples oportunidades reiterada; pero de ello a que en el caso sub-judice se aplique, media gran diferencia, como queda demostrado para rechazar la causal cuarta de casación aducida en la demanda". (G. J. XCIII, 772).

No prospera, por consiguiente, la causal cuarta, invocada.

CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA.— **Errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal y errada interpretación o apreciación de los hechos.**

La Corte estudiará conjuntamente estas dos causales porque la demanda las involucra en el ataque contra la sentencia del Tribunal, desde luego que los argumentos dirigidos a la manera cómo fue apreciada la prueba confluyen también al intento de demostrar que ello condujo a que se diera una errada o indebida aplicación de la ley

penal con violación de un texto "sustantivo" de la misma como es el artículo 203 del Estatuto Procesal.

En este orden de ideas el recurrente sobre las materias a que se contrae en las dos causales invocadas que se estudian, plantea sus tesis con los siguientes argumentos:

"En la sentencia se apreciaron erradamente las declaraciones de Alicia Moreno, José Deosdardo Moreno y la indagatoria de José Vicente Moreno, y se afirmó que tales exposiciones eran contradictorias entre sí y no podían ser creídas. En cambio —agrega— se ha dado por el juzgador, un valor probatorio que no tienen a las declaraciones de Domitila Vera y Carmen Julia Vera, las cuales, también discrepan en detalles como las de los Morenos".

Con referencia concreta a la causal primera dice el recurrente:

"Hay pues dos grupos de testimonios de igual valor probatorio enfrentados en afirmaciones totalmente opuestas. No se ve la forma como el H. Tribunal pudiera decidirse a favor de la credibilidad de uno de estos dos grupos de declarantes, y en cambio negar todo su crédito al otro grupo. En el conflicto entre estos dos grupos sólo había un elemento con capacidad para desatarlo y este elemento es la declaración de Modesto Sánchez. Pero esta declaración desata el nudo no en favor de los Vera, sino en favor de los Moreno. No hay pues razón para que el Tribunal lo desatara al contrario: en favor de los Vera y en contra de los Moreno".

Y más adelante agrega la demanda con respecto a la causal segunda:

"A lo más que podría llegarse en la interpretación de las diferentes pruebas contrarias entre sí, era a la conclusión de que ambos grupos habían obrado en legítima defensa recíproca dada la enemistad existente, por el resentimiento que la familia Vera tenía con José Vicente Moreno y por el hecho de que Alicia Vera estuviera viviendo con Moreno, y que uno y otro grupo se hubieran sentido atacados y en peligro inminente de sufrir daños en sus personas y en tal forma hubieran tenido la convicción de que les era preciso y necesario defenderse. También cabía la hipótesis de una riña suscitada de modo imprevisto. Pero en ningún caso podía considerarse lo ocurrido como un delito voluntario e intencional de lesiones, sin atenuación o modificación ninguna de la responsabilidad".

Se responde:

Es manifiesto que el proceso exhibe dos clases de pruebas: una proveniente de los Vera, que acusa a Moreno como el provocador e iniciador de los hechos y el responsable directo de los disparos que produjeron las lesiones a Carmen Julia Vera. La otra, por el contrario, surge, de la indagatoria del procesado Moreno y de sus hijos Alicia, José Deosdardo y Luis Alejandro, todos menores, quienes de manera principal o secundaria tomaron parte en los acontecimientos y los describen según sus personales intereses, reflejados unos en comprometer a la otra parte, mientras que por la propia tratan de esquivar toda responsabilidad.

Así las cosas, este proceso es el caso típico en donde la justicia se encuentra enfrentada a un suceder de carácter penal a consecuencia del cual debe recaer una decisión judicial sobre la base de los elementos de juicio que la investigación pudo recoger y que son los únicos que suministran base para esa decisión.

Con todo, no resulta imposible dentro de la disparidad de criterios que lógicamente se encuentran en un caso como este, hacer una reconstrucción de los hechos que permita, sin forzar la apreciación de la prueba y antes bien acomodándola a las circunstancias del hecho, descubrir lo que en realidad de verdad aconteció y cuáles son las verdaderas consecuencias de los actos cumplidos y por consiguiente sobre quién recae la responsabilidad de los mismos.

Hay dos hechos protuberantes en el proceso: la enemistad entre la familia Vera y la de Moreno y la no despreciable peligrosidad de éste, demostrada en el informativo con la copia de varias sentencias condenatorias por delitos contra las personas, que revelan en su conducta social una marcada propensión por la delincuencia de tipo impulsivo, fácil para la agresión y susceptible a la violencia.

El hecho de surgir el incidente en que resultó herida Carmen Julia Vera cuando regresaban los protagonistas de una fiesta patronal, en las que se consumen bebidas alcohólicas en grados excesivos, y establecido en el proceso que José Vicente Moreno, fuera de su temperamento violento es dado a ingerir licor, lo que había sucedido, pues se encontraba bajo sus efectos el día de los acontecimientos, permite que en la misma reconstrucción de los hechos todos estos factores tengan que ser tenidos en consideración por la justicia, a fin de valorarlos de manera que correspondan al propó-

sito de desentrañar una conducta delictuosa y a poner de relieve que sí existen medios legales suficientes para establecer que esa conducta merece el reproche de la ley, porque ésta fue infringida.

Estas consideraciones conducen a decir que si bien la demanda hace un análisis de la prueba desde sus particulares puntos de vista, que la colocan como inservible para demostrar la delincuencia de Moreno Rincón, si está equivocada en este punto, porque esa prueba apreciada en forma global tiene un contenido que sirve sin duda alguna para establecer la realidad y encontrar la verdad, no resulta tan equivocada en lo tocante a la posibilidad de considerar una hipótesis que el recurrente admite, la "de una riña suscitada de modo imprevisto".

En efecto, dándoles credibilidad a ambos grupos de testimonios puede fácilmente concluírse que los hechos antecedentes y concomitantes del acontecimiento en que resultó herida Carmen Julia Vera establecen que ello surgió de una riña imprevista. El encuentro casual entre las dos familias que de tiempo atrás mantenían enemistad recíproca por el grave motivo de que Moreno hacía vida marital ilegítima con una hermana de la ofendida, fue el factor determinante para que el viejo rencor hiciera explosión y precipitara los acontecimientos, si se tienen en cuenta las circunstancias en que se produjo aquel encuentro y la personalidad peligrosa de uno de sus protagonistas, que ese día se encontraba bajo el influjo del alcohol, hecho que está afirmado en el informativo y que debe valorarse por ello mismo.

En este proceso no pueden desestimarse los factores humanos que entraron en conflicto al cumplirse los hechos, porque ellos dan la clave de la ocurrencia. No es posible admitir, porque no hay base segura para hacerlo, la afirmación de que el disparo que hirió a Carmen Julia se produjo cuando la hermana de ésta al disparar contra Moreno, erró en el golpe. Más lógico y adecuado a las circunstancias es considerar que dada la personalidad de Moreno Rincón, revelada por varios delitos cometidos con anterioridad contra las personas y su temperamento belicoso, propiciaron que en el encuentro con las dos mujeres Vera, estallara el conflicto y de Moreno partiera el empleo del arma de fuego con que se produjeron las lesiones de la ofendida. No existe manera de negar que resulta una hábil forma de esquivar la responsabilidad atribuyendo el hecho a otra persona, porque no puede perderse de vista que es contrario a una lógica elemental pretender que dos mujeres indefensas se atrevan a desafiar las iras de un hombre embriagado, quien portaba armas blancas y de fuego, según lo afirman las hermanas Vera, máxime cuando tal hombre es conocido como pendenciero y se sabe que ya ha sido condenado por delitos contra las personas, y, además, media grave enemistad con él. Esa misma lógica que es la base para apreciar dentro de las normas legales la credibilidad del testimonio frente a la crítica del mismo, para desentrañar la capacidad que tenga como criterio de verdad, hace que sea necesario desechar el que las hermanas Vera iniciaran el encuentro con los dos menores hijos de Moreno, como lo dice éste en su indagatoria, pues la compañía de su padre y los rencores y desavenencias entre las dos familias, señala que es inaceptable que dos mujeres se enfrenten en tales circunstancias con quien conocen y saben belicoso y vengativo, para colocar a éste en el caso de legítima defensa.

Las anteriores afirmaciones no están reñidas con la realidad procesal. En efecto, la personalidad del agente de un delito, no puede desestimarse, sobre todo en una legislación que la toma en cuenta, como el Código Penal vigente. A este respecto, el informativo suministra estos elementos de juicio:

A fs. 44 a 48 figura en los autos copia de la sentencia dictada contra el procesado José Vicente Moreno con fecha octubre 1º de 1959, en virtud del cual fue condenado dicho sujeto por el delito de lesiones personales a Noé Bolívar, que fueron calificadas de recíprocas, a la pena de cuarenta y cinco días de arresto, sanción que por cierto mereció la suspensión de la misma en favor de Bolívar, no así en lo que respecta a José Vicente. Dicha condena fue dictada por el Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe (H.).

A fs. 62 a 66 figuran, también, copias de otras sentencias de primera y segunda instancia, de fecha 6 de marzo de 1952, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Garzón y confirmada por el Tribunal, con fecha 25 de octubre de 1952, por el delito de lesiones personales recíprocas, en la que aparecen como procesados el mismo Moreno y Tobías Tovar Ortiz, por medio de la cual se le impuso a Moreno Rincón la pena de 15 meses de presidio e incorporales anexas, pues el Tribunal reformó la de primer grado que había impuesto al reo 18 meses de igual pena.

Las circunstancias mismas en que fueron cumplidos esos hechos que dieron lugar a aquellas condenas, revelân la personalidad peligrosa de Moreno Rincón y explican por qué el Tribunal, con muy buen acuerdo, tuvo en cuenta dicha peligro-

sidad para complementar con este indicio moral la prueba que le sirvió de base para establecer la responsabilidad penal del incriminado en este juicio.

Aparte de ello la sentencia del Tribunal presenta un examen exhaustivo de los elementos probatorios que el proceso contiene, entre los cuales se destaca el estudio de los indicios que comprometen al procesado, entre los que señala con propiedad por su adecuada enunciación y análisis, los de capacidad para delinquir, de oportunidad para hacerlo y el móvil del delito mismo, de cuyo análisis concluye que se han reunido los elementos que la ley requiere para dictar sentencia condenatoria. Con razón el señor Agente del Ministerio Público expresa su opinión sobre este examen afirmando que conduce a la certeza legal y autoriza la conclusión del fallo condenatorio, porque "semejante conclusión —dice— determinante de su decisión, es sin duda alguna respetable, y por no ser posible predicar con ella, que adolece de grave y protuberante error de apreciación probatoria, el ataque que se le hace a la sentencia, con base en la causal segunda de casación, resulta definitivamente ineficaz, quedando por lo mismo en pie el fallo acusado".

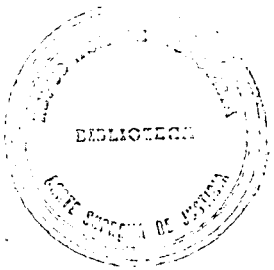
De todo lo anterior se concluye que existen bases probatorias en el proceso para condenar y que por este aspecto la causal segunda no pudo ser demostrada y por tanto no puede prosperar. No ocurre lo mismo respecto de la causal primera, pues admitiendo que la riña casual es en este caso lo que en verdad define jurídicamente los hechos en que fue protagonista el procesado Moreno Rincón, es evidente que el fallo debe ser invalidado parcialmente por este concepto y en su lugar dictar la Corte el que deba reemplazarlo, conforme lo manda el artículo 570, aparte a) del C. de P. P. Siendo aquella modalidad una circunstancia modificadora de la responsabilidad, el ser desconocida implica indebida aplicación de la ley penal, por lo cual dicha causal primera debe prosperar.

Como los cómputos de la pena imponible son los que corresponden al delito de conformidad con las consecuencias que los dictámenes periciales señalaron a las lesiones personales de que fue víctima Carmen Julia Vera, tenidas en cuenta la reincidencia por un delito anterior que da lugar a ella, el de lesiones personales a Tobías Tovar Ortiz y las circunstancias de mayor peligrosidad provenientes del pasado judicial de Moreno Rincón por hechos no tenidos en cuenta para la agravación de la pena por concepto de reiteración delictual, partiendo de la base de la pena fijada en la sentencia de segundo grado, que fue de tres años de presidio y rebajada ésta en la proporción que permite el artículo 384 del Código Penal, esto es en la mitad de aquella pena, resulta que la que le corresponde sufrir en virtud de este fallo es la de un año y seis meses de presidio, junto con las incorporales anexas, las que quedarán reducidas en la misma proporción que la pena principal, lo mismo que la multa que se fija en la mitad de la cantidad que le fue impuesta en el fallo que parcialmente se invalida.

En mérito de lo anterior y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema —Sala Penal— oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo en parte con él, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y en su lugar condena a José Vicente Moreno Rincón a la pena de un año y seis meses de presidio, en lugar de tres años de igual pena que le fueron impuestos en aquella sentencia, rebajándose las accesorias y la multa en la misma proporción, la mitad, de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta.—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L., Secretario.



ALEGACION DE NULIDADES CONSTITUCIONALES EN UN PROCESO POR DELITO DE HOMICIDIO

No cualquiera irregularidad procedimental, sino sólo aquellos vicios sustanciales que quebrantan las bases mismas del procedimiento o entrañan desconocimiento del derecho de defensa, producen nulidad constitucional.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre siete de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

V I S T O S :

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia del veintidos de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, que confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, condenó a JESUS EVELIO JARAMILLO ATEHORTUA a la pena principal de ocho años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable de un delito de homicidio intencional consumado en la persona de Evelio Henao Osorio.

Contra esta sentencia el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación.

H E C H O S :

La sentencia acusada hace la relación de hechos siguientes:

"En las horas de la tarde, o primeras de la nocha, del sábado once de mayo del año de mil novecientos cincuenta y siete, y cuando tranquila y pacíficamente algunas personas charlaban y bebían en la fonda-cantina que Melecio Poveda tenía o tiene en el paraje 'El Zarzo', de este Municipio de Manizales, personas entre las cuales se hallaban el sindicado Jaramillo Atehortúa y Evelio Henao Osorio, aquél desenfundó su peinilla y salió a la calle, desde donde se dió a la tarea de desafiar a sus transitorios compañeros, quienes amistosamente llamaron la atención de Jaramillo A. y lograron el restablecimiento de la normalidad, regresando a la cantina. Pero de un momento a otro, el citado Jaramillo Atehortúa, con la peinilla que antes esgrimiera para hacer los desafíos de que antes se hablara, le asestó varios golpes a Evelio Henao, con los cuales le abrió las heridas de consideración, heridas que le ocasionaron la muerte algunas horas después".

D E M A N D A :

El recurrente impugna la sentencia por la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea la nulidad del juicio, nulidad que considera de naturaleza constitucional, por los siguientes motivos:

"PRIMER CARGO: Iniciada la investigación correspondiente por los hechos brevemente expuestos, se prosiguió el diligenciamiento procesal con la tramitación propia de la investigación sumaria y la subsiguiente del juicio, el cual culminó con la convocatoria de un nuevo Jurado por haber sido declarado el veredicto contrario a la evidencia de los hechos (fls. 117 a 128, actuación de primera instancia, y 133 a 137, actuación de segunda instancia). Procediendo en consecuencia, el fallador de primera instancia a ordenar el nuevo sorteo de los Jurados, que como jueces de hecho intervinieron en la vista pública correspondiente, a lo que se dió cumplimiento mediante auto de 6 de octubre de 1958, que a la letra dice:

"Juzgado Tercero Superior. Manizales, octubre seis de mil novecientos cincuenta y ocho. Para que se lleve a cabo la diligencia de sorteo de Jurados

en la presente causa seguida contra Jesús Evelio Jaramillo Atehortúa, señálase de nuevo la hora de las dos (p.m.) DE LA TARDE del día de mañana siete del cursante".

"El anterior auto se dió a conocer a las partes, mediante notificación personal realizada en la misma fecha (fl. 139).

"La providencia anterior es claramente violatoria de las normas procesales, ya que niega a la Defensa e inclusive a cualquiera otra de las partes del derecho para interponer los recursos que se estimen oportunos, y además, porque de acuerdo con el artículo 195 del C. de P. P., los autos en la Causa, producen ejecutoria, lo que equivale a decir que mediando un sólo día entre la fecha de la providencia y el cumplimiento de la diligencia que aquella ordenaba, era absolutamente imposible que se sucediera el fenómeno jurídico de la ejecutoria, produciéndose por lo tanto y a partir de este momento procesal una nulidad sustancial que afectó el procedimiento subsiguiente y por ende el fallo recurrido.

"SEGUNDO CARGO: No obstante que el texto de la notificación realizada el 6 de octubre de 1958 y que corresponde al auto de la misma fecha, 6 de octubre de 1958, por el cual se ordenaba celebrar el sorteo de Jurados al día siguiente —7 de octubre de 1958— relaciona únicamente a las partes que intervinieron en el proceso, Agente del Ministerio Público, Procesado Evelio Jaramillo Atehortúa, Defensor Dr. Jaime Chaves Echeverry, incluyó también en esa notificación, precisamente a uno de los Jurados, Muñoz Botero Bernardo, que solamente resultó sorteado como tal, el día siguiente a la notificación del auto que ordenaba nuevo sorteo de Jurados, es decir, que vinculó como Jurado al proceso, a una persona que no había sido sorteada como tal.

"Lo anterior engendró dentro del procedimiento una nulidad de carácter constitucional, por ser violatoria de las disposiciones que regulan las formas propias de cada juicio, y no obstante ello, se verificó el sorteo de Jurados, se celebró la Audiencia Pública y se dictó el fallo que es materia de esta demanda".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de resumir las razones expuestas por el impugnador para concluír que las irregularidades anotadas han producido nulidad supralegal, "por ser violatorias de las disposiciones que regulan las formas propias de cada juicio, y no obstante ello, se verificó el sorteo de Jurados, se celebró Audiencia Pública y se dictó el fallo que es materia de la demanda", dice lo siguiente:

"El abogado demandante carece de toda razón o fundamento de hecho o de derecho para formular los reparos que atrás fueron transcritos.

"En efecto:

"En cuanto al punto a) se observa que al folio 138 del cuaderno principal aparece un auto de fecha 29 de septiembre de 1958, conforme al cual y para estar a lo resuelto por el H. Tribunal Superior, se dispuso verificar la diligencia de sorteo de jurados, acto que no pudo tener cumplimiento, como lo informó la Secretaría del Juzgado, "debido a que no fue posible que de la cárcel enviaran al detenido en la debida oportunidad". Esta providencia tuvo un márgen suficiente para quedar ejecutoriada antes de la fecha señalada para el sorteo.

"Al folio 138 vuelto, se comprueba que con fecha 3 de octubre del mismo año de 1958, se dictó una segunda providencia tendiente a efectuar la diligencia anotada, la que tampoco se efectuó por la misma circunstancia que obró en el caso anterior. Este segundo proveído no señaló, como el anterior, un lapso mayor de tres (3) días después de su notificación, simplemente por ser una disposición mecánica, mera consecuencia de no haberse cumplido o efectuado anteriormente.

"El mismo auto de que se habla no ha sido motejado por el señor abogado demandante, a pesar de estar en idénticas circunstancias al que censura.

"El que critica es aquel por el cual se fijó por TERCERA VEZ la fecha para la práctica de una diligencia que, por motivos simplemente de hecho o materiales, no jurídicos o legales, no había podido llevarse a cabo.

"Ahora bien: todos estos tres (3) autos son de mera sustanciación, es decir, inapelables, especialmente los dos (2) últimos que no son sino una pura y simple reproducción del primero, que no fue objeto en ningún sentido (como no podía serlo honestamente), razón por la cual no había necesidad ni objeto ninguno en señalar plazos más dilatados y, por tanto, atentatorios de una rápida administración de justicia, a más de obstaculizantes del normal desarrollo de las labores y tareas del Juzgado.

"No acepta, pues, esta Procuraduría que se hubieran conculcado en la más mínima forma los in-

tereses del sindicado, quien, dicho sea de paso, asistió debidamente a la rutinaria diligencia de sorteo de jurados, durante la cual con toda amplitud y garantías pudieron haber hecho todas las observaciones y reclamos que a bien tuvieran tanto el sindicado como su defensor, si éste hubiera también concurrido, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 511 del C. de P. P.

"En cuanto al cargo b) es de claridad meridiana que lo sucedido al respecto consistió en una simple y mera equivocación del jurado Bernardo Muñoz Botero, al firmar al folio 139 una notificación (que no era para él, como lo dice la leyenda) en lugar de la correspondiente y sí destinada a los miembros del Jurado que obra al folio 140 vuelto.

"Por lo demás, en equivocación semejante incurrió el otro miembro del Jurado, señor Alfonso Ríos García, quien firmó también el "Acta de Sorteo de Jurados" (fl. 140, ibídem), hecho éste que no fue observado o motejado por el señor abogado demandante.

"Indudablemente que conveniente había sido que el señor Secretario del Juzgado hubiera dejado constancia en el proceso de esas dos pequeñas equivocaciones, debidas o a falta de pericia en el empleado encargado de efectuar las notificaciones, o a la natural ignorancia de los dos señores del Jurado mencionados en tales menesteres.

"Y tal sería el convencimiento y conocimiento que de ello tenía el señor defensor del procesado que no hizo valer o no puso de presente, como nulidades, no solamente lo relativo a esta equivocación de los Jurados en cuanto al sitio donde debían estampar su firma, como tampoco lo relacionado con el sorteo analizado atrás, al alegar una pretendida nulidad que le fue rechazada, muy jurídicamente, por el H Tribunal.

"Así, pues, que tampoco hay lugar a la supuesta violación o vulneración de los derechos constitucionales del procesado que miran a su defensa, por lo que hace a este segundo cargo o motivo de nulidad sustancial alegado".

SE CONSIDERA:

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que aunque en algunos casos la Corte haya admitido la existencia de ciertas nulidades llamadas constitucionales o supralegales, a pesar de no estar expresa y taxativamente establecidas en la ley procesal penal, se han aceptado cuando el vicio u omisión invocado es de tal naturaleza y alcance que quebranta las bases esenciales del procedimiento o entraña un desconocimiento de la garantía del derecho de defensa, precepto de superior jerarquía que consagra el artículo 26 de nuestra "Ley de leyes"; pero ello no quiere decir que cualquiera irregularidad o vicio del procedimiento necesariamente conlleva la existencia de una nulidad constitucional, pues para que ésta exista es necesario que sea de tal naturaleza y entidad que entrañe un vicio sustancial, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases mismas del juzgamiento o quebrante o desconozca los intereses de la justicia o de las partes. "Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional" (Casación de 19 de julio de 1956).

El hecho de que por auto de fecha 6 de octubre de 1958 se hubiera señalado, por tercera vez, el día siguiente para efectuar la diligencia de sorteos de nuevos jurados, diligencia que ya estaba ordenada en providencia anterior ejecutoriada, no entraña de ninguna manera violación de la norma del artículo 26, ni quebrantamiento alguno de los intereses del procesado, pues como acertadamente lo anota el señor colaborador Fiscal, aquel asistió personalmente a la diligencia de sorteo, en donde el acusado y su defensor tuvieron amplia oportunidad para hacer las observaciones y reclamos que quisieran.

En cuanto al segundo cargo, es notorio que lo que ocurrió fué error del jurado Muñoz Botero al estampar su firma al pie de una notificación que no era para él, en vez de hacerlo al pie de la notificación destinada a los miembros del jurado, informalidad esta sin trascendencia alguna en cuanto hace relación a la efectividad del juicio y a las garantías procesales de las partes.

Son tan triviales los motivos invocados como causales de nulidad, que con razón anota el señor Procurador Delegado en lo Penal que ellos son "un nuevo ejemplo del abuso que se comete por ciertos litigantes al invocar a todo trance las referidas nulidades sustanciales, cuestión o proceder éste que la Procuraduría ha criticado en diversas ocasiones, pues tal parece que en el campo de las llamadas nulidades constitucionales se ha ido demasiado lejos, hasta el punto de no saberse dónde empiezan y dónde terminan las causales de las mismas".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nom-

bre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, y de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales con fecha ventidos de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

NULIDAD DE UN JUICIO, POR DELITO DE ROBO, A CAUSA DE VIOLACION DE NORMAS PROCEDIMENTALES Y CONSTITUCIONALES

1—Pues el interesado no pudo hacer uso del derecho de pedir pruebas, se incurrió en la causal de nulidad prevista taxativamente en el ordinal 4º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

2—Al carecer de defensor el procesado durante la mayor parte del juicio, en primera instancia, se violó en forma palmaria la garantía de defensa consagrada por el artículo 26 de la Constitución Nacional, incurriéndose en nulidad sustancial e insubsanable.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre siete de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

V I S T O S :

El doctor Eliécer Pinilla Rodríguez, en ejercicio del poder especial que le fuera conferido por el reo GELACIO BURGOS, demandó en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judlicial de Neiva —Sala Penal— con fecha cuatro de febrero del presente año, por medio de la cual REFORMA el fallo recurrido en el sentido de fijar en seis años de presidio la pena principal que debe pagar el procesado Gelacio Burgos Ortiz; y en las accesorias que le fueron señaladas, en lugar de la suspensión de la patria potestad por el tiempo de la condena, ha de ser la pérdida de la misma".

La sentencia de primer grado, proferida por el Juez Superior de Garzón, del mismo distrito, impuso al procesado la pena de tres años de prisión y las respectivas accesorias.

Al recurso de casación se le ha dado el trámite que le es propio y corresponde proceder a decidir en el fondo.

H E C H O S :

La sentencia impugnada los sintetiza así:

"Da cuenta el expediente de que en las horas de la noche del ventiocho de febrero del año pasado se efectuó un cuantioso robo en la ciudad de Pitalito del cual fué víctima el señor José Cifuentes propietario del edificio situado en la carrera 4ª número 4-31. Los ladrones no entraron por ninguna de las puertas del establecimiento comercial que dan a la carrera 4ª, sino que valiéndose de llaves falsas o ganzúas abrieron el candado que asegura un portón que da sobre la calle 4ª y entraron a un lote que colinda con el solar de la casa donde funciona el almacén de compra y venta de granos al mayor y al detal que tiene el señor Cifuentes; rompieron el cerco medianero, entraron a ese solar sobre el cual dan varias piezas; una de éllas estaba destinada a depósito y allí tenía el señor Cifuentes una caja de hierro donde guardaba dinero en cantidad que el denunciante calcula en veinte mil pesos, y había también gran cantidad de escrituras de inmuebles pertenecientes al señor Cifuentes y otros documentos de diversa índole.

"En otra habitación separada por tres piezas de aquella en que estaba el depósito, tenía su dormitorio el señor Cifuentes.

"Los delincuentes retiraron el candado que aseguraba la puerta del depósito y de allí se sustrajeron la caja de hierro de unos sesenta centímetros de alta por cuarenta de ancha, de unas quince arrobas de peso con el contenido ya expresado, así

como también se llevaron un baúl de madera con ropas del denunciante. Sabedores del lugar donde dormía el señor Cifuentes, le amarraron las argollas de la puerta con una cabuya para precaverse de que pudiera sentir el ruido y salir en forma repentina a sorprenderlos y dar la voz de alarma.

"En el lote de terreno ya mencionado dejaron el baúl que había sido abierto en forma violenta, y esparcidos junto a él varias camisas, medias y otros artículos para hombre.

"La caja fué conducida en un vehículo hasta unos dos kilómetros de la ciudad hasta un sitio llamado "Tasajeras" en donde fue hallada rota y regados en el suelo los documentos que en élla se encontraban".

DEMANDA:

Se acusa la sentencia impugnada con fundamento en la causal 4ª del artículo 567 del C. de Procedimiento Penal, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por haberse violado la ley procedimental.

El demandante fundamenta el recurso en la forma siguiente:

"El auto de detención no fué notificado debidamente al apoderado del procesado pues como puede verse al folio 38 vuelto del primer cuaderno, tal auto se notificó a Gelacio Burgos, quien en el acto nombró como apoderado al Dr. José Israel Ramírez Londoño quien firmó tal notificación junto con el procesado pero sin haber sido reconocido como apoderado ni haber tomado posesión. B. Dicho señor abogado no llegó a ser reconocido como apoderado de Gelacio Burgos sino el 7 de septiembre de 1959, cuando ya había transcurrido el término de prueba, por auto del juzgado superior, que se ve al folio 65 del primer cuaderno. Sin embargo el Dr. Ramírez Londoño se negó a tomar posesión y manifestó no aceptar esa defensa de oficio, dice él, lo cual no es exacto, porque no había sido designado de oficio, sino nombrado por el sindicado. C. El 24 de septiembre de 1959 el Juzgado Superior de Garzón, nombró como apoderado de oficio al Dr. Alfonso Díaz Cuervo. D. Al recibirle indagatoria a Gelacio Burgos se le dijo que tenía derecho de nombrar un apoderado que lo asistiera en esa diligencia, no en todas las diligencias como lo ordena el artículo 56 del decreto 14 de 1955. Pero a este apoderado no se le notificó el auto de detención como lo ordena el artículo 58 del mismo decreto. En estas circunstancias hay dos nulidades, una de tipo legal, por no haberse notificado debidamente el auto de detención y de apertura a prueba, lo cual viola el derecho de defensa del procesado, colocándolo en imposibilidad de hacer uso acertado y eficaz del término de prueba, y otra nulidad de carácter constitucional, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, al juzgarlo y condenarlo sin observar la plenitud de las formas propias del juicio por robo establecidas en el decreto 0014 de 12 de enero de 1955.

"En efecto al no darse cumplimiento al artículo 56 del decreto 0014 de 12 de enero de 1955, ya que se le dijo al sindicado que sólo tenía derecho a nombrar apoderado para esa diligencia, y se le nombró una persona que no era abogado titulado, y al pretermitir la oportuna notificación del auto de detención, en el cual se señalaba el término de cuarenta días para el recibo de pruebas, auto que dictado el 24 de abril sólo se le notificó el 9 de junio del mismo año de 1959, y no se le notificó al apoderado nombrado en la diligencia de indagatoria, sino que se le dijo al procesado que tenía derecho a nombrar otro apoderado y como éste nombrara al Dr. Ramírez Londoño éste firmó la notificación, sin haber sido reconocido como apoderado ni haberse posesionado.

"Solamente cuando ya el negocio había pasado al Juzgado Superior de Garzón, por ser éste el funcionario competente, se ordenó darle posesión y se reconoció al Dr. Ramírez como apoderado. Pero el Dr. Ramírez se negó a posesionarse y manifestó que no aceptaba el nombramiento de apoderado. Entonces el Juzgado Superior procedió a designar de oficio al Dr. Alfonso Díaz Cuervo, quien aceptó y se posesionó cuando ya había transcurrido el término, sin que el sindicado hubiera estado asistido de su apoderado para que éste solicitara la práctica de las pruebas necesarias para su defensa. Así no se practicó ninguna prueba ni por disposición del Juez, ni por petición del procesado, ni de su apoderado, quedando sin ejercitar el derecho de defensa, por la razón de que el procesado no podía defenderse por sí sólo por carecer de conocimientos para tal efecto, por lo cual su derecho de defenderse o de proveer a su defensa se hizo nulatorio por causa de la violación de las disposiciones legales tendientes a amparar tal derecho de defensa.

"Esta inobservancia de las disposiciones procedimentales establecidas por el decreto 14 de 1955, en materia importante relativa a los derechos esenciales del procesado, muestra claramente que se incurrió en la violación del artículo 26 de la Cons-

titución Nacional, y se condenó a Gelacio Burgos juzgándolo sin observar la plenitud de las formas propias del juicio penal correspondiente".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar la demanda, y después de hacer las observaciones generales sobre sus aspectos formales, hace un estudio de la causal alegada para concluír que debe casarse la sentencia "cuestionada y devolverse el proceso al Tribunal de origen de conformidad con el artículo 570, ordinal b)."

El señor Procurador Delegado fundamenta sus conclusiones y pedimento en la forma siguiente:

"Predica el artículo 56 de dicho Decreto 0014 que al recibírsele indagatoria al sindicado éste tendrá derecho de nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del proceso. Al cumplir tal formalidad se omitió para con Burgos el informarle con exactitud de la extensión y comprensión de esta garantía que amparaba sus derechos de defensa. Ello puede verificarse en esa pieza capital. Además al apoderado que por entonces nombrara tampoco se le notificó el auto de detención precautelativa que se dictare (sic) contra el mismo Burgos incurriéndose en una flagrante violación del artículo 58 del mismo estatuto 0014 que hace obligatoria tal notificación para el sindicado y su apoderado.

"Confrontada la existencia de estas realidades dentro del proceso es obvio afirmar que el procesado Burgos fue desamparado en su derecho de amplia y legal defensa. Esta situación conduce a admitir que para su juzgamiento se prescindió de la adopción de las formas propias del juicio por robo que se le seguía, acordado a las pautas del varias veces comentado decreto 14.

"Es lógico que al desposeer al sindicado del derecho que le concedió el artículo 56, en relación con el nombramiento de apoderado, se pretermitió la oportuna notificación del auto de detención dentro del cual se señala el término de 40 días para el recibo de pruebas. Los incidentes que sufriera el negocio impidieron, de hecho, que el sindicado pudiera solicitar las pruebas necesarias a su defensa.

"Esta grave situación de violación de disposiciones procedimentales, incide, como bien lo dice el demandante, en la violación de consumo de las garantías constitucionales erigidas en el artículo 26 de la Carta.

"Las anteriores consideraciones dan pie suficiente para establecer que en el caso sub-judice afloran dos clases de nulidades: una de tipo legal y otra de carácter constitucional.

"La demostración que sobre ellos realiza el impugnador en forma sobria y objetiva la comparte esta Procuraduría, considerando que la causal 4ª pretextada ha obtenido plena comprobación".

SE CONSIDERA:

En el caso de este juicio le asiste razón al demandante, y por consiguiente prospera el cargo, pues como puede fácilmente comprobarse en el proceso, no se cumplió debidamente el artículo 58 del Decreto Extraordinario 14 de 1955, porque no se notificó personalmente al apoderado del procesado el auto de detención preventiva, en el que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 60 del mismo Decreto, se abrió a prueba el juicio. En efecto, el auto de detención, y de apertura a prueba lo dictó la Inspección Primera de Pitalito, el 24 de abril de 1959 (fls. 26 a 30 del cuaderno 1º), pero sólo fue notificado al procesado el 9 de junio siguiente. En la diligencia de notificación este manifestó que nombraba como su apoderado al doctor José Israel Ramírez Londoño, a quien en la misma fecha y en la misma diligencia se le notificó dicho auto, sin habérselo reconocido ni posesionado, y a pesar de la manifestación que hizo de que no podía encargarse de la defensa, según lo expresa en memorial visible al fl. 67 del mismo cuaderno. De modo que no habiendo aceptado, ni posesionado, ni ejercido en ningún momento el defensor nombrado por el procesado, ha debido procederse inmediatamente a nombrarle un defensor de oficio, en cumplimiento de claros preceptos legales. Pero ocurrió que solamente vino a nombrársele tardíamente defensor de oficio, por el Juez del conocimiento el 24 de septiembre siguiente, es decir, cuatro meses después de haber proferido el auto de detención y el de apertura a pruebas, y cuando ya estaba para dictarse el fallo de primer grado.

De lo anterior se sigue, que no solamente se violó lo dispuesto en el artículo 56 del citado decreto, al no notificarse personalmente al defensor el auto del 24 de abril, en que se decretó la detención del procesado y se abrió el juicio a prueba, sino lo dispuesto en el artículo 171 del C. de Procedimiento Penal, que es perfectamente compatible con el procedimiento establecido en dicho decreto.

Así no solamente se incurrió en la causal de nulidad prevista taxativamente en el ordinal 4º del artículo 198, pues el interesado no hizo uso del derecho de pedir pruebas, sino que al haber carecido de defensor el procesado durante la mayor parte del juicio, en primera instancia, se violó en forma palmaria la garantía de defensa consagrada por el artículo 26 de la Constitución, incurriéndose, por este aspecto, en una nulidad sustancial e insubsanable, que deberá ser declarada en esta providencia.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Invalídase el fallo acusado, de la fecha y procedencia indicadas, y en su lugar declárase NULO lo actuado en este proceso desde la primera diligencia posterior al auto de detención preventiva del procesado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

DEMANDA DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA RECAIDA EN UN PROCESO POR DELITO DE HOMICIDIO

Para que la demanda de casación prospere es indispensable que quien ejercita este recurso extraordinario se ajuste rigurosamente a los requisitos exigidos para el caso por la ley, no sólo en su aspecto formal, sino en su contenido intrínseco.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

V I S T O S :

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en fallo de veintinueve de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, al reformar la sentencia de primer grado proferida por el Juez Primero Superior del mismo Distrito, condenó a MARCO TULIO URUEÑA PRADA, a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de un delito de homicidio simplemente intencional, consumado en la persona de Jaime Quevedo Garay.

Contra la sentencia del Tribunal se interpuso recurso de casación, habiendo formulado la demanda respectiva el doctor Hernando Garavito Muñoz, apoderado del acusado.

D E M A N D A :

El recurrente invoca primeramente la causal segunda, y como subsidiarias la primera y la tercera, contenidas en la norma del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se declare desierto el recurso de casación, por no haber sido sustentado por el apoderado, con fundamento en las razones siguientes:

"1º Ocurre que la demanda en cuestión, en manera alguna se acomoda a lo estatuído en el artículo 531 del Código Judicial, artículo que tiene plena vigencia en materia de casación penal como consecuencia de lo dispuesto en el 7º de la Ley 94 de 1938.

"Y no se acomoda, desde luego que con ella dejaron de cumplirse varios requisitos que constituyen factores primordiales para que la H. Corte pueda adquirir un cabal conocimiento no sólo del tema o temas sometidos a su consideración, sino también de los objetivos propuestos por el demandante o recurrente y de las peticiones a que se contraiga efectivamente la demanda.

"El incumplimiento de que se trata es manifiesto y, por lo mismo, es imposible pasarlo por alto en el presente caso, como que si puede aceptarse que en la demanda aludida existe "el resumen de los hechos materia de la controversia", (aunque este resumen sea acomodaticio a los propósitos de la demanda, razón por la cual la Procuraduría, o la H. Corte, puede también hacer el suyo acondicionado a las finalidades del concepto o Vista fiscal, o a la sentencia, según el caso), puede también afirmarse que los demás requisitos indicados por el artículo 531 mencionado brillan por su más absoluta ausencia.

"En efecto:

"El demandante invoca, en su orden, las causales segunda, primera y tercera de casación de las enumeradas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. La primeramente enumerada

(que en el presente negocio tiene plena cabida por no haber sido sometido el procesado a juicio por jurado, conforme a lo ordenado en el Decreto número 012 de 1959) la invoca como principal; la segunda como subsidiaria de la anterior, y la última como subsidiaria también de la precedente.

"Pero no las invoca separadamente, como tampoco expone en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una de ellas. El todo se contiene en un solo capítulo que más es de enunciación que de demostración y comprobación de los correspondientes postulados.

"No aparecen en el expresado escrito, determinados de manera clara y precisa los fundamentos de cada uno de las causales invocadas y mucho menos se citan los textos legales que, en razón de cada uno de los motivos de impugnación alegados, se consideren infringidos.

"Aunque es de presumir del contexto de la demanda, que lo que se pretende es que se le dé vigencia a la sentencia de primera instancia en lugar de la del H. Tribunal, lo cierto es que tal petición no la concreta el recurrente, en armonía con lo que para cada una de las causales de casación establece el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, y, para el caso particular presente, el ordinal a) de dicha disposición legal.

"No está por demás observar que la transcripción que hace el mencionado señor abogado demandante del concepto emitido por el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior, no puede recibirse como argumento a favor de una o alguna, o de todas las tres causales invocadas, pues por corresponder a una actuación cumplida en las instancias, no tiene validez en el recurso extraordinario de casación para los fines privativos de ésta.

"2º Dice el mismo señor abogado demandante que a la H. Corte "le está vedado el procedimiento de oficio" y "que los razonamientos jurídicos y el análisis de los hechos deben ser de tal claridad y precisión que no dejen duda de su evidencia". Lo cual es evidente. Sólo que no resulta aplicado en el caso de la demanda que se responde, pues fundar el recurso de casación es aducir las razones que tiendan a demostrar que con la sentencia cuyo rompimiento se reclama se ha incurrido en uno o en varios vicios o errores al juzgar sobre los hechos de autos o al tramitar el procesamiento (ius judicando vel ius procedendo).

"Todo esto significa que el artículo 531 que se viene citando, es la disposición que da razón y cuenta del exigente tecnicismo inherente al recurso de casación, por ordenarse en él que al ser redactada la demanda, se dé entero cumplimiento a ciertos y determinados requisitos no sólo de fondo sino también de forma, siendo, por consiguiente, adecuado aquí decir con el procesalista español Jiménez Asenjo, que el rigor formal propio de la casación, el cual condiciona acuciosamente la actividad de las partes, lo mismo que la de la Suprema Corte de Justicia en su misión de garantizar la observancia estricta de la Ley, evitando la infracción de la material o sustantiva (casación material), o el quebrantamiento de forma o infracción de la ley procesal o adjetiva (casación formal): lleva u obliga ineludiblemente a declarar desierto el recurso intentado, o mejor dicho, hace imposible la actuación del procedimiento cuando uno cualquiera de los presupuestos establecidos por el artículo 531 no lo reúna la demanda de casación, cosa que precisamente sucede en el presente negocio. (Véase "Derecho Procesal Penal" de Enrique Jiménez Asenjo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Volumen II)".

SE CONSIDERA:

Reiterada y uniformemente ha sostenido esta Corporación que para que la demanda de casación prospere es indispensable que quien ejercita este recurso extraordinario debe ajustarse rigurosamente a los requisitos exigidos para el caso por la ley, no sólo en su aspecto formal sino en su contenido intrínseco. En la conjunción de estos requisitos es en lo que jurídicamente se estructura una demanda, para que con base en ella, pueda la Corte proceder a hacer un estudio de fondo en las cuestiones que en la misma se proponen.

Si la demanda impugna la sentencia criticándola por violación de la ley o por errónea o mala aplicación de la misma, o por errada apreciación de los hechos —como se afirma que ha ocurrido en este caso— deber del demandante es el demostrar de manera fundamentada, clara y precisa los errores en que ha incurrido el fallador de instancia para que éstos puedan ser corregidos.

Pero este propósito no se logra por el hecho de presentar, a guisa de demanda de casación, un memorial alegato, con la sola invocación de las causales de casación, ni con la simple transcripción de conceptos expuestos en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, sino mediante la debida fundamentación y análisis de cada una de las causales invocadas. Al proceder de otra manera, el recurso de casación, que es un juicio de estricto derecho, cuyo primordial fin es el de mantener la

exacta observancia de la ley, rigurosamente reglamentada por la misma ley, de hecho se convertiría en un recurso ordinario de instancia, contrariándose así el reconocido principio de que la casación no es instancia. Por esto, preciso es repetirlo, la Corte, como Tribunal de Casación, sólo puede estudiar las demandas que se ciñan a la ley que reglamente este recurso extraordinario.

Razón ha tenido el señor Procurador Delegado en objetar la demanda presentada en este caso, por carecer de los requisitos de forma y de fondo exigidos por nuestra ley procesal, ya que ni se hace en ella un verdadero resumen de los hechos, ni cita los textos legales que se estiman infringidos, pero sobre todo, carece de una fundamentación clara y precisa de las causales invocadas, contentándose el demandante, para suplir este requisito, con transcribir textualmente el breve concepto del Fiscal del Juzgado de Primera instancia. La causal tercera de casación invocada, ni siquiera es procedente en el presente proceso, en el que se dió aplicación al procedimiento establecido por el decreto 0012 de 1959, que suprimió el auto de proceder y la intervención del Jurado.

En relación con la causal segunda, el demandante no señaló ni precisó los hechos o pruebas —que según éste— se apreciaron o interpretaron equivocadamente, ni menos explica en qué consistió la equivocación en que incurrió el Tribunal, o mejor cuál fué el valor que sin tenerlo, les atribuyó en la sentencia, o cuál el que teniéndolo, les fue negado. Por último, y en consecuencia, tampoco se expresan en la demanda los fundamentos jurídicos del posible error ni las disposiciones legales que el fallo impugnado quebrantó debido a la errónea apreciación de los hechos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto en este proceso contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

SE ABSUELVE A NESTOR FORERO MORALES DE LOS CARGOS QUE LE FUERON FORMULADOS EN SU CARACTER DE CONSUL DE COLOMBIA

La prueba que sirvió de base al auto de proceder quedó sustancialmente modificada durante el plenario.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

V I S T O S :

Mediante providencia del catorce de abril de mil novecientos cincuenta y ocho esta Sala de la Corte llamó "a responder en juicio al señor Néstor Forero Morales, de las condiciones civiles indicadas en la parte motiva, como responsable del delito de PECULADO de que trata el Capítulo I, Título III Libro 2º del C. P., en armonía con el Decreto 1858 de 1951, cometido cuando desempeñaba las funciones de Cónsul de Colombia en Rotterdam del 18 de septiembre de 1952 al 9 de septiembre de 1954".

En la misma providencia se decretó la detención preventiva del procesado; se ordenó dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 432 y 433 del C. de P. P., y se proveyó en el sentido de que dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria del referido auto enjuiciatorio el juicio quedaría abierto a prueba (artículo 4º del Decreto 1231 de 1951).

Ejecutoriado el auto de proceder y tramitada la causa en legal forma, celebrose la audiencia pública el día dieciocho de noviembre último, quedando así agotado el trámite de la instancia. Procede, en consecuencia, dictar sentencia definitiva.

H E C H O S :

Fueron historiados de la siguiente manera en el auto de llamamiento a juicio:

"Néstor Forero Morales fué nombrado Cónsul de Colombia en Rotterdam por decreto número 1793 de 1952 (F. 2.). Tomó posesión en Bogotá el 18 de septiembre del mismo año (F. 3) y ejerció el cargo hasta el 7 de septiembre de 1954 (fls. 19 y 109)".

Por Resolución Nº 2053 de 27 de diciembre de 1954 la Contraloría General de la República dispuso abrir juicio fiscal de cuentas al nombrado Forero Morales, ex-Cónsul de Colombia en Rotterdam, como responsable de un faltante en especies venales, descubierto cuando hizo entrega del Consulado el 7 de septiembre de 1954. La cuantía del alcance es de US $ 4.540.00, valor de las especies venales y de los formularios consulares no entregados a su sucesor, señor Fernando González. A dicha Resolución se le dió el carácter de 'aviso oficial de observaciones' (fls. 71 y 72)".

Con fundamento en la Resolución anterior que fue legalmente notificada y no recurrida, la misma Contraloría General de la República, por auto fechado el 7 de julio de 1955 (F. 56) dedujo un alcance de US $ 4.540.00, o su equivalente en moneda colombiana 'en contra del señor Néstor Forero Morales, ex-Cónsul de Colombia en Rotterdam (Holanda)' ".

"El 20 de abril de 1955, o sea con posterioridad al aviso de observaciones y con anterioridad al auto de fenecimiento con el alcance indicado, el Contralor General de la República formuló denuncia criminal por peculado contra el señor Fo-

rero Morales en cantidad de US $ 3.943.00. Pero la cuantía real es la de US $ 4.540.00, señalada en el auto de fenecimiento de 7 de julio de 1955. Este aspecto aparece suficientemente aclarado en la nota que con fecha 24 de noviembre de 1955 dirigió el Contralor General de la República al Magistrado Sustanciador. En la parte final dice lo siguiente:

'Así, pues, el alcance deducido contra el señor Néstor Forero Morales es por la suma de US $ 4.540.00, valor del faltante en especies venales a su cargo que dejó de entregar a su sucesor según los documentos citados, de los cuales por medio de cuentas o nóminas legalizadas puede el responsable compensar la suma de US $ 597.00, que según el acta en cuestión tendría derecho a cobrar por concepto de sueldo y viáticos de regreso y que se aplicarían al pago de parte del alcance. Estas compensaciones operan cuando se ha establecido legalmente el alcance en relación con las deudas claras y determinadas a favor del empleado alcanzado cuando ello no se oponga a las leyes vigentes'.

"Al sindicado se le recibió declaración sin juramento el 6 de julio de 1955 (fls. 33 v. y ss. y 44 y ss.). En ella manifestó que no se había apropiado de suma alguna proveniente de las especies venales y de los formularios consulares que por razón de su cargo le correspondía administrar y que para cubrir el alcance que se le había deducido estaba listo a responder con las prestaciones sociales que le adeudaba el Estado y con el valor de la fianza prestada subsidiariamente. No obstante las anteriores manifestaciones es lo cierto que no aparece constancia hasta el presente de que haya reintegrado, en todo o en parte, la suma elevada a alcance como responsable de la gestión en el Consulado de Rotterdam".

"El sindicado alega que todo el peso de la responsabilidad recae en la persona de Carlos Rotelli, a quien tacha de tramposo y comprometido en actividades de espionaje. Dice Forero Morales que al tomar posesión del Consulado en Rotterdam le recomendaron a Rotelli para el cargo de secretario, por lo cual lo tomó a su servicio con un sueldo de 250 florines. Que este sujeto, prevalido de la confianza que en él depositó el Cónsul, no le entregó el valor de las facturas consulares pedidas a París, ni el de las estampillas de Timbre Nacional despachadas de Nueva York. 'He sido víctima —declara— de la audacia del señor Rotelli... pagaré las sumas que se deduzcan, por honorabilidad".

"Sin embargo, el Jefe del Departamento de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, en comunicación dirigida al Magistrado ponente el 1º de agosto de 1955, le manifiesta que el señor Carlos Rotelli 'no desempeñó cargo alguno oficial en el servicio diplomático o consular de la República en la Legación de Colombia en los Países Bajos ni en Consulado General en La Haya o en el Consulado en Rotterdam', durante el período comprendido entre el 6 de noviembre de 1952 y el 7 de septiembre de 1954, es decir, durante el ejercicio de Forero Morales como Cónsul. Informa además el Jefe de Personal que 'el nombramiento de Secretario del Consulado en Rotterdam a que hace referencia el señor Néstor Forero Morales en la diligencia de indagatoria, no fué autorizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores' (fl. 61.)".

RESULTADO PROBATORIO DEL JUICIO

Durante la etapa de la causa, por iniciativa del procesado y de su defensor, se allegaron al proceso numerosos elementos de juicio, entre los cuales importa destacar los siguientes:

a). Certificación emanada del Ministerio de Relaciones Exteriores —Sección Administrativa del Departamento de Personal— en el cual se hace constar que el señor Carlos Rotelli fué nombrado Mecanotaquígrafo de la Embajada de Colombia ante la República Federal Alemana mediante Decreto número 1031 de 20 de abril de 1953; que luego, por medio de Decreto número 3272 de 10 de noviembre de 1954 fué designado Canciller de la Embajada de Colombia en Bonn, y que, posteriormente, "por Decreto número 2208 de 3 de agosto de 1955 se le declaró insubsistente su nombramiento" (fl. 180 v.);

b). Carta del señor Ernesto Montejo, quien afirma haber sido Secretario de la Embajada de Colombia en Bonn para la época en que Carlos Rotelli desempeñaba las funciones de Canciller de aquella Misión Diplomática, en la cual relata una serie de abusos y de actos presumiblemente delictuosos realizados entonces por Rotelli. (Fls. 191 y 192). El contenido de dicha carta y la firma puesta al pié de la misma fueron reconocidos por su autor en diligencia visible al folio 286;

c). Copia auténtica de la nota número 72 del 16 de julio de 1955, dirigida desde Colonia al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia por el señor Camilo de Brigard Silva, a la sazón Embajador ante el Gobierno Alemán, en la cual explica las razones que le asisten para solicitar del Mi-

nisterio la destitución del señor Carlos A. Rotelli. A dicha nota pertenecen los siguientes apartes:

"El señor Rotelli venía prestando sus servicios en esta Misión desde el mes de abril de 1953, primero como mecanotaquígrafo y después como canciller de la Embajada. Con anterioridad de su venida en Alemania, él había servido por varios años en la Legación de Colombia en La Haya".

"Debido a esa larga tradición en el servicio diplomático colombiano, al hecho de que dicho individuo domina corrientemente varios idiomas y es muy eficiente en el trabajo, tanto el suscrito, como los demás empleados de la Embajada habíamos depositado en el señor Rotelli nuestra más absoluta confianza".

"Desgraciadamente en forma accidental vine a saber ayer que dicho individuo usando abusivamente el nombre de la Embajada, del suscrito y de nuestros empleados, se había dedicado desde hacía varios meses a la importación de licores y cigarrillos en cantidades que excedían sus necesidades personales y que seguramente él ha negociado con comerciantes de esta ciudad".

"Debido a la gran amplitud con que el Gobierno alemán concede la importación de artículos para diplomáticos y al hecho de que las exenciones se gestionan directamente con la aduana, mediante la firma de un simple boletín y no a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, como en otros países, era casi imposible para el Embajador darse cuenta de los abusos que estaba cometiendo este empleado".

"Como el asunto podría perjudicar el buen nombre y la reputación de esta Misión y de los empleados colombianos, tan pronto como se conocieron las actividades indebidas del señor Rotelli, informé sobre ellas al Ministerio de Relaciones Exteriores en Bonn, le comuniqué que el empleado había sido suspendido y que la Embajada ofrecería toda la cooperación del caso para cualquier investigación que el Gobierno Alemán deseara hacer sobre el particular".

"También logré averiguar el lugar donde se hallaba depositada en Colonia una parte de los licores importados, indebidamente, dato que fué inmediatamente transmitido a la Sección de Protocolo".

.....

"Espero que el Decreto de destitución de este funcionario sea dictado a la mayor brevedad posible y agradecería que se me comunicara por cable dicha decisión con el fin de poder informarlo así al Ministerio de Relaciones Exteriores". (fls. 270 y 271).

d). Copia del memorándum de fecha 30 de julio de 1955, pasado por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores al Secretario General de la Presidencia, que textualmente expresa: "Se declara insubsistente el nombramiento del señor CARLOS A. ROTELLI, Canciller de la Embajada de Colombia en Alemania, a petición del Embajador y teniendo en cuenta los abusos cometidos por este empleado en relación con exenciones y privilegios concedidos en Alemania al Cuerpo Diplomático". (F. 269).

e). Declaración del doctor Camilo de Brigard Silva, ex-Embajador de Colombia en Alemania, en la cual expresa:

"Los motivos que tuve para hacer dicha solicitud, (refiérese a la destitución de Rotelli) fué, el haber llegado a mi conocimiento que el citado Rotelli, usando indebidamente el papel, los sellos de la Embajada había formulado ciertos pedidos de licores, que había introducido a Alemania, beneficiándose de la franquicia diplomática de que gozan los funcionarios diplomáticos extranjeros en aquel país, licores que posteriormente Rotelli daba a la venta a comerciantes alemanes. De los datos que pude allegar parece que alcanzó a hacer importaciones por valor de unos cuatro mil o cinco mil dólares. El señor Rotelli, que era de nacionalidad italiana, no tenía las calidades de funcionario diplomático y por lo tanto, como se trataba de un procedimiento abusivo y que podía perjudicar la fama, corrección de la Embajada y de sus funcionarios, tan pronto como tuve conocimiento de tal hecho, lo puse en conocimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores en Bogotá y pedí que fuera destituído inmediatamente. En los archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe existir la nota que dirigí en esa época, así como un despacho cablegráfico, donde se explicaba ampliamente los actos indebidos y delictuosos que había cometido Rotelli. Igualmente puse en conocimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania los procedimientos y los hechos que había ejecutado Rotelli... Posteriormente cuando ya Rotelli había sido destituído como empleado de la Embajada, se recibieron numerosas comunicaciones de firmas y comerciantes alemanes, a quienes Rotelli había quedado debiendo importantes sumas de dinero. Se pudo establecer también que en muchas ocasiones con el objeto de hacer pedidos de licores y cigarrillos, había falsificado la firma del suscrito y de otros funciona-

rios de la Embajada. Tengo también conocimiento de que cuando dicho individuo se hallaba en Holanda, como empleado de la Legación de Colombia allí, quedó debiendo sumas de dinero y realizó muchos actos indebidos". (Fls. 262 y 263).

f). Declaración del doctor Aurelio Caycedo Ayerbe, en la cual manifiesta que siendo él Secretario de la Legación de Colombia en los Países Bajos y al comenzar el año de 1948, conoció a Rotelli, "como hombre de natural simpatía, de caballerosa discresión y buenas maneras". Y agrega: "Conociendo a cabalidad el holandés, el francés y el alemán resultaba de gran utilidad en un ambiente forzosamente políglota como es el holandés. El Ministro de Colombia doctor Fernando Gómez Martínez se sirvió también del señor Rotelli y al ausentarse él para Colombia seguí yo empleando su trabajo en las oficinas de la Cancillería de la Misión. Rotelli atendía especialmente al público alemán y holandés y traducía documentos, informes y noticias de prensa en dichos idiomas. En ese carácter informal de supernumerario colaboró conmigo por espacio de un año aproximadamente". (F. 287).

g). Testimonio del doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, en donde el deponente expresa:

"Efectivamente a fines del año de mil novecientos cincuenta fuí designado por el Gobierno de Colombia como Ministro Plenipotenciario y abogado ante la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, Holanda, para intervenir junto con el Dr. Jesús María Yepes en el litigio colombo-peruano sobre el Asilo del señor Víctor Raúl Haya de la Torre. Permanecí en La Haya, en el desempeño de tales funciones en mil novecientos cincuenta y parte del año de mil novecientos cincuenta y uno, y en tales circunstancias tuve oportunidad de conocer al señor Carlos Rotelli, a quien consideraba entonces como empleado bien de la Legación de Colombia en Holanda o del Consulado del país en la misma ciudad de La Haya. Como mis funciones no tenían relación alguna con esta Legación o alguno de los Consulados de Colombia en Holanda no me correspondía de ningún modo intervenir en las labores del señor Carlos Rotelli, ni cerciorarme tampoco sobre la forma de su nombramiento, pero su presencia en la Legación le daba incuestionablemente una apariencia de empleado en tales oficinas que no me correspondía supervigilar". (Fls. 232 y 233).

h). El doctor Carlos Vera Villamizar, quien por medio de certificación jurada rindió declaración en el proceso, manifiesta que en el año de 1952, en su carácter de Ministro Plenipotenciario de Colombia ante el Gobierno de Holanda, le correspondió darle posesión al señor Néstor Forero Morales como Cónsul de Colombia en Rotterdam; que conoció al señor Rotelli como empleado particular del Ministro, realizando las funciones de escribiente de la Legación; que el señor Tobar, por entonces Secretario de la Legación, utilizaba los servicios de Rotelli para los asuntos del Consulado en La Haya, y añade que Rotelli era ya empleado particular de la Legación cuando el declarante se hizo cargo de aquella Misión. Expresa también que no tuvo confianza en Rotelli, y que, dado su temperamento, no cree habérselo recomendado a Forero Morales, y agrega que desde mucho antes de llegar él (Vera Villamizar) "a Rotelli se le pagaba particularmente, por parte del Ministro, un sueldo mensual". Afirma en seguida: "Rotelli era un dipsómano, aunque cumplía bien con su oficio". (Fls. 230 y 231).

i). Certificación de la Contraloría General de la República, fechada el cinco de julio de 1958, en la cual se hace constar:

"1º Que examinadas las cuentas rendidas por el Consulado General de Colombia en Nueva York, correspondiente al tiempo comprendido entre el 6 de Noviembre de 1952 y el 7 de septiembre de 1954, no se encontraron informes de remesas de especies venales verificadas por el Consulado de Colombia en París, al Consulado de Colombia en Rotterdam;

"2º Que sobre el envío de Especies Venales, sólo aparecen los duplicados de las remesas a crédito efectuadas directamente por el Consulado de Colombia en Nueva York, a los distintos Consulados en otras ciudades del mundo, entre ellos al de Rotterdam;

"3º Que por deducción misma de los puntos anteriores, no es posible establecer punto de referencia en cuanto a las autoridades sobre entrega de remesas de Especies Venales del Consulado de Colombia en París, al Consulado de Colombia en Rotterdam, ni tampoco sobre órdenes referentes al sistema de entrega de las mismas". (F. 254).

j). Copia del oficio Nº 155708 del 25 de julio de 1958, dirigido por la Sección de Fenecimiento de la Contraloría General de la República al Auditor Fiscal ante el Consulado de Colombia en Nueva York, cuya transcripción literal es la siguiente:

"Con el fin de resolver la situación fiscal del señor Néstor Forero Morales en el juicio que por Peculado se adelanta en este Despacho por su ejercicio como Cónsul en Rotterdam, atentamente le

solicito establecer lo siguiente: a) Número y fecha de la Planilla por concepto del traspaso de 4.000 formularios por valor de US $ 4.000.00, que le hizo el Consulado Subalterno de París al Consulado Subalterno de Rotterdam, en el año de 1952. Dada la urgencia de resolver este asunto, se espera su informe a la mayor brevedad, acompañado de una copia auténtica de la Factura de Traspaso". (Fl. 256).

k). Copia del oficio Nº 1073 de fecha 29 de julio de 1958, mediante el cual el Auditor Fiscal ante el Consulado de Colombia en Nueva York da respuesta al que acaba de transcribirse, documento que tiene el siguiente tenor literal:

"Debido a que en el Consulado General de Colombia en París debe encontrarse la planilla original del despacho de las facturas consulares que fue hecho al ex-Cónsul de Colombia en Rotterdam, señor Néstor Forero Morales y también el recibo de conformidad de dicho envío, con oficio Nº 1072 de esta misma fecha me he dirigido al Sr. Cónsul General de Colombia en París, a fin de que a la mayor brevedad me informe al respecto y poder dar respuesta a su atento oficio de la referencia". (F. 256).

l). Copia del oficio número 1086 del 14 de agosto de 1958, dirigido por el señor Auditor ante el Consulado de Colombia en Nueva York al jefe de la Sección de Fenecimiento de la Contraloría General de la República, en relación con los oficios anteriores. Dice así la referida nota:

"A la presente me permito adjuntar el original del oficio Nº 611 de agosto 4 de 1958 procedente del señor Lucio Gori, Cónsul de Colombia en París. Este oficio se explica por sí mismo. Respecto del punto Primero del oficio adjunto, me he dirigido a París para que el Cónsul me envíe una copia autenticada del documento de donde obtuvo la numeración de las facturas consulares enviadas al Ex-Cónsul Forero Morales o en su defecto una fotoscopia. La segunda copia de la planilla de despacho de que habla el señor Cónsul en París en el punto tercero, no aparece en los archivos del Consulado General de Colombia en Nueva York. Adjunto, también, copia auténtica de la relación mensual de distribución de que trata el punto cuarto del oficio del señor Cónsul en París". (F. 256).

ll). Copia del oficio Nº 611 de 4 de agosto de 1958, a que se refiere la nota anterior, cuyo texto es el siguiente:

"Con relación a su atenta nota señalada en la referencia, mediante la cual se ha servido transcribirme el oficio Nº 155708, del Dr. Miguel A. Mora Daza, Jefe de Fenecimiento, en el que solicita algunas informaciones relativas al manejo del señor Néstor Forero Morales, ex-Cónsul de Colombia en Rotterdam, tengo el honor de informar a Ud. lo siguiente: PRIMERO: En el mes de diciembre de 1952, este Consulado despachó con destino al Consulado de Colombia en Rotterdam cuatro mil (4.000) ejemplares FC-6 para facturas consulares, numerados del 56.901 al 60.900. SEGUNDO: La planilla original relativa a dicho despacho lo mismo que los formularios, fueron dirigidos al señor Néstor Forero Morales, titular a la sazón como Cónsul de Colombia en Rotterdam. TERCERO: Que la segunda copia de la citada planilla, fue remitida, según costumbre, al Consulado General de Colombia en Nueva York, a fin de hacer el cargo correspondiente en la cuenta respectiva del citado Cónsul. CUARTO: Que el despacho de los formularios en referencia figura en la Relación mensual relativa a las especies venales distribuídas por este Consulado de diciembre de 1952, relación que fue enviada al Consulado General de Nueva York por medio de la nota Nº 1 de primero de enero de 1953. QUINTO: Que este Consulado no conserva la planilla relativa a este envío por la circunstancia de haber transcurrido desde entonces más de seis años y medio, y no disponer de espacio en su reducido local para guardar los archivos por más de tres años. SEXTO: Que el comprobante relativo a dicho despacho fué remitido al Consulado de Nueva York con la relación de gastos de aquel mes, según costumbre, ya que se envía el recibo de correos como comprobante de porte pagado, a fin de obtener el reembolso del gasto efectuado. SEPTIMO. Que la persona autorizada para el recibo de las especies venales despachadas fue el señor Néstor Forero Morales, en su calidad de Cónsul de Colombia a la sazón, según aparece en los libros de este Consulado". (Fls. 256 y 257).

m.) Copia del oficio Nº 649 del 20 de agosto de 1958, dirigida por el Cónsul de Colombia en París al Auditor Fiscal del Consulado de Colombia en Nueva York. Su texto es el siguiente:

"Con relación a su atento oficio señalado en la referencia, mediante el cual se ha servido solicitar de este Consulado una copia autenticada de los documentos donde figuran los datos relativos al envío de 4.000 formularios FC-6 al ex-Cónsul de Colombia en Rotterdam señor Néstor Forero Morales, tengo el honor de informarle que se han tomado copias de los citados documentos así:

a) Copia del oficio Nº 1 del 1º de enero de 1953 dirigido por este Despacho al Consulado de Colombia en Nueva York. b) Copia de la Relación de Facturas distribuídas por este Consulado a diversos consulados en Europa, durante el mes de diciembre de 1952. c). Copia de una partida que figura en el libro control relativo a los despachos de dichos formularios durante el período de diciembre de 1952, anteriormente citado. Me permito anexar al presente oficio las citadas copias, debidamente autenticadas, según sus atentas instrucciones". (F. 257).

n). Testimonio de los señores Jesús Antonio Uribe Prada y Fidel Torres González (Mario Ibero) sobre la conducta, dotes intelectuales y personalidad individual y social del señor Néstor Forero Morales. Ambos deponentes coinciden en que el señor Forero Morales, a quien conocen desde hace muchos años, ha sido un brillante periodista de amplia cultura literaria y filosófica; un hombre honesto que, por la índole misma de sus actividades, dedicado por entero a las labores especulativas, carece de sentido práctico en el desarrollo de su vida cuotidiana. (Fls. 273 y 274).

Los referidos testimonios complementan los datos obrantes en el proceso, según los cuales el incriminado no registra antecedentes delictuosos, y corroboran la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el sentido de que el señor Forero Morales "desempeñó a cabalidad sus funciones durante el lapso en que ejerció el cargo de Cónsul de Colombia en Quebec, Canadá. (F. 276).

TESIS DE LA DEFENSA

El anterior defensor del acusado, doctor Carlos Reyes Posada, en extenso alegato visible a folios 321 y siguientes del informativo, sostiene la total irresponsabilidad de su defendido. Las tesis del doctor Posada fueron luego prohijadas y sustentadas en la audiencia pública por el nuevo defensor del señor Forero Morales, doctor César Ordóñez Quintero: Cabe por tanto transcribir la parte final del referido alegato, en el cual su autor condensó su criterio sobre el caso sub-judice:

"1º No se halla acreditado en modo alguno el hecho de que el señor Néstor Forero Morales, en su calidad de Cónsul de Colombia en Rotterdam solicitara oficialmente al Consulado de Colombia en París o al Consulado en Nueva York, ninguna cantidad de formularios o patrones de Facturas consulares;

"2º Tampoco se halla acreditado que el Consulado de París o el Consulado de Nueva York, le enviaron oficialmente al Cónsul Forero Morales, formularios o patrones de facturas consulares;

"3º Se halla demostrada a cabalidad que Carlos Rotelli, empleado subalterno del Consulado en Rotterdam, en los primeros meses de enercicio (sic) del Cónsul Sr. Forero Morales, traicionando la confianza del Embajador que lo nombró y por tanto, la del Gobierno de Colombia, observó conducta pésima que lo hizo acreedor a sanciones por parte del Gobierno de Holanda y posteriormente del Gobierno de Alemania Occidental, con la adehala de haber abandonado sus funciones, sin motivo real o aparente, o mejor, en una forma por demás sospechosa y significativa;

"4º Se ha demostrado cabalmente que el Cónsul entrante señor Fernando González, recibió el Consulado a satisfacción, puesto que verificó el hecho de que Forero Morales compraba mínima cantidad en el Consulado de La Haya, formularios o patrones de facturas consulares, para venderlas al comercio de exportación de Rotterdam;

"5º En el Consulado de Nueva Yôrk no aparece constancia de que se hubiera elaborado la planilla indispensable para despachar al Consulado de París o al Consulado en Rotterdam, la cantidad de cuatro mil formularios o patrones de facturas consulares, cifra ésta, por demás exótica, si se tiene cuidado de comparar los despachos acreditados para Consulados de mucho mayor movimiento, como el de Liverpool, por ejemplo.

"De todo lo cual se desprende, que el ex-Cónsul saliente Sr. Néstor Forero Morales, está siendo víctima de un tremendo error judicial, solamente explicable por la poca experiencia de los funcionarios instructores en materias fiscales, o por la negligencia de quienes elaboraron la deficiente acta de Nueva York, o por las actividades profesionales del señor Forero Morales, quien por su pugnaz carrera periodística en una travesía de cuarenta años, se ha conquistado obviamente malquerientes solapados. Esto pudo influír en los primeros momentos de la investigación penal o en la administrativa de cuentas.

"Pero sobre todo, campea a todo lo largo de este expediente, cierta unilateralidad en la etapa investigativa, porque considerándose la responsabilidad fiscal como idéntica a la penal, por el sólo hecho de ser el Cónsul responsable de la oficina a su cargo se prescindió desde un principio de investigar tesoneramente la conducta del funcionario extranjero Rotelli y ya hemos visto cómo ella lejos de ser aceptable está cercada de tremendos indicios de su deshonestidad, de su capacidad de-

lictiva, y de su criterio mercenario al servicio de un Gobierno extranjero.

"Y no cabe confusión posible entre la responsabilidad penal y la simplemente administrativa. Ante la justicia penal solo responden los hombres que han procedido con intención dañada, a quienes se les ha demostrado plenamente. Pero no puede imputarse la comisión de un delito, a ningún funcionario que por el solo hecho de ser el responsable administrativo de la oficina que maneja y mucho menos en este caso, cuando en la designación del señor Rotelli como hemos explicado, no tuvo nada que ver con el señor Forero Morales.

"Por las razones dadas, hemos puesto de relieve que no hay la menor prueba de que el señor Forero Morales dispusiera dolosamente de bienes del Estado, que fuertes indicios rodean la conducta del señor Rotelli con fuerza incriminatoria indudable, por lo cual procede la absolución completa del ex-Cónsul de Colombia en Rotterdam Sr. Néstor Forero Morales, la cual es de justicia que se produzca en esta etapa final del proceso y no la declaratoria de nulidad constitucional, porque ella retrotraería el proceso a su fase inicial, cuando con los elementos de convicción y de prueba allegados, se sabe que este negocio no puede encausarse contra mi defendido".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Frente al acervo probatorio recogido durante el juicio y a la tesis de la defensa, la Sala formula las siguientes consideraciones:

1). Es evidente que el señor Carlos Rotelli venía siendo ocupado por los funcionarios diplomáticos y consulares de Colombia en los Países Bajos desde mucho antes de encargarse del Consulado de Rotterdam el señor Néstor Forero Morales.

2). Es por tanto explicable y justificable que quien como el señor Forero Morales llegaba a ejercer sus funciones a un medio desconocido y sin poseer el difícil idioma holandés y absolutamente desvinculado de aquel país, buscara un apoyo, para el desempeño de los menesteres consulares, en una persona tradicionalmente conocida por los demás funcionarios colombianos, tanto más cuanto tal persona habíase mostrado hábil en aquella clase de labores y dominaba varios idiomas, extremo éste de excepcional importancia en esa índole de funciones.

3). No ofrece duda la conducta desleal y antijurídica de Rottelli durante el tiempo en que sirvió la Cancillería de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Alemania Occidental, casi hasta el punto de comprometer el buen nombre de nuestra Misión Diplomática en aquel país, abusando de la confianza en él depositada por el Embajador Camilo de Brigard Silva, quien, como se ha dicho, se vió precisado a solicitar del Ministerio de Relaciones Exteriores su destitución inmediata.

4). La personalidad de Rottelli surge en este proceso como la del hombre avisado, hábil e inteligente, con experiencia del mundo y de la vida, característica de quienes muestran aptitud para la criminalidad evolutiva y fraudulenta. Vehemente indicio de ello es la impresión que le dejó al doctor Aurelio Caycedo Ayerbe, ex-Secretario de nuestra Legación en Holanda, quien lo juzgó "como hombre de natural simpatía, de caballerosa discresión y buenas maneras", estilo personal con el cual debía sorprender más tarde la buena fe del Embajador Camilo de Brigard, quien estuvo confiando en él hasta el momento mismo en que vino en conocimiento de los hechos por los cuales pidió a la Cancillería colombiana su destitución.

5). Surge asimismo del informativo un ostensible contraste entre la personalidad moral de Rottelli y la del ex-Cónsul Forero Morales, quien no presenta antecedentes delictuosos, ni indicios de peligrosidad social, sino todo lo contrario: una vida dedicada al periodismo y a faenas de orden intelectual, con tendencia a la abstracción y al desligamiento de los aspectos prácticos del diario vivir.

6). No se ha demostrado plenamente en el proceso que el ex-Cónsul Forero Morales hubiese recibido personalmente los formularios para facturas consulares que le fueron despachados del Consulado de Colombia en París. Ya se ha visto que ni en los archivos de este Consulado ni en el de Nueva York aparecieron las planillas que tal cosa acreditaran, y que el sindicado, en reiteradas afirmaciones no desvirtuadas, manifiesta que fué Carlos Rotelli la persona que los recibiera y dispusiera de ellos, vendiéndolos a plazo. La natural desorientación con que Forero, recién llegado a un medio distinto, actuaba; su ignorancia del idioma y de las costumbres del país; la lógica necesidad de confiar en quien poseía experiencia, habilidad e idiomas para aquellos menesteres; la peligrosidad de Rottelli, ignorada desde luego por el Cónsul inexperto y por los demás funcionarios colombianos en Holanda, y la falta de sentido práctico en Forero Morales, muy frecuente en personas de-

dicadas a constante actividad intelectual, constituyen factores que el juicio ha venido a poner en evidencia y que prestan un serio respaldo a la versión del procesado. Todo lo cual conduce, necesariamente, a rectificar el criferio que la Sala se formó sobre el caso sub-judice y que expuso en el auto calificatorio del sumario, rectificación que no sólo es valedera en cuanto respecta al peculado doloso, sino también al que hubiera podido cometerse por simple culpa del funcionario acusado, ya que éste no se hallaba en condiciones de prever la peligrosa personalidad de Rottelli, y por tanto no le son imputables la imprudencia o la llana negligencia. Fluye de todo lo anterior que en este proceso no se reúnen los presupuestos exigidos por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria en contra del acusado, y que se impone, consecuentemente, su absolución, dado que la prueba que sirvió de base al auto de proceder quedó sustancialmente modificada durante el plenario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, FALLA:

1º ABSUELVESE al señor NESTOR FORERO MORALES de los cargos que le fueron formulados en este proceso, en su carácter de Cónsul de Colombia en Rotterdam (Holanda), por el delito de peculado.

2º ORDENASE la libertad del mencionado señor Forero Morales, quien viene figurando como detenido en esta causa.

3º Ofíciese a las autoridades a cuya cargo ha estado la vigilancia del acusado, para los efectos legales.

Notifíquese, archívese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Rendón Gaviria—Humberto Barrera Domínguez—Simón Montero Torres—Julio Roncallo Acosta—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo.—Pioquinto León L. Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

PROSPERAN PARCIALMENTE LOS CARGOS QUE POR ERROR DE HECHO SE HICIERON A UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL TRABAJADOR DEMANDADO AL PAGO DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA VIOLACION DE UN CONTRATO

1—El artículo 65 del Código del Trabajo no manda, como lo pretende el Tribunal, que el pago de las deudas pendientes a favor del trabajador, al terminar el contrato, depende de un acuerdo de las partes sobre su cuantía. Muy al contrario, lo que prevé tal disposición es su desacuerdo acerca del indicado extremo y, para tal evento, germen de un conflicto de intereses y de una posible litis, instituye un mecanismo, el de la consignación judicial por el patrono de lo que confiese deberle al empleado. El arbitrio ideado por el legislador permite la solución inmediata del diferendo, mientras la justicia decide el asunto en definitiva, y lo pone al servicio del patrono para que por ese medio se libere del pago de la indemnización por mora.

2—El Tribunal acepta como excusa para librar al patrono de las obligaciones a su cargo al terminar el contrato, el hecho de haberse ausentado el trabajador del lugar en que prestaba sus servicios y la consiguiente dificultad en que se encontró el patrono para celebrar acuerdos con él encaminados a solucionar el pago de sus créditos. Huelga advertir que tal circunstancia no es de recibo, ni ella imposibilitó a la empresa para haber realizado la consignación en tiempo oportuno. Así que al aceptar el Tribunal la consignación tardía, desatendió la norma del artículo 65 del Código del Trabajo.

3—Cabe advertir, en referencia con el artículo 65 del Código del Trabajo, que el pago condicional no extingue la obligación al tiempo de la consignación, porque la condición se interpone como obstáculo para impedir su realización, es decir, destruye la intención de producir tal efecto. Esta Sala de la Corte tuvo ya la oportunidad de fijar su pensamiento al respecto, expresando que la consignación sujeta a condición desvirtúa la finalidad económica y social en que se inspira el artículo 65 y, de consiguiente, la protección especial que el mandato dispensa al trabajador.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

La Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales Limitada, domiciliada en dicha ciudad, promovió juicio ordinario laboral contra el señor Octavio Acevedo, para que por sentencia se declare resuelto el contrato de trabajo que celebró con éste, consignado por escrito, de fecha 14 de mayo de 1954, y en consecuencia se le condene al pago de los perjuicios que le causó, equivalentes a los sueldos que el empleado debía percibir desde la fecha en que abandonó su oficio (18 de septiembre de 1954) hasta aquella en que la convención debía terminar (17 de mayo de 1955), y a reintegrarle lo que recibió por concepto de sueldos en exceso de lo debido en los meses de septiembre y octubre de 1954, por un valor de $ 402.00.

En subsidio pide la demanda que Octavio Acevedo sea condenado a pagarle a la Compañía, o los salarios correspondientes al tiempo faltante del plazo presuntivo, o en subsidio de tal petición, el

pago de los salarios de 45 días, conforme a la cláusula de reserva.

En la primera audiencia de trámite, el mandatario judicial de la Compañía aclaró y corrigió la demanda, acto que en lo concerniente a las peticiones consistió en modificar la relativa al pago de perjuicios, en el sentido de que ellos deben comprender el daño emergente y el lucro cesante, estimando los provenientes de aquel en el valor de los sueldos que el empleado debía percibir durante el tiempo faltante del contrato, y representados los del lucro cesante en las utilidades que dejó de recibir la Compañía dentro del mismo lapso de tiempo, estimados pericialmente.

Afirmaciones:

1º Según documento de fecha 14 de enero de 1954, Octavio Acevedo y la Compañía de Hilados y Tejidos celebraron un contrato de trabajo, a virtud del cual aquél se obligó a prestar a ésta sus servicios personales como Director del Departamento de Tejidos de la Empresa, contrato que las partes modificaron en el sentido de que comenzaría a ejecutarse desde el 18 de mayo del año expresado.

2º El término de duración del contrato fue el de un año, que debía expirar el 17 de mayo de 1955, teniendo en cuenta la modificación a que se refiere el punto anterior.

3º Para retribuír sus servicios al empleado se estipuló un sueldo básico de $ 450.00 al mes.

4º Sin mediar aviso alguno a la Empresa, Acevedo abandonó el empleo el 18 de septiembre de 1954.

5º La Empresa proyectó una labor técnica, cuya dirección encomendó al empleado, por el término de un año, contratando el personal necesario para su ejecución, por lo cual, el retiro intempestivo de Acevedo le ocasionó perjuicios, los cuales tienen un valor no inferior al importe de los sueldos que aquél debía percibir por el tiempo de duración del contrato.

6º Acevedo recibió de la Empresa, en el mes de septiembre de 1954, la suma de $ 312.00, y en octubre del mismo año, la de $ 90.00, por avances a su sueldo, sumas que debe reintegrarle.

En la aclaración y corrección de la demanda, el personero de la Compañía agrega estas afirmaciones:

Octavio Acevedo debía comenzar labores el 14 de enero de 1954, según el contrato de trabajo consignado por escrito, y se abstuvo de hacerlo; días después autorizó a su esposa para que preguntara a la Compañía si a pesar de no haber iniciado labores en la fecha convenida, sería recibido por la Empresa, a lo cual ésta, por conducto de uno de sus empleados, contestó que lo aceptaba.

En la respuesta que a la demanda dió el apoderado del demandado, acepta que las partes firmaron un contrato de trabajo con fecha 14 de enero de 1954, pero anota que aquél no tuvo cumplimiento; niega que los contratantes hubieran convenido la modificación de que habla el libelo y afirma que la relación de trabajo quedó regida por un contrato verbal.

Con respecto al salario dice que el mismo empleo para el cual fue contratado Acevedo, lo había desempeñado antes el doctor Urdaneta, con asignación de $ 1.500.00.

La respuesta no aceptó las demás afirmaciones de la demanda ni las contenidas en su aclaración y corrección.

En oportunidad legal, Octavio Acevedo formuló demanda de reconvención contra la Compañía de Hilados y Tejidos, en la cual suplica que ésta sea condenada a pagarle la suma de $ 158.30, por auxilio de cesantía, la de $ 80.00 por concepto de primas de producción; la cantidad de $ 4.200.00 por reajuste de salarios; y la que le corresponda a título de indemnización moratoria.

El libelo reconvencional enuncia estos hechos en su apoyo:

a). Octavio Acevedo prestó servicios a la Compañía, como técnico, en el Departamento de Tejidos, mediante contrato verbal de trabajo, desde el 18 de mayo hasta el 18 de septiembre de 1954.

b). El sueldo básico para retribuír sus servicios fue de $ 450.00 mensuales, que en dos meses y medio aumentó a $ 475.00, por razón de una prima de producción adicional al sueldo fijo. Su antecesor, el doctor Urdaneta, devengaba, en las mismas condiciones de servicios, la suma de $ 1.500.00 al mes, contra el principio de que a trabajo igual corresponde igual salario. Por tal motivo la Empresa debe al trabajador la diferencia entre los dos sueldos, o sea la suma de $ 1.050.00 mensuales.

c). No le fue pagada al trabajador la prima de producción en mes y medio de trabajo, cuyo valor es de $ 80.00, ni al terminar la relación de trabajo se le canceló el auxilio de cesantía.

En la contestación que al escrito de reconvención dió el personero de la Compañía, no acepta que el contrato de trabajo se hubiera convenido verbalmente; que haya concluído la relación de trabajo, y que Acevedo hubiera sido un técnico de la Empresa.

Admite que se causó en favor de Acevedo la prima de producción de agosto de 1954, que tenía cobrada por avances a sus sueldos. Con referencia a la cesantía declara que por haber abandonado su oficio el trabajador, la Empresa no tuvo con quien entenderse para su liquidación y pago.

Propuso las siguientes excepciones perentorias:

I.—**Compensación.**

La fundó en estos hechos: deuda a cargo del trabajador por la suma de $ 402.00, a título de sueldos anticipados; obligación a cargo de Acevedo y a favor del Banco Popular, Sucursal de Manizales, caucionada por la Compañía, por la suma de $ 300.00; y posibles condenas a cargo del trabajador, "por concepto de perjuicios y reintegros", en la demanda principal.

II.—CARENCIA DE OBLIGACION.

Las afirmaciones que le sirven de respaldo son las siguientes:

No existe obligación a cargo de la Empresa por reajuste del salario, porque el pactado no es el que indica la demanda de reconvención, sino el de $ 450.00 al mes y una prima de producción, compensada con el mayor valor de sueldos recibidos por el trabajador, y porque habiéndose retirado éste el 18 de septiembre, la prima, exigible al terminar el mes, no se había causado. Tampoco existe a cargo de la Empresa la obligación sobre pago de indemnización por mora, porque Acevedo abandonó el trabajo, por lo cual no pudo hacerle a éste el pago de sus prestaciones.

III.—PAGO POR CONSIGNACION

Se funda en el hecho de que la Empresa no tuvo con quien liquidar las prestaciones a favor del trabajador debido al abandono del oficio por parte de éste, ni el saldo a su cargo. Sin embargo, al momento en que Acevedo se retiró quedó en la Empresa, a su disposición, la suma de $ 223.92, según esta liquidación:

Salario base		$ 450.00
Prima de producción causada:		
1º mayo-54 a 31 jul.-54	$ 103.65	
1º a 31 agosto-54	51.02	
Promedio en 4 meses	38.66	
Estimación de la vivienda	30.00	
Sueldo básico para liquidación	518.66	
Le corresponde por cesantía en cuatro meses de labores la suma de	172.90	
Prima de producción de agosto, de pago pendiente	51.02	
		$ 223.92

La suma referida la pone la Empresa a disposición del Juzgado, en forma condicionada, sujeta a la resultas del juicio, en vista de las deudas a favor de la sociedad y a cargo del empleado por anticipo de sueldos, préstamos y perjuicios.

La última de las nombradas excepciones la aduce la Empresa subsidiariamente.

Planteada así la litis, el Juzgado del conocimiento, Segundo del Trabajo de Manizales, en sentencia de fecha 27 de agosto de 1955, la decidió en estos términos:

1º Condénase a Octavio Acevedo a pagar a la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales, la suma de $ 293.20 por concepto de mayor valor recibido por sueldos.

2º Condénase a la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales a pagar a Octavio Acevedo, la suma de $ 1.364.91, por estos conceptos:

a). Por cesantía		$ 172.89
b). Por prima de producción		51.02
c). Por salarios caídos		1.141.00
Total		$ 1.364.91

3º Se absuelve a Octavio Acevedo y a la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales, de todos los demás cargos y peticiones que se formulan, tanto en la demanda principal como en la de reconvención, respectivamente.

4º Se declaran probadas parcialmente las excepciones de compensación y pago por consignación, por las sumas de $ 293.20 y 223.92, respectivamente, propuestas por la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales. Deducidas de la condena a su cargo, queda un saldo a favor del trabajador de $ 847.79. Se declara sin fundamento legal la excepción de carencia de obligación.

5º Por el Banco de la República se pagará al apoderado de Octavio Acevedo, la suma de $ 223.92, a que se refiere el título Nº 18089 de 24 de noviembre de 1954.

Hechas las deducciones del caso, la Empresa está en la obligación de reconocer a Acevedo la suma líquida de $ 847.79, más el valor del título men-

cionado, en vista de la compensación respectiva. Sin costas.

Apelada por ambas partes la sentencia de primera instancia, fue remitido el expediente al Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, previa concesión de la alzada.

En providencia de 7 de mayo de 1956 (folios 105 y 106), el Tribunal declaró nula la actuación surtida en primera instancia, desde el auto del Juzgado del 16 de junio de 1955, que señaló el día 24 del mismo mes para la continuación de la cuarta audiencia de trámite, por no haberse proferido en audiencia, como lo previene el artículo 42 del Código Procesal del Trabajo.

Devueltos los autos al Juzgado y subsanada la informalidad en que el superior fundó su decreto de nulidad, aquél volvió a dictar sentencia con fecha 21 de mayo de 1956, cuya parte motiva y resolutiva son iguales a las de la sentencia anterior.

El recurso de apelación fue decidido por el Tribunal en sentencia del 14 de diciembre de 1956. Revoca ella la de primera instancia, y en su lugar dispone:

"1º Se condena al señor Octavio Acevedo, mayor y vecino de Palmira, a pagar a la "Cía. de Hilados y Tejidos de Manizales Ltda.", la suma de cinco mil cuarenta y ocho pesos ocho centavos ($ 5.048.08) moneda corriente.

"2º Se declaran probadas parcialmente las excepciones de compensación y carencia de obligación propuestas por el apoderado de la Compañía.

"3º Se absuelve a la sociedad de Hilados y Tejidos de Manizales de todos los cargos formulados en la demanda de reconvención por el mismo señor Octavio Acevedo.

"4º Sin costas".

Contra la anterior sentencia interpuso el recurso de casación el apoderado del trabajador demandado. Admitido éste por la Corte y tramitado en legal forma, pasa ella a decidirlo.

Como causal de casación invoca el recurrente la contenida en el numeral 1º del artículo 87 de la ley procesal del trabajo.

Solicita el impugnador que la Corte infirme el fallo recurrido y, en su lugar, confirme el de primera instancia, con la reforma de que la Compañía está obligada al pago de la indemnización moratoria, desde el 18 de septiembre de 1954, fecha de la terminación del contrato de trabajo, hasta el día del pago.

EL RECURSO

Dos cargos formula el recurrente contra el fallo de segunda instancia, que la Corte examina en su orden.

PRIMER CARGO. Aplicación indebida del artículo 64 del C. de T., en relación con los artículos 1546, 1609, 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil, por errónea apreciación de pruebas.

El Tribunal —dice el recurrente— apreció erróneamente el contrato de trabajo (folios 4 y 5) y el dictamen pericial (folios 134 y 135) y dejó de apreciar la confesión del apoderado de la Compañía (folio 19 y ss.)

La Corte encuentra fundado el cargo en cuanto éste sostiene la errónea estimación del dictamen pericial, que sirvió de base al sentenciador para condenar al demandado Acevedo al pago de perjuicios por infracción del contrato y, por tanto, limitará su estudio a este aspecto de la acusación.

Dos reparos formula el recurrente contra el dictamen pericial, a saber: a) Se produjo con preterm isión de preceptos de la ley procesal civil y laboral, por lo cual la respectiva actuación está afectada de nulidad; y b) Se funda en supuestos imaginarios, y el avalúo de perjuicios del experto no tiene ninguna base real.

Prescinde la Corte de considerar el primer reparo, pues las actividades del Juez in procedendo, como lo tiene ella establecido en su jurisprudencia, no tienen incidencia en casación.

En cambio, está justificado el segundo reparo, pues el dictamen presenta las graves deficiencias que le anota el recurrente. Los hechos que le sirven de sustento no tienen respaldo probatorio en el juicio, por lo cual, las conclusiones que de ellos extrae el perito son inaceptables. De la prueba resulta una evidencia contraria a la realidad procesal y a los dictados de la sana crítica, como se pondrá de manifiesto en el examen que la Corte hará a continuación de la prueba pericial en referencia.

Para demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, el apoderado de la Compañía pidió la práctica de una inspección ocular en la primera audiencia de trámite, con intervención de un perito (folio 24 v.). La inspección debía establecer estos hechos: a) Local en que ejerció su actividad de técnico de la empresa el señor Octavio Acevedo e índole de la misma; b) Personas que en el momento de la inspección tengan a su cargo la función que aquel desempeñaba, trabajadores ba-

jo su dirección y calidad de la responsabilidad del técnico director.

Sobre la base de los hechos observados en la inspección ocular, el perito debía dictaminar sobre estos puntos:

1º Si la función de Acevedo corresponde a un oficio calificado; 2º Cuantía de los perjuicios que la Fábrica pudo haber recibido por el retiro del trabajador Acevedo e importe de los que pudo haber sufrido por haber incumplido éste el contrato, "especialmente en lo relativo al término o duración del mismo".

La inspección ocular, en el acta que la recoge (folio 75) expresa que el Juzgado constató que el oficio de Acevedo en la Empresa era el de Jefe del telar de producción y de aprendizaje, en cuanto a la supervigilancia de trabajadores y de las máquinas en relación con su funcionamiento mecánico permanente; que su función la desempeñaba en la actualidad Inés Aristizábal y Javier Obando, esto es, tienen a su cargo la Jefatura del Telar y en lo relacionado con la supervigilancia y buena marcha de los obreros y de la producción; y que es de noventa y dos el número de operarios.

Para conceptuar sobre los puntos objeto del dictamen pericial, fue designado el señor Augusto Estrada Villegas.

Síntesis de la exposición pericial (folios 134 y 135) es la siguiente:

a). Debido al retiro del trabajador Acevedo, la Compañía empleó cuatro meses en el montaje de 40 telares, labor que con la intervención de aquél habría podido ejecutarse en tres meses; b). La producción de cada telar por hora, durante los días laborables del mes y en jornadas de 16 horas diarias, habría sido la de 69.600 yardas de tela al mes; c) La utilidad neta por yarda de tela que habría podido obtener la Compañía puede estimarse en $ 0.07, que multiplicada por el número total de yardas mencionado dá la cantidad de $ 4.872.00. A esta suma, que representa el lucro cesante, añade el experto la de $ 400.00, valor en que estima la pérdida de producción, en vista de que Acevedo no sólo tenía el encargo de montar los telares sino la función de Jefe Técnico del Salón de Tejidos.

La Corte considera:

Según el contrato (fs. 4 y 5), las funciones de Acevedo eran las de Director del Departamento de Tejidos y la relativa a la construcción de dibujos y pintas de las telas. No figura entre ellas la de instalador de maquinaria. Del montaje de telares, como atribución del empleado, habla Javier Obando, Director Técnico de la Empresa, en la declaración que rindió en el juicio (fs. 61 a 68). Sinembargo, Rafael Jenaro Mejía, Gerente de la sociedad, en su confesión provocada (fs. 37 y 37 v.), declara, al contestar la pregunta sexta de las posiciones, que la función de Acevedo era el de capataz en el salón de telares. De las dos pruebas es permitido concluír que no está probado en el juicio el hecho de que Acevedo hubiera tenido el encargo de instalar las máquinas a que se refiere el testimonio de Obando. Encargos de esa clase no se confían a un simple capataz, ni es de presumir que tenga la capacidad técnica necesaria para su ejecución.

Como fuente de perjuicios, por lucro cesante, no relaciona la demanda la pérdida sufrida por la demora en la instalación de 40 telares.

El perito, según el cuestionario que se le propuso, debía estimar los perjuicios que sufrió la Compañía por infracción del contrato, durante el término de su duración, tomando en cuenta que Acevedo desempeñaba un oficio calificado.

Las bases, con arreglo a las cuales aprecia el experto los perjuicios, sentadas por él, son extrañas al cuestionario que debía servirle de guía para el cumplimiento de su encargo.

Aún dejando de lado las fallas anotadas, el peritazgo ofrece estos reparos:

La producción de un telar por hora y por mes se basa en simple afirmación del perito, pues no la respalda en datos de los resultados obtenidos por la Compañía en cualquier período de tiempo anterior.

La estimación de las utilidades de la Empresa es otro supuesto del experto, pues para hacerlo no tuvo a la vista ni siquiera un balance de ella de ejercicios anteriores al retiro del empleado ni ningún otro dato contable. El rendimiento de un negocio como el que se examina, resulta de la diferencia entre el costo de producción (materias primas, salarios de los trabajadores, arrendamiento de locales, desgaste de maquinaria, etc.), y el precio de venta neto del artículo en el mercado.

Sin los elementos de juicio que la Corte echa de menos, no puede sostenerse que el dictamen del perito está debidamente fundado. Las razones que le sirven de apoyo son simples hipótesis y sobre ellas no puede construírse una prueba racionalmente atendible, menos, si, como ocurre en el presente juicio, sirve de único soporte a la condena impuesta al demandado.

Además, el perjuicio que por infracción del contrato le reclama la Compañía a Octavio Acevedo,

tiene su fundamento en el hecho de que habiendo contratado sus servicios como técnico en el ramo de tejidos, el abandono del cargo por el trabajador produjo desórdenes y pérdidas en la producción (Hechos 6º y 7º de la demanda principal).

Ahora bien: la contrademanda, en su hecho tercero, afirma que Acevedo trabajó durante cuatro meses continuos como técnico de la empresa, en el departamento de tejidos, a lo cual respondió el apoderado de la Compañía: "No es cierto en cuanto a la calificación del oficio. Acevedo nunca fué técnico de la Empresa".

Tomando en cuenta la declaración que precede, que tiene el mérito de una confesión, el hecho determinante de los perjuicios quedó sustraído del debate, por lo cual la prueba pericial que para acreditarlo se produjo en el pleito, ninguna influencia podía ejercer para su solución.

El error de hecho en examen infringe el artículo 64 del Código del Trabajo, ya que sin estar probado el perjuicio imputado al demandado, el Tribunal lo condena a su reparación. En este punto la Corte deberá, por tanto, casar la sentencia recurrida.

SEGUNDO CARGO

Violación indirecta, por indebida aplicación de los artículos 65 y 249 del Código del Trabajo, por error en la apreciación de la prueba de confesión y la de inspección ocular.

Para demostrar el cargo dice el recurrente:

La confesión del apoderado de la sociedad en sus escritos de demanda y de respuesta a la de reconvención, como la del Gerente de aquélla contenida en las posiciones que absolvió en el juicio, y el acta de consignación de prestaciones, demuestran la realidad del contrato de trabajo que vinculó a las partes, su ejecución durante cuatro meses (del 18 de mayo al 18 de septiembre de 1954) y el salario estipulado.

Las obligaciones surgidas del contrato por sueldos, primas, cesantía e indemnización moratoria, en favor del empleado, constituyen créditos exigibles en favor de éste desde el día en que el contrato terminó, los cuales le desconoció el Tribunal al negar las súplicas de la demanda de reconvención, violando así las normas sustantivas protectoras de los correspondientes derechos.

La inspección ocular registra las cifras del sueldo básico para liquidar la cesantía por el tiempo de servicios; de ella aparece también que la Empresa le quedó a deber al trabajador la prima de producción del mes de agosto y la parte proporcional por los días laborados en septiembre. En el supuesto de que para el Tribunal no bastara esa prueba, ha debido condenar a la Empresa al pago de $ 51.02 que ella confesó deber por concepto de prima (folios 21 y 32), como el auxilio de cesantía que reconoció deberle según la prueba corriente a los citados folios.

Tampoco procedía la absolución de la sociedad respecto de los salarios indemnizatorios, porque según su confesión, no canceló oportunamente la deuda pendiente por salarios y prestaciones sociales.

La consignación que para el pago de la parte insoluta de la prima de producción y del auxilio de cesantía efectuó la sociedad, no es eficaz, porque fue condicionada.

Se examina el cargo.

El fallo recurrido absolvió a la Compañía de Hilados y Tejidos de los cargos contenidos en la demanda de reconvención. De las súplicas de esa demanda, la relativa al pago de $ 4.200.00 por reajuste de salarios, no es materia de ataque en la demanda de casación.

Gira el recurso alrededor de las demás peticiones de la referida demanda, esto es, las concernientes al pago de las sumas debidas por primas de producción, auxilio de cesantía e indemnización por mora.

El Tribunal, en el estudio que hace de tales peticiones, dice que como el apoderado de la Empresa, en la contestación de la demanda de reconvención, declaró que ella puso a disposición de Acevedo la suma de $ 223.92, valor de la cesantía y de la prima de producción, tal cantidad debe deducirse del monto de las perjuicios que Acevedo debe pagarle a la sociedad, pues la compensación judicial opera.

Así decidió el fallador las súplicas de Acevedo sobre las dos reclamaciones mencionadas.

En cuanto al pago de la indemnización por mora, el Tribunal estimó que no era del caso condenar a la sociedad por tal concepto, porque Acevedo se ausentó del lugar de trabajo sin darle aviso a la Empresa, por lo cual no tuvo ella con quién concertar convenio alguno sobre cancelación de las prestaciones debidas y pago de las deudas a cargo del empleado. Sostiene por último que, como la Empresa consignó judicialmente lo que estimó deberle al trabajador, no es aplicable al caso del artículo 65 del Código del Trabajo, "por no haberse presentado antes el señor Acevedo a la Empresa a formalizar algún acuerdo".

La Corte considera:

La tesis del recurrente es la de que el Tribunal, al absolver a la Compañía de los cargos de la demanda de reconvención, desconoció todos los derechos que en ella hizo valer el trabajador.

Dejó anotada la Sala anteriormente que el fallador dedujo, de la cantidad de $ 5.272.00, importe de los perjuicios en que condena al demandado Acevedo, la suma de $ 223.92, que representa las deudas en favor de éste por cesantía y primas de producción.

Por tanto, el reparo de que el Tribunal apreció erróneamente las pruebas a que alude el recurrente, violando los preceptos legales protectores de los derechos del empleado en lo tocante a los dos puntos mencionados, carece de fundamento.

Observa la Corte que el sistema empleado por el Tribunal para decidir las dos súplicas de la demanda de reconvención, no era el adecuado, pues ha debido resolverlas tal como fueron planteadas en el juicio, con observancia de lo dispuesto en el artículo 471 del Código Judicial, cuya finalidad es la de que la sentencia sea congruente con las pretenciones oportunamente deducidas por los litigantes.

No fue ese el tratamiento a que el fallador sometió las peticiones en referencia, sino que resolvió optar por la compensación, para acogerlas a través de esta figura jurídica.

No obstante la inexcusable irregularidad que se anota, lo cierto es que no se produjo la lesión de los derechos del trabajador de que habla el recurrente, ni de consiguiente violó el Tribunal las normas sustanciales que los tutelan.

Pero como la prosperidad del primer cargo lleva a la Corte a casar el fallo recurrido en cuanto a la condena por perjuicios que impone al demandado, en el de instancia que ella dicte hará los pronunciamientos del caso en relación con cesantía y prima de producción.

El otro aspecto de la acusación se concreta a la petición sobre el pago de la indemnización moratoria, pedida por el trabajador en la demanda de reconvención, que la sentencia recurrida no acogió.

Para su rechazo adujo el Tribunal estas razones: a). Al terminar el contrato las partes han debido celebrar un acuerdo sobre el monto de las deudas pendientes, lo cual no tuvo efecto por renuencia del trabajador, y sin tal requisito no opera el artículo 65 del Códipo del Trabajo; y b). La sociedad consignó judicialmente las deudas que confesó deber al empleado, y cuando ésto ocurre no es del caso dar aplicación al citado texto legal.

Acerca del primer argumento observa la Sala que el ordenamiento legal no tiene la inteligencia que le atribuye el fallador, como se desprende de la atenta lectura de su texto.

No manda la disposición que el pago de las deudas pendientes a favor del trabajador, al terminar el contrato, depende de un acuerdo de las partes sobre su cuantía. Muy al contrario, lo que prevé el artículo 65 es su desacuerdo acerca del indicado extremo y, para tal evento, germen de un conflicto de intereses y de una posible litis, instituye un mecanismo, el de la consignación judicial por el patrono de lo que confiese deberle al empleado. El arbitrio ideado por el legislador permite la solución inmediata del diferendo, mientras la justicia decide el asunto en definitiva, y lo pone al servicio del patrono para que por ese medio se libere del pago de la indemnización por mora.

Es apenas natural y razonable que las partes, de común acuerdo fijen, al terminar la relación del trabajo, las obligaciones en favor del trabajador y su cuantía, y aún las compensaciones a que haya lugar, provenientes de créditos a cargo del empleado que tengan su origen en tal relación, pero si el acuerdo existe y se ajusta al marco del derecho social, su estipulación es obra de la voluntad de las partes y no el resultado de mandato alguno del legislador. Si el acuerdo se produce, querrá decir que el patrono dió cumplimiento a las obligaciones que la ley le impone a favor del trabajador. En tal caso ningún papel juega el artículo 65 del C. del T., por sustracción de materia, porque la hipótesis que éste regula no es el acuerdo sino el desacuerdo.

De lo que se deja expuesto se concluye que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 65 del citado Código, ya que éste no establece el supuesto de hecho que vé en él el fallador. Su infracción se presenta, por tanto, por el aspecto indicado y no por el que indica el impugnador, de modo indirecto.

Pero el cargo aparece justificado en cuanto sostiene que el fallador rechazó la súplica de indemnización por mora apoyado en el segundo de los argumentos expuestos, esto es, en el hecho de que la sociedad consignó judicialmente las deudas que confesó deber al empleado al terminar el contrato laboral.

La prueba de la consignación no fue estimada correctamente por el fallador, según el recurrente, porque la realizada por la sociedad no tenía por

objeto hacer el pago en la forma prevista por el artículo 65 del Código del Trabajo, sino caucionar las resultas del juicio, todo lo cual entraña violación de ese ordenamiento legal.

Sobre el particular observa la Corte:

Al folio 32 obra el acta de consignación número 18, de fecha 24 de noviembre de 1954, en la cual se lee: "Se presentó al despacho del Juzgado 2º, del trabajo el Dr. Hernando Villa Galvis, en su calidad de apoderado de la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales en el juicio que ella adelanta contra Octavio Acevedo, y manifiesta lo siguiente: "Que en el día de hoy ha consignado a la orden de este Juzgado y en el Banco de la República, la suma de $ 223.92, de acuerdo con el título Nº 18089"; que hace la consignación para pagar a Octavio Acevedo las prestaciones sociales que la Compañía considera deberle en forma condicionada a las resultas del juicio y que se le haga saber a Octavio Acevedo la consignación en la forma condicionada en que la efectúa.

El Juzgado aceptó la consignación en los términos expuestos y dispuso que se pusiera en conocimiento de Acevedo, con la advertencia de que está condicionada a las resultas del juicio.

La resolución del Juzgado se notificó al apoderado de Octavio Acevedo en el juicio; en la diligencia respectiva aquél manifestó que acepta la consignación con la modalidad sugerida por el Dr. Hernando Villa Galvis, siempre y cuando que a la Empresa le haga falta la suma de dinero que ha consignado para pagarle a Octavio Acevedo.

En los escritos de demanda y respuesta, como en el de contrademanda, las partes aceptan que Octavio Acevedo ingresó al servicio de la Compañía de Hilados y Tejidos el 18 de mayo de 1954 y se retiró del cargo el 18 de septiembre del mismo año.

La consignación se llevó a cabo el 24 de noviembre del año citado, esto es, transcurridos más de dos meses después de haber terminado el contrato.

El artículo 65 del Código del Trabajo, en su inciso primero, fija con toda claridad el momento en que el patrono debe pagar al trabajador los salarios y prestaciones debidos, esto es, al terminar el contrato, como expresa también, con toda precisión, el efecto que atribuye al incumplimiento de esa obligación por el empleador, el pago al asalariado de una indemnización equivalente a una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Terminado el contrato el 18 de septiembre de 1954, en esa fecha ha debido la sociedad pagarle al trabajador las sumas debidas o, en su defecto, consignarlas judicialmente, como lo autoriza la disposición en estudio en su inciso segundo.

Es razonable admitir un breve plazo de tolerancia, a partir de la fecha en que el contrato expira, para el pago de las deudas a cargo del patrono, siempre que según las circunstancias del caso y las pruebas del proceso aparezca que las partes sostuvieron conversaciones para el arreglo de las diferencias surgidas entre ellas o sobre la forma de pago de las obligaciones en la cuantía aceptada por ambas, o se demuestre por otros medios la discusión acerca de tales extremos.

Nada de eso ha ocurrido en el presente juicio. El Tribunal acepta como excusa para librar al patrono de las obligaciones a su cargo, exigibles desde el 18 de septiembre de 1954, el hecho de haberse ausentado el trabajador del lugar en que prestaba sus servicios y la consiguiente dificultad en que se encontró el patrono para celebrar acuerdos con él encaminados a solucionar el pago de sus créditos. Huelga advertir que tal circunstancia no es de recibo ni ella imposibilitó a la sociedad para haber realizado la consignación en tiempo oportuno.

Desatendió, por tanto, el Tribunal al aceptar la consignación tardía de que se viene haciendo mérito, la norma del artículo 65 del Código del Trabajo, por lo cual habrá de casarse en este punto el fallo recurrido.

El recurrente aspira a que la indemnización por mora no se detenga en la fecha de la consignación, sino que continúe hasta que el pago se efectúe.

Tal extremo de la acusación obliga a la Corte a examinar el acto de consignación, cuyos términos dió a conocer anteriormente.

No cabe duda que la consignación se hizo condicionalmente y que así fue aceptada por el Juzgado. Más todavía, el propio trabajador le dió su asentimiento al acto condicionado.

Para la Corte el acto de que se trata no es legalmente aceptable, y no lo es por las razones que pasa a exponer:

El patrono no consigna lo que pueda deberle al trabajador para que éste lo reciba en un futuro próximo o lejano según la decisión de la justicia, sino lo que actualmente, en el acto de la consignación, confiese deberle. La obligación no tiene su fuente en la sentencia del Juez, sino en la confesión de la parte obligada. Sobra la sentencia, porque la confesión la reemplaza. Tomar la sentencia como condición para la efectividad de la

prestación, es dejar sin efecto la confesión y dilatar el pago, en perjuicio del acreedor. Más todavía, si la sentencia es adversa a éste, su consecuencia será la revocatoria de la confesión, lo cual deja sin efecto el mandato del artículo 65 del C. del T.

Sabido es que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, a vista de lo dispuesto en el artículo 1626 del Código Civil. Esta disposición permite definir el pago como un acto mediante el cual el deudor extingue la obligación ejecutando la prestación a que el acreedor tiene derecho.

Además de la prestación de lo que se debe, que en las obligaciones de dar consiste en la entrega material del bien que constituye su objeto, los expositores señalan, entre otros requisitos del pago por consignación y como esencial para su validez, la intención de extinguir la deuda, de modo que lo que el **solvens** dé o haga lo realice **solvendi animo.**

Según lo expuesto, no basta la entrega material de lo debido en la obligación de dar (de género es la del patrono a favor del trabajador) para estimar que deudor satisfizo el mandato legal que autoriza el pago por consignación (artículo 65 en cita), porque la condición a que se sometió la entrega de la suma consignada le impidió al trabajador su retiro del Juzgado, que no podrá efectuar sino al terminar el pleito, si le fuere el caso. El pago condicional no extingue la obligación al tiempo de la consignación, porque la condición se interpone como obstáculo para impedir su realización, es decir, destruye la intención de producir tal efecto.

Aun en las obligaciones civiles es inadmisible la condición en el pago por consignación, pues como bien lo observa Georgi, el acreedor tiene derecho a exigir el pago sin reservas, o que las ofertas sean puras y simples, con facultad para rechazar las que se acompañen de condiciones no connaturales al título, que retarden o hagan más difícil el cobro. Como ejemplo de condición inaceptable señala el reputado tratadista la que haga depender la eficacia de la consignación de una sentencia favorable.

Si una condición como la enunciada, muy semejante a la que en el presente juicio se impuso por la sociedad al consignar lo que confesó deber a su empleado, es inoperante en el campo del derecho estrictamente privado menos puede ella surtir efectos en el terreno del derecho social, pues la que éste autoriza es pura y simple, es decir, incondicional.

Esta Sala de la Corte tuvo ya la oportunidad de fijar su pensamiento al respecto, expresando que la consignación sujeta a condición desvirtúa la finalidad económica y social en que se inspira el artículo 65 del Código del Trabajo y, de consiguiente, la protección especial que el mandato dispensa al trabajador.

La consignación que se examina no es, pues, legalmente eficaz. Empero ofrece ella la particularidad de que el trabajador la aceptó condicionada, por lo cual debe estudiar la Corte si el consentimiento del acreedor tiene el mérito de prestarle al acto validez legal.

Para la Sala tal consentimiento, en principio, no es operante, pues los actos jurídicos en que el trabajador interviene deben su fuerza obligatoria más que a la voluntad de las partes al imperio de la ley. El contrato de trabajo, individual y colectivo, está sujeto a la tutela legal en su constitución y cumplimiento, a tal punto que se presenta más como categoría institucional que como convención **estrictu sensu.** De este dirigismo contractual, de naturaleza legislativa, no puede apartarse el juzgador. El principio de la autonomía de la voluntad y el de libertad contractual que en cierta forma es su consecuencia, acentuada expresión del individualismo, ha venido experimentando profundas transformaciones en todas las ramas del derecho y en ninguna de ellas es tan radical el cambio como en la que regula la disciplina del trabajo. El desequilibrio económico entre los dos sujetos de la relación —patrono y trabajador— explica la intervención del Estado en todas las fases de la convención laboral.

A la igualdad teórica rota por los hechos era necesario sustituír una igualdad efectiva, estableciendo una política de reglamentación y de intervencionismo, anota con acierto Josserand, y añade: "El orden público económico ha pedido la transformación del orden jurídico contractual".

Con todo, sería exagerado pensar que el contrato legal de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo, llega al extremo de restarle valor a todo acto jurídico en que el trabajador intervenga. Si el concepto admitiera esa generalización, llevaría a la conclusión inaceptable de que la situación jurídica del trabajador es la que corresponde a la persona incapaz, cuya voluntad es siempre sustituída por la del legislador.

Así entendida la tutela legal y el dirigismo contractual en la relación de trabajo, sería tan inaceptable como si estuviera ella sometida, sin restricciones, a la doctrina clásica que ve en todo

contrato una ley para las partes. (Artículo 1602 del C. C.).

Consecuencia de lo expuesto es la de que el acto jurídico debe analizarse no en abstracto sino en concreto, según las circunstancias del caso; investigar si la voluntad declarada contraría normas específicas de la ley del trabajo o el espíritu general del estatuto y optar por la solución que presente el resultado de la encuesta.

Siguiendo el criterio expuesto observa la Corte:

No sólo el patrono sino el trabajador condicionaron la consignación del primero a las resultas del pleito; la impuesta por el trabajador se basó en la posibilidad de que existiera a su cargo un crédito en favor de la Empresa. En el pleito quedó establecido que Octavio Acevedo debía a su patrono, por sueldos anticipados, la suma de $ 293.20, y que las deudas a su favor por salarios y cesantía ascienden a la cantidad de $ 223.92.

En el supuesto de que las partes no se hubieran empeñado en el litigio sino que de común acuerdo realizan la liquidación de sus respectivas obligaciones, no habría ofrecido reparo alguno la aceptación por el trabajador del crédito a su cargo, que se habría extinguido por compensación hasta la concurrencia de su importe.

El acto jurídico habría estado exento de todo vicio, pues los derechos del trabajador recibían plena satisfacción, sin sufrir lesión alguna.

Así las cosas, el convenio que resulta de la consignación condicionada no ofrece, en concepto de la Sala, defectos capaces de invalidarlo, ya que, como se ha visto, deja indemnes los derechos del empleado. Pero su eficacia debe colocarse en el momento del acuerdo, (24 de noviembre de 1954) no en la fecha en que terminó la relación de trabajo (18 de septiembre del mismo año), lo cual quiere decir que el artículo 65 del Código del Trabajo gobierna los efectos del contrato entre los dos períodos de tiempo señalados, esto es, que la indemnización por mora debe operar durante el expresado lapso, como lo decidió acertadamente el fallo de primera nistancia.

Del acuerdo en referencia y de su aceptación por el Juzgado a quo resalta la buena fe del patrono, por lo cual no es procedente la condena al pago de la indemnización moratoria, sin solución de continuidad, desde el 18 de septiembre de 1954, hasta el día del pago, como lo pretende el recurrente.

FALLO DE INSTANCIA

I. DEMANDA PRINCIPAL.

Su primera petición, pago de perjuicios, queda invalidada, por las razones expuestas en esta sentencia.

La segunda, reintegro por el trabajador de las sumas que recibió a título de sueldos anticipados, fue atendida por el fallo de segunda instancia a través del reconocimiento que hizo de la excepción de compensación, por lo cual en este punto habrá de confirmarse, pero para decidirlo como extremo de la demanda.

Las súplicas subsidiarias fueron desechadas por los dos fallos de instancia, con fundamento en las razones que dió el de primer grado, que a la Corte no le merecen reparos.

II. DEMANDA DE RECONVENCION.

Las peticiones sobre pago de cesantía y primas de producción están demostradas en el juicio por confesión de la parte demandada, contenida, entre otras pruebas, en el escrito de respuesta a la contrademanda. Además, el Tribunal las acoge en su sentencia al disponer que el valor de ellas se deduzca del importe de la condena impuesta al demandado. Infirmando en este punto el fallo recurrido, la Corte confirmará el de primer grado, estimatorio de dichas peticiones.

La súplica relativa al pago de la indemnización moratoria fue acogida por la sentencia de primera instancia, pero únicamente durante el período comprendido entre el 18 de septiembre y el 24 de noviembre de 1954, fechas de iniciación y conclusión del contrato de trabajo, respectivamente.

Además de las razones dadas por la Corte para la prosperidad de la solicitud, acoge ella las expuestas por el Juzgado a quo, por lo cual en este punto habrá de confirmarlo.

La súplica referente al reajuste de salarios, fundada en el hecho de que ha debido pagarse al actor en reconvención la misma asignación, superior a la suya, de que disfrutó su antecesor en el cargo que desempeñaba en la Empresa, fue negada por los falladores de instancia y no fue materia de ataque en casación. Por tanto la resolución en tal sentido deberá mantenerse.

En vista de que de la contrademanda prosperan tres de sus peticiones, deberá caer lo resuelto por el Tribunal en el punto tercero de la parte resolutiva de su sentencia, el cual absuelve a la Com-

pañía de Hilados y Tejidos de todos los cargos formulados en dicha pieza.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, de fecha 14 de diciembre de 1956 en cuanto a los puntos primero y tercero de su parte resolutiva y, en su lugar, confirma la proferida por el Juzgado Segundo del Círculo Judicial del Trabajo de la misma ciudad, de fecha 21 de mayo de 1956, en sus puntos primero, segundo, tercero y quinto. No infirma en su punto segundo el fallo del Tribunal, que será conservado en el lugar que le corresponda, con la modificación de que se hizo mérito.

La sentencia, para mayor claridad, queda así:

Primero. Condénase a Octavio Acevedo, mayor y vecino de Palmira (Valle) a pagar a la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales Limitada, domiciliada en dicha ciudad, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de doscientos noventa y tres pesos veinte centavos ($ 293.20), moneda corriente, por concepto de mayor valor de lo que ha debido recibir por sueldos.

Segundo. Condénase a la expresada Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales Limitada, domiciliada en dicha ciudad, a pagar a Octavio Acevedo, mayor de edad y de la vecindad ya mencionada, la suma de un mil trescientos sesenta y cuatro pesos noventa y un centavos ($ 1.364.91) moneda corriente, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de esta sentencia, por estos conceptos:

a) Por auxilio de cesantía	$ 172.89
b) Por prima de producción.....	51.02
c) Por salarios indemnizatorios.....	1.141.00
Total	$ 1.364.91

Tercero. De la condena a que se refiere el punto anterior deben deducirse las siguientes cantidades:

1ª La de que trata el punto primero, o sea la suma de	$ 293.20
2ª El valor de la consignación efectuada por la Compañía a disposición del Juzgado en el Banco de la República, Suc. de Manizales, según título Nº 18089 de 24 de noviembre de 1954 por	$ 223.92
Total	$ 517.12

Hechas tales deducciones la condena líquida a cargo de la Compañía demandante queda reducida a la suma de ochocientos cuarenta y siete pesos setenta y nueve centavos ($ 847.79) moneda corriente. Por el Juzgado **a quo** se dispondrá lo conveniente para la entrega al demandado de la suma depositada en el Banco de la República.

3ª Absuélvese a Octavio Acevedo y a la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales Ltda., de los demás cargos y peticiones que se formulan tanto en la demanda principal como en la de reconvención, respectivamente.

Sin costas en las instancias y en el recurso de casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

(Firmado) **Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

FUNDAMENTOS DE LA CAÚSAL ESPECIAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL DECRETO EXTRAORDINARIO 2017 DE 1952

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

BAUDILIO RODRIGUEZ, por medio de apoderado, demandó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagarle vacaciones, las compensaciones y remuneraciones por su trabajo en dominicales y festivos, y el aumento de salario como sanción por el no pago oportuno del subsidio familiar o "supletoriamente", la satisfacción de esa prestación desde que fue establecida por la ley.

Según los hechos de la demanda, el actor, afiliado a uno de los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, le ha venido prestando servicios a la Asociación, continuamente desde el año de 1955, sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda hubiera terminado la relación de trabajo; la Asociación no le ha concedido descansos compensatorios por el trabajo en domingos y festivos ni las vacaciones anuales remuneradas establecidas por la ley; aunque tiene derecho al subsidio familiar, la entidad demandada se ha negado al pago de la prestación no obstante los reclamos que le ha hecho por conducto del Sindicato.

En apoyo de su derecho cita los artículos 22, 23, 186, y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

En la respuesta que a la demanda dió el apoderado de la Asociación, negó el derecho que en ella invoca y los hechos. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de la parte demandada y prescripción. Funda la primera en el hecho de que Adenavi y los Sindicatos, están sometidos a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, según el Laudo Arbitral de diciembre de 1953.

El Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, que fue el del conocimiento, en sentencia de 26 de abril de 1960, condenó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) a conceder al demandante Rodríguez 45 días hábiles y consecutivos de vacaciones remuneradas con base en el salario que esté devengando cuando entre a hacer uso de ellas y por los años de 1936 (sic), 1957 y 1958; en cuanto a las vacaciones de 1959, "se declara la excepción de petición antes de tiempo"; absuelve en lo demás y se abstiene de condenar en costas.

Contra la anterior providencia interpuso el recurso de apelación el apoderado de la parte demandada. Concedido el recurso y remitido el expediente al Tribunal Superior de Medellín, éste, confirmó en todas sus partes la de primer grado, sin costas.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la Asociación de Navieros. Otorgado el recurso, admitido por la Sala y tramitado en legal forma, va a decidirse mediante el estudio de la respectiva demanda, advirtiendo que no se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se dirige a obtener que la Corte case la sentencia recurrida y en su lugar dicte fallo absolutorio en favor de la parte demandada.

EL RECURSO

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T., formula dos cargos, Sin embargo, el primero, según aparece de su desarrollo, invoca la causal especial contenida en el artículo

1º del Decreto 2017 de 1952, por lo cual solo el segundo queda bajo el amparo del citado artículo 87.

Es de anotar en primer término que la Sala al admitir este recurso en auto de fecha 17 de agosto del año en curso, lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

Sobre el punto dijo esta Sala de la Corte en sentencia de 29 de octubre de 1960 (Juicio de Roberto Escobar contra la Asociación Nacional de Navieros) lo que a continuación se transcribe, pertinente al caso que se debate en el presente proceso:

"Las razones para tal limitación son éstas en resumen: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibidem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentran en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario".

En consecuencia, no es el caso de examinar el segundo cargo en el que se acusan como violados los artículos 186 y 249 del C. del T.

PRIMER CARGO.

Violación del artículo 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 9 a 24, copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralan" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otra existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquella acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunad **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los

litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal **ad-quem**, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error **in iudicando**. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la clásula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales pertinentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T. si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibidem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la Ley".

Por lo demás, no sobra anotar que la sentencia recurrida no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella hace mérito para expresar lo siguiente: "hasta la saciedad ha dicho esta Sala que no basta la existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que todas las controversias de índole laboral que surjan entre los trabajadores portuarios del Río y sus patronos sean de competencia del Tribunal", pues según la

norma citada los organismos de que ella habla tienen competencia privativa para decidir los litigios entre las partes cuando tengan origen en la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, y en el presente juicio, "como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que viene aludiendo. Y como del mandato legal, en sí mismo considerado, no surge la alegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

Los anteriores conceptos se conforman a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

Por las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley ,NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CAUSAL ESPECIAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1º DEL DECRETO 2017 DE 1952

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

Carlos Saravia, por medio de apoderado, demandó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagarle vacaciones, las compensaciones y remuneraciones por su trabajo en dominicales y festivos, y el aumento de salario como sanción por el no pago oportuno del subsidio familiar o "supletoriamente", la satisfacción de esa prestación desde que fue establecida por la ley.

Según los hechos de la demanda, el actor, afiliado a uno de los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, le ha venido prestando servicios a la Asociación, continuamente desde el año de 1950, sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda hubiera terminado la relación de trabajo; la Asociación no le ha concedido descanso compensatorio por el trabajo en domingos y festivos ni las vacaciones anuales remuneradas establecidas por la ley; aunque tiene derecho al subsidio familiar, la entidad demandada se ha negado al pago de la prestación no obstante los reclamos que le ha hecho por conducto del Sindicato.

En apoyo de su derecho cita los artículos 22, 23, 186 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

En la respuesta que a la demanda dió el apoderado de la Asociación, negó el derecho que en ella invoca y los hechos. Propuso, las excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de la parte demandada y prescripción. Funda la primera en el hecho de que Adenavi y los Sindicatos, están sometidos a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, según el Laudo Arbitral de diciembre de 1953.

El Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, que fue el del conocimiento, en sentencia de 24 de mayo de 1960, condenó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) a reconocer 75 días hábiles y consecutivos de vacaciones al demandante Carlos Saravia con base en el salario que esté devengando cuando entre a hacer uso de ellas; en cuanto a las vacaciones de 1959, "se declara probada la excepción de petición antes de tiempo"; absuelve en lo demás y se abstiene de condenar en costas.

Apeló la parte demandada. El Tribunal Superior de Medellín, por medio de su Sala Laboral, resolvió el recurso de apelación por sentencia de 28 de junio último, confirmó la sentencia de primer grado con la reforma de que condena a la Asociación Nacional de Navieros a conceder al demandante Carlos Saravia vacaciones por los años de 1954 y 1955, punto en el cual queda revocada, para, en su lugar, declarar establecida la excepción de prescripción; sin costas.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la Asociación de Navieros. Otorgado el recurso, admitido por la Sala y tramitado en legal forma, va a decidirse mediante el estudio de la respectiva demanda, advirtiendo que no se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Se dirige a obtener que la Corte case la sentencia recurrida y en su lugar dicte fallo absolutorio en favor de la parte demandada.

EL RECURSO.

Con base en la causal primera del artículo 87

del C. de P. del T., formula dos cargos. Sin embargo, el primero según aparece de su desarrollo, invoca la causal especial contenida en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, por lo cual sólo el segundo queda bajo el amparo del citado artículo 87.

Es de anotar en primer término que la Sala al admitir este recurso en auto de fecha 25 de agosto del año en curso (fs. 5 y 6 del cuaderno de la Corte) "lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código".

Sobre el punto dijo esta Sala de la Corte en sentencia de 29 de octubre de 1960 (juicio de Roberto Escobar contra la Asociación Nacional de Navieros) lo que a continuación se transcribe, pertinente al caso que se debate en el presente juicio:

"Las razones en que la limitación se funda son éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentren en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario".

En consecuencia, no es el caso de examinar el segundo cargo, en el que se acusan como violados los artículos 186 y 249 del C. del T.

PRIMER CARGO.

Violación del artículo 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 9 a 24 copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésimaprimera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquélla acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto

es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal ad-quem, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no el Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T. si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aun aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley".

Por lo demás, no sobra anotar que la sentencia recurrida no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella hace mérito para expresar lo siguiente: "Hasta la saciedad ha dicho esta Sala que no basta la existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que todas las

controversias de índole laboral que surjan entre los trabajadores portuarios del Río y sus patronos sean de competencia del Tribunal", pues según la norma citada los organismos de que ella habla tienen competencia privativa para decidir los litigios entre las partes cuando tengan origen en la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, y en el presente juicio, "como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo. Y como del mandato legal, en sí mismo considerado, no surge la alegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje no se entiende suspendido, para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

Los anteriores conceptos se conforman a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

Por las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CUANDO FALLA EL REQUISITO DE LA CUANTIA, ES PRECISO EXCLUIR DEL DEBATE LOS MOTIVOS GENERALES DE CASACION DE QUE TRATA EL ARTICULO 87 DEL C. P. DEL T., LIMITANDOLO, SI ES EL CASO, A LA CAUSAL ESPECIAL PREVISTA EN EL DECRETO 2017 DE 1952. — COMO DEBE FORMULARSE EL RECURSO CON BASE EN ESTA CAUSAL.— EL ARBITRAJE PERMANENTE SOLO PUEDE SER OBRA DE UN ACUERDO DE LAS PARTES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

José F. Gutiérrez, por medio de apoderado, demandó a la Asociación Nacional de Navieros para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagarle vacaciones, las compensaciones y remuneraciones por su trabajo en dominicales y festivos, y el aumento de salario como sanción por el no pago oportuno del subsidio familiar o "supletoriamente", las satisfacciones de esa prestación desde que fue establecida por la ley.

Según los hechos de la demanda, el actor, afiliado a uno de los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, le ha venido prestando servicios a la Asociación, continuamente, desde el año de 1936, sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda hubiera terminado la relación de trabajo; la Asociación no le ha concedido descansos compensatorios por el trabajo en domingos y festivos ni las vacaciones anuales remuneradas establecidas por la ley; aunque tiene derecho al subsidio familiar, la entidad demandada se ha negado al pago de la prestación no obstante los reclamos que le ha hecho por conducto del Sindicato.

En apoyo de su derecho cita los artículos 22, 23, 186, y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

En la respuesta que a la demanda dió el apoderado de la Asociación, negó el derecho que en ella invoca y los hechos. Propuso, las excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de la parte demandada y prescripción. Funda la primera en el hecho de que Adenavi y los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, denominados Sindebra y Simbralan, están sometidos a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, según el laudo arbitral de diciembre de 1953.

El Juzgado de Puerto Berrío, que fue el del conocimiento, en sentencia de 31 de marzo último, condenó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) a reconocer 75 días hábiles y consecutivos de vacaciones al demandante José F. Gutiérrez, con base en el salario que esté devengando cuando entre a hacer uso de ellas, absuelve en lo demás y se abstiene en condenar en costas.

Contra la anterior providencia interpuso el recurso de apelación el apoderado de la parte demandada. Concedido el recurso y remitido el expediente al Tribunal Superior de Medellín, éste por medio de su Sala Laboral y por sentencia de 12 de mayo último, confirmó la sentencia pronunciada en este juicio por el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío pero con la reforma de que la condena se concrete a 45 días hábiles y consecutivos de vacaciones, correspondientes a los años de 1956, 1957 y 1958; en cuanto a los años de 1954 y 1955, se declara probada la excepción de prescripción. Se abstuvo de condenar en costas.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la Asociación de Navieros. Otorgado el recurso, admitido por la Sala y tramitado en legal forma, va a decidirse mediante el estudio de la res-

pectiva demanda, advirtiendo que no se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Se dirige a obtener que la Corte case la sentencia recurrida y en su lugar se dicte fallo absolutorio en favor de la parte demandada.

EL RECURSO.

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T., formula dos cargos. Sin embargo, el primero, según aparece de su desarrollo, invoca la causal especial contenida en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, por lo cual solo el segundo queda bajo el amparo del citado artículo 87.

Es de anotar en primer término que la Sala al admitir este recurso en auto de fecha 14 de julio del año en curso, "lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

Sobre el punto, dijo esta Sala de la Corte en sentencia de 29 de octubre de 1960 (juicio de Roberto Escobar contra la Asociación Nacional de Navieros) lo que a continuación se transcribe, pertinente al caso que se debate en el presente proceso:

"Las razones en que la limitación se funda son estas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del Decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentren en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

"Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T.".

PRIMER CARGO.

Violación del artículo 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

"Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 10 y 25 copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros y Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquella acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error in procedendo, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del Trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal ad-quem, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromsio o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T. si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aun aceptando que el acto de constitución

pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley".

Por lo demás, no sobra anotar que la sentencia recurida no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella hace mérito para expresar lo siguiente: "hasta la saciedad ha dicho esta Sala que no basta la existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que todas las controversias de índole laboral que surjan entre los trabajadores portuarios del Río y sus patronos sean de competencia del Tribunal", pues según la norma citada los organismos de que ella habla tienen competencia privativa para decidir los litigios entre las partes cuando tengan origen en la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, y en el presente juicio, "como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo. Y como del mandato legal, en sí mismo considerado, no surge la alegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido, para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

Los anteriores conceptos se conforman a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

Por las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AL FALLAR EL REQUISITO DE LA CUANTIA, PROCEDE EXCLUIR DEL DEBATE DE CASACION LAS CAUSALES GENERALES, LIMITANDOLO AL MOTIVO ESPECIAL PREVISTO EN EL DECRETO 2017 DE 1952. — MANERA CORRECTA DE FORMULAR EL RECURSO CON BASE EN ESTA CAUSAL. — EL ARBITRAJE PERMANENTE NO PUEDE SER IMPUESTO MEDIANTE FALLO ARBITRAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO.

Miguel A. Murcia promovió juicio ordinario laboral contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), entidad con personería jurídica y sede en Barranquilla, ante el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío.

Suplica el actor en su libelo que la Asociación sea condenada a pagarle el auxilio de cesantía, el reajuste de la prima, vacaciones, indemnización moratoria y las demás prestaciones que acredite en el juicio. Solicita en subsidio la condena al pago del salario mínimo legal.

Los hechos que la demanda afirma son estos: Miguel A. Murcia, afiliado al Sindicato de Braceros Simbralán, prestó servicios personales, sin solución de continuidad, a la Asociación de Navieros, desde el 12 de diciembre de 1953 hasta el 9 de noviembre de 1958, y desde esta última fecha hasta el 10 de enero de 1959, como afiliado al Sindicato de Braceros Sindebra, habiendo devengado un salario no inferior a $ 8.50 diarios; la Asociación se ha negado a cancelarle las vacaciones, cesantía y el reajuste en las primas de servicio.

Dijo la Asociación en la respuesta a la demanda que el derecho invocado es extraño al caso que el actor plantea. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan o los ignora. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción y prescripción.

La controversia fue desatada en primera instancia por sentencia de fecha 25 de marzo de 1960, la cual condena a la Asociación de Navieros a pagar al demandante la suma de $ 1.449.14 por cesantía y $ 636.60 por vacaciones, la absuelve de los demás cargos de la demanda y se abstiene de la condena en costas.

Apelaron ambas partes. La relación de apelación terminó por sentencia de fecha 14 de junio de 1960, cuya parte resolutiva condena a la Asociación de Navieros a pagar al actor $ 447.45 por vacaciones y $ 1.449.14 por cesantía, la absuelve de los demás cargos de la demanda y declara probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones causadas del 4 de mayo de 1954 al 4 de mayo de 1955. En esta forma "queda confirmada y reformada" la sentencia de primer grado. No hubo condena en costas.

Por auto del 28 de junio de 1960 el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, aclaró su sentencia, en el sentido de que la entidad demandada debe pagar por cesantía la suma de $ 1.477.30 y no la de $ 1.449.14 indicada en la providencia objeto de la aclaración.

Recurrió en casación la parte demandada. Concedido el recurso y preparado debidamente ante la Sala, la Corte pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION.

Solicita que la Corte infirme la sentencia de segunda instancia, la cual debe ella reemplazar por

otra que absuelva a la Asociación de Navieros de todos los cargos de la demanda inicial.

Como motivo de casación alega el recurrente el establecido en el artículo 87, numeral 1º del C. de P. L., y con base en él formula dos cargos. Con todo, el primero, como lo demuestra su desarrollo, se apoya en la causal especial de que trata el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, por lo cual sólo el segundo queda regido por el citado artículo 87.

Anota la Sala como observación previa que, al admitir el recurso en providencia de fecha 19 de agosto del corriente año (f. 5 del cuaderno de la Corte) lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

Las razones en que la limitación se funda son éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentren en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T.

PRIMER CARGO.

Violación del artículo 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 21 a 39, copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquella acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto

es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal ad-quem, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagra en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no el Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T., si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley".

Por lo demás, no sobra anotar que la sentencia recurrida no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella hace mérito para expresar lo siguiente: "Hasta la saciedad ha dicho esta Sala que no basta la existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que todas las controversias de índole laboral que surjan entre

los trabajadores portuarios del Río y sus patronos sean de competencia del Tribunal", pues según la norma citada los organismos de que ella habla tienen competencia privativa para decidir los litigios entre las partes cuando tengan origen en la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, y en el presente juicio, "como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo. Y como del mandato legal, en sí mismo considerado, no surge la alegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido, para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

Los anteriores conceptos se conforman a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: NO SE CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAS CAUSALES GENERALES DE CASACION NO SON PERTINENTES CUANDO SOLO OPERA EL MOTIVO ESPECIAL ESTABLECIDO EN EL DECRETO 2017 DE 1952. — ESTA CAUSAL ESPECIAL DEBE LIMITARSE A DENUNCIAR EL VICIO DE INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO PARA DEFINIR EL LITIGIO.— EL ARTICULO 131 DEL C. P. DEL T. NO SEÑALA EL FALLO ARBITRAL COMO FUENTE DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

José Benjamín Gómez demandó, por la vía ordinaria laboral y ante el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), entidad con personería jurídica y sede en Barranquilla.

Suplica la demanda, en el petitum, que la Asociación sea condenada a pagarle al actor el auxilio de cesantía, las vacaciones y las primas legales.

Afirma el libelo en sus fundamentos de hecho que Gómez, afiliado a uno de los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, prestó servicios personales a la Asociación de Navieros desde 1954 hasta diciembre de 1956, habiendo devengado un salario variable, a destajo, sin haber disfrutado de los descansos legales y sin que le hubieran sido canceladas sus prestaciones sociales.

La Asociación, en la respuesta a la demanda, negó los hechos en que ésta se funda, y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de la parte demandada y prescripción. Funda la primera en el hecho de que los Sindicatos están sometidos a la jurisdicción y competencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, según el laudo arbitral de diciembre de 1953.

La controversia fue decidida en primera instancia por sentencia de fecha 28 de marzo de 1960, la cual condena a la Asociación a pagar al demandante la suma de $ 647.33 por cesantía y $ 240.00 por vacaciones, sin costas.

Apeló la parte demandada. La sentencia que resolvió el recurso de apelación, de fecha 12 de mayo de 1960, confirma la de primer grado, con la reforma de que la condena por vacaciones se concreta a la suma de $ 120.00, correspondientes al año de mil novecientos cincuenta y seis, pues con relación a las anteriores, "se declara probada la excepción de prescripción". También se abstiene de la condena en costas.

Recurrió en casación la parte vencida. Tramitado el recurso en legal forma, la Corte entra a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION.

Persigue el quebrantamiento de la sentencia recurrida, para que, en su lugar, se la reemplace por la que absuelva a la Asociación de Navieros de todos los cargos de la demanda inicial.

Invoca el recurrente el primer motivo de casación de que trata el artículo 87 del C. de P. L., y con base en él formula dos cargos. Sin embargo, el primero, como lo demuestra su desarrollo, se acoge a la causal especial establecida en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952. Por tanto, sólo el segundo cargo queda bajo el amparo del citado artículo 87.

Como observación previa la Sala anota que al admitir el recurso en providencia de fecha 19 de julio del corriente año (f. 5 del cuaderno de la Corte), lo limitó a la causal prevista en el decreto

2017 de 1952, advirtiendo que quedan excluídos de debate en casación los motivos de que trata el artículo 87 del nombrado Código.

Las razones en que la limitación se funda son éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentren en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T.

PRIMER CARGO

Violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 461 del C. del T., y 1º del Decreto 2017 de 1952, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 3 a 18, copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1952, decisorio del conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquélla acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal **ad-quem**, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación,

de que trata el artículo 87 del C. P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T., si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley".

No sobra anotar además que la sentencia recurrida no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella hace mérito para expresar lo siguiente: "hasta la saciedad ha dicho esta Sala que no basta la existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que todas las controversias de índole laboral que surjan entre los trabajadores portuarios del Río y sus patronos sean de competencia del Tribunal", pues según la norma citada los organismos de que ella habla tienen competencia privativa para decidir los litigios entre las partes cuando tengan origen en la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, y en el presente juicio, "como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de

Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo. Y como del mandato legal, en sí mismo considerado, no surge la alegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido, para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

Los anteriores conceptos se conforman a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

Por las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FUNDAMENTO DE LA CAUSAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1º DEL DECRETO 2017 DE 1952. — EL DERECHO DE COMPROMETER, MEDIANTE COMPROMISO O CLAUSULA COMPROMISORIA, ES Y HA SIDO CUESTION RESERVADA A LA VOLUNTAD CONTRACTUAL, SIEMPRE QUE LAS DIFERENCIAS VERSEN SOBRE OBJETO SUSCEPTIBLE DE TRANSACCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO.

Ante el Juez del Trabajo de Puerto Berrío promovió Conrado Uribe juicio ordinario, por la vía laboral, contra la Asociación Nacional de Navieros, entidad con personería jurídica y sede en Barranquilla.

Suplica el actor que la Asociación sea condenada a concederle vacaciones, las compensaciones y remuneraciones por su trabajo en domingos y festivos y el aumento del salario como sanción por el no pago oportuno del subsidio familiar o "supletoriamente", la satisfacción de esa prestación desde que fue establecida por la ley.

Según las voces del libelo, el demandante, afiliado a uno de los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, le ha venido prestando servicios personales a la Asociación de Navieros, sin solución de continuidad, desde el año de 1937, y aún se encuentra bajo la misma relación de trabajo, sin haber disfrutado de descansos compensatorios por la labor rendida en domingos y festivos, ni haber disfrutado de las vacaciones anuales establecidas por la ley; que tiene derecho al subsidio familiar y la entidad demandada se ha negado al pago de la prestación no obstante los reclamos que le ha hecho por conducto del Sindicato.

La Asociación negó los hechos en que la demanda se apoya y sus fundamentos de derecho. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de la parte demandada y prescripción.

Terminó el litigio en primera instancia por sentencia de 27 de abril de 1960, la cual condena a la Asociación de Navieros a conceder al actor 75 días hábiles y consecutivos de vacaciones por los años de 1954 a 1958, remuneradas con el sueldo que devengue el actor al tiempo de su disfrute, declara probada la excepción de petición antes de tiempo respecto de las vacaciones de 1959, y absuelve en lo demás, sin costas.

Apeló la Asociación de Navieros, y el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, por sentencia de 17 de junio de 1960, confirma la de primer grado, menos en cuanto condena a la concesión de vacaciones por los años de 1954 y 1955, punto respecto del cual revoca para declarar establecida en su lugar la excepción de prescripción, agregando que, en consecuencia, "en la correspondiente proporción quedará rebajado el tiempo de disfrute". No hizo condena en costas.

La parte vencida interpuso el recurso de casación. Elevados los autos a esta Superioridad y debidamente preparado el citado medio de impugnación, ha llegado la oportunidad de pronunciar la correspondiente sentencia.

EL RECURSO.

El alegato que lo sustenta fija el alcance de la impugnación diciendo que persigue el quebranto de la sentencia recurrida para que, en su lugar, se la reemplace en instancia por la que absuelva a la Asociación de los cargos que contra ella formula la demanda inicial.

Invoca el recurrente el primer motivo de casación que consagra el artículo 87 del C. de P. L., y con base en él formula dos cargos. Con todo, el primero, como lo demuestra su desarrollo, se apoya en la causal especial contenida en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, por lo que sólo el segundo queda bajo el amparo del citado artículo 87.

Como observación previa anota la Sala que al admitir el recurso en providencia de fecha 19 de agosto del corriente año (folio 5 del cuaderno de la Corte) lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

Las razones en que la limitación se funda son éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentren en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T.

PRIMER CARGO.

Violación del artículo 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 9 a 24, copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquella acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia

del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal ad-quem, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no el Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130,en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T. si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la Ley".

Por lo demás, no sobra anotar que la sentencia recurrida no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella hace mérito para expresar lo siguiente: "Hasta la saciedad ha dicho esta Sala que no basta la existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que todas las controversias de índole laboral que surjan entre

los trabajadores portuarios del Río y sus patronos sean de competencia del Tribunal", pues según la norma citada los organismos de que ella habla tienen competencia privativa para decidir los litigios entre las partes cuando tengan origen en la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, y en el presente juicio, "como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo. Y como del mandato legal, en sí mismo considerado, no surge la alegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido, para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

Los anteriores conceptos se conforman a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve: NO SE CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MOTIVO ESPECIAL DE CASACION ESTABLECIDO EN EL DECRETO 2017 DE 1952

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO.

José Garzón demandó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), para que por los trámites de un juicio ordinario laboral se la condene a pagarle las vacaciones causadas, las compensaciones y remuneraciones por el trabajo en dominicales y festivos y el aumento de jornal o salario como sanción por la falta de pago oportuno del subsidio familiar, o la satisfacción de esa prestación desde que fue impuesta por la ley.

Afirma la demanda que José Garzón ha venido prestando servicios a la Asociación de Navieros desde el año de 1952 hasta la fecha de presentación del libelo (noviembre 28 de 1958), sin haber disfrutado de descanso compensatorio por los domingos y festivos trabajados, ni el correspondiente a las vacaciones anuales remuneradas; que teniendo derecho al subsidio familiar la Asociación ha rehuído el pago de la prestación, no obstante los reclamos que le ha hecho por conducto del Sindicato.

En la respuesta a la demanda la Asociación se opone a que se hagan las condenas que ella solicita. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan o los ignora. Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería en la parte demandada, incompetencia de jurisdicción, inepta demanda y prescripción. Funda la de incompetencia en el hecho de que Adenavi y los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío están sometidos a la jurisdicción y competencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla.

En primera instancia decidió el litigio el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, por sentencia de 27 de enero de 1960. Su parte resolutiva condena a la Asociación Nacional de Navieros a conceder al actor cuarenta y cinco días hábiles consecutivos de vacaciones, remuneradas de acuerlo con el sueldo que esté devengando en el momento de hacer uso de ellas por los años de 1955, 1956 y 1957. Declara probada la excepción de prescripción para las vacaciones de 1954 y la de petición antes de tiempo para las de 1958. Absuelve a la Asociación de Navieros de los demás cargos de la demanda y se abstiene de condenar en costas.

De la anterior decisión apeló la parte demandada y el Tribunal Superior de Medellín, por medio de su Sala Laboral, resolvió el recurso por sentencia de 18 de marzo de 1960, confirmando en todas sus partes la de primer grado. No hubo condenación en costas.

Recurrió en casación la parte vencida. Preparado el recurso debidamente, la Corte pasa a decidirlo, advirtiendo que no se presentó escrito de oposición.

LA DEMANDA.

El alegato que la sustenta fija el petitum diciendo que su propósito es el de que se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se la reemplace por otra que absuelva a la Asociación de Navieros de los cargos que le hace la demanda inicial.

Se acoge el recurrente al primer motivo de casación establecido en el artículo 87 del C. de P. L., y con base en él formula dos cargos. Sin embargo, el primero, como lo demuestra su desarrollo, invoca la causal especial contenida en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, por lo que sólo el segundo queda bajo el emparo del citado artículo 87.

Como observación previa la Sala debe anotar que al admitir el recurso en providencia del 21 de junio pasado (f. 7 del cuaderno de la Corte) lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

Las razones en que la limitación se funda son éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentren en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T.

PRIMER CARGO.

Violación de los artículos 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que obra en el proceso, a folios 8 a 23, copia del laudo arbitral de fecha 8 de diciembre de 1953, decisorio del conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquélla acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal **ad-quem**, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del cánon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no el Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T., si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la Ley".

Por lo demás, no sobra anotar que la sentencia recurrida no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella hace mérito para expresar lo siguiente: "Hasta la saciedad ha dicho esta Sala que no basta la existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que todas las controversias de índole laboral que surjan entre los trabajadores portuarios del Río y sus patronos sean de competencia del Tribunal", pues según la norma citada los organismos de que ella habla tienen competencia privativa para decidir los litigios entre las partes cuando tengan origen en la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, y en el presente juicio, "como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su au-

sencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo. Y como del mandato legal, en sí mismo considerado, no surge la alegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido, para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

Los anteriores conceptos se conforman a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve: NO SE CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.



LA FALTA DE JURISDICCION POR PARTE DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO PARA CONOCER DE LA LITIS, ES EL ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA CAUSAL DE CASACION QUE CONSAGRA EL DECRETO 2017 DE 1952

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá., D. E., tres de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

MARTINIANO JIMENEZ, por conducto de apoderado, demandó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) ante el Juzgado de Puerto Berrío, con el fin de que se le condenase al pago del pre-aviso legal, auxilio de cesantía, vacaciones, indemnización por mora, prima de servicios, trabajo en horas extras y remuneración de domingos y días feriados.

La demanda afirma que el actor, afiliado a uno de los Sindicatos de Puerto Berrío, le prestó servicios continuos a la Asociación de Navieros desde 1954 hasta 1956 inclusive; que desempeñó el cargo de acuerdo con los reglamentos de la empresa y del Sindicato, en horas ordinarias, extra diurnas, nocturnas y en domingos y festivos, por turnos; que el contrato de trabajo fue desconocido por la empresa en forma unilateral e intempestivamente, sin pagarle el pre-aviso ni los salarios del plazo presuntivo.

En la respuesta que a la demanda dió el apoderado de la Asociación, admitió como ciertos algunos de los hechos, aclarándolos, y negó otros. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda y prescripción. Funda la primera en el hecho de que Adenavi y los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, denominados Sindebra y Simbralán, están sometidos a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, según el Laudo Arbitral de diciembre de 1953.

El Juzgado de primera instancia condenó a la Entidad demandada a pagar al actor las siguientes sumas: Quinientos cincuenta y cuatro pesos con veinte centavos ($ 554.20) moneda legal, por concepto de cesantía y ciento setenta y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 179.40) moneda legal por vacaciones; la absolvió de los demás cargos de la demanda, y declaró no probadas las excepciones propuestas por ella, sin costas.

Apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior de Medelín, por medio de su Sala Laboral, decidió el recurso por sentencia de 19 de noviembre de 1958, confirmando la proferida por el señor Juez del Trabajo de Puerto Berrío el 21 de octubre del mismo año.

Interpuso el recurso de casación la parte demandada. Tramitado en legal forma el recurso, sin que se hubiera presentado alegato de réplica, la Corte pasa a decidirlo.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Se dirige a obtener que la Corte case la sentencia recurrida y en su lugar dicte fallo absolutorio en favor de la parte demandada.

EL RECURSO.

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. del T., formula dos cargos, que a continuación se estudian.

PRIMER CARGO.

Violación del artículo 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 25 a 45, copia del laudo

arbitral de 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otra existía ya la nombrada comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquella acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal **ad-quem** insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal **ad-quem**, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ela se incurre por error **in iudicando**. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de

la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales pertinentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le pueda ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T., si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley".

Por lo demás, no sobra anotar que la sentencia impugnada no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues de ella se vale para expresar lo siguiente: "Es cierto que el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 da competencia privativa a los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje del conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral les corresponde dirimir a tales entidades. Pero, a los autos no se trajo la convención o fallo arbitral que asignara el conocimiento y decisión de los conflictos entre Braceros y Adenavi a la Comisión de Arbitraje y Conciliación del Río Magdalena. No basta la simple afirmación de la existencia de una norma de carácter administrativo, municipal o departamental, ya que el fallador debe tener dentro del juicio tales providencias para poderlas apreciar".

Los anteriores conceptos se ajustan al mandato legal que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

No prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO.

Violación de los artículos 189 y 249 del C. S. del T., por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de algunas de las pruebas.

En desarrollo del cargo dice el recurrente que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al estimar que las inspecciones oculares practicadas, la una en las oficinas del Sindicato (folio 68 del cuaderno principal) y la otra en las oficinas de Adenavi (folio 71 ibídem), prueban que el demandante hubiera prestado sus servicios a la Entidad demandada, el tiempo laborado y el salario devengado por el actor, lo cual no es cierto.

Anota que en la primera de las referidas diligencias se hace una larga relación de las semanas en que trabajó Martiniano Jiménez y de los salarios que recibió pero sin expresarse que tales salarios hubieran sido pagados por Adenavi ni que la actividad del actor se efectuara a órdenes o en beneficio de la mencionada empresa, y que en la segunda tampoco se estableció que Jiménez figurara como trabajador de ella.

Se considera:

El fallador encuentra establecida la relación de trabajo entre las partes con las declaraciones de Miguel Vélez, Angel Callejas y Eduardo Bustamante, no con las inspecciones oculares que obran en el expediente. El tiempo de servicio y el salario, sí los halla probados la sentencia con la inspección ocular realizada sobre los libros del Sindicato de Braceros Lancheros, que sin duda presta mérito suficiente al respecto, ya que se refiere concretamente a los servicios que el demandante prestó a Adenavi y a la remuneración que ésta le cubrió en razón de los mismos.

Así, pues, los errores de hecho que se le imputan al fallo, carecen de fundamento y, en consecuencia, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NATURALEZA DE LA CAUSAL ESPECIAL DE CASACION CONSAGRADA EN EL DECRETO 2017 DE 1952.—EL ARBITRAJE VOLUNTARIO NO PUEDE SER IMPUESTO MEDIANTE FALLO ARBITRAL. — RAZON DE SER DE LA NORMA QUE ORDENA QUE LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONSTE POR ESCRITO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E.. tres de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Bernabé Luis Lora, por medio de apoderado, demandó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), para, que previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se condenase a la entidad demandada a pagarle las cantidades de dinero que resulten demostradas por los conceptos de el preaviso legal, o en su defecto, "el plazo presuntivo que ordena la ley", el auxilio de cesantía, las vacaciones, la indemnización moratoria, la prima de servicios y la remuneración por horas extras, dominicales y festivos laborados.

Para fundamentar su acción relató los hechos que a continuación se sintetizan, así: afirma el libelo que "Adenavi" fue organizada el 23 de octubre de 1950 como entidad patronal, con personería jurídica otorgada por el gobierno en el año de 1951; que entre la Asociación Nacional de Navieros y los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, denominados "Sindebra" y "Simbralán", se suscitaron algunas diferencias en cuanto a condiciones de trabajo y salarios que, previas las etapas de arreglo directo y conciliación efectuadas para el análisis del respectivo pliego de peticiones, finalizaron por decisión del Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo, dictada el 8 de diciembre de 1953; que según el referido laudo, los sindicatos tienen la representación de sus afiliados ante Adenavi y controlan su labor por medio de planillas y son las asociaciones sindicales las que les hacen el pago de los salarios provenientes de la entidad patronal; que el actor, afiliado a uno de los citados Sindicatos, prestó sus servicios continuos a la Asociación desde su creación hasta el año de 1956 inclusive, y desde 1943 a los anteriores patronos a quienes sustituyó dicha entidad; que realizó su trabajo conforme a los reglamentos de la Empresa y el Sindicato, "en horas ordinarias, extraordinarias, nocturnas, dominicales y festivos según que así le correspondiera o no en los turnos respectivos"; que la relación laboral fue rota por Adenavi en forma unilateral e intempestiva sin pagarle el preaviso ni los salarios del plazo presuntivo.

Se apoyó en derecho en los artículos 22 y 23 del C. S. del T. y además expresó: "Esta relación laboral debe enmarcarse para su análisis de jure entre los preceptos sustantivos contenidos en el Código de la materia y las soluciones acordadas en el fallo arbitral de que se hizo mención, en cuanto éste no vulnere los derechos que aquellos preceptos defieren al trabajador (artículo 458 del C. S. del T.)".

La entidad demandada por medio de apoderado, se opuso a las peticiones de la demanda y en cuanto a los hechos aceptó algunos, manifestó que ignoraba otros y negó los fundamentales en que se apoya el libelo. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda y prescripción. Para fundamentar la de incompetencia de jurisdicción manifiesta que tanto Adenavi como los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío están sometidos a la jurisdicción y competencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla.

El Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, que

fue el del conocimiento, desató la controversia por sentencia de fecha 18 de septiembre de 1958, así:

"CONDENASE a la ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS (Adenavi) a pagar a favor de BERNABE LUIS LORA, tres días después de ejecutoriada la presente sentencia, las siguientes sumas:

"a) Por cesantía QUINIENTOS OCHO PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS ($508.47) moneda legal.

"b) Por vacaciones, CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($196.20) moneda legal".

No declaró probadas las excepciones propuestas y absolvió en lo demás. Se abstuvo de condenar en costas.

Los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, el que por sentencia de 28 de octubre de 1958 confirmó la de primer grado aunque con las modificaciones de que la cesantía se determina en la cantidad de $ 544.43 y las vacaciones se compensarán en la suma de $ 211.20.

No hizo condenación en costas.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación, el que le fue concedido en legal forma. Admitido y tramitado corresponde a esta Sala de la Corte decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación.

EL RECURSO

Persigue se case totalmente la sentencia impugnada para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia profiera una absolutoria en favor de la parte demandada. No obstante al finalizar la demanda manifiesta: "Por las consideraciones anteriores, solicito atentamente de la H. Corte casar la sentencia recurrida, y obrando como Tribunal de instancia decretar la nulidad de todo lo actuado, o subsidiariamente, absolver a la Empresa que represento de todos los cargos de la demanda, como consecuencia del segundo cargo formulado".

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L., el impugnador formula dos cargos, que la Sala pasa a examinar:

PRIMER CARGO.

Acusa el fallo recurrido de ser violatorio de los artículos 461 del C. S. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto por falta de aplicación, a causa de errores de hecho en la apreciación de una de las pruebas que obran en el expediente.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el presente juicio obra, de folios 45 a 60, copia del laudo arbitral de fecha 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de Arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquélla acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre del año en curso (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de

hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal ad-quem, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del Decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del cánon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del Decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su art. 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas".

El impugnador arguye que el Tribunal Arbitral tuvo conocimiento y admitió la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena y que tal circunstancia basta para darla por establecida. La Sala observa que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la Conciliación únicamente, como aparece o resulta de las razones allí expuestas para no aceptar la cláusula vigésima del pliego de peticiónes. De tal circunstancia no puede deducirse, ni menos aceptarse, que el fallo arbitral atribuya a dicha Comisión permanente el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que pudieran presentarse entre las partes comprendidas por el laudo y la obligación de éstas de acudir a esa especial jurisdicción para desatarlas. Basta tener en cuenta que la desestimación de las súplicas contenidas en las cláusulas vigésima-primera, tiene fundamentos distintos. El rechazo de esta última se apoya, como se vio antes, en la consideración de que para el establecimiento de una jurisdicción especial "solo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla" y a lo cual agregó que en esta materia "se estará a lo que determine la ley por razón de la vecin-

dad de las partes, naturaleza del negocio, etc.", lo que equivale a que las diferencias o conflictos que pudieran originarse entre las partes, seguirían siendo dirimidas por la Jurisdicción del Trabajo. Es más: la estipulación sobre constitución de Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, o de los organismos que hagan sus veces, deberá ser siempre expresa, pues no cabe entender que acuerdo tan importante, con virtualidad de derogar eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios, pueda deducirse o suponerse tácitamente existente. De allí que sea requisito esencial para su validez el que la cláusula compromisoria conste por escrito siempre, conforme al mandato del artículo 131 del C. de P. del T., bien sea que su constitución tenga origen en el contrato individual, en pacto o convención colectiva (artículos 469 y 481 del C. S. del T.), o que se consigne en fallo arbitral, si se acepta esta posibilidad.

Por lo demás, no sobra anotar que el fallo recurrido no desconoce la doctrina consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, ya que después de afirmar su competencia con apoyo en el artículo 2º del C. de P. L., hace mérito de ella, para expresar: "Es cierto que el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 da competencia privativa a los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje del conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral les corresponda dirimir a tales entidades Pero, a los autos no se trajo la convención o fallo arbitral que asignara el conocimiento y decisión de los conflictos entre Braceros y Adenavi a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena. No basta la simple afirmación de la existencia de una norma de carácter administrativo, municipal o departamental, ya que el fallador debe tener dentro del juicio tales providencias para poderlas apreciar".

SEGUNDO CARGO

Violación de los artículos 186 y 249 del C. S. del T., por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de algunas pruebas que obran en el expediente.

Al desarrollar el cargo manifiesta el impugnador que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al estimar que las inspecciones oculares practicadas, la una en las oficinas del Sindicato (fl. 62 del cuaderno principal) y la otra en las oficinas de la Asociación Nacional de Navieros (folio 70 ibídem), prueban que el trabajador hubiera prestado servicios a la entidad demandada, al tiempo laborado y el salario devengado por el actor, lo cual no es cierto.

Agrega que en la primera de las referidas diligencias se hace una larga relación de semanas trabajadas y salarios devengados por Bernabé Luis Lora, pero sin expresarse que tales salarios hubieran sido pagados por Adenavi ni que la actividad del demandante se efectuara a órdenes o en beneficio de la citada entidad, y en la segunda tampoco se estableció que Bernabé Luis Lora figurara como trabajador de ella.

Se considera:

El fallador encuentra establecida la relación laboral entre las partes con las declaraciones de Benjamín Jiménez y Luis Arturo Hidalgo, no con las diligencias de inspección ocular que obran en el expediente. El tiempo de servicio y el salario, sí los halla probados la sentencia con la inspección ocular efectuada sobre los libros del Sindicato de Braceros Lancheros, que sin duda presta mérito suficiente al respecto, ya que se refiere concretamente a los servicios que el actor prestó a la Asociación de Navieros y a la remuneración que ésta le cubrió en razón de los mismos.

Así, pues, los errores de hecho que se imputan al sentenciador de segunda instancia, carecen de fundamento y, por lo tanto, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FINALIDAD ESPECIAL DE LA CASACION CUANDO SE REFIERE AL MOTIVO CONSAGRADO EN EL DECRETO 2017 DE 1952. — EL ARBITRAJE PERMANENTE NO PUEDE SER OBRA DE UN FALLO ARBITRAL. — RAZONES QUE EXIGEN EL QUE LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONSTE POR ESCRITO. — HASTA DONDE SE EXTIENDE LA COMPETENCIA DE LOS ORGANISMOS ARBITRALES DE QUE TRATA EL DECRETO 2017 DE 1952

1—El examen en casación de la causal especial consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, no está destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el organismo arbitral instituído por los litigantes.

2—Es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si puede serle impuesto a las partes mediante fallo arbitral. El punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los artículos 130, 131 y 139: sólo un acuerdo de las partes litigantes puede establecer una jurisdicción especial y el Tribunal de Arbitramento no puede imponerla.

3—La estipulación sobre constitución de Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, o de los organismos que hagan sus veces, deberá ser siempre expresa, pues no cabe entender que acuerdo tan importante, con virtualidad de derogar eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios, pueda deducirse o suponerse tácitamente existente. De allí que sea requisito esencial para su validez el que la cláusula compromisoria conste siempre por escrito, conforme al mandato del artículo 131 del C. de P. del T.

4—Es erróneo el criterio según el cual la competencia de los organismos arbitrales de que trata el Decreto 2017 de 1952 en su artículo 1º, se debe limitar únicamente a dirimir los conflictos que se presenten entre personas jurídicas pero no con los trabajadores como personas naturales. La competencia del citado organismo es la que se le fije o atribuya en el pacto respectivo de constitución, el cual puede indistintamente asignar a los organismos arbitrales el conocimiento y decisión de conflictos que surjan entre las partes, bien sean éstas personas jurídicas solamente o también jurídicas y naturales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., tres de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Luciano Molina, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario, por vía laboral, a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), con sede en Barranquilla, para que se la condenase al pago de lo que le adeuda por concepto del preaviso legal, o en su defecto, "el plazo presuntivo que ordena la ley", el auxilio de cesantía, las vacaciones, la indemnización moratoria, la prima de servicios y la remuneración por trabajo en horas extras, dominicales y festivos.

Como hechos en que se apoya la demanda, se afirmó que la Asociación Nacional de Navieros fue organizada en octubre de 1950 como entidad patronal, con personería jurídica otorgada por el Gobierno en el año de 1951; que entre Adenavi y los Sindicatos de Puerto Berrío, denominados "Sindebra" y "Simbralán", surgieron algunas diferencias en cuanto a salarios y condiciones de traba-

jo, que, previas las etapas de arreglo directo y conciliación realizadas para el estudio del respectivo pliego de peticiones, terminaron por decisión del Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo, proferida el 8 de diciembre de 1953; que según el referido laudo, los Sindicatos tienen la representación de sus afiliados ante Adenavi y controlan su labor por medio de planillas y son las asociaciones sindicales las que les hacen el pago de los salarios que reciben de la entidad patronal; que el demandante, afiliado a uno de los Sindicatos de Braceros portuarios, prestó sus servicios continuos a Adenavi desde su creación hasta 1955 inclusive y desde 1943 a los patronos anteriores a quienes sustituyó dicha asociación; que ejecutó la labor conforme a los Reglamentos de la Empresa y el Sindicato, en horas ordinarias, extradiurnas, nocturnas y en domingos y festivos, por turnos; que el contrato de trabajo fue roto por la Empresa en forma unilateral y de modo intempestivo, sin pagarle el preaviso ni los salarios del plazo presuntivo.

En derecho, invocó los artículos 22 y 23, del C. S. del T. y expresó: "Esta relación laboral debe enmarcarse para su análisis de jure entre los preceptos sustantivos contenidos en el Código de la materia y las soluciones acordadas en el fallo arbitral de que se hizo mención, en cuanto éste no vulnere los derechos que aquellos preceptos defieren al trabajador (artículo 458 del C. S. del T.).

La Asociación, por medio de apoderado se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas en la demanda y negó el derecho invocado por el actor. En cuanto a los hechos aceptó algunos y negó los fundamentales en que se afirma la demanda, manifestando que no le constan o los ignora. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda, prescripción, inexistencia de la obligación y pago.

Funda la de incompetencia de jurisdicción en el hecho de que Adenavi y los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío (Sindebra y Simbralán) están sometidos a la jurisdicción y competencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena como lo reconoce el laudo arbitral del 8 de diciembre de 1953.

Tramitada la controversia la decidió en primera instancia el Juez del Trabajo de Puerto Berrío, que fue el del conocimiento, por sentencia de 23 de septiembre de 1958, la cual declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y la condena, en consecuencia, a pagarle al actor la suma de $ 369.20 por cesantía y la de $ 107.55 por vacaciones, absolviéndola de las demás peticiones de la demanda. Se abstuvo de hacer condenación en costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, entidad que resolvió la alzada por sentencia de 30 de octubre de 1958, confirmando en todas sus partes la del Juzgado y absteniéndose igualmente de condenar en costas.

La parte demandada interpuso el recurso de casación que le fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma, corresponde a la Corte decidirlo teniendo en cuenta la demanda presentada oportunamente. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO.

Alcance de la impugnación. Persigue se case totalmente el fallo recurrido para que en su lugar se dicte uno absolutorio en favor de la parte demandada. Sin embargo, la primera acusación concluye con la solicitud sobre declaración de nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción y la segunda con igual súplica, aduciendo como subsidiaria la de que infirmada la sentencia del Tribunal se absuelva a Adenavi de todos los cargos de la demanda inicial.

Invocando la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T., el recurrente formula dos cargos, que la Sala examina a continuación:

PRIMER CARGO.

Acusa la sentencia de violación indirecta, por falta de aplicación de los artículos 461 del C. S. del T., y primero del Decreto-Ley Nº 2017 de 1952, como consecuencia de error de hecho en la apreciación de una prueba.

En su demostración dice el recurrente que en el juicio obra, de folios 25 a 45, copia del Laudo Arbitral de fecha 8 de diciembre de 1953, que decidió el conflicto surgido entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el Sindicato de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del correspondiente pliego de peticiones relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de Arbitraje, porque para los fines perseguidos por

una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquélla acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar el Tribunal ad-quem insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho con violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

La Corte considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre del año en curso (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto un motivo especial de casación por vicio de actividad o error **in procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula cómpromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes transcrito.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces, para los fines de casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal ad-quem, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87, del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de prueba, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del decreto en referencia Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no el Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes les puede ser impuesto median-

te fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas".

Arguye el recurrente que el Tribunal Arbitral tuvo conocimiento y admitió la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena y que tal circunstancia basta para darla por establecida. Observa la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la Conciliación únicamente, como resulta o aparece de las razones allí expuestas para no aceptar la cláusula vigésima del pliego de peticiones. De tal circunstancia no puede deducirse, ni menos aceptarse, que el fallo arbitral atribuya a dicha Comisión permanente el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que pudieran presentarse entre las partes comprendidas por el laudo y la obligación de éstas de acudir a esa especial jurisdicción para desatarlas. Baste tener en cuenta que la desestimación de las súplicas contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera, tienen fundamentos distintos. El rechazo de esta última se apoya, como se vió antes, en la consideración de que para el establecimiento de una jurisdicción especial "sólo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla" y a lo cual agregó que en esta materia "se estará a lo que determine la ley por razón de la vecindad de las partes, naturaleza del negocio, etc.", lo que equivale a que las diferencias o conflictos que pudieran originarse entre las partes, seguirían siendo dirimidas por la jurisdicción del trabajo. Es más: la estipulación sobre constitución de Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, o de los organismos que hagan sus veces, deberá ser siempre expresa, pues no cabe entender que acuerdo tan importante, con virtualidad de derogar eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios, pueda deducirse o suponerse tácitamente existente. De allí que sea requisito esencial para su validez el que la cláusula compromisoria conste siempre por escrito, conforme al mandato del artículo 131 del C. de P. del T., bien sea que su constitución tenga origen en el contrato individual, en pacto o convención colectiva (artículos 469 y 481 del C. S. del T.) o que se consigne en fallo arbitral, si se acepta esta posibilidad.

Conforme a lo anterior, resulta bien claro que el laudo arbitral de 1953, que en copia obra en el juicio, no reconoció la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena como jurisdicción especial para dirimir los conflictos jurídicos entre las partes, como lo asevera el recurrente. Por ello no era aplicable al caso de autos el ordenamiento contenido en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 y no por las razones expuestas por el **ad-quem**, ya que es erróneo su criterio en cuanto al referirse a esta disposición limita la competencia de los organismos de que allí se habla, únicamente para dirimir los conflictos que se presenten entre "personas jurídicas" pero no con los trabajadores como personas naturales. La competencia del organismo arbitral a que se refiere el citado Decreto es la que se le fije o atribuya en el pacto respectivo de constitución que puede ser el contrato individual, el sindical, la convención colectiva o cualquier otro documento otorgado posteriormente, conforme a lo dispuestoto por los artículos 131 y 139 del C de P. del T. Dichos actos jurídicos pueden indistintamente asignar a los organismos arbitrales el conocimiento y decisión de conflictos que surjan entre las partes, bien sean éstas personas jurídicas sólamente o también jurídicas y naturales.

Por lo anteriormente expuesto, se desecha el cargo.

SEGUNDO CARGO.

Acusa violación de los artículos 186 y 249 del C. S. del T., por aplicación indebida, como consecuencia de error de hecho en la apreciación de unas pruebas.

En su demostración, afirma que en el expediente no aparece establecida la vinculación laboral del actor con la Asociación demandada, ni los salarios devengados ni el tiempo servido. Que tales extremos no pueden darse por demostrados con la inspección ocular practicada en las Oficinas del Sindicato (fs. 62) que sólo hace una larga relación de semanas trabajadas y de salarios devengados por Luciano Molina, pero sin que se diga que esos pagos fueron hechos por Adenavi, ni que el trabajo se hubiese realizado por su orden o en su beneficio; que pudo ocurrir que algunas de esas sumas las hubiera cubierto Adenavi, u otras diversas empresas que nada tienen que ver con este litigio. Que en la inspección ocular practicada en las oficinas de la Asociación, no se estableció que Molina figurara como su trabajador.

Que por ello el Tribunal no podía estimar las dos inspecciones como plena prueba del tiempo de servicio y de los salarios devengados, por lo que incurrió en el error de hecho que le atribuye la sentencia y en la consiguiente violación de las disposiciones legales que cita.

Se considera:

Por lo que respecta a la existencia de la relación laboral, remuneración del actor y tiempo trabajado, expone la sentencia: "Del acta de inspección ocular, llevada a cabo tanto a las oficinas del Sindicato, como a las de la empresa demandada, se desprende que el actor, ingresó como afiliado a la organización sindical, el 11 de diciembre de 1941, y se retiró el día 30 de octubre de 1955, habiendo empezado a figurar en las planillas de jornales, en la semana del 20 de junio de 1953 hasta el 7 de marzo de 1955 y que laboró 72 festivos legales y que Adenavi se hizo cargo del muelle de Puerto Berrío el 1º de enero de 1952, pero el primer pago al Sindicato sólo lo hizo el 5 de julio del mismo año y que la prima de servicios se pagaba semestralmente en forma colectiva al Sindicato". Agregó, además, lo siguiente: "La Sala, comparte las apreciaciones hechas por el señor Juez, para pronunciar las condenaciones y absoluciones". Significa lo anterior, que el Tribunal acogió e hizo suyas las razones del a-quo referentes a la existencia de la relación de trabajo subordinado entre el actor y la demandada, fundamento indispensable para poder proferir las condenas contenidas en la sentencia. Y, sobre este punto, dijo el Juzgado del conocimiento: "Por medio de la diligencia de inspección ocular de que antes se hizo mención, practicada en las oficinas del Sindicato de Braceros Portuarios pudo constatarse que Luciano Molina ingresó a dicha institución el 11 de diciembre de 1941 y que se retiró con fecha 30 de octubre de 1955. Aparece así mismo en las planillas de jornales laborando como bracero al servicio de Adenavi de una manera continua desde el 20 de junio de 1953 hasta el 7 de marzo de 1955. Los prementados declarantes (se refiere a los testigos José F. Gutiérrez, Benjamín Espinosa y Luis Eduardo Foronda S.) en sus testimonios de fs. 59, 60 y 61 afirman igualmente, y lo saben por haber sido compañeros de trabajo, que Luciano Molina laboró al servicio de Adenavi de acuerdo con los reglamentos y pactos que existen entre la Empresa y el Sindicato. Establecida como queda la relación de trabajo entre Adenavi y el Bracero, de acuerdo con el artículo 24 del C. S. del T., ha de presumirse necesariamente la existencia del contrato de trabajo, con mayor razón si se observa que las diversas modalidades que lo tipifican en nada desfiguran su estructura jurídica, dado el caso de que sus elementos esenciales constitutivos están plenamente configurados".

Por lo que respecta al salario devengado por el trabajador, el Juzgado lo determinó, con base en los datos obtenidos mediante la inspección ocular, en la suma de $ 7.17 diarios. Sobre el particular, dijo el Tribunal: "El salario, mínimo promedio diario, estuvo correctamente tomado a partir del último año efectivamente laborado, y las operaciones aritméticas, están correctas".

De todo lo anterior, observa la Sala que la relación laboral entre Adenavi y Luciano Molina la deduce el Tribunal no sólo de las dos inspecciones oculares practicadas en el juicio, sino también de los testimonios de José F. Gutiérrez, Benjamín Espinosa y Luis Eduardo Foronda S., en cuanto sobre el particular compartió el criterio y análisis del a-quo, como es dejó visto anteriormente. Este fundamento de la sentencia no es materia de ataque por el recurrente, y por este solo aspecto queda en firme la resolución impugnada.

Por lo demás, la Sala encuentra acertado el análisis probatorio que hace el Tribunal, teniendo en cuenta los hechos de la demanda y su contratación y las pruebas aportadas al juicio, principalmente la testimonial y las inspecciones oculares, que analizadas en conjunto, como lo hizo el sentenciador, permiten concluír que carece de fundamento el cargo y por tanto no se configura el error de hecho que el recurrente imputa a la sentencia. En consecuencia, se desecha la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el presente juicio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.



LA COLABORACION QUE LE PRESTEN AL TRABAJADOR PERSONAS EXTRAÑAS A LA EMPRESA, NO DESTRUYE NECESARIAMENTE EL CONTRATO DE TRABAJO. — PRESUNCION LEGAL EN FAVOR DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. — LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATO DE OBRA. — NO HAY OBLIGACION DE SUMINISTRAR CALZADO Y OVEROLES O BLUSAS DESPUES DE TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO

1.—Cuando el servicio lo prestan varias personas habiéndose contratado con una sola de ellas, el fenómeno que se presenta es el de trabajo conjunto. No es lo mismo ejecutar un trabajo conjuntamente con otro trabajador que ejecutarlo en sustitución de otro. Mientras no intervenga la sustitución es inexacto afirmar que falta el elemento 'actividad personal del trabajador' de que habla el artículo 23 del C. del T.

2.—Cuando el artículo 23 del Código Laboral exige que el trabajador ejecute la labor personalmente, desde luego desautoriza la colocación de un reemplazo, pero en principio también prohibe que con el trabajador colaboren personas extrañas a la empresa, pues la convención laboral toma en cuenta las condiciones personales del empleado y su habilidad o experiencia en el oficio. No obstante, si durante el desarrollo del trabajo el patrono acepta expresa o tácitamente el trabajo conjunto, la convención subsiste con todas sus consecuencias.

3.—Si el trabajo contratado por una sola persona es ejecutado por ésta con la colaboración de auxiliares, se ofrece una de estas dos situaciones: o el contrato termina por decisión unilateral del patrono a causa del incumplimiento del empleado (numeral 8º del artículo 62 en armonía con el numeral 1º del artículo 58 del C. del T.) o al contrario, en el caso de que el patrono tolere la prestación del servicio con la expresada modalidad, es preciso ver en tal actitud su asentimiento a que el contrato se mantenga.

4.—Demostrada la prestación personal del servicio, obra en favor de quien lo ejecutó la presunción establecida en el artículo 24 del C. del T., y por tanto, de acuerdo con las normas que regulan la carga probatoria en el derecho de obligaciones (artículo 1757 del C. C.), incumbe al patrono la prueba de que tal relación de trabajo fue independiente y no subordinada. La simple afirmación del patrono de que la relación fue independiente, no tiene la virtud de aniquilar la presunción de que estuvo regida por un contrato de trabajo.

5.—La relación personal de trabajo es independiente cuando tiene por causa el contrato de obra cuyos presupuestos, a vista de lo estatuído en el artículo 34 del C. del T., son los siguientes: a) la ejecución de una obra o labor en beneficio ajeno, asumiendo el trabajador todos los riesgos; b) el empleo por éste de sus propios medios y libertad para obrar con autonomía técnica y directiva, y c) un precio determinado que el beneficiario de la obra o labor debe pagar por ella a quien la realizó. Cuando el servicio se presta sin autonomía técnica y directiva y con elementos suministrados por el beneficiario del trabajo, no hay contrato de obra y, por consiguiente, es impropio hablar de contratista independiente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., tres de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO

María del Carmen Pulido demandó a la señora Inés Barriga de Restrepo, por la vía ordinaria laboral, para que por sentencia definitiva se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º de enero de 1942 hasta el 18 de noviembre de 1954. Con base en tal declaración la actora suplica que la señora Barriga de Restrepo sea condenada a pagarle el auxilio de cesantía, las vacaciones, la prima de servicios, el auxilio por enfermedad no profesional, las prestaciones relativas a la maternidad, los salarios del plazo presuntivo y los provenientes de indemnización moratoria, las prestaciones por accidente de trabajo, el suministro de zapatos y blusas, la remuneración por trabajo en dominicales y festivos y, por último, las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, María del Carmen Pulido se obligó a prestar servicios personales a Inés Barriga de Restrepo en la hacienda de propiedad de ésta denominada "La Pradera", según contrato verbal celebrado al efecto, que tuvo cumplimiento en dos períodos así: del 1º de enero de 1942 al 31 de diciembre de 1944, y del 1º de enero de 1946 al 18 de noviembre de 1954. La función asignada a la trabajadora fue la de ordeño de vacas en la mencionada hacienda, a la cual estaba adscrita la de encerrar terneros, que aquélla cumplió diariamente, bajo la dirección y control del administrador del inmueble. Por la intensidad del trabajo la demandante tuvo necesidad de requerir la ayuda de otras personas, pagándoles sus servicios, y aún de sus propios hijos. Como retribución por su trabajo devengó un salario de $ 4.00 mensuales, aumentado después a $16,00 hasta el 31 de diciembre de 1944, y a $ 25.00 en el año de 1946. La asignación le fue aumentada posteriormente a $50.00, $60.00 $80.00 y $100.00, al mes habiendo regido esta última desde el 1º de enero hasta el 18 de noviembre de 1954, fecha en que el contrato terminó. La actora enfermó de viruelas, sin haber recibido servicios médicos ni el auxilio monetario correspondiente. La demandante inició sus labores recién casada y durante la ejecución del contrato tuvo varios hijos sin que le hubiera sido pagado el auxilio de maternidad y demás prestaciones legales. Sufrió un accidente en el dedo de la mano izquierda, en ejercicio de sus funciones, no habiendo sido atendida la enfermedad consecuencial al mismo. Tampoco le fueron cubiertas las prestaciones en dinero que por tal causa ordena la ley.

Como fundamentos de derecho la demanda invoca los artículos 22, 23, 64, 65 y concordantes del Código del Trabajo.

La señora Barriga de Restrepo, en la respuesta a la demanda, niega el contrato de trabajo, manifestando que la actora no fue su empleada sino contratista independiente. No aceptó los hechos en que aquélla se apoya a excepción del que afirma la colaboración prestada a la actora por sus hijos y otras personas. Propuso la excepción de prescripción.

Conoció del juicio el Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá. La sentencia que lo decide, de 18 de septiembre de 1957, condena a la señora Barriga de Restrepo a pagar a María del Carmen Pulido, lo siguiente: la suma de $788.05 por cesantía; la de $168.04 por primas de servicio; la de $80.00 por vacaciones; el valor de tres pares de zapatos y tres blusas, "previa valoración bajo juramento", o dichos elementos en especie; y $3.33 diarios, desde el 19 de noviembre de 1954 hasta la fecha en que la demandada pague a la ex-trabajadora las sumas de dinero que a su favor decreta el fallo, "por concepto de salarios caídos"; la absuelve de los demás cargos, declara probada parcialmente la excepción de prescripción, y le impone a la demandada las costas de la instancia.

Apeló la señora Barriga de Restrepo. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió la relación de apelación por sentencia de 10 de diciembre de 1957, la cual revoca en su totalidad la de primer grado, absuelve a la demandada de todos los cargos y se abstiene de condenar en costas en ambas instancias.

Recurrió en casación la parte vencida. Otorgado el recurso y preparado debidamente por la Sala, la Corte pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que la Corte infirme el fallo de segunda instancia y, en su lugar, confirme el de primer grado.

Con base en la causal primera del recurso, sostiene el recurrente que el Tribunal de Bogotá violó los artículos 5º, 9º, 22, 23, 24, 127, 249, 253, 306, 186, 192, 230, 232 y 65 del C. del T. Alega el primer cargo infracción directa de las citadas normas, el segundo afirma que las interpretó erró-

neamente, y el tercero que las violó por errores de hecho.

De los tres cargos la Corte halla justificado el tercero, al cual concretará su estudio.

ERRORES DE HECHO.

En ellos incurrió el Tribunal por equivocada estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Para la mejor inteligencia del cargo conviene conocer, antes de su presentación, el estudio que el sentenciador dedica a la cuestión litigiosa debatida en el proceso.

Comienza la sentencia por transcribir el hecho 3º de la demanda inicial, según el cual, para el desempeño de sus funciones la demandante obtuvo la ayuda de sus hijos y la de terceras personas, pagándoles a éstas la correspondiente remuneración, hecho aceptado por la parte demandada, y luego expone:

"El C. S. del T., en su artículo 23, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, o sea aquéllos indispensables para que el contrato sea tal, so pena de que si falta alguno de ellos, no exista, o degenere en otro de distinta naturaleza jurídica. El primer elemento esencial señalado en la disposición citada, se hace consistir en la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.

"Y si el demandante y el demandado están de acuerdo sobre un hecho tan fundamental, es el caso de declarar que por la falta de uno de los elementos esenciales, el de la prestación personal del servicio, no existió contrato de trabajo entre la actora y la señora Barriga de Restrepo".

"Lo dicho anteriormente —continúa la sentencia— será suficiente para absolver a la demandada de todas las peticiones formuladas en la demanda. Sin embargo, para mayor abundancia, el Tribunal procede a examinar los demás elementos probatorios, con el fin de determinar si éstos están de acuerdo con el hecho afirmado por el señor apoderado de la actora y aceptado por el de la demandada.

"En efecto, la absolución de posiciones de la señora Barriga de Restrepo, en manera alguna se puede tener como prueba de la confesión de la existencia del contrato, porque aunque acepta que María del Carmen Pulido realizaba una labor diaria en su finca, esto lo hacía con el carácter de contratista independiente y no como empleada. La declaración del señor Zoilo Bonilla, que aparece al folio 30 del expediente es concluyente en el sentido de que los hijos de la señora Pulido le ayudaban a ella, y que el sistema empleado en la finca de La Pradera ha sido el de contratar a una persona para el ordeño de las vacas y ésta a su vez contrata las otras que van a ordeñar, como sucede actualmente con el señor Raúl Scarpetta. También le consta a este declarante, por haberlo visto, que otras personas distintas de María del Carmen Pulido hacían el trabajo por cuenta de ésta. El señor Raúl Scarpetta, en su declaración visible al folio 35, acepta el hecho de que varias personas le ayudaban a María del Carmen Pulido. El testigo señor Alejandro Rodríguez afirma en concordancia con los anteriores que a la actora le ayudaban a realizar la labor del ordeño de las vacas. En el mismo sentido declara la señora Silveria de Zamora (f. 44) dando los nombres de las personas que María del Carmen Pulido pagaba para cumplir con sus obligaciones con la demandada. También le consta el mismo hecho al señor Elías Muñoz (f. 59 del expediente).

"Siendo tan evidente que la señora María del Carmen Pulido no realizaba por sí misma la labor, y no apareciendo por otra parte que se tratara de una simple intermediaria... es el caso de revocar en todas sus partes la sentencia apelada, por cuanto está plenamente demostrada la no existencia del contrato de trabajo, y por lo mismo desvirtuada la presunción legal contenida en el artículo 24 del C. S. del T.".

Según el recurrente el Tribunal aprecia equivocadamente las pruebas que estudia en la sentencia, incurriendo en el error de hecho consistente en negar el contrato de trabajo que ellas acreditan. Examina el recurrente las pruebas, les fija su alcance y las fallas en su estimación, así:

a) La demanda (fs. 2 a 4).

La interpretó erróneamente la sentencia al analizar el tercero de sus hechos fundamentales, arguye el recurrente. En la primera de sus súplicas —anota— la demanda pide la declaración de que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º de enero de 1942 hasta el 18 de noviembre de 1954. Por tanto, lo que ella dice en el hecho 3º debe entenderse en relación con dicha súplica, pues la demanda es susceptible de interpretación, y la que el Tribunal le da no armoniza la afirmación contenida en el hecho con la petición correspondiente, quedando ésta sin ningún valor ni efecto.

b) Confesión de la demandada (fs. 19 a 26).

Es errónea la estimación que de ella hace la sen-

tencia, dice el impugnador. En las posiciones que en el juicio absolvió la señora Barriga de Restrepo acepta que María del Carmen Pulido realizaba en su hacienda una labor diaria, como el propio Tribunal lo admite. La absolvente aceptó además, entre otros, estos hechos: que entre las partes se celebró un contrato sobre prestación de servicios, por los cuales pagaba a la actora un sueldo mensual de $100,00. Así las cosas, la conclusión necesaria no podía ser otra que la de que entre las partes existió un contrato de trabajo y no uno de servicios independientes.

c) Los testimonios (fs. 28 a 47 y 55 a 60).

No dice el testigo Zoilo Bonilla, como lo sostiene la sentencia, que personas distintas a la demandante ejecutaban el trabajo por cuenta de ésta, sino que desde el año de 1956, posterior a la terminación del contrato (18 de noviembre de 1954), había visto cumpliendo la labor de ordeño al señor Raúl Scarpetta y antes a la actora y a sus hijos.

De la declaración de Scarpetta no resulta, comenta el autor del recurso, que María del Carmen Pulido se valiera de personas extrañas en la labor de ordeño, como lo afirma la sentencia, sino que tuvo como colaboradores a sus hijos, pues la ayuda que le prestaron otras personas fue una colaboración de simple compañerismo. Con referencia a las declaraciones de Alejandro Rodríguez y Elías Muñoz, el cargo expresa que a la actora la ayudaron sus hijos pero no personas distintas, como lo asevera el Tribunal, y la ayuda no le resta valor al elemento actividad personal de la trabajadora ni, de consiguiente, destruye el contrato de trabajo. En cuanto a la testigo Silveria de Zamora, la acusación anota que su testimonio no merece fe por las contradicciones en que incurre, motivo por el cual fue rechazado por el fallador de primer grado.

Como pruebas no estimadas por la sentencia el recurrente cita la confesión provocada de la actora (fs. 47 a 50) y la declaración del testigo Florentino Salamanca (fs. 51 a 55).

En posiciones manifestó la demandante (respuesta a la pregunta novena) que en la ejecución de su labor sólo tuvo la colaboración de sus hijos. El testigo Salamanca expresa que la Pulido recibía órdenes de los administradores de la hacienda, sin gozar de libertad ni de autonomía técnica y directiva, recibiendo de aquéllos los elementos de trabajo.

De haber tomado en cuenta el Tribunal las dos pruebas citadas, dice el autor del recurso, no habría incurrido en el error de negar la convención de trabajo.

Anota por último el recurrente: el artículo 23 del C. del T., exige que la actividad la cumpla el trabajador por sí mismo, no por sustituto, "y la actora desempeñaba diariamente su labor, luego prestó personalmente sus servicios". El hecho de que a la Pulido la hubieran ayudado otras personas, aceptado por ambas partes, no desvirtúa la presunción del artículo 24 ibídem, como lo sostiene el fallador. Para ello habría sido necesario que en el juicio se hubiera establecido que la demandante no prestó personalmente el servicio, que no estuvo subordinada a la demandada ni de ella habría recibido sueldo mensual, y ocurre que esos tres hechos están demostrados en el proceso. Luego son manifiestos los errores de hecho por mala estimación de las pruebas que la sentencia estudia y por falta de apreciación de las que pasa por alto, y clara la infracción indirecta, por falta de aplicación, de los textos legales que el cargo cita, como de la norma del artículo 24 mencionada.

En la réplica al cargo la parte opositora sostiene que la sentencia se apoya en pruebas que el recurrente no ataca, y señala como tal la confesión de la demandante en posiciones al aceptar que es cierto que ahora trabaja como ordeñadora del nuevo contratista de ordeño, Raúl Scarpetta, es decir, desde el 13 de septiembre de 1956; que la demanda de casación pretender darle nuevo significado a las pruebas del juicio, distinto del que le asigna la sentencia, lo cual no es demostrar los errores de hecho que le imputa.

La Corte considera:

Está en lo cierto el recurrente al decir que el Tribunal interpretó equivocadamente la demanda, pues si ésta pide que la sentencia haga la declaración de que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de trabajo, ha debido el fallador relacionar el hecho tercero con esa súplica y no apreciarlo aisladamente para concluír que el citado hecho acredita la inexistencia de la relación laboral, pues dándole ese alcance deja sin ningún efecto la súplica del petitum de que se ha hecho mérito.

La Sala debe hacer además las siguientes consideraciones:

El hecho 3º de la demanda inicial dice que María del Carmen Pulido realizaba la labor de ordeño con la ayuda de otras personas, a quienes pagaba sus servicios, y además, con la de sus hijos.

De tal afirmación deduce la sentencia que la demandante no ejecutó la actividad por sí misma, por lo cual el contrato de trabajo no existió, pues la prestación personal del servicio es uno de sus elementos esenciales según el artículo 23 del C. del T. Otra conclusión infiere la sentencia de la falta del mencionado elemento y es la de que su ausencia desvirtúa la presunción del artículo 24 del mismo Código.

Para la Corte la demanda de instancia, en el tercero de sus hechos, no admite el significado que le dá el sentenciador, pues lo que allí dice la actora es que el servicio lo prestó ella con ayuda de otras personas y la colaboración de sus hijos. De la afirmación no puede eliminarse la prestación personal del servicio en ella contenida ni tiene el mérito de destruír la circunstancia de que en el desempeño de la función la hubieran ayudado familiares o extraños. Cuando el servicio lo prestan varias personas, habiéndose contratado con una sola de ellas, el fenómeno que se presenta es el de trabajo conjunto. No es lo mismo el trabajo que una persona ejecute simultáneamente con otros, que es el afirmado en el hecho de la demanda de instancia, que el trabajo en sustitución de otro, que es el que descubre la sentencia, pues sólo el prestado en esta última forma autoriza para sostener la inexistencia de la actividad personal del empleado. Por tanto, mientras no intervenga la sustitución, es inexacto decir que falta el elemento "actividad personal del trabajador", o realizada por sí mismo de que habla el artículo 23 del C. del T.

Es verdad que la citada norma legal exige que el trabajador ejecute la labor personalmente, sin que le sea permitido colocar una persona en su reemplazo. Ya se ha visto que de sustitución no habla el hecho que se examina. En principio no es admisible que con el trabajador colaboren personas extrañas a la empresa o establecimiento, sin ninguna vinculación con el patrono, pues la convención laboral toma en cuenta las condiciones personales del empleado y la habilidad o experiencia en el oficio, factores que repercuten en la ejecución de la obra o labor, y bien podría ocurrir que los colaboradores del empleado no reúnan los requisitos que el patrono observó en éste y por tal motivo el trabajo no resulte satisfactorio para quien lo recibe.

Para saber si el trabajo contratado con una persona ejecutado por ésta con la colaboración de auxiliares, destruye el elemento "actividad personal" de quien se obligó a prestarlo, debe investigarse si durante el desarrollo del contrato el patrono aceptó o nó el trabajo conjunto, pues en el primer caso la convención subsiste con todas sus consecuencias. La actividad cumplida en la forma expuesta ofrece estas dos situaciones: o el contrato termina por decisión unilateral del patrono a causa de su incumplimiento por el empleado, conforme a lo previsto en el artículo 62, numeral 8º, en relación con el 58, numeral 1º del C. del T., o el contrato subsiste en virtud de autorización expresa o tácita del patrono. En el segundo evento es claro que si el patrono, enterado de que el empleado ejecuta la labor con la colaboración de auxiliares, no hace uso del derecho de dar por terminada la relación jurídica sino que tolera la prestación del servicio con la expresada modalidad, es preciso ver en tal actividad asentimiento de su parte a que el trabajo se ejecute en tal forma, es decir, conviene en que el contrato se mantenga.

Es obvio que sin examinar la relación de trabajo en el terreno de los hechos, no está el juzgador en capacidad de saber si el empleado cumplió personalmente la labor, se hizo sustituír por otro o la ejecutó con ayuda de otros.

En el caso de autos, el trabajo conjunto, según las pruebas del proceso, fue consentido por la demandada Inés Barriga de Restrepo. En efecto, ésta, en su confesión provocada, aceptó que María del Carmen Pulido trabajó en su hacienda, de 1942 a 1954, más o menos; que por sus servicios le pagaba un sueldo mensual que a la fecha de su retiro fue de $100.00; que tal vez le insinuó a la actora que uno de sus hijos le ayudara en las labores, "pues ella era libre de emplear a quien quisiera" (Respuestas a las preguntas segunda, tercera y cuarta del cuadro de posiciones). Pero dice el Tribunal, si es verdad que la señora Barriga de Restrepo aceptó en posiciones que la Pulido realizó una labor diaria en su finca, expresa que lo hizo con el carácter de contratista independiente y no como empleada.

Al anterior razonamiento del fallador observa la Sala: aceptada por el patrono la prestación personal del servicio, obra en favor de quien lo ejecutó la presunción establecida en el artículo 24 del C. del T. De conformidad con las normas que regulan la carga probatoria en el derecho de obligaciones (artículo 1757 del C. C.), demostrado el antecedente que sirve de base a la presunción, para el caso la relación personal de trabajo, incumbe al patrono la prueba de que ella fue independiente y no subordinada. El hecho alegado por

la demandada es distinto y separado del que ella acepta y constituye una excepción perentoria que no puede darse por demostrada con su declaración, pues no se trata de confesión indivisible sino divisible. Así lo enseña la doctrina del artículo 609 del Código Judicial.

La simple afirmación del demandado de que la relación personal de trabajo fue independiente, no tiene la virtud de aniquilar la presunción del artículo 24 del C. del T. Tal relación tiene por causa el contrato de obra y son presupuestos de esta figura jurídica, a vista de lo estatuído en el artículo 34 del mismo Código, los siguientes: a) la ejecución de una obra o labor en beneficio ajeno, asumiendo el trabajador todos los riesgos; b) El empleo por éste de sus propios medios y libertad para obrar con autonomía técnica y directiva; y c) Un precio determinado que el beneficiario de la obra o labor debe pagar por ella a quien la realizó.

La demandante no empleó en la labor de ordeño sus propios medios, pues según el testigo Florentino Salamanca (fs. 53) los baldes, lazos y cantinas requeridos al efecto, le fueron suministrados por la señora Barriga de Restrepo o los mayordomos de la hacienda. Además, no obró con libertad y autonomía técnica y directiva, pues según el testimonio de Alejandro Rodríguez (fs. 37) el mayordomo controlaba el trabajo y lo hacía observando qué número de vacas ordeñaba la Pulido y la cantidad de leche que extraía.

Se deduce de lo expuesto, que en el juicio no sólo demostró la demandante la relación personal de trabajo sino su dependencia respecto de la demandada.

Así las cosas, forzoso es concluír que la sentencia recurrida erró de hecho en la estimación de las pruebas que analiza, incurriendo en el mismo error al no apreciar la declaración del testigo Florentino Salamanca, violando en consecuencia los artículos 23 y 24 del C. del T. El resultado de esa infracción fue el quebranto de las normas legales de la misma obra que consagran derechos en favor de la trabajadora demandante.

Está, pues, justificado el cargo. Por tanto, la Corte casará la sentencia para condenar a la demandada al pago de las obligaciones a que haya lugar, tomando en cuenta la demanda de casación y lo que resulte de las pruebas del juicio.

FALLO DE INSTANCIA.

I.—CONTRATO DE TRABAJO.

El que afirma la demanda de instancia está probado en el juicio de acuerdo con las conclusiones a que llegó la Sala en el estudio del tercer cargo. Se acogerá, por tanto, la primera súplica de la parte petitoria de aquélla, con la modificación de que el contrato rigió entre las partes durante el período de tiempo que adelante se indicará y no en forma continua, desde el 1º de enero de 1942 hasta el 18 de noviembre de 1954, como lo expresa la referida súplica.

II.—TIEMPO DE SERVICIOS.

Cree la demandada que María del Carmen Pulido trabajó a su servicio del 1º de enero de 1942 al 18 de noviembre de 1954, manifestación que hace al contestar la pregunta tercera del cuadro de posiciones.

Sin embargo, no se tomará como término de duración del contrato el que se deja expresado, sino el que indica la demanda inicial en el hecho 1º, según el cual hubo dos convenciones de trabajo, así: una del 1º de enero de 1942 al 31 de diciembre de 1944, y otra del 1º de enero de 1946 al 18 de noviembre de 1954. A tal conclusión llega la sentencia de primera instancia en el estudio de este punto.

III.—CUANTIA DEL SALARIO.

Afirma la pregunta sexta del interrogatorio formulado a la demandada en posiciones que la actora "tuvo varios aumentos de sueldo a $25.00 desde el 1º de enero de 1946, luego a $50.00 desde el 1º de enero de 1947 y luego a $60.00 y $80.00 hasta el 31 de diciembre de 1953, y por último a $100.00, desde el 1º de enero de 1954 hasta el 18 de noviembre de 1954". La respuesta expresa: "En cuanto a los aumentos en la remuneración sí los hubo, desde la suma de $4.00 hasta la suma de $100.00".

De la prueba en referencia se deduce que el sueldo promedio de 1951 a 1953 es el de $70.00 y no el de $80.00 que señala el fallo de primer grado.

IV.—PETICIONES DE LA DEMANDA.

A). Remuneración por trabajo en días de descanso.

La negó el Juzgado a-quo, exponiendo, entre

otras razones, que si bien la empresa en que prestó servicios la actora, por su índole, exigía el trabajo en domingos y festivos, el sueldo mensual cubría la doble remuneración prevista por la ley.

El concepto es erróneo, como resulta de lo dispuesto en el artículo 175 del C. del T. Y aunque en el juicio la acción aparece demostrada, la Sala se abstiene de estudiarla, pues la demanda de casación no incluye entre las normas violadas por el fallo de segunda instancia las que consagran el derecho a la prestación.

B). **Cesantía.**

La decreta el fallo de primera instancia por el tiempo servido durante el segundo contrato de trabajo (1º de enero de 1946 a 18 de noviembre de 1954), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 249 y 253 del C. del T. Será acogida por la Sala la condena correspondiente, con la modificación de que la cuantía de la prestación es la suma de $658.32 y no la de $788.05, que fija la nombrada providencia.

El derecho al auxilio por el tiempo servido durante el primer contrato (1º de enero de 1942 a 31 de diciembre de 1944) no lo tenía la trabajadora demandante, pues su institución fue posterior a la extinción de la relación de trabajo.

C). VACACIONES

El fallo del Juzgado **a-quo** condena al pago de la compensación en dinero por las vacaciones de los dos últimos años de servicio, y como cuantía de la obligación señala la suma de $80.00.

Confirmará la Sala la resolución del Juzgado, con la modificación de que la cuantía de la deuda es la suma de $100.00 y no la de $80.00, que aquélla señala, pues el salario básico para la liquidación es el último devengado. Artículo 189 del C. del T. subrogado por el 7º del Decreto 617 de 1954).

D). **Primas de servicio.**

La sentencia de primera instancia dice que es procedente la petición a partir del primer semestre de 1953, hasta el 18 de noviembre de 1954 en que terminó la relación de trabajo, hallándose prescritas las causadas con anterioridad a la fecha primeramente indicada.

Al respecto observa la Sala:

La notificación del auto admisorio de la demanda se efectuó el 25 de abril de 1956. La prescripción, que es de tres años, cobija las primas del primer semestre de 1953. Por tanto, solo hay lugar al reconocimiento de la prestación desde el segundo semestre del año mencionado hasta la terminación del contrato, y en la parte proporcional en cuanto al año de 1954. Su importe es la suma de $123.00 y no la de $168.04 señalado en la referida sentencia. Por tanto, confirmará la Sala la condena del Juzgado **a-quo** con la modificación de que se ha hecho mérito.

E). **Indemnización moratoria.**

La demanda —dice el fallo de primer grado— negó la existencia del contrato, pero los puntos en que sustentó la negativa no tuvieron fundamento ni demostración a través del proceso, por lo cual es del caso dar aplicación al artículo 65 del C. del T. En consecuencia, condena a la indemnización por mora, a razón de $3.33 diarios, desde el 19 de noviembre de 1954 hasta que la demandada pague a la actora las sumas de dinero que a favor de ésta decreta la sentencia.

Acoge la Sala la condena en referencia, y a lo expuesto por el fallo en mención, agrega:

La prueba testimonial aportada al juicio demuestra que la Pulido fue trabajadora dependiente de la demandada, pues cumplió la labor empleando en su ejecución elementos suministrados por mayordomos de la hacienda y bajo la subordinación de éstos.

La defensa, en la respuesta a la demanda, alega que la Pulido fue contratista independiente, y para demostrarlo aportó al juicio las declaraciones de Raúl Scarpetta y Silveria de Zamora y la confesión provocada de la actora. La prueba pretende deducir la aludida calidad de estos hechos: a la demandante ayudaban en su actividad otras personas fuera de sus hijos, al terminar el contrato ingresó al servicio de Scarpetta y éste trabaja con la demandada como contratista independiente.

Al respecto observa la Sala: en pasaje anterior de esta sentencia se expuso que el trabajo prestado por el trabajador con la colaboración de auxiliares, consentido por el patrono, no elimina la convención laboral; que cuando el servicio se presta sin autonomía técnica y directiva y con elementos suministrados por el beneficiario del trabajo, no hay contrato de obra y, por consiguien-

te, es impropio hablar de contratista independiente.

La duda razonable sobre la existencia de la convención laboral y las pruebas aportadas al proceso por el patrono en el sentido de que la renuencia al pago de salarios y prestaciones sociales al trabajador al terminar el contrato fue justificada, sirven de apoyo a la buena fe, elemento que según la jurisprudencia tiene el mérito de eximir de la sanción establecida en el artículo 65 del C. del T. Si bien el sentenciador acogió la tesis de la defensa, esa sola circunstancia no amerita la buena fe, pues ya se ha visto que el concepto de aquél no tiene en su apoyo argumentos valederos. Los elementos de convicción que al juicio adujo la demandada tampoco abonan su creencia de que el contrato debatido era de obra y no de trabajo, pues la realidad procesal hace patente éste último.

F). Calzado y overoles o blusas.

El fallo de primera instancia condena a la parte demandada al pago de "el valor de tres pares de zapatos y tres blusas, previa valoración bajo juramento, o estos mismos elementos en especie".

Las normas que otorgan el derecho a la prestación (artículos 230 y 232 del C. del T.) figuran entre las que el impugnador señala como violadas por el fallo recurrido.

Observa la Sala:

La demanda de instancia, en la petición correspondiente, solicita el cumplimiento de la obligación específica. La sentencia del juzgado a-quo dispone que se pague en dinero la cosa debida, y, en su defecto, que ésta se entregue.

Revocará la Corte la condena en estudio y como razones de su determinación transcribe lo que para caso igual dijo esta Sala en sentencia de fecha 1º de abril del corriente año, dictada en el juicio seguido por Rafael Ignacio Meza contra Luis Carlos Carballo (G. J. T. XCII, págs. 701 y ss.).

"La obligación a cargo del patrono sobre suministro de calzado y overoles a sus trabajadores, tiene lugar durante la vigencia del contrato, al extremo de que si tales elementos no son usados por el trabajador, el patrono queda eximido de la obligación de hacerle entrega de ellos, siéndole prohibido compensar su valor en dinero. (Artículos 233 y 234).

"No se trata de una obligación que, como la de vacaciones causadas y no disfrutadas durante el contrato, deba cumplir el patrono después de su terminación mediante su compensación en dinero en la forma y términos prescritos en la ley del trabajo, pues para calzado y overoles no autoriza ella el mismo sistema de conversión.

"En caso de incumplimiento de una obligación de dar, puede el acreedor exigir del deudor el pago de su equivalente en dinero, a título de perjuicio compensatorio y aún los causados por la mora, según prescripciones del derecho común. La Sala se abstiene de estudiar la cuestión a la luz de esos principios, pues según la correspondiente súplica de la demanda introductiva del juicio, el actor pidió el cumplimiento de la obligación específica exclusivamente, y así fue reconocida en el fallo recurrido.

"No siendo procedente, por lo que se ha expuesto, la satisfacción específica de la obligación después de la terminación del contrato, incurrió el Tribunal en violación de las normas legales que el cargo cita, por lo cual, sobre este punto, la Corte casará la sentencia".

La sentencia de primer grado negó las demás peticiones de la demanda y lo hizo con el fundamento de que en el proceso no obran pruebas que las demuestren. La Sala encuentra acertada la decisión y, por tanto, habrá de confirmarla.

Excepciones.

El fallo de primera instancia declara probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta oportunamente por la parte demandada, en cuanto a vacaciones y primas de servicio. Confirmará la Sala la resolución al respecto. Fuera de la referida excepción ninguna otra se propuso.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y, en su lugar, resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia en el numeral Primero, literal d) de su parte resolutiva acerca de la petición sobre calzado y overoles, de la cual se absuelve a la parte demandada.

2º Se declara que entre las partes de este juicio existió un contrato de trabajo durante el tiempo comprendido entre el 1º de enero de 1942 y el 31 de diciembre de 1944, y otro de la misma índole

entre el 1º de enero de 1946 y el 18 de noviembre de 1954.

3º Confírmase el literal e), numeral Primero de la misma sentencia, sobre pago de indemnización moratoria, y los literales a), b) y c) de dicho numeral, con la reforma de que el valor de la cesantía es de seiscientos cincuenta y ocho pesos con treinta y dos centavos ($658.32), el de las primas de servicio de ciento veintitrés pesos ($123.00) y el de compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas de cien pesos ($100.00), y no las cantidades que indican los expresados literales.

Se confirma igualmente el numeral Tercero de la referida sentencia, por el cual declara probada parcialmente, la excepción de prescripción, en cuanto a primas de servicio y vacaciones, derechos que sólo reconoce en parte.

4º Confírmase el numeral Segundo del fallo de primer grado, el cual absuelve a la señora Barriga de Restrepo de los demás cargos de la demanda, con la advertencia de que la absolución comprende la revocatoria de la condena de que trata el literal d), numeral Primero del mismo.

5º Son de cargo de la demandada las costas de la primera instancia en un cincuenta por ciento. Queda así reformado el numeral Cuarto del fallo del Juzgado **a-quo.**

6º En la misma proporción se condena a la parte demandada al pago de las costas de segunda instancia.

Sin costas en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIBERTAD DEL JUEZ LABORAL EN LA APRECIACION DE PRUEBAS, ESPECIALMENTE EN EL CASO EN QUE ELLAS SON OPUESTAS ENTRE SI. — ES MUY FRECUENTE QUE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL HOGAR NO DEPENDAN DE UN CONTRATO DE TRABAJO. — NO ES POSIBLE EL CONTRATO DE TRABAJO CUANDO UNA DE LAS PARTES ES ABSOLUTAMENTE INCAPAZ

1.—Cuando de dos grupos de testimonios el fallador prefiere el uno o el otro, siendo como es libre en la formación de su convencimiento al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 del C. de P. L., no resulta justificada la acusación de su fallo; pues si tuvo facultad para escoger, mal pudo incurrir en error de hecho por haber escogido. El error no se fundaría, en tal caso, en haber aceptado hechos no acreditados sino en haber preferido, entre los dos grupos de declarantes, el de una de las partes en litigio. Ahora bien, es ésta una facultad discrecional y no reglada que, por lo mismo, pertenece al libre arbitrio del juzgador. No se le puede reprochar, pues, el que en su mente haya hecho más fuerza la prueba testimonial rendida por una parte que la producida por la otra.

2.—El parentesco próximo, si bien no impide la relación de trabajo, sí es capaz de excluírla cuando aparece que la intención del trabajador fue la de prestar una colaboración debido a esa relación familiar. Para la Corte, el trabajo personal que se presta por razones de amistad, de parentesco, de gratitud o con el ánimo de colaborar en empresas de interés común, y en los demás casos análogos que revelen fines altruístas, aunque la prestación de servicios sea permanente, no configura contrato de trabajo. A ello no se opone la prescripción del artículo 27 del C. del T., según el cual todo trabajo dependiente debe ser remunerado. Del texto y espíritu de la norma no cabe deducir que su alcance es el de prohibir la prestación de servicios sin retribución.

3.—Al tenor del artículo 1504 del C. Civil, el sordomudo que no puede darse a entender por escrito es absolutamente incapaz. Siendo el trabajo humano un acto consciente y voluntario (artículo 5º del Código del Trabajo), es obvio que el ejecutado por persona que carece de discernimiento, no éntre en el ámbito del derecho social.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

Materia del pleito.

La señora María García promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra los señores Andrés y José García, para que por sentencia se declare que entre la actora y los demandados existió un contrato de trabajo, convenido verbalmente, desde el año de 1922 hasta el 15 de agosto de 1956.

Como consecuencia de la declaración, la actora suplica que los demandados sean condenados a pagarle los salarios por el tiempo de servicios, el auxilio de cesantía, la remuneración por trabajo en días festivos, las primas de servicio, las vacaciones, la indemnización moratoria y la proveniente de despido injustificado y, por último, las costas del juicio.

En sus fundamentos de hecho la demanda hace estas afirmaciones:

María García, hermana de los demandados Andrés y José García, le prestó a éstos servicios personales como cocinera y ama de casa, desde el 1º de enero de 1922 hasta el 15 de agosto de 1956; Andrés y José García ofrecieron pagarle al principio un salario de $20.00, después el de $30.00 y últimamente el de $40.00 mensuales, oferta que no tuvo cumplimiento, limitándose a suministrarle alimentación y alojamiento. Cumplió sus labores no sólo en los días ordinarios sino en los de descanso obligatorio, desde las cuatro de la mañana hasta las nueve de la noche, sin haber disfrutado de vacaciones ni retribución por el trabajo en días festivos no obstante sus reclamos. La actora fue despedida por el demandado Andrés García, sin justa causa, después de algunas diferencias entre ella y la esposa de aquél. Al tiempo del retiro no le fueron canceladas a la trabajadora las prestaciones sociales correspondientes.

Como fundamentos de derecho la demanda invoca las normas pertinentes del Código del Trabajo y los decretos 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950.

La respuesta a la demanda acepta la relación de parentesco entre las partes, niega los demás hechos y se opone a las condenas que el libelo solicita. La pieza referida propuso estas excepciones: la de inexistencia del contrato de trabajo y la de prescripción. La primera se funda en el hecho de que la actora es sordo-muda, incapaz de darse a entender por escrito, careciendo por tanto de capacidad para obligarse. Alegan los demandados que vivió en su casa como protegida, dado su estado de miseria y sordo-mudez, tratada con las debidas consideraciones, teniendo en cuenta la relación de parentesco, sin estar obligada a ejecutar ninguna actividad en beneficio de ellos.

La litis terminó en primera instancia por sentencia de 20 de septiembre de 1957, proferida por el Juzgado del Trabajo de Neiva, la cual absolvió a los demandados de todos los cargos y condenó en costas a la actora.

Apeló la parte demandante. La sentencia de segunda instancia, de 14 de marzo de 1958, decisoria de la relación de apelación, dictada por el Tribunal Superior de Neiva, en Sala Laboral, confirmó, con un voto disidente, la de primer grado, sin costas.

La demandante interpuso el recurso de casación. Se lo concedió el Tribunal, la Sala lo admitió, y agotada la sustanciación, la Corte pasa a decidirlo.

La Corte debe casar el fallo recurrido, revocar el de primer grado y, en su lugar, condenar a los demandados al tenor de las súplicas de la demanda inicial. Es el alcance que el recurso fija a la impugnación.

La demanda de casación.

Invoca la causal primera y con fundamento en ella formula dos cargos, así:

Primer cargo.

Violación del artículo 24 del C. del T., y de los artículos 27, 57, numeral 4º, 127, 148, 249, 253, 172, 185, 47 y 65 ibídem y 1º del Decreto 616 de 1954, por falta de aplicación. La infracción del artículo 24 condujo a la de las otras normas citadas, a causa de error de hecho evidente en la valoración probatoria.

Consiste el error en que para la sentencia el contrato de trabajo que la ley presume de los servicios prestados personalmente por la demandante, quedó destruído en el juicio, demostrando éste lo contrario.

En desarrollo del cargo arguye el recurrente:

Dice el Tribunal que en el proceso los demandados probaron que la actora vivió en casa de ellos como protegida, lo cual destruye la presunción del artículo 24 del C. del T. Los autos no respaldan ese concepto, dice el impugnador, como se desprende de las declaraciones de los testigos Pedro Rumique, Santiago Serrano y Nazario García (fs. 70 y ss. del primer cuaderno), que no tienen el sentido que les da el fallador, pues según ellas María García, mientras estuvo con sus hermanos, ejecutó todos los oficios de rigor en las labores del campo (cocinar, pilar y moler maíz y moler café) desde las cuatro de la mañana hasta las nueve de la noche. Los testimonios de José María Collazos, Juan Salazar y Fernando Gómez (fs. 60 y ss. del primer cuaderno), llevados al juicio por la parte demandada, aunque quisieron sostener que la actora no fue sirvienta de sus hermanos, dicen que la conocieron al servicio de ellos como guisandera, ordeñando vacas y ejecutando otros oficios de la casa.

Las declaraciones mencionadas confirman la relación de trabajo de carácter contractual entre las partes, pues una protegida no cumple las actividades de que dan cuenta los testigos. El servicio que una persona presta aún dentro de una re-

lación familiar no se puede suponer gratuito, como lo estima la sentencia, ni para excluír su remuneración es aceptable la explicación de sus beneficiarios, esto es, la de que la actora fue una protegida y que con ella cumplieron un acto de misericordia.

Segundo cargo.

Se presenta en subsidio del anterior. Sostiene la violación indirecta, por falta de aplicación de los artículos 22 y 23 del C. del T., y la infracción consiguiente de las normas que cita el primer cargo, al incurrir la sentencia "en el error ostensible de no aceptar las pruebas que demuestran que la relación existente entre las partes fue de carácter laboral", por estar demostrada en el juicio la subordinación, "lo mismo que por desechar el peritaje para la valoración de los servicios prestados por la actora en el negocio".

En sustentación del cargo dice el recurrente que el Tribunal "confunde la obligación legal que los parientes tienen de ayudar a determinadas personas que por su incapacidad están en imposibilidad de ofrecer contraprestaciones de valor económico, por esa gratuidad". El argumento carece de fuerza, pues en el juicio está probado que la actora no era una carga sino persona hábil para quehaceres domésticos.

Dá por reproducidos los argumentos que expone en el cargo anterior y solicita que se tomen en cuenta los testimonios de que allí hace mérito. Si a ellos se agrega —dice el recurrente— las declaraciones de los testigos Agustín Cortés, Isaías Perdomo y Bernardino Salgado (fs. 77 y 78 y 81 y 82 del primer cuaderno), según las cuales la demandante dirigía la casa, cuidaba los animales domésticos y cocinaba, se llega a la conclusión de que en el juicio está probada la subordinación de que tratan los artículos 22 y 23 del C. del T., que en las labores de campo se presume por quien tiene que cumplir funciones de la índole expresada, ya que la subordinación se manifiesta, primordialmente, como poder jurídico. "Esto se ve mejor —continúa el recurrente— si se piensa que en el campo, para poder realizar labores de limpia de potreros, rozas para maíz o diversas plantaciones, se producen los enganches, y sólo cuando se tiene en cuenta el personal disponible, la noche anterior el dueño de los trabajos dispone la cantidad de alimentos que deben quedar preparados para la madrugada siguiente, y esta labor supone una orden impartida también previamente".

Afirma, por último, el recurrente, que el servicio cuya remuneración se persigue, fue prestado por persona capaz, bajo la subordinación de quien lo recibió, como lo anota el salvamento de voto, y debe ser retribuído, sin que para ello sea obstáculo el hecho de que en el juicio no esté probado el acuerdo de las partes sobre el jornal de la actora, situación que suple el dictamen pericial obrante en el proceso, pues probado el trabajo dependiente, éste se presume oneroso, y basta en tal caso que el salario se determine por cualquier medio, según doctrina del Tribunal Supremo, contenida en sentencia de 30 de noviembre de 1950.

La parte opositora, en el alegato de réplica, pide el rechazo de los dos cargos, porque a su juicio carecen de la debida comprobación, aparte de que no ataca todas las pruebas en que se funda la sentencia recurrida sino parte de ellas. Agrega que según la convicción del Tribunal, no desvirtuada en el juicio, entre las partes no existió contrato de trabajo, y esa convicción es intocable en casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 del C. P. del T.

Se considera:

El primer cargo tiende a demostrar que en el juicio está probada la relación personal de trabajo, por lo cual el Tribunal ha debido aplicar el artículo 24 del C. del T., pues de ese hecho deduce la norma la existencia de la convención laboral; el segundo cargo se dirige a sostener que la demandante trabajó bajo la dependencia de los demandados Andrés y José García, por lo que el fallo recurrido ha debido aplicar los artículos 22 y 23 de la misma obra.

Uno y otro cargo llevan a una misma conclusión a saber: en el juicio acreditó la demandante la prestación de servicios personales a los demandados, bajo la dependencia de éstos. Por tanto, tales servicios están regidos por un contrato de trabajo.

En vista de lo expuesto y a la circunstancia de que el trabajo personal y la dependencia son hechos que según el recurrente aparecen demostrados en el juicio con las declaraciones de testigos aportadas por los litigantes, la Sala los estudia en conjunto.

Según el Tribunal, en el juicio no es hecho demostrado el contrato de trabajo alegado por la parte demandante. Sobre el particular expone:

"En el caso de autos no puede remitirse a duda, que María García prestó servicios personales

a sus hermanos Andrés y José, en quehaceres propios de la casa, en el campo. Esta afirmación, hecha por la parte demandante, no ha sido negada por los demandados y está corroborada con los testimonios aducidos por aquélla, que alcanzaron ratificación".

El elemento prestación personal del servicio —anota la sentencia— "indispensable en el contrato de trabajo, no basta por sí solo para configurarlo, porque puede darse el caso, y en la práctica se dá muchas veces, de servicios que se prestan sin consideración a vínculo contractual alguno, o en consideración a relaciones jurídicas distintas, emanadas de contrato de otro órden, diferentes al de trabajo".

Agrega el sentenciador:

"Con relación al salario no hay prueba de que se hubiera pactado alguno. Ante el Tribunal se hizo valer pericialmente lo que pudiera ganar la demandante como persona del servicio doméstico de los demandados en el tiempo en que según la demanda estuvo a su servicio. Pero esta prueba no amerita que se hubiera pactado entre las partes un salario.

"Respecto a la subordinación, preciso es considerar los elementos de juicio que obran en el expediente para establecer si ella se dá en el caso en estudio, o si, por el contrario, tal factor, que es de la esencia del contrato de trabajo, como ya se advirtió, no se configura.

"Ya se dijo que desde la contestación de la demanda los demandados manifestaron que eran hermanos de la demandante, que ésta es persona incapaz por ser sordo-muda que no puede darse a entender por escrito, y que por estar en desamparo ellos le dieron protección en su casa, en donde, como es natural, se ocupaba en algunos menesteres. En las posiciones que absolvieron a petición del apoderado de la demandante, insisten en que, como hermana, la recibieron en su casa y la sostuvieron allí caritativamente, hasta cuando optó por irse voluntariamente".

Que la demandante vivió en casa de los demandados como hermana, en calidad de protegida, y que aquella es incapaz, pues es sordo-muda, son hechos que el Tribunal encuentra establecidos con las declaraciones de Patricio e Isidoro González, Fernando Gómez, José María Collazos y Juan Salazar.

"Se deduce de lo expuesto —dice el Tribunal— que los demandados han sostenido como hermana a la demandante, a quien le dieron protección desde pequeña en su casa, proporcionándole alimentación y vestido, cumpliendo en esta forma con una obligación no solamente moral sino legal, como quiera que la ley civil obliga a prestar alimentos a determinados parientes. Si en estas condiciones la demandante prestaba servicios personales a sus hermanos, tales servicios no constituyen un trabajo dependiente o subordinado".

Con referencia al artículo 24 del C. del T., dice el sentenciador que admitiendo prueba en contrario la presunción allí establecida, es decir, que el servicio personal no obedeció a un contrato de trabajo, esa prueba se aportó al juicio, pues los demandados han demostrado que la demandante vivió con ellos como hermana y en calidad de protegida.

"Si así no hubiera sido —anota el sentenciador— si en realidad hubiese existido contrato de trabajo mediante una remuneración pactada entre las partes, no sería explicable que la demandante hubiera dejado transcurrir tanto tiempo, todo aquél durante el cual estuvo al lado de sus hermanos, sin que les hubiese cobrado sus salarios, pues no es de humana ocurrencia que una persona que vive de su trabajo continúa láborando indefinidamente en favor del patrono sin reclamar el pago de su sueldo o jornal".

La Sala observa:

Demostrado en el juicio que la demandante le prestó servicios personales a los demandados, la cuestión **sub-judice** se reduce a investigar si la relación personal de trabajo condujo al contrato laboral entre las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del C. del T., o si, por el contrario, la presunción allí establecida quedó desvirtuada en el proceso.

Para establecer el contrato de trabajo la parte actora trajo al juicio las declaraciones de Agustín Cortés, Nazario Macías, Pedro Rumique, Isaías Perdomo, Santiago Serrano y Bernardino Salgado (fs. 77 v. a 82 del cuaderno número 1º). Los demandados, por su parte, para probar la inexistencia del contrato, hicieron valer los testimonios de Patricio González, Isidoro González, Fernando Gómez, José María Collazos y Juan Salazar (fs. 58 v. a 61 del mismo cuaderno).

La tesis del Tribunal es la de que, no obstante haberse probado en el juicio el servicio personal, no tuvo éste la virtud de estructurar un contrato de trabajo, porque María García vivió en casa de

los demandados en calidad de protegida, recibiendo de ellos alimentación y vestido, cumpliendo una obligación no solo moral sino legal dada la relación de parentesco existente entre las partes. Concluye el fallador afirmando que los demandados lograron desvirtuar la presunción consagrada en el artículo 24 del C. del T. mediante la prueba testimonial de que se ha hecho mérito.

Los testigos de la parte demandada dan cuenta de estos hechos:

María García vivió en casa de sus hermanos no como sirvienta, pues en ella hacía lo que quería, dice el declarante Patricio González, y agrega que no la podían mandar "por ser boba o tonta". El declarante Isidoro González expresa que la actora fue recogida por sus hermanos; que no se le pueden confiar trabajos porque "es tonta, muda, sorda y no se le entiende lo que dice". El declarante Fernando Gómez dice que la García no estuvo en casa de sus hermanos como sirvienta, aunque ayudaba en algunos oficios, como los propios de la cocina, cuido de animales domésticos, etc. El testigo José M. Collazos afirma que los demandados han sostenido a su hermana cuando ella ha requerido su ayuda. Y expresa el declarante Juan Salazar que la actora en casa de sus hermanos le ayudaba a la guisandera, cuando había trabajadores, ayudaba a ordeñar vacas y ejecutaba los demás oficios de la casa.

Los testigos de la parte demandante afirman que por espacio de cuarenta años María García ha trabajado para sus hermanos como cocinera, ejecutando además otros oficios, como el de pilar maíz y moler café, labores que cumplía desde muy temprano hasta las nueve de la noche; que debido a la colaboración de la actora, los demandados lograron adquirir un capital de importancia.

De los dos grupos de testimonios prefirió el fallador el de la parte demandada, y como aquél, en la formación de su convencimiento es libre, al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 del C. de P. L., no resulta justificada la acusación, pues si tenía facultad para escoger, al hacer uso de ella no ha podido incurrir en el error de hecho que se le imputa. El error, en tal caso, no se fundaría en aceptar hechos que las declaraciones de la parte demandada no acreditan, sino en haber preferido, entre los dos grupos de declarantes, el de la parte demandada. Trátase de una facultad discrecional y no reglada que, por lo mismo, pertenece al libre arbitrio del juzgador. Si para los testigos de la parte actora María García fue trabajadora dependiente, y para los testigos de la parte demandada, las labores que cumplió no lo fueron con tal calidad, pues la posición que ocupó en el hogar de sus hermanos fue la de persona protegida y enferma, pues padecía de sordo-mudez, no se le puede reprochar al Tribunal que en su mente hubiera hecho más fuerza la prueba testimonial rendida por los demandados que la producida por la parte demandante.

Si fuera del caso analizar los testimonios de la actora, no serían aceptables para la Sala, pues los testigos se limitan a dar su asentimiento al cuestionario que les fue propuesto, sin expresar las razones que les sirven para afirmar que María García trabajó al servicio de sus hermanos, sin interrupción, durante un largo período de tiempo. Para afirmar que una persona trabajó al servicio de otra durante cuarenta años, es preciso hallarse en el teatro de los acontecimientos, pues el trabajo diario es acto reiterado, de acción continua, de constante desenvolvimiento. Y ninguno de los testigos explica por qué estuvo en condiciones de presenciar el desarrollo de la relación de trabajo por el indicado lapso de tiempo.

En todo caso, media en el presente juicio la circunstancia de que María García es hermana de los demandados Andrés y José García, hecho que, si no impide la relación de trabajo, sí es capaz de excluírla si aparece que la intención del trabajador fue la de prestar una colaboración debido a la relación de parentesco.

A propósito del trabajo prestado dentro de la relación familiar, esta Sala de la Corte, en sentencia de 9 de mayo del corriente año, dictada en el juicio seguido por Georgina Puentes contra Roberto Solarte y otro (G. J. T. XCII págs. 1070 y ss.) dijo lo que pasa a transcribir, pertinente a la cuestión que se debate en este proceso:

"Para la Corte, el trabajo personal que se presenta por razones de amistad, de parentesco, aunque éste no sea real sino aparente, de gratuidad o con el ánimo de colaborar en empresas de interés común o de utilidad social, y en los demás casos análogos que revelen fines altruístas, aunque sea permanente, no configura contrato de trabajo, sin que a ello se oponga la prescripción del artículo 27 del C. del T., según el cual todo trabajo dependiente debe ser remunerado. Del texto y espíritu de la norma no cabe deducir que su alcance es el de prohibir la prestación de servicios sin retribución.

"La ley del trabajo no excluye los sentimientos humanos, no ignora la solidaridad social, la caridad en sus múltiples manifestaciones, las exigen-

cias de la amistad, y, en fin, los diversos motivos que en la vida de relación pueden mover a una persona a prestar servicios gratuitos a otra".

En la vida familiar lo corriente y normal es que los hermanos se presten ayuda recíproca. Se trata de un hecho que la experiencia acredita y que, por tanto, admite la calificación de notorio. Por eso es aceptable el dicho de los testigos de la parte demandada en el sentido de que la actora vivió en casa de los demandados como protegida y que de éstos recibió el trato y las consideraciones debidas a su condición de hermana. Así las cosas, resulta también aceptable la conclusión de que si la actora prestó servicios en casa de sus protectores, no los realizó con el carácter de trabajadora dependiente sino en compensación de los favores que de ellos recibió.

Otra consideración de la sentencia es la de que la demandante no era persona capaz, pues padecía de sordo-mudez, concepto que tiene en su apoyo el dicho de los testigos Patricio e Isidoro González. La estimación del fallador, con tal fundamento, no la ataca el recurrente, pues al referirse a la prueba testimonial aportada al juicio por los demandados, excluye esos dos testimonios, y sin desquiciar todos los soportes de la decisión acusada, el cargo es ineficaz.

Todo lo que el impugnador anota acerca del estado físico y mental de la actora, es que no era ella incapaz en los términos del artículo 1504 del Código Civil, y que la incapacidad requiere fallo judicial. A lo cual observa la Sala que la sordo-mudez, es hecho apreciable a simple vista, sujeto al dominio de los sentidos, del cual puede dar fe el observador menos atento. Al tenor de la norma citada, el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, es absolutamente incapaz. Y en el juicio está demostrado que la actora es analfabeta, pues el poder que otorgó para promover el juicio lo firma un testigo, a ruego suyo (f. 1 del primer cuaderno). Descartada la posibilidad de que pudiera darse a entender por escrito, cobra fuerza la afirmación de los testigos sobre el estado de incapacidad que por sordo-mudez atribuyen a la demandante.

Aun aceptando que la afección no puede ser establecida sino mediante dictamen médico, debe anotar la Sala que para demostrar el hecho los demandados pidieron el reconocimiento de la García por médicos psiquiatras, prueba que por renuencia de aquélla no pudo practicarse. De tal ocurrencia deja constancia el Tribunal en estos términos: "No fue posible obtener la comparecencia de la demandante para su examen médico-psiquiátrico, a fin de establecer la incapacidad de que habla la parte demandada. Aunque la prueba fue pedida en oportunidad y se insistió en ella, inútiles resultaron las pesquisas sobre el paradero de María".

Si la cuestión no fue suficientemente esclarecida en el juicio, ello se debió a la actitud de la parte demandante, comportamiento que el Juez debe tomar en cuenta, por mandato de la ley, al decidir el litigio. Ello explica por qué el sentenciador le dá mérito en la sentencia a las declaraciones de los testigos antes mencionados sobre el estado físico y mental de la actora. Siendo el trabajo humano un acto consciente y voluntario (artículo 5º del C. del T.) es obvio que el ejecutado por persona que carece del debido discernimiento, no entre en el ámbito del derecho social. Si la relación de trabajo no llegó a configurarse, sobra toda consideración sobre el hecho de la subordinación, de que se ocupa el segundo cargo.

No prosperan los cargos.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Neiva.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES SOCIALES

La afirmación de que la renuncia irrevocable es abiertamente ilegal o implica la terminación del contrato de trabajo no es exacta, puesto que la decisión del empleado de retirarse del cargo puede obedecer a causas justificadas o puede suceder también que la renuncia no le sea aceptada por el empleador y que ante esta nueva circunstancia el empleado la retire. Desde luego que el caso es diferente cuando la decisión del trabajador es la de retirarse del cargo de todas maneras, aun abandonando sus funciones, es decir, cuando la renuncia es franca y eficazmente irrevocable.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., noviembre cinco de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

MIGUEL ANGEL SANCHEZ MENDEZ actuando por intermedio de apoderado instauró juicio ordinario laboral contra la sociedad denominada "HIPODROMO DE TECHO, S. A.", domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente el Sr. Guillermo Aya, a fin de que por los trámites respectivos fuese esta última condenada a pagar a favor de aquél las siguientes sumas por concepto de prestaciones e indemnizaciones sociales:

"1º La suma de $ 6.233.20 por indemnización de perjuicios (lucro cesante), causado en la terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo;

"2º $ 953.16, o lo que se demuestre en el juicio, por razón de la remuneración correspondiente a 26 dominicales trabajados;

"3º $ 133.32, o lo que se demuestre en el juicio, por concepto del aumento de salarios decretado por el Gobierno Nacional a partir del 1º de julio del año en curso (1957);

"4º Las sumas que resultaren demostradas por concepto del auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio, a título de indemnización de perjuicios, (daño emergente) por el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo presunto del contrato de trabajo;

"5º Los salarios caídos, o indemnización moratoria del artículo 65 del C. S. del T.

"6º El valor a que ascienda el reajuste de las prestaciones del Dr. Sánchez computándolas sobre el salario convenido, $ 1.000.00 por mes, más el aumento consagrado por el Decreto Extraordinario Nº 118 de 1957.

"7º Las costas y gastos del presente juicio en caso de oposición".

Los hechos relatados en el libelo fueron los siguientes:

"1º Mi representado, abogado titulado, prestó servicios personales a la sociedad demandada, como Sub-Jefe de Personal del Hipódromo de Techo y Director del Departamento del "5 y 6", desde el 1º de febrero inclusive de 1957, hasta el 10 de agosto inclusive, del mismo año;

"2º El 6 de agosto del año que cursa, el Gerente llamó a su despacho a mi representado y le formuló una serie de cargos contrarios a la verdad, en vista de lo cual, y habida cuenta de que algu-

nos de ellos menguaban su buen nombre y todos eran evidentemente injustos, resolvió presentar renuncia de su cargo, para que ella se considerara una vez que se hubiera iniciado y agotado una investigación sobre su conducta como empleado de la empresa.

"3º Sin reparar a que la renuncia estaba condicionada a la investigación, la Gerencia procedió a aceptarla, ordenando al Dr. Sánchez entregar su puesto inmediatamente a otra persona. Así pues, reiteradamente y pretermitiendo no solamente la solicitud de investigación que condicionaba la renuncia, tanto como el procedimiento establecido para aquélla por los reglamentos internos de trabajo, la empresa dió por terminado el contrato con el Dr. Sánchez;

"4º En las condiciones descritas, la empresa demandada ha incurrido en violación del contrato de mi representado, al darlo por terminado unilateral e ilegalmente.

"5º Dicha actitud comporta una responsabilidad por perjuicios que cubren no sólo el lucro cesante, sino también el daño emergente, tal y como se han pedido en esta demanda.

"6º Mi representado trabajó para la empresa todos los domingos comprendidos entre las fechas de su contrato y no le fueron remunerados conforme a la ley ni le fue concedido el descanso compensatorio de rigor.

"7º La empresa no ha pagado a mi representado el aumento de salarios a que se refiere el Decreto Extraordinario Nº 118 de 21 de junio de 1957, y que según el mismo estatuto es, para este caso de cien pesos mensuales ($100.00).

"8º En la fecha del despido de mi representado no se le pagaron sus acreencias laborales, como lo dispone el artículo 65. De otro lado, el no pago de prestaciones o deudas laborales no discutibles como las provenientes de trabajo dominical, y salarios, comportan la sanción moratoria de salarios caídos, pues, según la jurisprudencia del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo y de la Corte Suprema de Justicia, tal actitud comporta notoria mala fe de quien así procede. La empresa no puede ignorar las leyes sobre remuneración de trabajo dominical ni sobre el aumento de salarios.

"9º De haberse dejado transcurrir normalmente el contrato que mi representado cumplía a cabalidad, éste hubiera percibido las prestaciones legales correspondientes, como la cesantía, vacaciones y primas. La pérdida de ellas por la ilegal ruptura causan un daño emergente igual al valor de las mismas que debe ser indemnizado.

"10. El sueldo de mi representado, a partir de la vigencia del Decreto Nº 118 de 1957, fue de $1.100.00 mensuales, pero sólo se le reconocieron $ 1.000.00.".

La empresa al descorrer el traslado de la anterior demanda igualmente por medio de apoderado, manifestó que las pretensiones del actor no tienen asidero real alguno y que al ser aceptada su renuncia se procedió a la liquidación de las prestaciones sociales de acuerdo con la ley, y propuso además las excepciones de pago por consignación y carencia de acción. En cuanto a los hechos expresó no ser cierto el 1º, que se probara la mayoría de ellos, y en cuanto a otros se refirió argumentando que el señor Miguel Angel Sánchez Méndez entró a prestar sus servicios el día 1º de febrero de 1957 y se retiró por su propia voluntad el día 9 de agosto del mismo año, que sus funciones eran las de sub-Jefe de Personal del Hipódromo de Techo y Director del Personal del Departamento del "5 y 6", habiendo presentado su renuncia en forma llana y expresa, según constancia en comunicación dirigida a la Gerencia General el día 8 de agosto de 1957. Que la cláusula sexta del contrato suscrito con el actor Sánchez Méndez estipula la obligación de éste de prestar servicios en los turnos de los sábados y los domingos, teniendo en compensación un descanso en el día ordinario de trabajo (que era los viernes de cada semana). Por otra parte, el señor Miguel Angel Sánchez Méndez desempeñaba un cargo de dirección. Asimismo reconoció la empresa que el sueldo del actor fue en 30 de junio de 1957 la suma de $ 1.000.00 y, luego, a partir del 1º de julio de ese mismo año, de $ 1.100.00, por imperativo del Decreto número 118 de 1957.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, al desatar la anterior controversia por medio de su fallo fechado el 15 de febrero de 1958, lo hizo en la siguiente forma:

"PRIMERO. — Declárase probada la excepción perentoria de pago, propuesta en tiempo oportuno por el apoderado del demandado, en cuanto hace relación al reajuste de prestaciones sociales.

"Declárase infundada la excepción perentoria de carencia de acción,' propuesta en tiempo por el apoderado de la parte demandada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

"SEGUNDO.—Condénase a la empresa denominada 'Hipódromo de Techo S. A.', representada por su Gerente, señor Guillermo Aya Villaveces, a pagar a favor del actor Miguel Angel Sánchez Méndez, lo siguiente:

"a) La cantidad de SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA PESOS ($ 6.270.00) m. cte. a título de indemnización por el tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo (lucro cesante); y,

"b) La cantidad de CIENTO TREINTA PESOS ($ 130.00) m. cte., por concepto de aumento de salarios.

"TERCERO.—Absuélvese a la empresa 'Hipódromo de Techo, S. A.', de los demás cargos formulados contra ella en la demanda iniciada por Miguel Angel Sánchez Méndez, por conducto de apoderado.

"CUARTO. — De conformidad con lo prescrito en el artículo 2º del Decreto 0243 de 1951, condénase a la empresa demandada a pagar un treinta y cinco por ciento (35%) de las costas del presente juicio".

Contra la anterior providencia los apoderados de ambas partes interpusieron el recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia de fecha 27 de junio de 1958, por la cual revocó en todas sus partes el proveído del a-quo, y en su lugar decidió:

"A) Declárase probada la excepción perentoria de pago en relación con el aumento de salarios y el reajuste de las prestaciones sociales;

"B) Absuélvese a la sociedad demandada de las súplicas por indemnización de perjuicios, daño emergente y lucro cesante, remuneración por trabajo dominical e indemnización moratoria.

"SEGUNDO.—SIN COSTAS en las instancias".

La parte demandante presentó recurso de casación contra el fallo anterior. El Tribunal lo concedió y como ha sido admitido y tramitado debidamente ante la Corte, la Sala pasa a decidirlo. Oportunamente se adujo el escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Aspira el recurrente a que la sentencia del Tribunal sea casada y se confirme la decisión de primer grado condenando a la demandada en las costas de las instancias.

La demanda se apoya en la causal primera (1ª) del artículo 87 del CPL. Se presentan dos cargos que en su orden examina la Sala.

PRIMER CARGO.

Se propone en esta forma:

"Directamente, y por interpretación errónea, el artículo 61 del CST, literales c) y g), en relación con los artículos 22, 23, 24 y 140 ibídem. Infracción de medio, que condujo a la falta de aplicación del artículo 64 del CST, en relación con los artículos 47 y 49 ibidem, siendo pertinentes.

"Para el sentenciador, "una renuncia irrevocable es abiertamente ilegal, por comportar una terminación unilateral del contrato"; "la renuncia irrevocable implica una violación del contrato laboral por su sola expedición, en forma unilateral e ilegal, sin necesidad de aceptación de la otra parte"; en consecuencia, "la decisión de violar el contrato de trabajo, rompiéndolo unilateralmente y en forma irrevocable, hacía verdaderamente inútil" la investigación previa que el renunciante hubiera puesto como condición de su renuncia.

"Independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador entraba a estudiar el caso con un concepto radicalmente equivocado de la ley. Partía de la base, jurídicamente errónea, de que LA RENUNCIA TERMINA EL CONTRATO y constituye una violación del mismo.

"No. Para entender rectamente el artículo 61 del código hay que relacionarlo con los artículos 22 y 23, que definen el contrato de trabajo; con el 24, que establece la presunción de existencia de éste mientras en el hecho subsista la prestación personal del servicio, y con el 140, que admite la persistencia del contrato aún en casos en que el servicio no se preste.

"Coordinando esas disposiciones, se comprende que el contrato de trabajo no termina sino cuando se extingue definitivamente el servicio contra-

tado o se hace imposible, física o jurídicamente, su prosecución. De ahí que, entre los ocho eventos previstos en el artículo 61 del Código, solo uno (la "muerte del trabajador") acarrea forzosamente la extinción del vínculo. Los demás, **pueden causar** legalmente la terminación del contrato, si realmente se produce la cesación de los servicios (que es el único fenómeno que TERMINA el contrato) o pueden quedarse sin efecto".

Y concluye así:

"La tesis de que la renuncia, irrevocable o revocable, pura y siemple o condicional, TERMINA EL CONTRATO o entraña su violación, es, pues absurda.

"La errónea interpretación de las normas respectivas (infracción de medio), tenía que llevar al sentenciador, como en efecto lo llevó, a dejar de aplicar al caso de autos el artículo 64 del CST, que obliga a indemnizar el lucro cesante causado al renunciante por la aceptación de su renuncia condicional con prescindencia de la condición".

Se estudia el cargo.

La Sala considera que varias de las críticas del recurrente al fallo acusado son acertadas, concretamente las que se refieren a lo expresado por el sentenciador en el sentido de que la renuncia irrevocable es abiertamente ilegal o implica la terminación del contrato, lo que no es exacto puesto que la decisión del empleado de retirarse del cargo puede obedecer a causas justificadas o puede no ser aceptada por el empleador. Sinembargo, esta coincidencia de puntos de vista no es suficiente para desquiciar la sentencia impugnada. Esto debido a que el argumento básico del Tribunal radica en que de todos modos la decisión del demandante era la de hacer efectivo el retiro. En efecto, dice el **ad-quem**: "En la Carta de renuncia pasada a la Gerencia de la sociedad demandada se puntualizan los motivos de ella, concretándolos a las tres imputaciones hechas al actor, según él lo afirma, y en relación con ellos, manifiesta el demandante que el tercero o último, es decir, el desobedecimiento de las órdenes de la Gerencia, es suficiente para que el actor haga dejación de su cargo. Dice: "**La última de ellas, siendo la menos grave, es suficiente para que yo haga dejación de mi cargo**". (Subraya el Tribunal). Y lo más importante para el resultado de la litis, es que sobre tal imputación no solicita investigación, es decir, la acepta como cierta. En efecto, agrega: "**Pero si ahora tomo esta determinación, no es que deje flotar las otras** alegremente en el ambiente de la empresa. En cuanto a ellas, exijo **antes de retirarme una exhaustiva investigación**". (Subraya el Tribunal).

Como puede verse, el actor solicitó una investigación privada o interna sobre las imputaciones relacionadas en esta sentencia con las letras a) y b), al copiar la carta de renuncia, y claramente manifestó que tal investigación exhaustiva debía hacerse "**antes de retirarme**", lo que claramente especifica que la decisión de retirarse del cargo desempeñado en la empresa demandada, era francamente irrevocable, pues no estaba condicionada al resultado de la investigación solicitada, ya que, cualquiera que fuera la conclusión de la misma; el retiro se produciría, pues de otra manera, no se entendería lo expresado en la citada misiva, es decir, la limitación de la investigación a solo dos de las imputaciones hechas, el reconocimiento de que la tercera imputación era suficiente para la dejación del cargo y la exigencia de una investigación antes del retiro, lo que fatalmente se presupone que terminada la investigación, aún en forma favorable para el trabajador, también habría abandonado sus funciones".

Este aspecto del fallo, como se desprende de la acusación, no ha sido objeto de ataque por el recurrente, tratándose, como realmente lo es, del soporte principal de la providencia impugnada. Es decir ha quedado intacto el apoyo sustancial del **ad-quem**. Por lo demás, este aspecto constituye una cuestión debatida en el plenario que, por lo mismo, no es susceptible de estructurar la modalidad de violación legal propuesta en el cargo (directa y por interpretación errónea), puesto que esencialmente se trata de un problema de valoración probatoria.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO.

Lo expone el recurrente en estos términos:

"Indirectamente, el artículo 64 del CST, en relación con los artículos 47 y 49 ibidem, por falta de aplicación siendo pertinentes, infracción en que incurrió el sentenciador por defectuosa apreciación de la demanda y su contestación, y de los documentos de fs. 8 a 13, y por falta de apreciación de la carta de f. 11 y del contrato escrito de fs. 76 y 77, lo que lo indujo a los siguientes evidentes errores de hecho:

"a). No dar por demostrado, estándolo, que la renuncia del actor fue condicionada a una investigación que la empresa no realizó;

"b). No dar por demostrado, estándolo, que esa renuncia no fue aceptada en los términos propuestos, sino tomada como pretexto para un despido cuyos motivos no fueron acreditados por la empresa:

"c). Dar por demostrado, sin estarlo, que el renunciante aceptó alguno de los cargos que él mismo dijo haber recibido de la empresa".

Se considera.

Ante todo, resulta oportuno observar, como circunstancia destacada de la litis, que, según el promotor del juicio, los motivos determinantes de su renuncia obedecieron a que "la Gerencia, no me atrevo a decir que a la ligera, me ha formulado serios cargos, verbales unos, escritos otros en carta cuyo texto conocí parcialmente en nuestra entrevista del seis de los corrientes, cargos cuya gravedad me obliga a rechazarlos enfáticamente..." (carta dirigida al Gerente de la demandada, de fecha 8 de Agosto de 1957, folio 8). Y acontece que la sociedad demandada en ningún momento ha aceptado haberle hecho cargos al actor y éste, por su parte, no ha demostrado la veracidad de los que afirma le formuló aquélla. De donde es fácil deducir que lo que ha pretendido el ex-empleado es sostener que su renuncia fué provocada por la empresa, lo que constituye un hecho sin comprobación procesal.

Expuesto lo anterior, se examinan cada uno de los errores de hecho que puntualiza el recurrente.

El error sostenido en el literal a) antes transcrito puede decirse que quedó analizado en el cargo anterior al poner de presente la conclusión del Tribunal relativa a que cualquiera que fuese el resultado de una eventual investigación, el demandante hubiese hecho efectivo su retiro. Apreciación que no es descaminada ni configura un error de carácter evidente, pues se deduce de las propias palabras del renunciante al decir "La última de ellas (se refiere a la desobediencia de las órdenes del Gerente), siendo la menos grave, es suficiente para que yo haga dejación de mi cargo. Pero si ahora tomo esta determinación, no es que deje flotar alegremente las otras en el ambiente de la empresa. En cuanto a ellas, exijo antes de retirarme una exhaustiva investigación".

El segundo error alegado tampoco corresponde a la realidad de lo acontecido, ya que se afirma en él que la renuncia fué "tomada como pretexto para un despido cuyos motivos no fueron acreditados por la empresa". Esto no es exacto puesto que, como se dijo antes, la entidad demandada no ha afirmado ni aceptado haberle formulado cargos al demandante. El supuesto error pretende la inversión de la carga de la prueba, lo que no es aceptable.

El tercer error que se le atribuye al fallo recurrido es el consistente en "Dar por demostrado, sin estarlo, que el renunciante aceptó alguno de los cargos que él mismo dijo haber recibido de la empresa". Esencialmente este hipotético yerro del ad-quem carece de importancia ya que, como se ha precisado por la Sala, la empresa no le hizo cargos al demandante; de forma que la circunstancia de que éste acepte o no esos cargos, representa también una cuestión que no tiene mayor incidencia en el litigio.

El análisis anterior, ha llevado a la Sala a la conclusión de que no se han configurado los errores evidentes de apreciación probatoria que el impugnador le imputa al fallo de segundo grado. Por lo mismo, el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones procedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

ACCION DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Por medio de apoderado judicial Pedro A. Villa, demandó a la Asociación Nacional de Navieros (ADENAVI) para que por sentencia definitiva se condene a la entidad demandada a pagarle las cantidades de dinero que resulten demostradas por los conceptos siguientes:

"a). El preaviso legal de que habla el artículo 48 del C. S. T., modificado por los D. L. Nos. 616 y 617 de 1954. En su defecto el plazo presuntivo que ordenaba la ley.

"b). El auxilio de cesantía computado sobre los salarios devengados y el servido que se compruebe.

"c). Las vacaciones de rigor (artículo 186).

"d). La indemnización moratoria que preceptúa el artículo 65 ibidem.

"e). Prima por servicios, extras, dominicales y festivos que se demuestren".

Como hechos relató: que la entidad demandada fue organizada el 23 de octubre de 1950 con el carácter de entidad patronal y con personería jurídica otorgada por el Gobierno en el año de 1951; que entre Adenavi y los Sindicatos de Braceros ("Sindebra" y "Simbralán"), surgieron algunas diferencias en cuanto a condiciones de trabajo y salarios que, previas las etapas de arreglo directo y conciliación efectuadas para el estudio del respectivo pliego de peticiones, finalizaron por decisión del Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo, proferida el 8 de diciembre de 1953; que según el laudo referido, los sindicatos tienen la representación de sus afiliados ante Adenavi y controlan su labor por medio de planillas y son las asociaciones sindicales las que les hacen el pago de los salarios provenientes de la entidad patronal; que el demandante afiliado a uno de los citados Sindicatos, prestó sus servicios continuos a la Asociación hasta el año de 1957 inclusive, sin precisar fecha de entrada, ni salario devengado, ateniéndose para esos efectos a lo que se pruebe en el juicio; que realizó su labor conforme a los reglamentos de la Empresa y el Sindicato, "en horas ordinarias, extraordinarias, nocturnas, dominicales y festivos según que así le correspondiera o no en los turnos respectivos"; que la relación laboral fue rota por Adenavi en forma unilateral e intempestiva sin pagarle el preaviso ni los salarios del plazo presuntivo.

En derecho se apoyó en los artículos 22 y 23 del C. S. del T., y expresó además; "Esta relación laboral debe enmarcarse para su análisis de jure entre los preceptos sustantivos contenidos en el Código de la materia y las soluciones acordadas en el fallo arbitral de que se hizo mención, en cuanto éste no vulnere los derechos que aquellos preceptos difieren al trabajador (artículo 458 del C. S. del T.)".

Por medio de apoderado, la entidad demandada se opuso a las peticiones impetradas en la demanda. En cuanto a los hechos los negó o manifestó que los ignora. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda, falta de causa, ilegitimidad de la personería de la parte demandada, inexistencia de la obligación, prescripción, pago y la ecuménica o general.

Funda la de incompetencia en el hecho de que no es a la justicia laboral a quien corresponde el conocimiento de las diferencias entre Braceros y Navieros sino a la Comisión de Conciliación y Ar-

bitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla.

El Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, que fue el del conocimiento, desató la controversia por sentencia de fecha 25 de abril de 1958, así:

"CONDENASE a la ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS (ADENAVI) a pagar a favor de PEDRO A. VILLA, tres días después de ejecutoriada la presente sentencia, la suma de DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS ($ 2.273.00) por los siguientes conceptos:

"Por cesantía la suma de MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS ($ 1.553.00), y

"Por vacaciones, la suma de SETECIENTOS VEINTE PESOS ($ 720.00).

"Se absuelve en lo demás.

"Las excepciones se declaran no probadas".

El apoderado de la entidad demandada interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el que por sentencia de 27 de junio de 1958 confirmó la de primer grado aunque la reforma en el sentido de que las cantidades a pagar por cesantía y vacaciones son las $ 401.60 y $ 198.00, respectivamente. Declaró probada la excepción de prescripción para el primer año de vacaciones. Se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado de la parte vencida interpuso recurso de casación el que le fue concedido en legal forma; admitido y tramitado corresponde ahora decidirlo a esta Sala de la Corte, previo estudio de la demanda de casación.

EL RECURSO.

Persigue la casación total del fallo recurrido para que la Corte como Tribunal de instancia, dicte uno absolutorio en favor de la parte demandada. Sin embargo al finalizar la demanda manifiesta: "Por las consideraciones anteriores solicito atentamente de la Corte casar la sentencia recurrida, y obrando como Tribunal de instancia decretar la nulidad de todo lo actuado, o subsidiariamente, absolver a la Empresa que represento de todos los cargos de la demanda como consecuencia del segundo cargo formulado".

Como causal de casación invoca el recurrente la contenida en el numeral 1º del artículo 87 del C. de P. L., y con base en ella formula dos cargos.

PRIMER CARGO.

Dice que "la sentencia recurrida violó indirectamente, por no haberlos aplicado, el artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1º del Decreto-Ley número 2017 de 1952, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de una de las pruebas que obran en el expediente".

Para demostrar el cargo dice que a folios 46 a 61 del expediente obra copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1953 que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío, y la Asociación Nacional de Navieros, del cual aparece que ésta y aquéllos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla. El laudo negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo relativas a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de Arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquella creditó la existencia de la jurisdicción especial del Río de manera que al estimar el Tribunal insuficiente esa prueba para demostrar la referida excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoce su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir el presente juicio.

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de 28 de octubre del año en curso (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto(se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error in procedendo, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción

del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusual compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal ad-quem, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del Decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del canon legal violado, reconociendo el derecho que este consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del Decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas".

El regurrente arguye que el Tribunal Arbitral tuvo conocimiento y admitió la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena y que tal circunstancia basta para darla por establecida. La Sala observa que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente, como aparece o resulta de las razones allí expuestas para desechar la cláusula vigésima del pliego de peticiones. De tal circunstancia no puede deducirse, ni menos aceptarse, que el fallo arbitral atribuya a dicha Comisión permanente el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que pudieran presentarse entre las partes comprendidas por el laudo y la obligación de éstas de acudir a esa especial jurisdicción para desatarlas. Basta tener en cuenta que la de-

sestimación de las súplicas contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera, tiene fundamentos distintos. El rechazo de esta última se apoya, como se vio antes, en la consideración de que para el establecimiento de una jurisdicción especial "sólo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla" y a lo cual agregó que en esta materia "se estará a lo que determine la ley por razón de la vecindad de las partes, naturaleza del negocio, etc.", lo que equivale a que los conflictos o diferencias que pudieran originarse entre las partes, seguirían siendo dirimidas por la Jurisdicción del Trabajo. Pero es más: la estipulación sobre Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, o de los organismos que hagan sus veces, deberá ser siempre expresa, ya que no cabe entender que acuerdo tan importante, con virtualidad de derogar eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios pueda deducirse o suponerse tácitamente existente. De allí que sea requisito indispensable para su validez el que la cláusula compromisoria conste siempre por escrito, conforme al mandato del artículo 131 del C. de P. L., bien sea que su constitución tenga origen en el contrato individual, en pacto o convención colectiva (artículos 469 y 481 del C. S. del T.) o que se consigne en fallo arbitral, si se acepta esta posibilidad.

Conforme a lo anterior, resulta bien claro que el laudo arbitral de 1953, cuya copia obra en el juicio, no reconoció la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena como jurisdicción especial para dirimir los conflictos jurídicos entre las partes, como lo asevera el recurrente. Por ello no era aplicable al caso sub-judice el ordenamiento contenido en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 y no por las razones expuestas por el ad-quem, ya que es erróneo su criterio en cuanto al referirse a esta disposición limita la competencia de los organismos de que allí se habla únicamente para dirimir los conflictos que se presenten entre "personas jurídicas" pero no con los trabajadores como personas naturales que celebran individualmente sus contratos de trabajo.

La competencia del organismo arbitral a que se refiere el citado Decreto es la que se le fije o atribuya en el pacto respectivo, que puede hacerse constar en el contrato individual, en el sindical, en la convención colectiva o en cualquier otro documento otorgado posteriormente, conforme a lo dispuesto por los artículos 131 y 139 del C. de P. L. Dichos actos jurídicos pueden indistintamente asignar a los organismos arbitrales el conocimiento y decisión de conflictos que surjan entre las partes, bien sean éstas personas jurídicas solamente o también jurídicas y naturales.

Por lo anteriormente expuesto, se desecha el cargo.

SEGUNDO CARGO

Acusa el fallo de ser violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 186 y 249 del C. S. del T. a consecuencia de error de hecho en la apreciación de algunas de las pruebas que obran en el expediente.

En el desarrollo del cargo afirma el recurrente que el sentenciador de segunda instancia incurrió en manifiesto error de hecho al estimar que las diligencias de inspección ocular practicadas en las oficinas de Adenavi y en las del Sindicato respectivamente, prueben que el el demandante hubiese prestado sus servicios a la entidad demandada, el tiempo servido y el salario devengado por el trabajador, lo cual no es verdadero.

Agrega que en la segunda de las referidas diligencias se hace una larga relación de semanas trabajadas por Pedro A. Villa y de los salarios que recibió, pero sin expresarse que tales salarios hubieran sido pagados por la Asociación ni que la actividad del actor se efectuara a órdenes o en beneficio de la mencionada empresa, y que en la primera tampoco se estableció que Villa figurara como trabajador de ella.

Se considera:

Sobre los puntos a que se contrae la acusación contenida en el cargo que se estudia, el Tribunal encontró deficiente la prueba testimonial aducida. En cambio, la consistente en las inspecciones oculares y la documental aportada al juicio, las estimó suficientes para producir las condenas. Al respecto, expresó lo siguiente: "En cuanto a tiempo laborado y salario devengado no hay otro medio legal distinto para tomarlos, que la inspección ocular hecha por el Juzgado del conocimiento. Se constató allí que empezó a trabajar el día 20 de junio de 1953 y permaneció en el mismo oficio hasta el 23 de abril de 1957, con salarios variables de una a otra semana debido a que no en todas laboraba los días hábiles. Lo anterior significa que para efectos de buscar el

salario realmente devengado, es necesario promediar el tiempo servido efectivamente durante el último año y no como erróneamente lo hizo el señor Juez de instancia, al aceptar el dictamen pericial que igualmente es equivocado. Tal promedio, según las operaciones aritméticas, arroja un jornal de $ 6.60 diarios ya que el tiempo trabajado en el último año alcanza a 298 días y lo ganado $ 1.971.20".

Ahora bien: si se analiza conjuntamente, como lo hicieron los juzgadores de instancia, tanto la prueba documental aportada como las inspecciones oculares que se practicaron en las oficinas de Adenavi y del Sindicato de Braceros Portuarios y se atiende a los hechos de la demanda y a su contestación y a los medios exceptivos aducidos en su defensa por la demandada, especialmente a su declaración para sustentar la excepción de pago, no puede menos de llegarse a la conclusión de que son infundados los errores de hecho que el recurrente le atribuye al juicio del Tribunal. En efecto, está demostrado en el expediente que a virtud de contrato celebrado entre la Asociación Nacional de Navieros, persona jurídica reconocida, y el Gobierno Nacional, suscrito el 6 de julio de 1951 y aprobado por Decreto-legislativo 1694 de 17 de agosto del mismo año (Diario Oficial número 27692), Adenavi tomó la administración, entre otros, del puerto fluvial de Puerto Berrío a partir del primero de enero de 1952. El laudo arbitral de fecha 8 de diciembre de 1953 regula las relaciones obrero-patronales entre Adenavi y los Sindicatos y sus afiliados de Braceros de Puerto Berrío ("Sindebra" y "Simbralán"). Conforme a la cláusula quinta del laudo, Adenavi se obligó a ocupar en las labores de bracería de Puerto Berrío al personal perteneciente a los Sindicatos de Braceros a que se ha hecho referencia. De la inspección ocular practicada a las oficinas del Sindicato de Braceros Portuarios (fs. 42 a 44) se estableció que Pedro A. Villa ingresó al Sindicato, como socio fundador, desde el año de 1933; que figuró en planillas desde el 20 de junio de 1953 hasta el 23 de abril de 1956. Es decir, que fue un trabajador afiliado al Sindicato de Braceros que prestó sus servicios a Adenavi y recibió de esta Asociación y por conducto del Sindicato, el valor de sus salarios.

De acuerdo con el sistema de pagos adoptado entre las partes, se explica que en la inspección ocular practicada en los libros de Adenavi no figure el demandante como su trabajador ni que exista constancia de haberle hecho pagos directamente a él, puesto que Adenavi pagaba semanalmente a los Sindicatos el valor global de los salarios de todos los trabajadores y era el Sindicato quien distribuía la suma recibida de la entidad patronal entre los braceros que hubieran prestado sus servicios. Por ello, tales pagos aparecen registrados en los libros del Sindicato, como se constató en la inspección ocular. Si Adenavi pagó en la forma dicha salarios al demandante Pedro A. Villa, ello no pudo ser sino como la contraprestación debida a los servicios recibidos de éste. De allí, que al proponer la excepción de pago en el escrito de contestación de la demanda, expresara que: "los salarios, primas, horas extras, dominicales y festivos fueron cubiertos religiosamente al Sindicato para sus trabajadores, entre ellos el demandante si prestó los servicios, y estaba afiliado al Sindicato".

Resulta de lo anterior que las pruebas que el Tribunal analiza se amoldan a su contenido, por lo que el error de hecho que se le imputa por haberlas apreciado equivocadamente, carece de fundamento. En consecuencia, no prospera el cargo.

Por las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, con fecha 27 de junio de 1958.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

Luis Alberto Bravo — Roberto De Zubiría C. Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES

Prima de servicios. — Terminación del contrato sin previo aviso.

1.—La prima de servicios no es un derecho que, como el de cesantía, se hace exigible al terminar el contrato, sino una prestación periódica, que se causa durante su desarrollo. Nace el derecho a la prima cada seis meses, en junio y diciembre, bien al salario de un mes, ya al de quince días, según el capital de la empresa, o a la parte proporcional cuando durante el semestre el trabajador ha prestado servicios por tiempo no inferior a un trimestre. No hay una sola obligación de pagar las primas de servicios, sino tantas obligaciones cuantas surjan durante la vida del contrato, separadas cada una por períodos de seis meses.

2. — La libertad que en la estimación de las pruebas concede la ley al juzgador tiene un límite, y es el de que cuando ella exija determinada solemnidad AD SUBSTANTIAM ACTUS, no se podrá admitir su prueba por otro medio (artículo 61 C. de P. L.). Tal ocurre cuando se trata de probar la comisión de un hecho delictuoso del trabajador como justificación de haberlo despedido sin previo aviso. Si el ordenamiento legal respectivo (art. 62, aparte A, num. 5º del C. S. del T.) manda que tal acto delictuoso se compruebe ante autoridad competente, no puede remitirse a duda que el sentido de la norma es el de no admitir prueba distinta de la que ella señala.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

Materia del pleito

Ramón Penagos demandó a Emilia Samper de Ortega, por la vía ordinaria laboral, para que por sentencia definitiva se la condene a pagarle el auxilio de cesantía, vacaciones, primas, calzado y overoles, el salario como cuidandero de una finca, el reajuste de la remuneración, el trabajo por horas extras, indemnización por falta de pago, o en subsidio los salarios del plazo presuntivo, la retribución por trabajo en dominicales y días festivos, los salarios retenidos por la demandada, el reembolso de los descuentos mensuales que ésta hizo del sueldo del actor, la suma que señala por perjuicios morales, los demás valores que se desprendan de los hechos alegados, y las costas del juicio.

Afirma la demanda en sus fundamentos de hecho:

Ramón Penagos prestó servicios personales a Emilia Samper de Ortega en la finca de propiedad de ésta, llamada "Torca", situada en el Municipio de Usaquén, según el siguiente horario: de las tres a las seis a.m. y de la una a las seis p. m. Sus funciones eran estas: a) Ordeñar vacas diariamente, vigilar y curar el ganado y aplicarle inyecciones; y b) Cuidar la finca "Torca". La doble función dio lugar a dos contratos de trabajo y ambos estuvieron vigentes desde el 24 de julio de 1949 hasta el 11 de marzo de 1952. Como retribución por sus servicios el trabajador recibió $ 90.00 mensuales. De su salario mensual, la demandada le descontaba al empleado, sin explicación alguna, $ 25.00 al mes. El actor también prestó sus servicios en domingos y días festivos, sin recibir el salario correspondiente. Durante la vigencia de los dos contratos no se le hizo al actor el suministro de calzado y overoles, ni se le canceló su valor. Tampoco se le recono-

cieron y pagaron las primas de servicio. La empresa no ha querido pagarle la cesantía y las vacaciones, no obstante sus reclamos, sin que exista justa causa para retener su valor; no le ha hecho el reajuste de salarios ordenado por la ley ni le ha pagado el trabajo en horas extras. Por los servicios que el demandante le prestó a Emilia Samper de Ortega, como cuidandero de la finca "Torca", aquélla no le ha pagado salario alguno, ni las prestaciones y demás derechos que le corresponden. Penagos fue despedido con su familia en forma humillante, ofensiva e inmoral, ocasionándole perjuicios morales apreciables, ya que fue expuesto al desprecio y a la venganza del público, imposibilitándosele para conseguir trabajo en otra parte.

En derecho la demanda se funda en las normas pertinentes del Código del Trabajo y en las leyes relativas al reajuste de sueldos y salario mínimo.

En la respuesta que a la demanda dio el mandatario judicial de la señora Samper de Ortega, manifiesta lo siguiente: entre las partes no hubo dos contratos de trabajo sino uno solo, vigente desde el 24 de julio de 1949 hasta el 9 de marzo de 1952. El salario pactado fue el de $ 90.00 mensuales, pero desde el año de 1950. Al demandante le fueron pagados sus sueldos y prestaciones sociales, a excepción de la cesantía, que no le fue cubierta por haber cometido el demandante actos delictuosos, denunciados oportunamente a la respectiva autoridad. Negó los demás hechos.

La relación de primer grado terminó por sentencia del Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá, de fecha 3 de abril de 1957. El fallo (numeral primero) condena a la parte demandada a pagar al actor lo siguiente: a) $ 236.25 por cesantía; b) $ 90.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas; c) $ 180.00 por primas de servicio; d) Al suministro de cuatro pares de zapatos y cuatro overoles; y e) $ 3.00 diarios, desde el 9 de marzo de 1952 hasta el 2 de noviembre de 1956, a título de inmnización moratoria, por el no pago oportuno de la prima de servicio. El parágrafo del numeral autoriza a la señora Samper de Ortega para deducir, de las anteriores condenas, la suma de $ 438.75, consignada por ella en el Juzgado en favor del actor. Absuelve a la demandada de los demás cargos (numeral segundo) y la condena en un cincuenta por ciento de las costas (numeral tercero).

Apelaron ambas partes. Resolvió la alzada el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de 27 de marzo de 1958. Su parte resolutiva, en el numeral 1º, confirma los ordinales a) y b) del numeral primero del fallo del Juzgado; el numeral 2º revoca los ordinales c), d) y e) del numeral primero de la resolución apelada; y, en su lugar, condena a la señora Samper de Ortega a pagar a Ramón Penagos $ 180.00 a título de indemnización moratoria (literal a) y la absuelve de las peticiones referentes a primas, zapatos y overoles (literal b). El numeral 3º confirma los numerales segundo y tercero del fallo de primer grado, y el 4º se abstiene de condenar en costas.

Recurrió en casación la parte demandante. El Tribunal le concedió el recurso. Admitido éste por la Sala y agotada la tramitación la Corte pasa a decidirlo.

Alcance de la impugnación

Se dirige a obtener el quebranto de la sentencia recurrida, para que, en su lugar, se condene a la parte demandada a pagar al actor la remuneración por trabajo en domingos y festivos, el valor correspondiente a cuatro primas, por servicios en dos años; la indemnización por mora desde el 9 de marzo de 1952 hasta el 9 de noviembre de 1956 y no desde el 3 de septiembre de 1956, hasta el 2 de noviembre del mismo año, como lo dispone el Tribunal.

EL RECURSO

Con fundamento en la causal primera de casación, formula seis cargos que la Sala estudia a continuación.

Primer cargo

Violación del artículo 42 del C. de P. del T. y a causa de ella la del artículo 179 del C. del T., a consecuencia de error de hecho por falta de estimación de unas pruebas.

Acogido el cargo debe casarse la sentencia y sustituírla por la que condene a la demandada a pagar a Penagos $ 3.00 por cada domingo y festivo que trabajó al servicio de aquélla, desde el 24 de julio de 1949 hasta el 9 de marzo de 1952.

La petición sobre pago del salario por trabajo en domingos y festivos no fue acogida por el Tribunal, dice el recurrente, por falta de pruebas, pero ocurre que el servicio en tales días está acreditado con la respuesta al hecho 10º de la demanda inicial y la contestación dada por la

demandada a la pregunta quince del cuadro de posiciones, elementos de juicio que la sentencia no estimó.

Da a conocer el impugnador el contenido de las dos pruebas, que a su juicio demuestran el trabajo en días de descanso obligatorio, y critica el rechazo de la confesión provocada practicada extrajuicio ante el Juzgado 3º del Trabajo de Bogotá (fs. 27 a 32 del cuaderno principal), fundado en el hecho de haber quedado incluída tal diligencia dentro de la actuación afectada de nulidad, decretada en primera instancia por auto de 1º de octubre de 1956 (f. 113 del mismo cuaderno).

Se considera:

El derecho al descanso dominical lo conceden los artículos 172 y 173 del C. del T. y el relativo al descanso en días festivos, nacionales o religiosos, el artículo 177 ibidem. La remuneración del descanso y su cuantía, en domingos y feriados, son cuestiones que regulan los artículos 174 y 179 del mismo estatuto.

El impugnador señala como violado el artículo 179 del C. del T. únicamente, como norma de carácter sustancial. Y ocurre que el nombrado texto trata de la retribución del trabajo en domingos y días de fiesta. Los preceptos legales que otorgan el derecho al descanso remunerado y el que fija los casos en que el legislador autoriza el trabajo en tales días (artículo 175 del mismo cuerpo de leyes) no los cita el recurrente. La proposición jurídica resulta incompleta, pues la retribución del descanso es consecuencia del derecho a su disfrute. El cargo, para ser estimable en casación, ha debido señalar, primordialmente, las normas que tutelan el derecho al descanso remunerado. La Corte no puede, de oficio, suplir ese deber del recurrente que la ley del recurso extraordinario le impone como una carga. Bien conocida sobre el punto es la doctrina dominante en el derecho de casación. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Cargos segundo, tercero y cuarto

El segundo y el tercero acusan violación del decreto 3871 de 1949 (artículos 4º y 5º), 70 de 1950 (artículos 2º y 3º), 71 de 1950 (artículos 8º y 13) y 306 del C. del T., de modo directo y por aplicación indebida, respectivamente. Ambos persiguen la casación de la sentencia impugnada para que en su lugar se condene a la parte demandada al pago de las dos primas de 1950 y a la del primer semestre de 1951, cuyo importe es la suma de $ 135.00. El cuarto cargo señala como violados los artículos 306 y 62, aparte A), ordinal 5º del C. del T., a causa de error de hecho por mala apreciación y falta de estimación de unas pruebas. Acogido el cargo debe casarse la sentencia y decretarse en la de instancia el pago de la prima del último semestre de 1951 por un valor de $ 45.00.

En vista de que la Sala halla justificado el tercer cargo, se abstiene de examinar el segundo, y como aquél y el cuarto tratan la misma cuestión jurídica, los estudia en conjunto.

a) Aplicación indebida

Expone el recurrente que la violación por el indicado concepto surge de haber aplicado el Tribunal la respectiva disposición legal a un hecho inexistente, o sea, la mala conducta o faltas graves crónicas atribuídas al trabajador, al causarse cada prima; pero la mala conducta no tuvo concurrencia "a la época de causarse las tres primeras primas, porque las faltas graves solo fueron alegadas al momento del despido". En este caso no se puede aplicar, a situaciones que nunca ocurrieron, la parte final de las normas relacionadas, "en donde se dice que el derecho a las primas se pierde cuando el despido ha sido por justa causa".

b) Error de hecho

Surge de la mala estimación de la declaración de Julio Cerón Mosquera (fs. 38 y 39) y de la del señor Roberto Giraldo Urdaneta, Alcalde de Usaquén (fs. 52 y 53) e igualmente de la falta de apreciación de los fallos penales (fs. 91 a 109) que decidieron el proceso contra el demandante por los delitos que le imputó la demandada.

Arguye el recurrente:

Para que haya justa causa de despido, hecho que ocasiona la pérdida del derecho a la prima de servicio, según el artículo 306 del C. del T., es necesario que en el proceso se demuestre cualquiera de las situaciones contempladas en los ordinales 1º a 8º, aparte A) del artículo 62 ibidem. La justa causa de despido alegada en el juicio fue la contenida en el ordinal 5º del citado artículo 62, o sea "todo acto inmoral o delictuoso

que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, cuando sea debidamente comprobado ante autoridad competente". Así aparece de la respuesta al hecho quince de la demanda, que a la letra dice: "Mi poderdante cumplió con el elemental deber de defender su patrimonio, y por eso despidió a Penagos cuando lo sorprendió cometiendo robos, actos de los cuales se dio oportuna denuncia ante las autoridades correspondientes".

El hecho inmoral o delictuoso de que habla el citado texto legal, debe aparecer acreditado ante autoridad competente, y el Tribunal acepta como prueba de su establecimiento los testimonios de Cerón Mosquera y Giraldo Urdaneta, que no son los depositarios de la justicia. La prueba única para demostrar la existencia o inexistencia de una infracción delictuosa es el fallo de la justicia penal, obrante en el juicio en copia y que el Tribunal no tuvo en cuenta. Y esa prueba demuestra que el hecho delictuoso imputado a Penagos no existió, por lo cual, si la sentencia la estima, no habría podido sostener que el despido del trabajador se fundó en una justa causa. A la misma conclusión habría tenido que llegar sin la mala estimación de los dos testimonios mencionados.

Dice la parte opositora que los cargos segundo y tercero no pueden prosperar, porque la demanda de instancia no determina cuáles son las primas debidas, faltándole al respecto claridad y precisión. Con relación al cuarto cargo expresa que el Tribunal, al estudiar las pruebas, estimó que el trabajador había sido despedido por justa causa, y como en la formación de su convencimiento obra con libertad, no ha podido incurrir en violación directa de la ley.

Se considera:

Según el Tribunal, el trabajador no adquirió el derecho a las primas, porque fue despedido por justa causa. Examina la justa causa al estudiar la súplica sobre pago de la cesantía y se vale de las mismas consideraciones que alrededor de ella hace para el rechazo de la petición sobre pago de las primas. Sobre el punto discurre el sentenciador en estos términos:

"La señora Samper de Ortega sostuvo que confesaba deberle a Penagos únicamente la cesantía, pero que ejercitaba sobre esta prestación el derecho de retención que le concede el numeral 2º del artículo 250 del C. S. del T.

"En efecto, Penagos fue acusado al despedirlo de haber cometido hurtos y abusos que configuran delitos. El denuncio correspondiente fue presentado ante el Alcalde Municipal de Usaquén el 4 de abril de 1952. Después de haberse surtido el trámite de rigor el asunto penal quedó definido con sobreseimiento definitivo para el sindicado en providencia cuya copia fue aportada a este proceso el 3 de septiembre de 1953 (fs. 91 a 109).

"Pero, el hecho del sobreseimiento por el Juez Penal tiene importancia para que el trabajador no pierda su cesantía, por cuanto la justicia que debe decidir si existió o no el delito es la penal y en ese momento se sabrá si se extinguió o no la prestación cesando en este último evento la retención, mas no influye tal decisión en la calificación que el patrono da de la causa del despido en el momento en que éste se consuma.

"El patrono en este caso dio por terminado el contrato de trabajo con el trabajador por haber cometido éste faltas graves reconocidas ante el doctor Julio Mosquera quien por la forma como depuso y por su posición y respetabilidad merece crédito. También en el mismo sentido depone el Alcalde de Usaquén (fs. 52 y 53 y 38 y 39). Luego la justa causa invocada (artículo 62 del C. S. del T.) aparece demostrada. Otra cosa es que en el juicio penal no se hubiera acreditado la comisión del delito".

Observa la Sala:

Para negar el derecho a las primas reclamadas en el juicio, el Tribunal dio aplicación al artículo 306 del C. del T., estimando que el demandante lo había perdido en virtud de su despido por justa causa.

La norma legal citada, en lo pertinente, dice:

"1.—Toda empresa de carácter permanente está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial, una prima de servicios, así:

"a) Las de capital de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) o superior, un mes de salario, pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte (20) días de diciembre, a quienes 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 justa causa".

El literal b) se refiere a las empresas de capi-

tal menor de $ 200.000.00 obligadas al pago de una prima de servicios equivalente a quince días de salario, en la misma forma, términos y condiciones prescritos en el literal a).

La prima de servicios sustituye la participación de utilidades y beneficios de la legislación anterior, según el numeral 2º del artículo 306.

La legislación anterior (Decretos 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950) estableció la prestación en forma en esencia igual a como la regula el citado artículo 306 del Código.

La prima de servicios no es un derecho que, como el de cesantía, se hace exigible al terminar el contrato, sino una prestación periódica, que se causa durante su desarrollo. Nace el derecho a la prima cada seis meses, en junio y diciembre, bien al salario de un mes, ya al de quince días, según el capital de la empresa, o a la parte proporcional cuando durante el semestre el trabajador ha prestado servicios por tiempo no inferior a un trimestre. El artículo 306 subordina el nacimiento del derecho a una condición y es la de que el trabajador no haya sido despedido por justa causa. Si la condición se cumple el derecho se pierde; si falla, el derecho se consolida en cabeza del trabajador.

Si la obligación nace o se hace exigible cada seis meses, la condición tiene el mismo ámbito temporal. Opera también por el mismo espacio de tiempo. Cuando la obligación es condicional, no se puede separar la condición de la obligación, pues siendo aquélla una modalidad de ésta, no puede vivir independientemente de ella. No hay una sola obligación de pagar las primas de servicios, sino tantas obligaciones cuantas surjan durante la vida del contrato, separadas cada una por períodos de seis meses. Si transcurrido el primer semestre no se ha producido el despido del trabajador por justa causa, el derecho a la prestación se consolida, de manera que si el despido se produce durante el segundo semestre y el patrono no ha cumplido su obligación de pagar la prima ya causada, no la pierde el trabajador, pues siendo independiente el derecho a cada prima, el hecho que determina la pérdida de la correspondiente al segundo semestre no puede extenderse a la del primero. Por estimar que el derecho a cada prima surge a la vida legal el 30 de junio y del 1º al 20 de diciembre, por semestres del calendario, como lo prescribe la disposición legal citada, esta Sala señaló como fecha inicial de la prescripción el 1º de julio y el 21 de diciembre, esto es, el día siguiente al de la exigibilidad de la respectiva obligación. (Sentencia de 16 de diciembre de 1959. G. J. Tomo XCI, página 1.222).

El alcance que le da la Sala al artículo 306 se deduce de sus propios términos. Que el despido por justa causa se concreta a la pérdida de la prima del respectivo semestre o a la parte proporcional, es una interpretación que se ve más clara con la sola consideración de que el ordenamiento parte de la base de que las primas anteriores al semestre durante el cual se produjo el despido han sido satisfechas por el patrono, pues el precepto dispone su pago cada seis meses, en las fechas ya anotadas. Si al terminar el contrato por voluntad del patrono con base en una justa causa, hay primas de servicios insolutas, la pérdida de las causadas se fundaría en el incumplimiento de aquél de obligaciones a su cargo. De ser aceptable la tesis, se presentaría el singular fenómeno de que el patrono que cubrió las primas causadas conforme a la ley, ningún derecho tendría a exigir su repetición; en cambio, el patrono que desatendió el mandato legal, absteniéndose de satisfacer la prestación debida, quedaría liberado de sus obligaciones. Repugna a la recta razón que una situación como la descrita pueda definirse en forma contraria a la justicia y a la equidad. Cabe observar también que la pérdida del derecho a la prima es una sanción que afecta el patrimonio del trabajador, y toda norma de esa naturaleza, según principios bien conocidos, es de interpretación restricta.

En el caso de autos, el despido del trabajador lo efectuó el patrono, alegando una justa causa, en marzo de 1952. Entre el hecho constitutivo de la justa causa y el despido media una relación de causalidad: se produce el despido como consecuencia del hecho que dio lugar a la falta.

Para el Tribunal el suceso consumado en 1952, al producirse el despido, afectó el derecho a las primas causadas en 1950 y en 1951, es decir, dio por existente en estos dos últimos años el hecho ocurrido con posterioridad, aplicando indebidamente las normas legales que la acusación señala.

Por lo expuesto, la Corte casará la sentencia para condenar en la de instancia al pago de las dos primas de 1950 y a la del primer semestre de 1951, a las cuales limita su reclamo el tercer cargo.

Con referencia al cargo por error de hecho, la Sala observa:

Es evidente, como lo anota el impugnador, que

la causal invocada por la parte demandada para dar por terminado el contrato, fue la consignada en el artículo 62 del C. del T., ordinal 5º, aparte A).

Dice la disposición legal que es justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso, "todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, cuando sea debidamente comprobado ante autoridad competente".

Con la declaración del doctor Julio Cerón Mosquera y la de Roberto Giraldo, dio por demostrado el Tribunal el delito de robo que la demandada imputó al trabajador. El recurrente sostiene que la única prueba idónea para la comprobación del hecho es el fallo de la justicia penal, no siendo admisible para tal fin la prueba testimonial.

La Sala halla acertado el concepto del recurrente. Sin embargo, no acoge el cargo, por las razones que pasa a exponer:

La previsión legal antes transcrita dispone que el acto inmoral o delictuoso debe probarse ante la autoridad competente. Para el caso fija la prueba del hecho y su mérito, y no es otra que la sentencia firme proferida por el Juez competente de la rama Penal.

La libertad que en la estimación de las pruebas concede la ley al juzgador, tiene un límite, y es el de que cuando ella exija determinada solemnidad **ad sustantiam actus**, no se podrá admitir su prueba por otro medio (artículo 61 del C. de P. L.). En armonía con este principio, el 87 ibidem establece que "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso nó se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

Si el ordenamiento legal que se examina manda que el acto a que se refiere se compruebe ante autoridad competente, no puede remitirse a duda que el sentido de la norma es el de no admitir prueba distinta de la que ella señala. La exigencia del legislador se explica con la sola consideración de que la imputación de un delito como la de un acto inmoral, lesiona la reputación de la persona a quien se atribuya y la descalifica socialmente, por lo que, siendo obligación primordial del Estado la de velar por la seguridad, honra y bienes de los ciudadanos, según mandato de la Carta Política, a él le corresponde la tutela de esos derechos. No es por eso aceptable que hechos de tanta entidad y trascendencia puedan acreditarse en juicio con la prueba testimonial o con cualquiera otra distinta de la fijada taxativamente por el legislador.

Lo expuesto deja ver que la aceptación por el Tribunal de la prueba testimonial para acreditar el delito de robo, al cual se refieren los dos testigos citados, lo condujo a un error de derecho, y no de hecho, como lo sostiene el recurrente.

Por lo expuesto se desecha el cargo.

Quinto y sexto cargos

Ambos acusan violación del artículo 65 del C. del T., así: el quinto, de modo directo, y el sexto, por aplicación indebida.

La Sala limita su examen al quinto, que encuentra justificado.

Dice el recurrente que el Tribunal aplicó parcialmente el artículo 65, o sea, desde el 3 de septiembre de 1956, fecha en que se incorporó a los autos copia de los fallos penales y cesó el derecho de retención de la cesantía ejercitado por la parte demandada, hasta el 2 de noviembre del año expresado, día en que aquélla consignó en el Juzgado la suma de $ 438.75 para pagar la cesantía, vacaciones y primas debidas al trabajador.

Pero lo cierto es —continúa el recurrente— que el fallador ha debido aplicar también la sanción desde que terminó el contrato hasta la fecha de la consignación, pues las primas de beneficio y de servicio no le habían sido canceladas al demandante en la oportunidad que fija el artículo 65.

Dice la sentencia en relación con la súplica sobre perjuicios moratorios:

"Como la única prestación que resulta a deber la demandada es la cesantía, y ésta fue consignada de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 del C. S. del T. el día 2 de noviembre de 1956, la súplica por indemnización moratoria prospera desde el día en que cesó el derecho de retención, que como ya se anotó lo fue el 3 de septiembre de 1956 hasta la fecha de la consignación, lo que asciende a la suma de $ 180.00".

Se considera:

En el estudio del tercer cargo la Sala llegó a la conclusión de que el trabajador tenía derecho a las primas por el tiempo servido. Resultando

insoluta la obligación por tal concepto al terminar el contrato, hecho acreditado en el proceso, ha debido recibir aplicación el artículo 65 del C. del T., como lo sostiene el recurrente, desde la fecha en que según el mandato legal la obligación se hizo exigible (10 de marzo de 1952) hasta el día de la consignación del valor de las deudas (2 de noviembre de 1956). No era, pues, la cesantía al única obligación pendiente de pago al expirar la convención laboral, como lo observa el Tribunal.

Está, pues, justificado el cargo y habrá de casarse la sentencia para hacer la condena del caso, tomando en cuenta la fecha en que el contrato terminó y aquella en que las obligaciones en favor del trabajador fueron canceladas mediante la consignación judicial.

Para decidir en instancia se considera:

En relación con el derecho a las primas, la Corte halla acertadas las consideraciones que sobre su procedencia contiene el fallo de primera instancia, y, por tanto las acoge. Con todo, el reconocimiento se limitará a las dos primas de 1950 y a la del primer semestre de 1951 y no a las cuatro de estos dos años que tal fallo decreta, pues el recurrente concreta el reclamo a las tres primeras primas. Procede así la Corporación porque estudia ella el recurso con el alcance y extensión que le fije el demandante en casación, sin que le sea permitido rebasar los límites que aquél le trace.

En cuanto a la petición sobre pago de perjuicios moratorios, anota el fallo de primera instancia que la demandada manifestó haber cancelado las primas y salarios reclamados; que tal declaración, en relación con las primas de servicio, no es prueba del pago, porque entraña una excepción, que aquélla no acreditó en el juicio que por no haber cubierto esa obligación, debe ser condenada a la satisfacción de los perjuicios moratorios, desde que el contrato terminó hasta la fecha en que la deudora consignó en el Juzgado las acreencias a su cargo, como lo dispone el artículo 65 del C. del T.

A lo expuesto por el Juzgado agrega la Sala: si el uso de la autorización que otorga el artículo 150 del C. del T., el patrono podía retener la cesantía, carecía de facultad para hacer lo propio respecto de otras prestaciones sociales exigibles, pues el derecho de retención de que habla el mandato legal, mientras la justicia decide, se concreta a la cesantía exclusivamente.

Cuando el patrono niega la relación laboral y lo hace con razones plausibles, aportando al juicio las pruebas que justifiquen su renuencia al pago de las obligaciones a que se refiere el artículo 65 del C. del T., la jurisprudencia laboral, por razones de equidad, ha estimado que aquél puede ser eximido de la sanción establecida en el citado precepto. No es éste el caso de autos, porque en la respuesta a la demanda la señora Samper de Ortega aceptó el contrato de trabajo invocado por el actor como causa jurídica de los derechos que reclama. Es verdad que en el proceso la nombrada señora alegó una justa causa para dar por terminada la convención laboral, lo que podría hacer pensar que su comportamiento corresponde a la buena fe, pero el hecho en que fundó la justa causa, nada menos que la imputación al trabajador de haber cometido el delito de robo, no resultó demostrado. Por el contrario, según el fallo de primera y de segunda instancia, dictados por jueces penales competentes, no ejecutó el demandante el mencionado delito, y por ese motivo el proceso penal terminó con sobreseimiento definitivo a su favor.

Así las cosas, la decisión de primera instancia se ajusta a los hechos y al correspondiente mandato legal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, y, en su lugar, dispone: CONFIRMASE el numeral Primero, literal c) de la sentencia de primera instancia, con la reforma de que el valor de las primas es la suma de ciento treinta y cinco pesos ($135.00) y no el de $180.00 que allí se fija, y CONFIRMA también el literal e) del mismo numeral sobre pago de indemnización moratoria, con la reforma de que ella comienza el 10 y no el 9 de marzo de 1952.

En los términos anteriores queda reformado el fallo recurrido en el numeral 2º y su literal b) de la parte resolutiva, y sustituído el literal a) del mismo numeral.

NO LA CASA en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERROR DE HECHO, POR DESCONOCIMIENTO DE PRUEBAS, EN UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES

1.—Se observa que el sentenciador, con el extraño y desconcertante pretexto de que la solicitud de compensación no fue formulada por la empresa en el memorial de contestación de la demanda y de que no puede fallar extra y ultra petita, como si se tratase de un derecho del trabajador demandante y no de un medio de defensa del demandado, desconoció en la práctica el efecto de los documentos que éste adujo oportunamente (artículo 32 del C. de P. L.,), por medio de los cuales se demuestra la deuda laboral del trabajador por concepto de exceso de anticipo de vacaciones y su autorización escrita para descontarla, llegado el caso, de sus salarios y prestaciones. Incurrió de este modo el Tribunal en el quebranto de las disposiciones contenidas en los artículos 59 y 149 del C. S. del Trabajo.

2.—De conformidad con los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran en general la prohibición de los patronos para deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que correspondan al trabajador, tal cosa puede hacerse mediante autorización previa escrita de éste para cada caso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

FRANCISCO BARRIOS RABASCO demandó por medio de apoderado, a la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada, con domicilio en Bogotá, para que fuera condenada a pagarle el valor de los salarios correspondientes a 45 días por terminación unilateral del contrato, auxilio de cesantía, remuneración de tres días laborados, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, el actor prestó servicios como Jefe de Mecánicos con un sueldo de $800.00 mensuales, en la Sucursal o Agencia que tiene la entidad demandada en Armero, desde el 15 de abril de 1955 hasta el 3 de febrero de 1956; el 31 de enero de este último año, Leonidas Lara e Hijos Limitada le dirigió una carta haciéndole saber que con el fin de reorganizar el Taller había designado como Jefe del mismo al señor Jorge A. Quezada, a quien debía entregarle todas las herramientas, materiales y enseres; pero también le manifestaba que si quería seguir trabajando como simple mecánico, podía hacerlo con la asignación de $600.00 mensuales; como el demandante no aceptó la referida modificación del contrato, éste le fue cancelado por el patrono a partir del 3 de febrero de 1956, en ejercicio de la cláusula de reserva que se había estipulado y, en consecuencia, en esa misma fecha dejó de prestar sus servicios, haciendo entrega de los elementos de trabajo que tenía a su cargo.

Fundó su derecho en los artículos 1, 2, 3, 10, 22, 32, 33, 37, 39, 45, 48, 65, 127, 249 y 253 del C. S. del T., y 5, 36 y concordantes del C. del P. del T. Al contestar el libelo, la demandada admitió como ciertos los hechos principales, pero negó que hubiera habido demora en la liquidación de las prestaciones sociales del demandante y dijo que el valor respectivo estaba a órdenes de éste, advirtiendo que Rabasco le debía a la demandada el valor de las vacaciones de que disfrutó sin tener dere-

cho. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, petición indebida, prescripción y las demás que resultaren de los hechos alegados y probados en el juicio.

El Juzgado del Trabajo del Círculo Judicial de Armero, que conoció del negocio, al decidirlo declaró probada la excepción de pago, en lo que respecta a cesantía y a preaviso, y condenó a la empresa demandada a pagar al demandante la suma de $ 79.98, por concepto del trabajo realizado en tres días y un salario diario de $ 26.66, como indemnización por falta de pago, desde el 4 de febrero de 1956 hasta el día en que se verifique el pago de los salarios insolutos. Condenó en costas a la parte vencida.

Apeló de este fallo el apoderado de la sociedad demandada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, que lo reformó, declarando no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. En lo demás, confirmó la providencia recurrida, sin costas.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la empresa demandada y concedido, admitido y tramitado debidamente, va a decidirse, previo el estudio de la demanda de casación y del escrito del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Solicita el recurrente que se infirme la sentencia de segundo grado y que, convertida la Corte en Tribunal de instancia, revoque el fallo del a-quo y en su lugar absuelva a la sociedad demandada de la indemnización moratoria y de los demás cargos de la demanda, o que, en subsidio, se case parcialmente la sentencia acusada y se modifique el ordinal 3º de la primera instancia "en el sentido de limitar la condena por indemnización moratoria del lapso comprendido del 4 de febrero de 1956, al 2 de marzo del mismo año, fecha esta última en que Leonidas Lara e Hijos, Ltda., consignó a órdenes del trabajador Francisco Barrios Rabasco y en la cuenta del Juzgado del Trabajo de Armero, el valor de las prestaciones sociales y de la indemnización por falta de preaviso correspondientes al actor". Invocando la causal 1ª del artículo 87 del C. P. T. formula tres cargos. Como todos tienen la misma finalidad, sólo se estudiará el primero.

PRIMER CARGO.

Está enunciado así: "La sentencia acusada viola los preceptos legales sustantivos del orden nacional contenidos en los artículos 59, 65 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo a través de los artículos 1625, 1714, 1715 y 1716 del C. Civil, por haber incurrido el H. Tribunal Seccional en errores de hecho, de manifiesto en los autos, provenientes de la no apreciación y de la estimación equivocada de las siguientes pruebas".

Como no apreciadas señala:

a). Manifestación del apoderado del actor, hecha en la audiencia de trámite (folios 33 a 34 del primer cuaderno). Según el recurrente, en dicha manifestación la parte demandante confiesa estar enterada de la consignación efectuada por la demandada "por concepto de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que creía adeudarle a su ex-trabajador y del propósito del demandante de no insistir en los salarios caídos si se efectúa dicho pago", y

b). La carta número 3385 del 21 de diciembre de 1955 (folio 28 del primer cuaderno), en la que se hace constar que el señor Barrios Rabasco recibió la suma de $ 426.56, valor de 16 días de salario, por concepto de anticipo de vacaciones anuales, carta que contiene la autorización expresa del demandante a favor de la sociedad demandada para que le descuente de sus salarios o de sus prestaciones en dinero la suma proporcional al tiempo que llegare a faltar, en caso de retirarse o ser retirado, para completar el año efectivo de trabajo que da derecho a las vacaciones.

Como pruebas erróneamente apreciadas menciona:

1ª El auto en que el Juzgado del conocimiento ordenó la entrega al demandante de la suma consignada a órdenes de ese Despacho por la sociedad demandada, el 2 de marzo de 1956, conforme al título expedido por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Armero; y

2ª La liquidación de prestaciones sociales a favor de Francisco Barrios Rabasco de fecha 2 de febrero de 1956 (folio 25 del primer cuaderno).

Sostiene el recurrente que a través de la apreciación de las pruebas referidas, el fallador incurrió en los siguientes errores de hecho:

"1). No se admite que la consignación efectuada por Leonidas Lara e Hijos, Ltda., a la orden de su ex-trabajador se hizo por todas las deudas que creía tener la demandada para con su ex-trabajador por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, sino que la suma de $1.842.22 se refiere exclusivamente a cesantía e indemnización por falta de preaviso, no obstante haber

dejado establecido la parte demandada —como lo reconoce el a-quo (folio 48) que dicha suma se puso a disposición de Barrios Rabasco para cancelar todas las prestaciones, salarios e indemnizaciones que creía adeudarle.

"2). Se dá por establecido en la sentencia acusada que la Sociedad Leonidas Lara e Hijos, Ltda., está en mora de pagar los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, o de consignar lo que crea deber por dicho concepto a su ex-trabajador, no obstante estar demostrado por confesión del actor (acta folios 33, 33 vuelto y 34) y por la orden de entrega de la suma de $ 1.842.22 (acta folios 48 y 48 vuelto del primer cuaderno del expediente) que la demandada consignó a la orden del Juzgado y a favor de Barrios Rabasco lo que creía adeudarle por tales conceptos, consignación que fue hecha desde el 2 de marzo de 1956.

"3). Se dá por no demostrada la deuda de Barrios Rabasco a favor de Leonidas Lara e Hijos, Ltda., por la suma de $84.13 por concepto de exceso de vacaciones y por no existente la orden de dicho ex-trabajador para que se le descuente o deduzca de sus salarios y prestaciones sociales dicha suma proporcional al tiempo que faltare para completar el año efectivo de trabajo que le daba derecho a las vacaciones que le fueron anticipadas.

"4). Se desconoce la facultad que tenía la sociedad demandada por autorización de Barrios Rabasco para deducirle de sus salarios y prestaciones sociales el valor del saldo a su cargo en cuantía de $84.13 por concepto de exceso de vacaciones, ignorando que la autorización fué dada por escrito según consta en el documento que obra al folio 28 del expediente".

Finalmente dice que si llegare a considerarse a pesar de que la sociedad demandada no obró de mala fe, que hubo mora en la consignación de lo que confesó deber, debería aceptarse que esa mora desapareció el día 2 de marzo de 1956 o sea 27 días después de terminado el contrato, al efectuarse la consignación.

El opositor arguye que la compensación no fue alegada oportunamente por la demandada, y que en el supuesto de que lo hubiera sido, faltaría el consentimiento del actor y la autorización de éste para que el patrono le descontase la suma que, según se afirma, le fue pagada en exceso al demandante por concepto de vacaciones.

Se considera:

La sentencia acusada parte de la base de que el demandante formuló en el libelo inicial las siguientes peticiones distintas: auxilio de cesantía, preaviso, salarios insolutos e indemnización moratoria.

El fallador estima que el auxilio de cesantía a que tiene derecho el actor por servicios prestados durante 9 meses y 19 días, sobre la base de un sueldo mensual de $800.00, alcanza a la suma de $642.22, y a $1.200.00 el valor de los salarios correspondientes a 45 días que debe pagar el patrono por haber prescindido del preaviso estipulado en la cláusula de reserva, cantidades iguales a las que liquidó la sociedad demandada por los dos indicados conceptos y al monto de lo que consignó a orden del Juzgado del conocimiento y que este dispuso entregar en el auto visible a folios 48 y 48 v., "sin perjuicio del exceso que por mayor cuantía puede ser obligada la parte demandada mediante sentencia definitiva".

En cuanto a los salarios insolutos, correspondientes a los tres últimos días de servicio (del 1º al 3 de febrero de 1956), llega a la conclusión de que la demandada no demostró que los hubiera pagado, y por ello confirma la condenación, en suma de $79.98, que sobre este punto hizo el Juzgado de primera instancia en uso de la facultad de que trata el artículo 50 del C. P. T.

Para esta Sala es obvio que si la demandada, conforme al boletín que obra al folio 25 del primer cuaderno, liquidó al trabajador demandante la suma de $1.200.00 como indemnización por falta de preaviso (cláusula de reserva) y $642.22 por auxilio de cesantía, o sea, en total la cantidad de $1.842.22, que coincide exactamente con el valor que consignó a órdenes del Juzgado del conocimiento, como se deduce del auto de folios 48 y 48 v., la consignación no comprendió los salarios insolutos reclamados por el demandante.

La circunstancia de que el juzgador de primer grado hubiese declarado en el auto en que ordenó la entrega de la suma consignada, que la consignación se hizo "para el pago de prestaciones sociales en general" y no solo "para pago de cesantía y de preaviso de despido", no puede entenderse en el sentido de que incluía los salarios adeudados, porque, como lo anota el mismo juzgador el concepto de "prestación social" es distinto al de salario. Además, en el supuesto de que el a-quo hubiera incurrido en confusión sobre el particular, ello no vincularía al fallador de segunda instancia.

La manifestación del apoderado del demandante en la segunda audiencia de trámite (folios 33 a 34 del primer cuaderno), que desde luego no puede tomarse por confesión, como lo pretende el re-

currente, si bien da cuenta de que dicho apoderado tuvo conocimiento de la consignación efectuada por la sociedad demandada, en modo alguno expresa el propósito "de no insistir en los salarios caídos si se efectúa dicho pago", a la manera como lo cree el recurrente, ni menos implica renuncia a la petición de salarios insolutos. Al contrario, en tal manifestación, después de expresar su conformidad con la liquidación por preaviso y por cesantía, declara lo siguiente: "la divergencia que tenemos es por lo que afecta a los salarios comprendidos entre el 31 de enero y el 3 de febrero en que cesó en el trabajo el señor Barrios y en los jornales caídos (sic) comprendidos desde el día 3 de febrero en que la Casa Leonidas Lara e Hijos dio por terminado el contrato de trabajo y la fecha en que se hagan efectivos al señor Barrios las prestaciones y jornales a que tiene derecho..." Y más adelante: "...esta parte está dispuesta a cobrar la cesantía y aviso de despido sin perjuicio de continuar el juicio por lo que afecta a los otros dos puntos manifestados no aceptados por la parte demandada...", y así lo pide claramente el Juez.

Por tanto, de las pruebas que señala el recurrente, no resulta que el fallador errara al dar por establecido que la suma de $1.842.22, consignada por Leonidas Lara e Hijos, no incluyó el valor de los salarios insolutos, ni al estimar que la demandada estuviera en mora de cubrir tales salarios.

Acerca de los dos restantes errores de hecho que puntualiza el impugnante, relativos a la compensación, se observa que el sentenciador, con el extraño y desconcertante pretexto de que la respectiva solicitud "no se hizo en el memorial de demanda" y de que "no puede fallar extra y ultrapetita", como si se tratase de un derecho del trabajador y no de un medio de defensa del demandado, que éste adujo oportunamente, desconoció en la práctica el efecto de los documentos que obran en los autos, señalados por el recurrente, los cuales demuestran la deuda laboral de Barrios Rabasco por concepto de exceso de anticipo de vacaciones y su autorización escrita para descontarla, llegado el caso, de sus salarios y prestaciones, incurriendo de este modo el Tribunal en el quebranto de las disposiciones legales que menciona el cargo.

En consecuencia, el fallo habrá de casarse en lo pertinente. Para dictar el de instancia que lo reemplace, se considera:

Afirma la demanda que el señor Francisco Barrios Rabasco prestó sus servicios hasta el 3 de febrero de 1956, habiéndosele pagado su salario únicamente hasta el mes de enero del mismo año, y que devengó un sueldo de $800.00 mensuales. Estos hechos están admitidos como ciertos en la contestación de la demanda.

En la liquidación que hizo la sociedad demandada (folio 25), no aparece incluído el valor de los salarios de los tres días del mes de febrero, aunque ese tiempo se tuvo en cuenta para el cómputo del auxilio de cesantía.

El valor de los salarios de tres días, a razón de $800.00 mensuales, alcanza a la suma de $79.98, que fue la que reconoció el Juzgado de primera instancia.

Pero a su vez, la entidad demandada, al contestar el libelo inicial, dijo: "el señor Francisco Barrios Rabasco debe a Leonidas Lara e Hijos el valor correspondiente a las vacaciones de que disfrutó sin haber adquirido el correspondiente derecho" (folio 15). Y en la primera audiencia de trámite el apoderado de la demandada manifestó: "que como el señor Francisco Barrios Rabasco disfrutó de vacaciones sin que se hubieran causado, dicho señor debe a la firma Leonidas Lara el correspondinete valor".

Este hecho, constitutivo de una excepción, la de compensación, se adujo por la parte demandada dentro de la oportunidad procesal que señala el artículo 32 del C. P. T., y está acreditado con la carta de notificación de vacaciones de fecha 21 de diciembre de 1955 y el recibo suscrito al pie de la misma por el trabajador demandante, en el que además éste da autorización al patrono en estos términos: "Como se trata del avance de una prestación eventual, de acuerdo con el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo autorizo a Leonidas Lara e Hijos para que descuenten de mis salarios o de las prestaciones en dinero, en caso de retirarme o ser retirado, la suma proporcional al tiempo que faltare para completar el año efectivo de trabajo que dá derecho a las vacaciones que se me anticipan (f. 28 cuaderno primero).

De conformidad con los artículos 59 y 149 del C. S. T., que consagran en general la prohibición a los patronos para deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que correspondan al trabajador, tal cosa puede hacerse mediante autorización previa escrita de éste para cada caso.

Como Barrios Rabasco prestó sus servicios durante 9 meses y 19 días, le quedaron faltando 2 meses y 11 días, que a razón de un sueldo de $800.00

mensuales dan la suma de $84.13, por concepto de anticipo de vacaciones.

Tratándose de una deuda laboral del demandante para con la sociedad demandada y existiendo la autorización escrita de que se ha hecho mérito para descontarla de sus salarios y prestaciones en dinero, tenía cabida la compensación. Y como el saldo a cargo del trabajador es mayor que el saldo a cargo del patrono, no es el caso de condenar a éste por concepto de salarios insolutos.

La consignación por la cantidad de $1.842.22, correspondiente al valor de la cesantía por servicio en 9 meses y 19 días y a 45 días de salario como indemnización por falta de aviso previo, se hizo el 2 de marzo de 1956, como se desprende del a-quo visible al folio 48 del cuaderno principal. En consecuencia, hubo mora en el pago respectivo desde el 4 de febrero hasta la fecha en que se hizo la consignación, lo cual da lugar a que se condene al patrono al pago, por ese lapso, de la indemnización que establece el artículo 65 del C. S. del T.

Debe anotarse que el a-quo declaró probada la excepción de pago respecto a la cesantía y al preaviso, sin ser ello procedente, pues lo correcto habría sido imputar la suma consignada al valor de la deuda del patrono por esos conceptos.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia objeto del presente recurso, reforma la de primera instancia, y en su lugar dispone:

PRIMERO.- DECLARASE probada la excepción perentoria de compensación en lo que respecta a los salarios correspondientes a los días 1, 2 y 3 de febrero de 1956;

SEGUNDO.- CONDENASE a la sociedad demandada LEONIDAS LARA E HIJOS LIMITADA, por concepto de indemnización moratoria al pago de la cantidad de VEINTISEIS PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS ($26.96) moneda corriente por cada día de retardo desde el 4 de febrero de 1956 hasta el 2 de marzo del mismo año, en que aquella consignó la suma que estimaba deber;

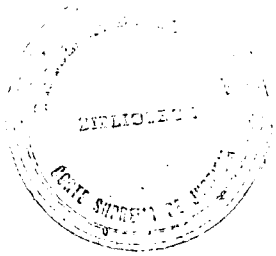
TERCERO.- El valor de la consignación hecha por la sociedad demandada se imputará a la deuda de ésta para con el trabajador por concepto de auxilio de cesantía y preaviso.

CUARTO.- CONFIRMASE el numeral cuarto.

Sin costas en la segunda instancia ni en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.



RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES. — CAUSAL ESPECIAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL DECRETO 2017 DE 1952

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO

José Leonidas Callejas demandó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), con sede en Barranquilla, para que por sentencia se la condene al pago del auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, trabajo en horas extras, dominicales y festivos, subsidio familiar, indemnización de perjuicios por mora y costas del juicio.

Sirven de fundamento a las súplicas estos hechos: el demandante, afiliado al Sindicato de Braceros Lancheros, le prestó servicios a la Asociación en Puerto Berrío, según contrato de trabajo celebrado al efecto, desde el mes de marzo de 1954 hasta el 20 de julio de 1959, habiéndose convenido un salario a destajo, según el trabajo realizado. Al terminar el contrato la Asociación no le pagó a José Leonidas Callejas los salarios y prestaciones que reclama.

La demanda cita, como fundamentos de derecho, las normas pertinentes del Código del Trabajo y los decretos 1621 y 118 de 1957.

En la respuesta a la demanda la Asociación se opone a que se hagan las condenas pedidas por el actor y niega los hechos que éste invoca en su apoyo. Propuso estas excepciones: ilegitimidad de la personería de la parte demandada, inepta demanda, prescripción e incompetencia de jurisdicción.

El Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, que conoció del juicio, declaró no probadas, en la primera audiencia de trámite, las excepciones procesales o dilatorias, y en la sentencia de mérito, del 22 de abril de 1960, reconoció, de los derechos reclamados en la demanda, el de cesantía, por un valor de $1.703.66, y el de compensación por vacaciones, por la suma de $807.00, declarando no probada, respecto de ellos, la excepción de prescripción. No hubo condena en costas.

Apelaron ambas partes. El fallo que decidió el recurso, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 8 de julio de 1960, confirmó en todas sus partes el de primer grado, sin costas.

Recurrió en casación la Asociación de Navieros. Preparado debidamente el recurso, la Corte lo decide a continuación.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Se dirige a obtener que se case la sentencia recurrida, y, en su lugar, que se absuelva a la Asociación de todos los cargos de la demanda inicial.

MOTIVOS DE CASACION.

Invoca el primero (artículo 87 del C. de P. L.) y con base en él formula dos cargos. Sin embargo, el primero como lo demuestra su desarrollo, se acoge a la causal especial de que trata el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, por lo cual sólo el segundo queda bajo el ámbito del citado artículo 87.

Como observación previa debe anotar la Sala que al admitir el recurso en providencia de fecha 15 de septiembre de 1960 (folio 4 del cuaderno de la Corte), lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

Las razones en que la limitación se funda son

éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibidem, modificado por el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, fija en $4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 877 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentren en la situación contemplada en la norma del decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T.

EL RECURSO.

El primer cargo acusa violación del artículo 461 del C. del T. y 1º del Decreto 2017 de 1952, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de una prueba.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que en el juicio obra, a folios 14 a 41, copia del laudo arbitral de 8 de diciembre de 1953, que tiene el carácter de convención colectiva conforme al artículo 461 del C. del T. y obliga a las partes con fuerza de cosa juzgada. Del laudo, que decidió el conflicto entre el Sindicato de Braceros "Sindebra" y el de Braceros Lancheros "Simbralán" de Puerto Berrío y la Asociación Nacional de Navieros, aparece que ésta y los dos Sindicatos quedaron sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena. El fallo arbitral negó las peticiones de las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego respectivo referente a la creación de una Junta de Relaciones y de un organismo de arbitraje, porque para los fines perseguidos por una y otro existía ya la nombrada Comisión. Por tanto, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no era competente para conocer del presente juicio, excepción propuesta oportunamente por la parte demandada y desconocida por el fallador. Con la copia del laudo aquélla acreditó la existencia de la jurisdicción especial del Río, de manera que al estimar la sentencia recurrida insuficiente esa prueba para demostrar la nombrada excepción, incurrió en error de hecho y consiguiente violación de las dos normas legales que el cargo cita, pues no se puede afirmar, como lo hace el Tribunal, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea el texto de las convenciones colectivas que la crearon, porque el laudo reconoció su existencia, y si así lo declaró, la justicia del trabajo carece de competencia para definir la presente controversia. "De suerte —concluye el recurrente— que con base en tal disposición (la del artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) vengo a solicitaros muy atentamente que caséis la sentencia recurrida para declarar la nulidad de todo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción".

Se considera:

En caso igual al de autos, esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1960 (juicio de Luis A. Hidalgo contra Adenavi) hizo el estudio de la misma cuestión jurídica que plantea el recurrente, por lo cual, para responder el cargo, basta transcribir lo que en tal providencia dijo la Corporación:

"Consagra el precepto (se alude al artículo 1º del Decreto 2017 de 1952) un motivo especial de casación por vicio de actividad o error in **procedendo**, cuyo fundamento es la falta de jurisdicción del órgano judicial para la decisión de los litigios que las partes hayan resuelto confiar al Tribunal de Arbitramento organizado por ellas en uso de la cláusula compromisoria, como lo permite la ley.

"El cargo lo presenta el recurrente por error de hecho en la estimación de una prueba, a consecuencia del cual la sentencia recurrida viola el precepto antes citado.

"Es defectuosa la acusación a juicio de la Sala.

"Elemento constitutivo de la causal del Decreto es la falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, pues debe ella juzgarla el organismo arbitral instituído por los litigantes. Basta entonces para los fines de la casación, demostrar que en el proceso obra la prueba sobre existencia de ese organismo arbitral, a pesar de lo cual el Tribunal **ad-quem**, no obstante haberse propuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción, conoció del negocio y lo desató por sentencia.

"La violación de una norma sustancial por error de hecho en la estimación de pruebas, es modalidad perteneciente a la causal primera de casación, de que trata el artículo 87 del C. de P. L., que la doctrina ha venido calificando de indirecta, y en ella se incurre por error in iudicando. Si bien en la causal del decreto entra en juego una actividad probatoria, la consistente en constatar si existe o no convención colectiva, pacto o fallo arbitral que haya instituído un Tribunal de Arbitraje permanente, su examen en casación no estaría destinado a corregir la desviación en el juicio del fallador y a restablecer el imperio del cánon legal violado, reconociendo el derecho que éste consagre en favor de la parte agraviada, sino a dejar sin efecto el proceso para que de él entienda el Juez particular.

"En todo caso, si de error de hecho se puede hablar a propósito de la causal de nulidad del decreto, no se presentaría por mala apreciación de pruebas, sino por su falta de estimación.

"La causal de casación en estudio debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1º del Decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales, como lo hace el recurrente. El que éste cita (artículo 461 del C. del T.), al tenor del cual el fallo arbitral tiene el carácter de convención colectiva, es cuestión extraña a la de saber si existe o no Tribunal Arbitral establecido por las partes para la decisión de sus controversias".

La misma sentencia, no obstante haber reconocido que el cargo era inestimable, lo estudia en el fondo, y entre otras consideraciones, hace las siguientes:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales pertinentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T. si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley".

No sobra agregar que la sentencia recurrida no desconoce el principio consignado en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, pues en él se apoya para hacer estas consideraciones: "Evidenciada la relación laboral la Justicia del Trabajo es competente para desatar todo litigio o controversia que emane directa o indirectamente de la relación laboral, tal como lo ordena el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948. En casos como el que es materia de estudio ha sostenido reiteradamente esta Sala que la competencia no desaparece por la sola existencia legal de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, pues, el artículo 1º del Decreto Nacional 2017 de 1952, indica que los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje son competentes para el conocimiento y decisión de los conflictos que de acuerdo con la res-

pectiva convención, pacto o fallo arbitral, les corresponda dirimir a tales entidades. En el expediente brilla por su ausencia la convención, pacto o fallo arbitral que señale la competencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para conocer de las controversias de índole laboral que surjan entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros".

Los conceptos del Tribunal se atemperan a los mandatos legales que la sentencia analiza y a las pruebas que obran en el juicio.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CUESTIONES PREVIAS A LA CASACION LABORAL

1.—Conferido poder a varios abogados conjuntamente, cada uno de ellos puede ejercerlo, sin necesidad de que en cada caso sea necesaria expresa sustitución, en el orden establecido en el artículo 268 del C. J.

2.—No se encuentra en la ley ninguna disposición que exija la presentación personal del escrito en que se sustenta la demanda de casación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá., D. E., noviembre veinticinco de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Soberto de Zubiría C.)

En la respuesta a la demanda de casación presentada por el apoderado de Olegario Ardila el opositor plantea una cuestión previa que pasa a resolver la Sala.

Con fundamento en las circunstancias de que al doctor Agustín Montes Herrera, el doctor Bernardo Henao Gil no le sustituyó el poder recibido del doctor José Joaquín Bernal Arévalo, en primer lugar, y en segundo término, que la demanda de casación suscrita por el doctor Montes Herrera no fue presentada personalmente por éste ante la Secretaría de esta Sala, ni consta su aceptación del mencionado poder, el recurrente solicita que se declare desierto el recurso interpuesto por la parte demandada en el sub-lite.

Se considera:

El primer aspecto planteado por el opositor no es procedente por cuanto no se ajusta a la realidad procesal ni a lo preceptuado por las normas legales pertinentes. En efecto, la sustitución conjunta del mandato conferido al doctor Bernal Arévalo en los doctores Henao Gil y Montes Herrera no ofrece reparo alguno puesto que fue presentada por el signatario. Ahora bien, en el texto de ese memorial y de su puño y letra aparece la aceptación del poder y la manifestación del doctor Henao Gil de no ejercitarlo "por lo pronto". Por esta razón es por lo que la demanda de casación la suscribe el doctor Montes Herrera. Para el opositor, el doctor Henao Gil ha debido presentar personalmente la sustitución a fin de que pudiera actuar el doctor Montes Herrera. La sala estima que no es necesario este requisito para la validez de la representación dada al doctor Montes Herrera por cuanto ante lo manifestado por el doctor Henao Gil y de conformidad con lo previsto en el artículo 268 del C. J., que dice: "En ningún caso pueden gestionar dos o más apoderados de una misma persona. Si en el poder se mencionan varios, se consideran, el primero, como apoderado principal, y los demás, sustitutos en su orden", no era indispensable una nueva sustitución en vista de que como lo prevé el artículo transcrito dicha calidad, en los casos de varios sustitutos, surge del citado texto legal.

En relación con el otro punto de vista que plantea el opositor, la Sala de ninguna manera puede acceder a declarar la deserción del recurso, por razón de que el escrito sustentatorio del mismo fué presentado en la debida oportunidad procesal y la ley no contempla la drástica sanción impetrada por el opositor, en el caso de que la respectiva demanda no la presente personalmente el apoderado que la suscribe; y es sabido que toda sanción debe estar prevista en norma jurídica. Realmente, el Código Procesal del Trabajo no dispone nada sobre el particular, ni tampoco en el Código Judicial se encuentra disposición que exija la presentación personal del escrito en que se sustenta el recurso de casación. En lo que respecta al artículo 223 del C. J., la Sala estima que se trata de una norma especial que se refiere a la demanda con que se inicia

todo asunto contencioso, cuestión muy diferente al escrito con que se sustenta un recurso.

Finalmente, la otra glosa del opositor relativa a que no hubo asentimiento expreso ni tácito, del poder, por parte del doctor Montes Herrera, es aspecto que lo rebate la simple realidad procesal, ya que su actuación al redactar el libelo de sustentación del recurso, que aparece en autos, es demostración inequívoca y evidente de la aceptación del mandato que se le confirió.

En mérito de las consideraciones procedentes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, NO ACCEDE A LO SOLICITADO por el apoderado judicial de la parte demandante como opositora.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ALCANCE DE LA INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE LOS SALARIOS Y PRESTACIONES DEL TRABAJADOR

1.—La modalidad de la infracción directa de la ley debe proponerse, en casación, sin referencia a situaciones de hecho o probatorias debatidas en el juicio.

2.—Si bien es cierto que la interposición del recurso de apelación abre la posibilidad de que el superior, al resolverlo, reconozca peticiones no acogidas por el inferior o acogidas parcialmente, sin embargo, este criterio general que inspira el recurso de alzada, experimenta restricción cuando el propio apelante circunscribe el alcance del recurso.

3.—Tocante al monto de la indemnización que la ley impone al patrono por demorar el pago de los salarios y prestaciones del trabajador una vez terminado el contrato, la Sala reafirma la doctrina expuesta recientemente: el cómputo de los salarios moratorios debe abarcar todo el tiempo que dure la mora, y es equivocado el criterio del sentenciador cuando invoca la equidad como razón para eximirse de aplicar en toda su integridad la norma que la impone.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., noviembre veintiocho de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

Ante el Juzgado del Trabajo de Tunja, PEDRO A. LASSO presentó demanda ordinaria laboral contra la Empresa "TRANSPORTES BOLIVAR, S. A.", a fin de que se hiciesen contra ella las siguientes declaraciones y condenas: que entre las partes existió un contrato de trabajo; que la demandada está obligada a pagar al actor cesantía salarios insolutos, vacaciones, primas de servicio, valor del trabajo en domingos y festivos, indemnización por lucro cesante, salarios por la mora en el pago de las prestaciones y las costas del juicio.

La demanda relaciona estos hechos: Que Lasso fue contratado verbalmente por la empresa demandada para prestar sus servicios como Agente en la ciudad de Tunja; que la relación de trabajo se prolongó desde el 15 de enero de 1947 hasta el 10 de septiembre de 1955; que por razón de las funciones propias de su cargo, Lasso trabajó no sólo los días ordinarios sino también los domingos y festivos; que como retribución de sus servicios se le señaló un sueldo de ochenta pesos ($ 80.00) más el 10% sobre los ingresos mensuales por concepto de la venta de tiquetes; que hasta noviembre de 1954 a Lasso se le pagó el sueldo fijo de $80.00 pero que de tal fecha en adelante la demandada se abstuvo de pagarle esa remuneración; que el promedio del salario mensual de Lasso en el último año de servicios fué de $720.75; que nunca disfrutó de vacaciones ni se le ha compensado tal derecho; tampoco se le han reconocido primas de servicio a razón de 15 días por año ni la cesantía; y que el demandante fue despedido sin causa justificada.

Como fundamentos de derecho el actor cita los artículos 22, 23, 24, 49, 57, 64, 65, 134, 186, 249 y 306 del CST.

La sociedad demandada, al contestar la demanda, negó las peticiones del actor y no aceptó la mayoría de los hechos alegados; sostuvo que entre las partes no existió contrato de trabajo sino una relación jurídica regulada por las normas del Código Civil y de Comercio.

El Juzgado del conocimiento profirió su sentencia el 2 de octubre de 1957, mediante la cual condenó a lo siguiente: $ 5.353.27 por cesantía; $ 746.60 por salarios insolutos; $ 2.516.88 por vacaciones; $ 2.676.33 por primas de servicio; $479.40 por lucro cesante; y $17.785.98 por indemnización moratoria. Absolvió a la sociedad demandada de las demás peticiones y la condenó en costas.

Por apelación de ambas partes, los autos subieron al Tribunal Superior de Tunja —Sala Laboral—, el cual, por fallo de marzo 27 de 1958, confirmó el de primer grado en lo relativo a las condenas por cesantía, salarios insolutos e indemnización del artículo 65 del CST; lo modificó para rebajar las condenas por primas de servicio y vacaciones; lo revocó en lo atinente a la absolución del a-quo sobre dominicales y festivos y, en cambio, condenó a pagar por este concepto $ 5.033.70; revocó la condena por lucro cesante y confirmó la de costas.

Contra el fallo anterior los apoderados de las partes contendientes presentaron recurso de casación. Lo concedió el Tribunal y ha sido admitido y tramitado debidamente por la Corte, por lo cual ha llegado la oportunidad procesal de resolverlo, previo el estudio de las demandas de casación y escritos de réplica presentados en tiempo.

DEMANDA DEL TRABAJADOR.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Persigue la casación parcial del fallo recurrido en estos términos y en cuanto por él:

"1º SE CONFIRMA el ordinal a) del numeral 1º de la Sentencia de primer grado, que condenó a la empresa demandada a pagar la suma de $ 5.353.27, por concepto del auxilio de cesantía correspondiente a un lapso de servicios de 7 años, cinco meses y 10 días (primero de abril de 1948 hasta el 10 de septiembre de 1955);

"2º En cuanto por la sentencia acusada se confirma el ordinal f) del numeral 1º de la sentencia del señor Juez del Trabajo de Tunja, que condenó a la demandada a pagar a Pedro Lasso la suma de $ 17.785.98 por concepto de "salarios caídos", comprendidos entre la fecha de terminación del contrato de trabajo (10 de septiembre de 1955) y la fecha del fallo de primera instancia (2 de octubre de 1957); y finalmente,

"3º En cuanto por la sentencia acusada, el H. Tribunal Superior de Tunja —Sala Laboral— revoca el aparte e) del mismo numeral 1º del fallo de primera instancia que condenó a la empresa demandada al pago del plazo presuntivo, y la absuelve por tal concepto.

"La infirmación parcial del fallo acusado, que respetuosamente solicito, se ha de efectuar para que, en su lugar y procediendo la H. Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— como Tribunal de instancia, haga las siguientes o parecidas declaraciones:

"1º Que la Sociedad Transportes Bolívar S. A. debe pagar a mi mandante la suma de $ 6.222.07, por concepto de auxilio de cesantía correspondiente al tiempo de servicio prestado por Lasso desde el 15 de enero de 1947 hasta el 10 de septiembre de 1955 (8 años, 7 meses, 25 días), en lugar de la suma de $ 5.353.27 a que fué condenada la empresa, por el lapso comprendido entre el 1º de abril de 1948 al 10 de septiembre de 1955 (7 años, 5 meses, 10 días);

"2º Que la sociedad demandada debe pagar a mi mandante, como indemnización moratoria o "salarios caídos", una suma igual al último salario diario ($23.97 diarios, resultado de dividir $719.11 por 30) desde la terminación del contrato de trabajo (10 de septiembre de 1955) hasta el día en que Transportes Bolívar S. A. efectúe el pago de los salarios y prestaciones de que es titular mi mandante; en lugar de la misma suma diaria por cada día de retardo en el pago de los salarios y prestaciones, desde la terminación del contrato de trabajo (10 de septiembre de 1955) hasta la fecha del fallo de primera instancia (2 de octubre de 1957), como lo resolvió el Tribunal al confirmar la providencia de primera instancia;

"3º Que la sociedad demandada debe pagar a Pedro Lasso la suma de $ 2.996.29, como indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de trabajo (lucro cesante) suma equivalente a cuatro meses y cinco días que faltaron para cumplirse el plazo presuntivo; en lugar de la absolución por tal condena como lo resolvió el H. Tribunal de Tunja.

"Con la presente demanda igualmente aspiro a que se mantengan las condenas de que tratan los ordinales b), c), d) y e) del numeral primero de la sentencia del H. Tribunal, relacionadas con salarios insolutos, vacaciones, primas de servicio y dominicales y festivos; y los numerales 3º y 4º de la misma providencia".

El recurrente se apoya en la causal primera del artículo 87 del CPL y presenta cuatro cargos, señalándoles al segundo y al último el carácter de subsidiarios.

PRIMER CARGO.

Se afirma en la acusación que el ordinal a) del numeral 1º y el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia recurrida violan, por infracción directa, el artículo 494 del C. J., y, consecuencialmente y en la misma forma, los artículos 47, 64, y 249 del CST.

El cargo se estructura fundamentalmente en la circunstancia de que el Tribunal no tuvo en cuenta la declaración del testigo Pedro Barrera, sosteniendo que si el ad-quem la hubiese considerado no habría tomado como fecha inicial del contrato de trabajo la que aparece reconocida en el fallo sino la del nombrado declarante.

Se considera.

El simple planteamiento de la acusación indica que esencialmente carece de mérito para invalidar el fallo impugnado. En efecto, lo que objetivamente presenta el cargo es la violación directa de la ley por falta de apreciación de una prueba. Es decir, un típico error de hecho. Y la jurisprudencia laboral, en innumerables decisiones tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala de la Corte, ha aclarado ampliamente que la modalidad de infracción directa de la ley debe proponerse sin referencia a situaciones de hecho o probatorias debatidas en el juicio. De consiguiente el cargo está mal planteado y, por lo mismo, no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO (Subsidiario).

Está expuesto así:

"Al no apreciar la prueba que en este cargo se relaciona, el H. Tribunal Superior de Tunja —Sala Laboral— incurrió en un error de hecho manifiesto y violó indirectamente el artículo 494 del Código Judicial; y como secuela de esta violación, trasgredió indirectamente las normas sustantivas nacionales consagradas en los artículos 47, 64 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación de los mismos".

"El Tribunal —como se manifestó anteriormente— dejó de apreciar la declaración de Pedro Barrera, ex-administrador de la empresa Transportes Bolívar S. A. Este testigo es enfático en manifestar que el señor Lasso entró al servicio de la empresa demandada por la misma época en que el declarante ingresó a Transportes Bolívar, es decir, el 15 de enero de 1947 (fls. 237 y ss. del cuaderno 1º)".

En el desarrollo del cargo, el recurrente manifiesta:

"Según observa el Tribunal 'de acuerdo con la declaración del ex-administrador de la empresa Transportes Bolívar, señor Pedro Barrera (fls. 237 y ss.) —allegada al proceso con posterioridad al fallo de primera instancia— habría motivo suficiente para considerar el contrato de trabajo entre Lasso y la empresa podría tener su punto de partida el 15 de enero de 1947' (fl. 20, cuaderno Nº 4). Sin embargo, y a pesar de lo observado, el Tribunal deja de apreciar esa declaración con fundamento en que durante la segunda instancia el apoderado de Lasso no hizo observación alguna sobre tal aspecto, olvidando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 494 del C. J., el Tribunal debe revisar la parte desfavorable del fallo, de conformidad con las peticiones contenidas en la demanda, auncuando el apelante no se presente a sustentar el correspondiente recurso de alzada".

Se considera.

Dada la posición del recurrente, conviene dar a conocer el criterio que tuvo el Tribunal para desechar la declaración del testigo Pedro Barrera. Sobre el particular el sentenciador motivó su decisión en esta forma:

"Aunque el Tribunal observa que, de acuerdo con la declaración del señor ex-administrador de la empresa Transportes Bolívar señor Pedro Barrera (fl. 237 y siguientes) —allegada al proceso con posterioridad al fallo de primera instancia— habría suficiente motivo para considerar que el contrato de trabajo entre Lasso y la Empresa podría tener su punto de iniciación desde el 15 de enero de 1947, sin embargo no es procedente retrotraerlo a tal fecha, por la sencilla razón de que el apoderado del actor tácitamente aceptó como punto de partida de la duración del contrato entre su patrocinado y la Empresa, la fecha señalada por el a-quo ya que ninguna observación sobre el particular hizo en su alegación de segunda instancia. De este modo, debe aceptarse como fecha inicial del contrato, la determinada por el señor Juez del conocimiento en el fallo que se revisa, vale decir, desde el mes de abril del año de 1948".

De manera, pues, que al relacionar lo expresado por el impugnador con lo dicho por el Tribunal, se aprecia que no es exacto que este último no hubiese tenido en cuenta el testimonio de Barrera. No, por el contrario, lo consideró. Lo que ocu-

rre es que ante ciertas circunstancias especiales que rodearon la apelación, no lo estimó adecuado para alterar lo resuelto por el a-quo.

Por otro lado, es cierto que la interposición del recurso de apelación abre la posibilidad de que el Superior, al resolverlo, reconozca peticiones no acogidas por el inferior o acogidas parcialmente. Sin embargo, este criterio general que inspira el recurso de alzada, experimenta restricción cuando el propio apelante circunscribe el alcance del recurso, ya que dentro de las características de éste es la parte interesada la que lo interpone y la que le puede fijar su extensión en virtud de estar instituído en su exclusivo beneficio Esto último es lo que ha sucedido en el sub-lite, puesto que al sustentar la apelación el recurrente en forma precisa e indubitable la delimitó, según se desprende de estas palabras:

"Solo en cuanto a este último punto de la indemnización por falta de pago es el motivo de la apelación que vengo a sustentar. El señor Juez del Trabajo muy acertadamente concluye que en este caso es de clara aplicación la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo 'desde la terminación del contrato hasta la fecha de esta sentencia' ".

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala no ha encontrado configurado el error de hecho alegado por el recurrente. El cargo no prospera.

TERCER CARGO

Se presenta y desarrolla en estos términos:

"La sentencia acusada (aparte f del numeral 1º de la parte resolutiva), viola por interpretación errónea, vía directa, el precepto sustantivo de orden nacional contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, infracción que condujo al Tribunal Superior de Tunja a dejar de aplicarlo en toda la extensión temporal de su mandato".

"En efecto: Por disposición del artículo 65 del Código Sustantivo el patrono se halla en la obligación de pagar a su trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, la totalidad de los salarios y prestaciones debidos, 'salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes' ".

"Del análisis desprevenido de la citada disposición se deriva que el legislador ha querido sancionar con una pena moratoria al patrono que sin estar facultado por la ley, no cumpla con la obligación allí prevista. Tal pena pecuniaria consiste en 'una suma igual al último salario diario por cada día de retardo'. Consecuencialmente, la sanción, comúnmente denominada "salarios caídos", opera por regla general, desde la terminación de la relación de trabajo hasta que el patrono efectúe el pago de los salarios y prestaciones debidas al trabajador".

"En el caso sub-judice, el Tribunal, al confirmar el fallo de primera instancia, dió por demostrado, por estarlo, que entre la empresa demandada y Pedro A. Lasso existió un contrato de trabajo (fl. 6, cuaderno Nº 4); Que el sueldo promedio mensual fué de $719.11, o sea, $23.97 diarios (fls. 18 a 21, Cuaderno Nº 4); que el tiempo de servicio del trabajador se extendió desde el 1º de abril de 1948 hasta el día 10 de septiembre de 1955 en que Lasso fue despedido de la empresa, sin causa justificativa alguna. Igualmente da por demostrado que la empresa demandada no pagó al trabajador el valor de las prestaciones sociales y parte de los salarios que legalmente le correspondían, sin que la demandada pudiera asumir actitud alguna que la exonerara legalmente del pago de la indemnización por mora establecida por el artículo 65 de la obra citada (fls. 26, 27, 28 y 29, Cuaderno Nº 4).

"En síntesis, —dice el Tribunal— siendo indiscutible la existencia de un contrato de trabajo entre la empresa y el actor se configura una verdadera mala fé patronal al pretender discutir lo indiscutible y la sanción por salarios caídos es inevitable (página 28, cuaderno Nº 4).

"Sin embargo, el H. Tribunal, en el fallo acusado, solo hace operante la sanción moratoria desde la terminación del contrato de trabajo (10 de septiembre de 1955) hasta el momento del fallo de primera instancia (2 de Octubre de 1957), acogiendo por este aspecto el fallo de primera instancia.

"El Tribunal limita la sanción moratoria prevista en la norma citada, hasta el momento del fallo de primera instancia por motivos de equidad en las relaciones obrero-patronales, y con fundamento en la finalidad primordial de la legislación social establecida en el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera.

Esta Sala, en reciente fallo, rectificó el equivocado entendimiento que el sentenciador tiene del artículo 65 del CST y que en términos generales es el mismo que destaca el recurrente en el cargo que se examina. En aquella decisión de la Corte se dijo lo siguiente:

"La indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones debidos al trabajador, que al patrono impone la previsión legal transcrita, señala con claridad estos dos extremos: fecha en que la indemnización comienza y fecha en que la obligación se extingue, indicando, como hecho determinante de este último fenómeno, el de la solución de las deudas pendientes.

"Con referencia al punto final de la mora, el Tribunal señala la fecha de la sentencia de primer grado, o sea el 5 de septiembre de 1957, no aquella en que el patrono cancela la obligación que el sentenciador halló insoluta, esto es, la cesantía, como lo dispone el precepto legal en examen. El único fundamento para ordenar tal limitación es la equidad en las relaciones obrero-patronales, la cual deduce de lo preceptuado en el artículo 1º del C. del T.

"Oponer la equidad, con base en el artículo 1º del C. del T. al artículo 65 ibidem, como lo hace el Tribunal, para no aplicarlo en su integridad, es tanto como afirmar que es inequitativo, y ello, en principio, no es predicable de los mandatos del legislador, cuya voluntad debe suponerse inspirada en la justicia distributiva y el bien común. Si de un lado el artículo 65 impone al patrono una sanción ciertamente drástica, de otro, el mismo ordenamiento en su inciso segundo señala un instrumento adecuado para ponerle término, y es el de la consignación del monto de la deuda ante la autoridad que el precepto indica, en caso de desacuerdo entre las partes sobre el importe de la obligación, o en el evento de que el trabajador se niegue a recibir lo que el patrono le ofrece. La sentencia acusada admite que, por ese medio, habría podido el patrono librarse de la sanción indemnizatoria por mora, y como así no lo hizo, agrega, se halla inexorablemente sujeto a la sanción al tenor de lo establecido en el citado artículo 65. Resulta por tanto, extraño que, habiendo aceptado el fallador la aplicación al caso de autos de la referida disposición legal, no la haga producir sus efectos, limitándolos en el tiempo.

"Con referencia a la tesis que sustenta el Tribunal, esta Sala de la Corte al decidir el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, proferido por el mismo sentenciador de este pleito en el juicio de Mercedes Rodríguez contra Juan B. Pérez, dijo, en fallo de 22 de abril de 1958, lo que a continuación se transcribe:

"Cuando el legislador le asignó al Código por finalidad primordial "lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social", esbozó tanto una pauta interpretativa de la ley del trabajo (artículo 18) como un vasto prospecto de las hipótesis en él contenidas, o más exactamente ,una última ratio de sus disposiciones, de suerte que en todas y en cada una de ellas existe, como presupuesto, el desideratum ya manifestado de la coordinación económica y equilibrio social..." "Todas las normas sobre salarios, prestaciones, deberes y derechos obrero-patronales, y sanciones, están rigurosamente apoyadas sobre el gran objetivo económico-social de armonía y equilibrio anhelados por el legislador al emitir el Código.

"Tal así la sanción establecida para el patrono renuente a pagar las prestaciones que consagra el artículo 65 del C. del T. Ella es un reflejo de las nociones anteriores, y su rigor, atemperado por la jurisprudencia para que su aplicación solo proceda en caso de temeridad y manifiesta mala fé, cumple la doble misión de atender a la tutela de la precaria economía obrera en frente de los abusos patronales (coordinando los extremos económicamente disparejos de la relación empleado-empleador) y la de salvaguardiar la armonía social evitando, en lo posible, como amenaza para el patrono temerario e injusto, situaciones alarmantes que conducirían a colisiones imprevisibles de contienda clasista..." El patrono que se hizo injustamente renuente al pago oportuno debe arrostrar las secuelas de su actitud temeraria, pues su falta a los propósitos de la ley es de suyo más grave y dañosa para la armonía social que los efectos adversos que de la misma se deducen contra quien la comete... (G. J. T. 87 p. 842)."

"La doctrina inserta, que la Sala reitera, fija el significado del artículo 1º del C. del T. Según sus términos, no hay oposición sino armonía entre lo que él dispone y lo previsto en el artículo 65, como la hay también entre aquel mandato rector en cuanto fija un criterio de interpretación de la ley del trabajo y todas las normas que a ella pertenecen.

"Por lo expuesto, la sentencia acusada viola, por el concepto que señala el recurrente, el artículo 65, inciso 1º del C. del T., en cuanto limita la sanción indemnizatoria por mora hasta la fecha de la sentencia de primer grado, en lugar de haberla extendido, como lo manda el precepto, hasta cuando la sociedad deudora efectúe el pago de la cesantía, a cuya satisfacción fué renuente. En consecuencia, prospera el cargo, por lo cual la Corte casará la sentencia para reformarla en el sentido

que ha dejado explicado". (Sentencia de fecha 30 de agosto de 1960. Juicio seguido por Alejandrina Sáenz viuda de González y otros contra le Empresa "Tax Tunja, Limitada". (G. J. XCIII, 542).

Como se ve, es idéntico el problema jurídico resuelto en el fallo cuyos pasajes pertinentes se han transcrito, al que se contempla en el caso de autos. Por lo mismo, la Sala reitera la doctrina allí consagrada y la aplica al **sub-lite.**

Por las razones anteriores, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia impugnada en cuanto limitó temporalmente la indemnización moratoria.

De conformidad con el artículo 538 del C. J. y en vista de que el Cuarto Cargo persigue la misma finalidad del que se acaba de examinar, que prospera, la Sala se abstiene de considerar el último cargo.

DEMANDA DE LA EMPRESA.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Se fija así:

"Formulo esta demanda de casación a fin de que la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—, CASE PARCIALMENTE LA SENTENCIA, proferida por el Tribunal Superior —Sala Laboral— de Tunja, con fecha 27 de marzo de 1958, en cuanto mediante la misma se condenó a Transportes Bolívar S. A. a pagar a Pedro A. Lasso:

"1. Auxilio de cesantía y "salarios caídos" o indemnización por falta de pago, con base en un salario superior al demostrado.

"2. Vacaciones y Primas de Servicio, con base en un salario en cuantía superior al establecido en autos, y sin tener en cuenta, en su alcance legal, la excepción perentoria de prescripción oportunamente alegada.

"3. Dominicales y días festivos, sin que se hubiera probado el trabajo del demandante en tales días.

"4. Salarios insolutos, que no se causaron"

El recurrente aduce la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y formula cuatro cargos señalándole al segundo el carácter de subsidiario del primero.

PRIMER CARGO.

Se enuncia en esta forma:

"Acuso la sentencia recurrida por infracción indirecta de los preceptos de ley sustantiva nacional contenidos en los artículos 127, 249, 186, 189, 199, 179, 65 y 306 del C. S. del T., por aplicación indebida en que incurrió el sentenciador a consecuencia del error de hecho, en la apreciación de algunos papeles allegados al expediente, como documentos de carácter probatorio".

"Tales papeles son los visibles a fls. 29 a 119 del primer cuaderno del expediente".

"El Tribunal apreció erróneamente tales "documentos", y el error de hecho ostensible consiste en haber tenido como prueba del salario esos papeles....."

SEGUNDO CARGO: **(subsidiario del anterior)**

Se expone así:

"Acuso la sentencia impugnada por violación de los artículos 127, 249, 186, 189, 192, 179, 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, en que incurrió el sentenciador como consecuencia de la interpretación errónea (infracción de medio), de los preceptos de ley sustantiva de carácter nacional contenidos en los artículos 1757, 1761 y 1763 del Código Civil, y el artículo 637 en armonía con el 654 del Código Judicial, que lo llevó a tener por probado el salario que deduce para el actor, con un medio de prueba no consagrado en la ley. En efecto, el artículo 1757, enumera en forma expresa y taxativa, los únicos medios de prueba válidos para probar, por quien las alega, las obligaciones o su extinción. Esos medios son los instrumentos públicos y privados, los testimonios, las presunciones, la confesión de parte, el juramento deferido, y la inspección personal del Juez o Prefecto. Ya se demostró, en el primer cargo de esta demanda, que los papeles que obran a folios 29 a 119 del primer cuaderno del expediente, no tienen el carácter de documentos privados, en relación con la Empresa demandada..."

Se consideran los cargos.

Estima la Sala que las dos acusaciones anteriores pueden ser estudiadas en conjunto, ya que aunque contienen diferente concepto de infracción legal ambas señalan las mismas pruebas como erróneamente apreciadas y presentan igual deficiencia en su formulación, como en seguida se verá.

Ante todo, conviene destacar que el sentenciador para establecer la realidad del contrato de trabajo que vinculó a las partes y que desconoció la demandada, efectuó un pormenorizado y detenido examen de todos los testimonios, correspondencia

y posiciones allegados al proceso, lo que le permitió, en lo relativo al salario del demandante, expresar lo siguiente:

"En el caso de autos son abundantes los medios probatorios demostrativos de la cuantía del salario devengado por el señor Lasso como quedó establecido anteriormente, cuantía que de acuerdo con la Ley y el concepto extensivo de lo que debe entenderse por salario según lo consagran las mismas normas sustantivas, abarca no solamente la remuneración fija u ordinaria, sino los porcentajes sobre ventas. En efecto, se halla suficientemente demostrado que el señor Pedro A. Lasso devengó un salario fijo equivalente a la suma de OCHENTA PESOS ($ 80.00), más una sobrerremuneración o porcentaje, equivalente al diez por ciento (10%) sobre el valor de las planillas de pasajeros o venta diaria de tiquetes.

"De acuerdo con lo anterior, resulta plenamente ajustado a la realidad procesal el cómputo del salario base de liquidación de cesantía y demás prestaciones e indemnizaciones hecho por el funcionario de instancia en su fallo recurrido, como en seguida se verá".

De manera, pues, que del pasaje transcrito del fallo acusado se aprecia con gran claridad que el Tribunal para fijar el monto del salario de Lasso no sólo tuvo en consideración los papeles a que se refiere el impugnador sino prácticamente todos los elementos de convicción aportados al juicio. Como el recurrente no ha referido su ataque a esos otros soportes de la sentencia impugnada, ellos han quedado intactos y, por lo mismo, sirviéndoles de apoyo, lo que hace resaltar la formulación incompleta del cargo.

Por lo expuesto, los cargos no prosperan.

TERCER CARGO.

Lo enuncia el recurrente así:

"Acuso la sentencia recurrida, por violación de los artículos 186, 189, 192, 179, y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida en que incurrió el Tribunal como consecuencia de interpretación errónea (infracción de medio) del precepto sustantivo de carácter nacional consagrado en el artículo 488 del C. Sustantivo del Trabajo y en el artículo 2535 en armonía con el inciso final del artículo 2539 del Código Civil..."

Luego añade: "Ahora bien, la demanda que Pedro A. Lasso presentó contra Transportes Bolívar S. A. ante el Juzgado del Trabajo de Tunja fué notificada legalmente al Gerente de Transportes Bolívar S. A., en Bogotá, por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, en virtud de despacho comisorio que para tal efecto le libró el Juzgado de Tunja, el DIA DIEZ Y OCHO (18) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE (1957), como puede verse a folio 146 del primer cuaderno del expediente. Lo cual significa que sólo este día el demandante Pedro A. Lasso interrumpió la prescripción que le venía corriendo desde la "terminación" de su llamado "Contrato de Trabajo" para la cesantía, y desde mucho antes para las demás prestaciones y derechos, en virtud de la demanda judicial, por él presentada el 26 de abril de 1957 ante el Juzgado de Tunja..."

Y remata la acusación en estos términos:

"Ahora bien, el Tribunal aplicó indebidamente, violándolos indirectamente, los artículos 186, 189, 192, 179 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de la interpretación errónea (infracción de medio) de los artículos 488 del C. Sustantivo del Trabajo, y 2335 en armonía con el inciso final del 2539 del Código Civil, porque al fijar el término de los tres años para la prescripción, lo contó a partir de la terminación del contrato de trabajo que dice el actor lo vinculó a la Empresa, o sea desde el 10 de septiembre de 1955 hacia atrás, hasta el 10 de septiembre de 1952, sin caer en cuenta que por no haber presentado el actor la demanda y notificado la misma a la Empresa demandada hasta el DIEZ Y OCHO (18) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA y SIETE (1957), hasta esta fecha, le corrió la prescripción. Y así incurrió en el ostensible error de hecho, de condenar a la parte demandadá al pago de vacaciones, primas de servicio, y dominicales y festivos desde el 10 de septiembre de 1952 en adelante, cuando sólo era procedente hacerlo dèsde el 18 de mayo de 1954 en adelante".

Se considera.

En primer lugar, observa la Sala que el recurrente se limita a impugnar parcialmente la sentencia del Tribunal en cuanto aplicó la prescripción de las vacaciones, prima de servicios y festivos trabajados del año de 1955 hacia atrás cuando ha debido contar dicho tiempo desde la notificación de la demanda, en 1957. Así planteada la acusación, se aprecia que el impugnador reconoce que siempre quedan pendientes períodos de servicios correspondientes a esos derechos, como serían los del año de 1955, no afectados por la prescripción. De manera, pues, que esta sola consideración justifica sobradamente la condena por salarios moratorios, no impugnada por el libelista.

Además, considera la Sala que aunque expresamente el Tribunal no lo dice, la fecha que se infiere tomó como base para el cómputo de la prescripción de los derechos aludidos en el cargo, fué el 10 de septiembre de 1955 porque no solamente es la fecha en que se ha dicho que finalizó la relación laboral sino porque también es el día en que aparece suscrita el Acta de entrega de la Agencia manejada por Lasso y en la que éste expone su reclamo por los salarios adeudados y manifiesta que no se le han pagado sus prestaciones sociales, con lo cual se interrumpe la prescripción, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 489 del CST. y 151 del CPL., ya que el "simple reclamo escrito" del trabajador tiene esa virtud.

Por lo demás, la forma de presentación del cargo indica que no puede prosperar. En efecto, en él se habla de aplicación indebida (violación indirecta) e interpretación errónea de ciertos textos legales que condujeron al sentenciador a un ostensible error de hecho. Este planteamiento del recurrente le resta toda eficacia a la acusación puesto que pugna con la técnica del recurso, ya que la jurisprudencia laboral ha definido ampliamente que tales formas o modalidades de infracción legal son incompatibles y que la interpretación errónea de la ley debe proponerse al margen de situaciones de hecho debatidas en el juicio.

Lo anotado es suficiente para que la Sala considere que el cargo carece de mérito para invalidar el fallo acusado. Por lo mismo, no prospera.

CUARTO CARGO.

Se presenta de este modo:

"Acuso la sentencia recurrida por violación indirecta de los artículos: 179 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida como consecuencia de errores de hecho ostensibles en la apreciación de las pruebas allegadas a los autos".

En seguida el recurrente singulariza los testimonios y las posiciones que le sirven de base para sostener el error de hecho. Sostiene que de tales pruebas no puede deducirse que Lasso hubiese trabajado todos y cada uno de los domingos y festivos del año.

Se considera.

De ninguna manera la Sala halla configurado el ostensible error de apreciación probatorio que propugna el recurrente. La motivación del sentenciador para haber decretado la condena por compensación de dominicales y festivos trabajados está expuesta en esta forma:

Primeramente, el Tribunal reproduce la pregunta y respuesta de las posiciones absueltas por el Gerente de la empresa demandada, que son de este tenor:

"6º Si es cierto, sí o no, que el señor Lasso debía abrir la Agencia todos los días, inclusive los domingos y días feriados, para atender la llegada de los buses y demás vehículos de la sociedad de Transportes Bolívar y para despachar y recibir encomiendas, carga, etc. y vender los tiquetes? CONTESTO: **"Sí es cierto y aclaro: con relación a pasajes él abría porque se beneficiaba directamente con el porcentaje de los buses afiliados a la Empresa.** Con relación a carga no es cierto que trabajaba los días domingos ni feriados ya que su compromiso era trabajar en los días ordinarios y si lo hacía era asunto de él. "Leída la aprobó"."

Luego hace el siguiente comentario:

"Por lo anteriormente dicho, la Sala cree innecesario hacer las transcripciones de los apartes pertinentes de las declaraciones rendidas durante el curso de las dos instancias sobre el trabajo de Lasso en días feriados y dominicales, no sin dejar expresa constancia de que el haz probatorio que obra en autos, le han llevado a la convicción de que el actor laboró ininterrumpidamente durante los días festivos y dominicales, sin tener descanso compensatorio remunerado (Artículo 175 del C. S. del T.)."

"En consecuencia, procede a juicio del Tribunal, hacer una condenación por este concepto, ello sí, limitándola a un lapso de tres años, lapso de la prescripción trienal establecida por el Estatuto Sustantivo del Trabajo..."

Como se ve, la fundamentación del ad-quem es razonada y le dá el mérito que merece a la confesión del representante de la empresa, ya que éste es categórico en su respuesta.

Ahora bien, la distinción que el Gerente agrega relativa a que Lasso abría la Agencia para atender lo atinente a pasajes pero no a la carga, no le disminuye valor al hecho principal reconocido, esto es, que abría "todos los días, inclusive los domingos y días feriados", pues dicha actividad constituye trabajo y función propia de las obligaciones de Lasso como Agente de la empresa transportadora. Además, el hecho aceptado por el Gerente de la demandada, tiene una amplia corroboración en diversas declaraciones de los testigos que figuran en autos. Es cierto que la prueba del trabajo ejecutado en días domingos y festivos por lo general es de difícil obtención, pero cuando ella

tiene tan manifiesto respaldo, como en el caso sub-lite, a través de la confesión transcrita que coincide con los testimonios de varios deponentes, de ningún modo puede aceptarse que el Tribunal hubiese incurrido en el evidente error de hecho que alega el impugnador.

Por consiguiente, de la apreciación del ad-quem de las pruebas singularizadas por el recurrente, no emerge el error de valoración probatoria propuesto en el cargo. La acusación, pues, no prospera.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de fecha 27 de marzo de 1958, proferida por el Tribunal Superior de Tunja —Sala Laboral—, en cuanto a su parte resolutiva limitó la condena por salarios moratorios hasta la fecha del fallo de primera instancia, o sea, el 2 de octubre de 1957, y, obrando como Tribunal de instancia, reforma la decisión del a-quo por el mismo concepto y, en su lugar, condena a la sociedad demandada a pagar a Pedro A. Lasso los salarios indemnizatorios del artículo 65 del C.S.T., desde el 10 de septiembre de 1955 hasta el día en que sea cancelado el valor de los salarios y prestaciones sociales reconocidos en el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

1.—Si la demanda principal alcanza la cuantía requerida por la ley para que el asunto sea susceptible de casación y la de reconvención no, el recurso sólo es procedente respecto de aquella parte de la sentencia que resuelve sobre la demanda principal.

2.—Conforme a los principios que rigen la estimación probatoria en materia laboral, el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas sin sujeción a tarifa legal.

3.—Bien puede ocurrir que la prueba en que se funde la sentencia acusada en casación ofrezca dudas. Precisamente, si la cuestión de hecho es dudosa, ello es bastante para que no pueda declararse por la Corte el error evidente de hecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

William Trespalacios Uribe, por medio de apoderado, demandó a Rodrigo Vélez Lotero para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se le condenase a pagarle las sumas de dinero que resultaren demostradas por los conceptos de cesantía, vacaciones, "presuntivo", prima de servicios e indemnización moratoria. En subsidio de la condena por lo que llama "presuntivo", pide la correspondiente "por preaviso".

Para fundamentar la acción, relató los siguientes hechos:

"1º El señor William Trespalacios Uribe trabajó al servicio del señor Rodrigo Vélez Lotero, vinculado por contrato verbal de trabajo, desde el 30 de junio de 1954 hasta el 28 de diciembre de 1956.

"2º Desempeñó Trespalacios Uribe el oficio de contador del señor Vélez Lotero, negociante en ganados de esta ciudad de Medellín.

"3º La labor del demandante se cumplía todos los miércoles de cada semana, en jornada que se iniciaba a las 9 de la mañana y terminaba a las 11 de la noche.

"4º Los últimos 6 meses de labores estuvo Trespalacios Uribe en forma permanente y de manera exclusiva al servicio de Vélez Lotero.

"5º Como remuneración por su trabajo el actor Trespalacios Uribe devengó un sueldo último de $ 600.00 mensuales, que se le pagaban por mensualidades vencidas.

"6º El contrato de trabajo celebrado entre el demandante y Vélez Lotero fue verbal y por tiempo indeterminado.

"7º El día 28 de noviembre de 1956 Rodrigo Vélez Lotero despidió de su trabajo a mi mandante señor Trespalacios Uribe, sin causa justa y sin aviso previo.

"8º Desde el mismo día del despido Trespalacios Uribe le ha venido cobrando al señor Vélez Lotero los conceptos demandados y no ha querido pagárselos.

"9º Trespalacios Uribe nunca tuvo vacaciones, ni recibió primas de servicio, ni se le ha reconocido cesantía".

Como fundamentos de derecho, invocó los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 45, 47, 49, 63, 64, 65, 186 a 192, 249, 253, 306 y demás disposiciones pertinentes del CST. Los Decretos 616 de 1954. En cuanto a procedimiento, el decreto 2158 de 1948.

El demandado se opuso a las peticiones de la demanda. En lo referente a cesantía dijo que sólo le adeuda la correspondiente a ocho meses de servicio, que no ha pagado "porque el actor no ha querido reconocer al demandado el derecho a com-

pensar o descontar la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150.00)" que Trespalacios había retirado en forma abusiva a buena cuenta de salarios, por trabajo que no prestó, "por haber abandonado el puesto antes de terminar el contrato". Adujo otras razones para justificar su oposición a las demás peticiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó como ciertos el tercero y el sexto; negó los demás.

Al propio tiempo, Rodrigo Vélez Lotero formuló demanda de reconvención contra William Trespalacios Uribe para que éste fuese condenado a pagarle la suma de $ 600.00. Como fundamentos de hecho dijo que William Trespalacios trabajó a su servicio, como su colaborador en la plaza de ferias de Medellín; que en virtud del contrato de trabajo, Trespalacios recibía dinero y disfrutaba de algunas consideraciones y pprerrogativas. Que "cuando se terminó el vínculo laboral, Trespalacios había retirado de los dineros que le confió Vélez, la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150.00), a cuenta de salarios, sin que hubiera trabajado, pues se retiró en estado de embriaguez y no volvió a prestar el servicio que se había obligado a prestar". Que por cuenta de salarios le había prestado antes de su retiro la suma de $ 30.00 que tampoco le reintegró. Que le quedó a deber $ 20.00 "valor de carnes que el patrono le suministró a cuenta de primas de servicio". Que fue fiador de la esposa del trabajador, para responder por los arrendamientos y pago de servicios de la casa que Trespalacios ocupó con su familia. Que por razón de esa fianza tuvo que pagar a la agencia de "Garcés y Monsalve" arrendadora del inmueble, $ 400.00 por concepto de arrendamientos, servicios y gastos del "lanzamiento".

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 1º y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, y los artículos 25 y 75 del Decreto 2158 de 1948, para el procedimiento.

El reconvenido Trespalacios Uribe, se opuso a las peticiones de la contrademanda y propuso las excepciones de "ilegitimidad de personería, tanto adjetiva como sustantiva de la parte demandante"; "petición de modo indebido y antes de tiempo"; "inexistencia de las obligaciones demandadas y extinción de las mismas si alguna vez existieron"; "carencia de acción, pues se ha dirigido contra persona distinta a la obligada" y la de "declinatoria de jurisdicción", por estimar que los derechos perseguidos por Vélez Lotero se originan en contratos puramente civiles, de competencia de la justicia ordinaria y no de la laboral.

Tramitada la controversia, el Juez Tercero del Trabajo de Medellín, con fecha 25 de abril de 1957 profirió sentencia, en la que dispuso lo siguiente:

"DEMANDA PRINCIPAL:

"Condénase al señor RODRIGO VELEZ LOTERO a pagar al señor WILLIAM TRESPALACIOS URIBE las sumas de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS ($ 433.33) por cesantía, y TRESCIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($ 319.40) por prima de servicios. Se le absuelve de los otros cargos que le fueron formulados.

"DEMANDA DE RECONVENCION:

"1º Condénase al señor WILLIAM TRESPALACIOS URIBE a pagar al señor RODRIGO VELEZ LOTERO la suma de TREINTA PESOS ($ 30.00) que le resta por préstamo que el patrono le hizo con ocasión del trabajo que ejecutaba y se absuelve al demandado del cargo relativo a la suma de CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 150.00) que el actor alega que recibió a cuenta de salarios sin prestar el servicio correspondiente.

"2º Se declara configurada la excepción de declinatoria de jurisdicción en relación con las otras peticiones contenidas en el libelo de reconvención".

Recurrida en apelación la sentencia del Juzgado por los apoderados de ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en fallo de fecha 15 de mayo de 1957 confirmó el fallo de primer grado "en cuanto a la solución dada a la demanda de reconvención, y en cuanto condena, dentro de la demanda principal, a auxilio de cesantía y a prima de servicios, con la REFORMA de que las sumas a pagar por estos conceptos son las siguientes: novecientos pesos ($ 90.00) por concepto de cesantía y setecientos pesos ($ 700.00) por concepto de prima de servicios; y en cuanto absuelve por concepto de indemnización por despido, también dentro de la demanda principal; y REVOCA en cuanto absuelve, dentro de la demanda principal por concepto de vacaciones e indemnización por mora, en cuyo lugar CONDENA A VELEZ LOTERO a pagar a TRESPALACIOS URIBE lo siguiente: trescientos pesos ($ 300.00) por concepto de vacaciones y mil trescientos pesos ($ 1.300.00) a título de indemnización por mora".

Corresponde a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal por el mandatario de la parte demandada, recurso que ha sido sustentado mediante la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

El recurso.

Alcance de la impugnación. Al finalizar la demanda, el recurrente declara el alcance de la impugnación, de la manera siguiente: "Como consecuencia de todo lo anterior, pido que en guarda de la unidad jurisprudencial nacional del trabajo, infirméis el expresado fallo y decidáis sobre lo principal del pleito, según las pretensiones consignadas por Rodrigo Vélez Lotero en la contestación de la demanda principal y en la demanda de reconvención".

En relación con el anterior petitum, observa la Corte que la pretensión del impugnador para que se revise la sentencia del Tribunal en la parte que decidió la demanda de reconvención propuesta por el demandado y recurrente Rodrigo Vélez Lotero es a todas luces improcedente, porque dicho fallo, en esta parte, no es materia del presente recurso.

En efecto, en el caso sub-judice existen dos demandas, la principal y la de reconvención, que son distintas e independientes entre sí, aunque por principios de economía procesal se hayan tramitado bajo una misma cuerda y decidido en una misma sentencia. En lo que respecta a la de reconvención el valor de la condena pedida por Vélez Lotero contra William Trespalacios, fue el de la suma de $ 600.00, cantidad ésta muy inferior al mínimo de $ 4.000.00 requerido por la ley para que el asunto sea susceptible de casación. Así lo entendió el propio recurrente cuando en su escrito de fecha 24 de mayo de 1957 (f. 48) únicamente hizo referencia a la cuantía de la demanda principal y no a la de reconvención, para apoyar su petición de que se le concediese el recurso interpuesto. Es más, el Tribunal para concederlo hizo uso de la facultad que le otorga el artículo 92 del Código de Procedimiento del Trabajo al disponer que se estimase pericialmente la cuantía por considerar que había verdadero motivo de duda. Ella solo podía referirse a la cuantía de la demanda principal, pues por lo que hace a la de reconvención ninguna incertidumbre podía existir ya que los derechos reclamados se fijaron por el demandante en la cantidad de $ 600.00. El perito al cumplir su cometido sólo tuvo en cuenta el valor de los derechos controvertidos en la demanda principal y el Tribunal, para conceder el recurso, se apoyó en la estimación pericial. Si las razones anteriores no fuesen suficientes para desestimar la demanda de casación en cuanto la impugnación de la sentencia recurrida se refiere a lo decidido sobre la demanda de reconvención, basta agregar que aun en el supuesto de que el recurso de casación se hubiese interpuesto y concedido sin limitación alguna y que de la misma manera se hubiese admitido, tales decisiones no ligarían a la Sala, ni serían obstáculo para rectificar en esta oportunidad el error que se hubiese cometido, ya que la competencia de la Corte para decidir en casación está regulada no solo por razón de la materia y de la naturaleza de los negocios, sino también por la cuantía de los mismos Si el asunto no tiene la cuantía que requiere la ley, la sentencia no será susceptible del recurso.

LA ACUSACION

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo acusa la sentencia "por aplicación indebida de los artículos 65, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, ocurrencia que tuvo lugar en forma indirecta, como consecuencia de errores evidentes de hecho según se detalló en los literales e) e i) de este escrito; por transgresión directa del artículo 55 del expresado Código, que dejó de aplicarse debiendo hacerlo, de la manera que se indicó en el literal n) del mismo memorial; y por aplicación indebida del artículo 65 del mismo estatuto, según detalle consignado en el literal q)".

Formula cuatro cargos. La Corte estudiará únicamente y en forma conjunta los cargos primero, segundo y cuarto por referirse a un mismo concepto de infracción de la ley y por la íntima relación que entre ellos existe.

Por lo que hace al tercer cargo que impugna la sentencia en cuanto ésta decidió sobre la demanda de reconvención, la Sala lo considera inestimable, pues como se dejó analizado al hacer el examen del alcance de la impugnación, el recurso sólo es procedente en cuanto la sentencia del Tribunal decidió sobre el contenido de la demanda principal.

CARGOS PRIMERO, SEGUNDO Y CUARTO.

En el primero, acusa la sentencia de violar por aplicación indebida, los artículos 249, 306 y 186 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de manifiesto error de hecho en que in-

currió el Tribunal al apoyar su decisión únicamente en el testimonio de Luis Eduardo Rico y producir la condena por prestaciones sociales tomando como tiempo de servicio efectivo el período de un año y medio, siendo así que las pruebas aducidas sólo demuestran el trabajo durante ocho meses. Agrega que éste fue el servicio aceptado por el demandado y que "su confesión aparece corroborada por los testimonios de Antonio Castaño y Alejandro Cadavid", ganaderos de profesión que concurrieron desde varios años atrás a la plaza de ferias en donde Trespalacios dijo haber laborado. Hace una crítica de la declaración del testigo Rico para concluír que ella resulta en desacuerdo con la demanda pues en ella se afirma que el tiempo servido fue "desde el 30 de julio de 1954 hasta el 28 de noviembre de 1956, lo que da un lapso que no llega a 17 meses". Manifiesta que conforme al mandato del artículo 696 del C. J., la sola declaración de un testigo no forma plena prueba y sólo constituye una presunción más o menos atendible. Que, en cambio, el artículo 697 ibidem dispone que el dicho de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, forman plena prueba. Concluye que de acuerdo con las normas invocadas no puede dársele mayor valor a un indicio que a lo que constituye una plena prueba.

Segundo Cargo.

En él acusa la sentencia de violar, en forma indirecta y por aplicación indebida el inciso primero del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque para que pueda aplicarse dicha norma debe previamente establecerse plenamente la fecha de la desvinculación o terminación del contrato, lo mismo que el lapso de duración de la mora, pues que de otra forma no puede fundamentarse una liquidación justa. Que de acuerdo con la sentencia se deduce que en ella se admitió como iniciación del contrato el día 30 de junio de 1954 y que como condenó al pago de prestaciones por año y medio, "debe entenderse que cogió el tiempo corrido de tal fecha hasta el 31 de diciembre de 1956". Que el Tribunal se equivocó, en consecuencia, cuando liquidó las prestaciones hasta el 31 de diciembre, o se equivocó cuando liquidó los llamados salarios caídos desde el día 28 de noviembre de 1956.

Cuarto cargo.— En este también acusa la sentencia de haber aplicado indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo "porque aún en el caso de que el trabajador hubiera demostrado el tiempo de la mora, cosa que no ocurrió como se dió en el segundo cargo, no era dable aplicarlo, porque entre el patrono y el trabajador existían obligaciones mutuas ilíquidas, que si no se liquidaron oportunamente, fue por obra de Trespalacios, y que si en ello intervino mala fe, debe imputarse a éste". En la sustentación dice que la mala fe de Trespalacios se hizo manifiesta desde la contestación que dió a la demanda de reconvención, oportunidad en que negó todos los hechos, que más tarde tuvo que confesar en posiciones. Que en cambio la buena fe de Vélez aparece clara a través de todos los elementos que militan en el juicio, pues desde la contestación de la demanda principal expresó su creencia de que estaba exento de la sanción prevista por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo puesto que si existían prestaciones mutuas entre las partes, por liquidar, sin que a ello se prestara el trabajador, ello constituía un inconveniente para que el patrono pudiera determinar cuál sería el monto de lo debido y que al mismo tiempo constituía un impedimento para efectuar el pago y también para consignar lo debido.

Se considera:

Como acertadamente se expresa en el fallo, en el presente caso no se discute la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. La discrepancia está referida únicamente a su modalidad de tiempo servido, por no existir acuerdo en cuanto a la iniciación de la relación contractual-laboral. El Juzgado estimó en 8 meses dicho término, con base en la confesión del demandado. El Tribunal lo modificó, para fijarlo en un año y medio, con apoyo en la declaración del testigo Luis Eduardo Rico (f. 30). Con referencia a este testimonio, el **ad-quem** después de hacer un análisis de la declaración, expresa lo siguiente: "el Tribunal concede gran credibilidad al testimonio mencionado, por la espontaneidad y sinceridad de la declaración, ya que el testigo no afirma todos los hechos y admite su ignorancia de muchos de ellos".

Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al estimar que el contrato de trabajo entre las partes tuvo una duración de un año y medio y en su demostración afirma que el término real fue sólo de 8 meses, como resulta de la confesión del demandado y de las declaraciones de los testigos Antonio Castaño y Alejandro Cadavid. Que además la declaración de Luis Eduardo Rico, en cuyo testimonio se apoya

el Tribunal, resulta en desacuerdo con lo expresado sobre este punto por el actor en su demanda y que no debió darse preferencia por el Tribunal al testimonio de Rico desestimando las declaraciones de Castaño y de Cadavid, contrariando así lo previsto por los artículos 696 y 697 del C. J.

La Sala encuentra equivocados los razonamientos del recurrente y no los comparte. En efecto, conforme a los principios que rigen la estimación probatoria en materia laboral, el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas dentro de la facultad que tiene para formar libremente su convencimiento, sin sujeción a una tarifa legal, por lo que puede darle preferencia a cualquiera de las aportadas al juicio, conforme al mandato contenido en el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo. La única obligación al respecto es la de que forme su convicción, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, y que atienda, además, a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Por ello resulta ineficaz la crítica del recurrente al juicio del Tribunal en cuanto éste en la apreciación de las pruebas dio preferencia al testimonio de Luis Eduardo Rico para establecer el tiempo de servicios prestados por el actor. Tampoco resulta que lo admitido por el **ad-quem** en este punto sea contrario a la realidad de los hechos probados, pues las declaraciones de los testigos Antonio Castaño y Alejandro Cadavid, citadas por el recurrente, no arrojan una evidencia indudable acerca del tiempo de servicios prestados por el trabajador y que constituye el hecho por demostrar con estos testimonios. En efecto, Pedro Antonio Castaño R., en su declaración que obra al folio 31, dice que a Trespalacios lo vió trabajando para Rodrigo Vélez en la feria de Medellín, los días miércoles; que cuando lo conoció, no sabe cuanto tiempo llevaría trabajando con Vélez; que a él le dijeron "que hacía poco tiempo que laboraba, pero nada le consta al respecto" y agrega más adelante, "yo a ese muchacho Trespalacios sólo lo conocí como dije hace seis u ocho meses, y sólo desde entonces lo ví trabajando con don Rodrigo. Antes no sé si trabajaba para éste o no". El declarante Alejandro Cadavid, dice: "Al señor Trespalacios lo conocí trabajando los miércoles en la feria para el señor Vélez; el actor recogía unas platas de ganado en la feria los miércoles y en esa forma lo empecé a ver unos seis o siete meses, más o menos, pues yo lo conocía desde unos días antes No se si antes de yo conocerlo, el demandante trabajaba para Vélez". Como fácilmente se aprecia de lo transcrito, ninguno de los declarantes afirma, como dice el recurrente, que Trespalacios sólo hubiese prestado sus servicios al demandado Vélez, durante ocho meses. Por el contrario, ambos son explícitos al manifestar que no les consta desde cuándo el trabajador venía prestando sus servicios al patrono Vélez, a la época en que lo conocieron trabajando en la feria de Medellín. Lo confesado por el demandado al absolver las posiciones que se le formularon dentro del juicio, como apenas es elemental no puede tener la virtualidad de destruír el hecho aceptado por el Tribunal, puesto que debe presumirse en su manifestación el interés en sostener un término inferior al afirmado por el trabajador en su demanda, como duración del servicio. Además, no existen otros elementos probatorios capaces de respaldar la manifestación del demandado sobre este punto, en forma de propiciar su aceptación, pues como ya se vio, los testimonios de Castaño y de Cadavid no lo permiten. No es cierto que la declaración del testigo Luis Eduardo Rico, resulte en desacuerdo con el tiempo afirmado por el actor en la demanda. El error lo comete el recurrente cuando expresa que el tiempo transcurrido entre el 30 de junio de 1954 y el 28 de noviembre de 1956 "no llega a diecisiete meses" por lo que concluye que el Tribunal se equivocó al aceptar un término mayor de duración del contrato, o sea el de un año y medio. Basta hacer bien la cuenta para saber que el tiempo transcurrido entre el 30 de junio de 1954 y el 28 de noviembre de 1956 es el de dos años, cuatro meses y veintiocho días, y no el de diecisiete meses que equivocadamente deduce el impugnador. La Sala no descarta la posibilidad de que el testimonio en que apoya su decisión el Tribunal pueda ofrecer dudas sobre la modalidad del contrato de trabajo, en lo referente al término de su duración. Pero, precisamente si esta cuestión de hecho ofrece dudas, ello es suficiente para que no pueda declararse por la Corte el error evidente de hecho que se imputa al Tribunal, y para que su juicio, en este punto, permanezca intocable en casación, puesto que no existen elementos probatorios que arrojen una evidencia indudable y contraria a las conclusiones a que llegó el **ad-quem.** De allí que no resulte la violación de las normas legales que señala el recurrente en el primer cargo.

En cuanto a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, considera la Sala que no existe duda de que ello acaeció el 28 de noviembre de 1956, como acertadamente lo estimó el Tribunal,

con base no sólo en las declaraciones rendidas por los testigos Castaño y Cadavid, sino principalmente por ser esa fecha la "admitida por ambas partes", tal como resulta del hecho 7º de la demanda del trabajador, y de la manifestación del demandado contenida en el punto 6º del escrito de consignación que obra a folio 6 del cuaderno principal. Esto se reafirma con el cuestionario del pliego de posiciones que por conducto de su apoderado formuló el demandado Rodrigo Vélez Lotero al demandante Trespalacios, especialmente con el contenido de las preguntas primera, segunda, tercera y cuarta, en las cuales se señala el día 28 de noviembre de 1956 como el de la terminación del contrato de trabajo. El Tribunal acogió esta fecha y condenó al pago de los salarios caídos desde entonces hasta el 1º de febrero de 1957, en que el demandado hizo la consignación de lo que estimó deber al trabajador (folio 6 y 6 v. del primer cuaderno). No aparece el error de hecho que en el segundo cargo imputa el recurrente al fallo del Tribunal, con relación al período moratorio por el cual condenó al demandado al pago de la indemnización, de que trata el artículo 65 del CST.

En el cuarto cargo plantea el punto de que la sanción que contempla el artículo 65 del C.S.T. no podía operar en el caso presente por cuanto el demandado alegó desde la contestación de la demanda que existían créditos a su favor y a cargo del demandante los que debían ser compensados con los reclamos por éste, situación que le abona su buena fe y que hacía inaplicable al caso lo previsto en la citada norma. Se observa: Según se comprobó en el juicio, de los créditos que por la suma total de $600.00 alegó en su favor Rodrigo Vélez Lotero y por los cuales demandó en reconvención a su ex-trabajador William Trespalacios, sólo fue reconocido uno por el sentenciador, por la suma de $30.00, cantidad que ordenó compensar en el fallo. Respecto a los otros créditos no se demostró que las partes fuesen recíprocamente deudoras, y con relación a algunas de las deudas tampoco se estableció que tenían origen en el desarrollo del contrato de trabajo, para que fueran susceptibles de compensación. Además, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala de la Corte, la compensación en materia laboral no opera por el solo ministerio de la ley, aunque las deudas reúnan los requisitos exigidos por el artículo 1715 del Código Civil, porque conforme a lo previsto por el ordinal 1º del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, se requiere autorización previa escrita del trabajador o mandamiento judicial. No era esta la situación del demandado Vélez Lotero, en forma de poder justificar el incumplimiento de su parte en el pago oportuno a su trabajador Trespalacios, de los salarios y prestaciones debidos al tiempo de la terminación del contrato de trabajo. Por ello el Tribunal aplicó debidamente el artículo 65 mencionado, sin que aparezca violación por el concepto que indica el recurrente.

Las razones anteriores son suficientes para rechazar los cargos que han sido materia de examen.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, con fecha 22 de mayo de 1957.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES CON FUNDAMENTO EN UNA CONVENCION DE NATURALEZA DIVERSA AL CONTRATO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diciembre dos de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

GILBERTO CARDENAS, mayor y vecino de Buenaventura, presentó demanda contra la Empresa "TRANSPORTES PACIFICO, LTDA.", a fin de que por los trámites propios de un juicio ordinario laboral, fuese condenada a pagarle cesantía, primas de servicio, vacaciones, indemnización por despido sin causa legal, dominicales y festivos trabajados y los salarios correspondientes a la mora en el pago de los derechos reclamados.

En la demanda se exponen estos hechos: Que la sociedad demandada tiene su sede en la ciudad de Buenaventura, que se dedica al acarreo de pasajeros en dicho puerto y que tiene un capital superior a $ 200.000.00; que Gilberto Cárdenas trabajó al servicio de dicha empresa, como motorista de uno de sus buses, desde el día 12 de mayo de 1952 hasta el 28 de diciembre de 1957; que fué despedido sin justa causa y sin que se le haya cancelado el valor de sus prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones provenientes de su contrato de trabajo; que Cárdenas recibía un bus de propiedad de la demandada, para lo cual debía presentarse al trabajo desde las seis (6) de la mañana, y que permanecía en el servicio hasta las nueve (9) de la noche y que con alguna regularidad le correspondía hacer turno de noche hasta las doce (12) p.m.; que su remuneración era la del 20% sobre el producido del día después de descontar el valor de la gasolina, gasto que era de cuenta del trabajador; que el promedio mensual de salario era de $ 700.00, más o menos; que ciertas faltas calificadas por la empresa daban lugar a que el trabajador perdiera uno o más días de trabajo; que a Cárdenas y a los compañeros de trabajo la empresa les exigía "que debían entregar determinada cantidad de dinero por cada vuelta o recorrido de la ruta y también mejorar las entradas; que la empresa se ha negado a pagar a Cárdenas el valor de los derechos que reclama alegando que él no era trabajador sino arrendatario del vehículo que manejaba; y que tal afirmación de la demandada no es exacta ya que entre las partes sí existió un verdadero contrato de trabajo.

En derecho el demandante citó las siguientes disposiciones: artículos 1º, 22, 23, 24, 32, 47, 54, 64, 65, 132, 179, 186, 192, 249, 253 y 306 del C. S. del T.; 1982 y concordantes del Código Civil; y el Decreto 2158 de 1948.

La cuantía fue estimada en más de $ 20.000.00.

La sociedad demandada, por medio de apoderado, negó los hechos de la demanda, con excepción del relativo a que el actor primero acudió a la Inspección del Trabajo de Buenaventura para ver si era posible un arreglo conciliatorio del problema, gestión que fracasó. Propuso en su defensa las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, carencia de causa y la "innominada".

Correspondió el conocimiento del litigio en primera instancia al Juzgado del Trabajo de Buenaventura, el cual profirió su fallo respectivo, el día 3 de septiembre de 1958, en el sentido de absolver a la empresa demandada de los cargos del libelo, por razón de no haber existido contrato de trabajo entre las partes. El demandante fué condenado en costas.

De la sentencia del **a-quo** apeló la sociedad demandada. Conoció de la alzada el Tribunal Superior de Cali —Sala Laboral—, Corporación que la decidió en proveído del 11 de febrero de 1959, por medio del cual confirmó en todos sus aspectos la

sentencia apelada. La parte vencida fué condenada en costas.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del actor. Corresponde ahora decidirlo en atención a que ha sido concedido, admitido y tramitado legalmente, previo el estudio de la respectiva demanda sustentatoria. El escrito de la réplica se presentó fuera de la oportunidad legal.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

El recurrente aspira a que se case la sentencia de segundo grado y a que, en su lugar, la sociedad demandada sea condenada a pagar los derechos reclamados en el libelo inicial.

CARGO.

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo el impugnador formula un solo cargo que entra a examinar la Sala.

La acusación sostiene violación indirecta del artículo 1974 del Código Civil, en relación con los artículos 23, 24, 65, 186, 189, 177, 179, 249 y 306 del C.S.T., y del artículo 7º del Decreto 617 de 1954, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en que dice incurrió el Sentenciador al haber apreciado equivocadamente ciertas pruebas. A continuación el libelista singulariza las pruebas indebidamente apreciadas, con cuyo respaldo plantea los siguientes errores de hecho:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor estuvo ligado con la sociedad demandada por un contrato de arrendamiento, y no, por un contrato de trabajo; 2º). Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor no recibía órdenes e instrucciones de la empresa demandada, sino que era independiente en el manejo del vehículo arrendado; 3º). Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor, no recibió sueldo de ninguna naturaleza, y antes por el contrario dizque pagaba a la empresa la cantidad de $100.00 como cánon de arrendamiento del vehículo; 4º). Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor tenía que sujetarse a las normas de circulación y tránsito; 5º). En no dar por demostrado, estándolo, que el actor, recibía órdenes e instrucciones de la empresa demandada debiendo rendir cuentas del producido del vehículo; 6º). En no dar por demostrado, estándolo, que el actor recibía el veinte por ciento (20%) del producido diario, lo que le representaba mensualmente un promedio de $ 700.00 mensuales; 7º). En no dar por demostrado estándolo que la Inspección de Circulación y Tránsito de Buenaventura dictó las resoluciones 6, 7 y 14, para las empresas de Transportes, y no para los choferes; 8º). En no dar por demostrado, estándolo, que la empresa demandada no podía arrendar los vehículos de su propiedad en virtud de expresa prohibición de la Superintencia de Transportes contenida en la Resolución Nº 178 de 1957".

Agrega el recurrente que los elementos del contrato de trabajo se hallan acreditados con las siguientes pruebas: Circular de 25 de septiembre de 1957; las declaraciones de los testigos Arcadio Grueso, Pedro Nel López, Rafael Hurtado, Luis Gonzaga, Bernardo Ramírez, Vicente Jiménez, Jaime Gómez, Arturo Peña, Jaime de los Ríos y Alberto Truque.

En resumen, el recurrente afirma que el Tribunal cometió evidente error de hecho al apreciar las citadas pruebas, pues de éstas se desprende que entre las partes sí existió realmente un contrato de trabajo y no de arrendamiento como lo dedujo el Sentenciador.

Se considera.

Como pudo apreciarse en los antecedentes del sub-lite, tanto el juzgador de primer grado como el de segundo pronunciaron decisiones absolutorias para la sociedad demandada, al llegar a la conclusión de que no se había demostrado el contrato de trabajo, previo el análisis detenido de las diferentes pruebas aportadas al juicio.

En vista de que el recurrente alega manifiestos errores de hecho, véanse las pruebas que le sirven de soporte a tal afirmación.

Circular de 25 de septiembre de 1957.- Este documento, que no registra el nombre del demandante por parte alguna, es del siguiente tenor:

"Siento tenerle que comunicar que en el Jía de ayer usted fué uno de los que hizo menor entrega de acuerdo con las vuelta (sic) que dió. Por tanto, muy comedidamente le ruego el favor de mejorar éstas, ya que la empresa por el actual alto costo de los repuestos, réparaciones, llantas, etc., no se puede sostener con entradas tan bajas...".

Este escrito aislado en modo alguno puede servir para afianzar la realidad del contrato de trabajo. La razón es obvia: se trata de una circular de carácter general que no tiene referencia expresa a Cárdenas. Además, es un dato que sólo aparece al finalizar el nexo jurídico que vinculó a las partes, pues es sabido que el demandante expone en la demanda que sus relaciones con la demanda-

da se iniciaron en 1952 y terminaron en diciembre de 1957.

En cuanto a los testimonios citados por el recurrente, tampoco encuentra la Sala el ostensible error de estimación probatoria que apunta aquél. En efecto, los declarantes Bernardo Ramírez y Vicente Jiménez contestan la mayor parte de las preguntas con un lacónico: "Sí señor", sin dar las razones de su afirmación. Jaime Gómez habla de lo que él ganaba y de lo que él hacía pero no le consta cuánto ganaba Cárdenas ni qué clase de contrato tenía; expresa que su contrato (el de Gómez) con la empresa era de arrendamiento y que pagaba por dicho concepto cien pesos ($ 100.00) diarios. Arturo Peña declara con gran vaguedad e imprecisión, pues dice: "Pero cómo hago yo para saber que él (se refiere a Cárdenas) se ganaba esa plata; a mí sí me consta que nosotros ganamos el 20% de lo que hacemos pero no sé cuánto puede ser mensual... Siento enredada la pregunta; es que ni yo mismo sé cuánto me gano mensualmente... Tengo para informarle, que no puedo dar un dato preciso, porque hay días que hago la jornada completa, y hay días que no la hago porque el aparato se daña, en esa forma no puedo precisar cuanto..." (f. 60 y 60 vto.).

En lo atinente a Alberto Truque, el testimonio citado por el recurrente (fol. 62) no fué el que tuvo en cuenta el Tribunal debido a que no lo firmó el deponente. El que consideró el **ad-quem** fué el rendido en la segunda instancia, folio 102, que contiene expresiones como éstas: "Es decir yo ví a ese señor (se refiere a Cárdenas) trabajando en esa empresa, no sé qué nombre ha tenido; primera vez que vengo a saber que esa empresa se llama "Transportes Pacífico Limitada"... Algunas veces lo ví en un bus y otras en uno distinto y a veces en un automóvil particular..." Esta declaración mereció del Sentenciador el siguiente comentario: "Fuera de la iniciación del tiempo de servicios, ningún otro dato útil encontramos en el testimonio del señor Alberto Truque".

En relación con el testimonio de Pedro Nel López, es cierto, como lo anota el recurrente, que él era la persona que controlaba los viajes de los buses; sin embargo, en lo relativo a las condiciones propias en que se desarrolló la vinculación de las partes, no aporta el plenario datos convincentes acerca de la realidad del contrato de trabajo. Además, López no precisa cuánto tiempo estuvo desempeñando el cargo de control de los viajes de los buses y sobre el particular apenas menciona que en el año de 1955 tenía tal cargo.

De otro lado, las resoluciones que menciona el recurrente distintas de la ya analizada de septiembre de 1957, constituyen regulaciones de índole general que no emanan de la empresa demandada y que, por lo mismo, no sirven por sí solas para definir el vínculo de derecho que ligó a las partes. Y es de observar que en lo relativo a la Resolución Nº 178 de 1957, de la Superintendencia Nacional de Transportes, a la que tanta importancia le asigna el recurrente, el Tribunal la desechó por esta razón: "... La aducción sorpresiva de la prueba y la ausencia de los requisitos formales necesarios para demostrar su existencia, determinan el desechamiento de la resolución, como prueba, de manera que la Sala no la tendrá en cuenta". Esta glosa del **ad-quem** es exacta pues realmente tal escrito presenta las deficiencias anotadas. El impugnador no se ha preocupado por desvirtuar las apreciaciones del Tribunal. Por consiguiente, ellas se hallan en firme.

Todo el examen probatorio anterior demuestra que las consideraciones hechas por el Tribunal se ajustan a la realidad procesal y en ningún caso se puede deducir de ellas un evidente error de hecho, como lo pretende el recurrente. De manera, pues, que lo que queda en pie es el documento que registra un arrendamiento de cosa mueble entre las partes que intentó desconocer el demandante en su contenido, ya que no en su firma, pero sin que procesalmente se haya demostrado esa invalidación. Por el contrario, el expresado carácter de arrendatario aparece categóricamente reconocido por el propio Cárdenas en la atestación que hace en la nota de la demandada para el Juzgado Departamental de Menores de Manizales, en esta forma: "...; Que es verdad todo lo licho en la presente carta, o sea que yo pago a la Empresa de Transportes Pacífico Limitada, un arriendo diario por el vehículo que me suministran para que yo lo explote, por mi cuenta, en el servicio urbano de esta ciudad". (folio 19).

Por todo lo antes analizado, la acusación no prospera.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la

Ley, NO CASA el fallo recurrido, de fecha 11 de Febrero de 1959, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE VACACIONES Y OTRAS PRESTACIONES SOCIALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diciembre quince de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

ARMANDO VELEZ, por medio de apoderado, instauró juicio ordinario laboral contra la Asociación Nacional de Navieros ("ADENAVI"), ante el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, a fin de que fuese condenada a pagarle vacaciones, compensación por trabajo en dominicales y festivos y el subsidio familiar.

Como hechos de la demanda se expusieron los siguientes: Que la entidad de Derecho privado denominada "Asociación Nacional de Navieros" fué fundada el 23 de octubre de 1950, con la mira de que representara los intereses de las empresas de navegación del Río Magdalena ante el Estado y los terceros; que por motivo de haberse suscitado diferencias laborales entre dicha Asociación y el Sindicato de Braceros de Puerto Berrío, se profirió el Laudo Arbitral de fecha 8 de diciembre de 1953, cuyas cláusulas regularon lo relativo al sistema de trabajo, jornadas, supervigilancia y remuneración por destajo; que la mencionada decisión arbitral, con fuerza de convención colectiva, fue homologada judicialmente estableciéndose "una vinculación directa de trabajadores con el mencionado ente social y no de éste con el Sindicato como equivocadamente lo expresaron los árbitros"; que dentro de tal situación jurídica, el actor ha venido desempeñando una labor continua al servicio de la nombrada Asociación, desde el año de 1941 hasta la actualidad (época de la presentación de la demanda), sin que se le haya reconocido el descanso compensatorio por trabajo prestado en dominicales y festivos, ni las vacaciones anuales ni el subsidio familiar.

En derecho se citaron las disposiciones sobre subsidio familiar del Decreto Nº 0118 de 1957, los artículos 22, 23, 186 y siguientes del C. S. del T. y el Decreto Nº 2158 de 1948.

La cuantía se fijó en suma superior a $ 500.00 y menos de $ 4.000.00.

La entidad demandada al responder la demanda, por medio de apoderado, negó el derecho invocado por el actor y también todos los hechos que se probaron. Propuso además las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, inepta demanda, incompetencia de jurisdicción y prescripción, e igualmente se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas en el libelo.

El Juzgado del conocimiento puso término a la primera instancia mediante fallo fechado el 2 de febrero de 1960, condenando a la empresa demandada a "conceder" sesenta (60) días hábiles y consecutivos de vacaciones correspondientes a los años de 1954, 1955, 1956 y 1957, remuneradas con el salario que tenga el actor en el momento de iniciar el disfrute. Absolvió de las demás peticiones y declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, para las vacaciones de 1958.

De la anterior providencia apeló la parte demandada. Conoció de la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral—, Corporación que profirió su sentencia de rigor el día 3 de marzo de 1960, confirmando en todas sus partes el proveído del **a-quo**. Guardó silencio sobre costas.

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, el que le fue concedido con base en lo dispuesto por el Decreto Nº 2017 de 1952. La Corte también lo admitió con apoyo exclusivo en el mencionado Decreto. De modo que pasa a decidirlo, previo el estudio del escrito que lo sustenta. No se adujo memorial de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

La demanda se encamina a "impugnar la sentencia recurrida, para solicitar su casación y que en su lugar se dicte sentencia absolutoria, en favor de la parte que represento".

El recurrente alega como causal de casación "la primera que consagra el artículo 87 del C. S. del T. (sic) por ser la sentencia recurrida violatoria de la Ley Sustantiva Laboral...", y presenta dos cargos que, por razones de método, la Sala estudiará primero el segundo.

SEGUNDO CARGO.

Se halla enunciado en los siguientes términos:

"La sentencia recurrida viola, por aplicación indebida los artículos 186 y 249 del C. S. del T., como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de algunas de las pruebas que obran en el expediente".

Se considera.

Ya la Sala ha resuelto con criterio uniforme y en repetidas ocasiones el problema jurídico que se plantea en el cargo. En este sentido dijo lo siguiente:

"Como observación previa debe anotar la Sala que al admitir el recurso en providencia de fecha 31 de mayo del corriente año (fs. 6 y 7 del cuaderno de la Corte) lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

"Las razones en que la limitación se funda son éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 6º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictados por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentran en la situación contemplada en la norma del Decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

"Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T." (Sentencia de 29 de octubre de 1960. Juicio seguido por Roberto Escobar contra Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).

La anterior transcripción encaja cabalmente en el caso que se examina por tratarse de una idéntica situación procesal y, por lo mismo, la prosperidad del cargo no es aceptable.

PRIMER CARGO.

Lo formula el recurrente como sigue:

"La sentencia recurrida violó indirectamente, por no haberlos aplicado, el artículo 461 del C. S. del T., y el 1º del Decreto-Ley Nº 2.017 de 1952, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de una de las pruebas que obran en el expediente".

La prueba a la cual se refiere el recurrente y sobre la cual hace recaer la apreciación errónea hecha por el Tribunal es el Laudo Arbitral fechado el 3 de diciembre de 1953, que solucionó el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Braceros ("Sindebra") y Braceros y Lancheros (Sinbralán") de Puerto Berrío y la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), cuya copia consta en el informativo. De ella deduce el recurrente que los braceros y las empresas navieras están sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena; que por tanto el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío no era el competente para conocer de este litigio, por lo cual oportunamente se propuso la excepción correspondiente. Y agrega:

"No puede afirmarse, como lo hace el fallador, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea precisamente el texto de la Convención o convenciones colectivas en que tal jurisdicción fue creada, porque el laudo arbitral de 1953 que hoy rige las condiciones de trabajo de los Braceros de Puerto Berrío y las Empresas Navieras, expresamente reconoce la existencia de tal jurisdicción y rechaza en consecuencia la creación de una nueva y especialísima para esta clase de trabajadores, e inclusive niega el punto referente

a darle competencia al Inspector y Juez del Trabajo de Puerto Berrío, como se pedía en la cláusula vigésima primera del pliego de peticiones. De modo que si tal punto fué negado, ello implica necesariamente que el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no es competente para conocer los conflictos individuales que se presenten entre los trabajadores de la bracería de tal localidad y las empresas navieras del Río, excepción que fue propuesta por ADENAVI en su oportunidad y desconocida por el fallador.

"El parágrafo del artículo 1º del Decreto-Ley Nº 2.017 del año de 1952, establece expresamente que "el conocimiento de tales asuntos por la Jurisdicción especial del Trabajo es causal de nulidad, alegable en cualquier estado del juicio, o de casación si se trata de sentencias definitivas, sea cual fuere la cuantía de las mismas". De suerte que con base en tal disposición vengo a solicitaros muy atentamente caséis la sentencia recurrida para declarar la nulidad de todo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción".

Se considera.

En el juicio seguido por Luis A. Hidalgo contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), en el que se contempla igual planteamiento y semejante problema jurídico al del cargo en examen, ya la Sala tuvo oportunidad de definir la acusación en estos términos:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es ésa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuanto tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas".

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva.

Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T. si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley". (Sentencia de 28 de octubre de 1960).

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que el cargo no es eficaz para quebrantar el fallo impugnado.

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.— Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CAUSAL ESPECIAL DE CASACION LABORAL PREVISTA EN EL DECRETO 2017 DE 1952. — EL ARBITRAJE PERMANENTE NO PUEDE SER IMPUESTO POR FALLO ARBITRAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá., D. E., diciembre quince de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

Por medio de apoderado y ante el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, MANUEL H. MARTINEZ instauró juicio ordinario laboral contra la entidad denominada Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), a fin de que fuese condenada a pagarle vacaciones, compensación por trabajo en dominicales y festivos y el subsidio familiar.

Como hechos de la demanda se expusieron éstos: Que el 23 de octubre de 1950 fué fundada la entidad de Derecho privado denominada Asociación Nacional de Navieros con la mira de que representara los intereses de las empresas de navegación del Río Magdalena ante el Estado y los terceros; que por motivo de haberse suscitado diferencias laborales entre dicha Asociación y el Sindicato de braceros portuarios de Puerto Berrío, se profirió el Laudo Arbitral de fecha diciembre 8 de 1953, cuyas cláusulas regularon lo relativo al sistema de trabajo, jornadas, supervigilancia y remuneración por destajo; que la referida decisión arbitral, con fuerza de convención colectiva, fué homologada judicialmente estableciéndose "una vinculación directa de trabajadores con el mencionado ente social y no de éste con el Sindicato como equivocadamente lo expresaron los árbitros"; que dentro de tal situación jurídica, el actor ha venido desempeñando una labor continua al servicio de la nombrada Asociación, desde el año de 1947 hasta la actualidad (época de la presentación de la demanda), sin que se le haya reconocido el descanso compensatorio por trabajo prestado en dominicales y festivos, ni las vacaciones anuales ni el subsidio familiar.

En derecho se citaron las disposiciones sobre subsidio familiar del Decreto Nº 0118 de 1957, los artículos 22, 23, 186 y siguientes del C. S. del T. y el Decreto Nº 2158 de 1948.

La cuantía se fijó en más de $ 500.00 y en menos de $ 4.000.00.

La entidad demandada, por intermedio de apoderado, contestó la demanda manifestando que niega los fundamentos de derecho porque aun cuando existen en la legislación laboral no son los pertinentes para el caso sub-lite y, por ende, solicita que se absuelva a la empresa de los cargos del libelo. En cuanto a los hechos dijo ignorar varios de ellos y no constarle otros. Propuso además las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, incompetencia de jurisdicción, inepta demanda y prescripción.

El Juzgado del conocimiento puso término a la primera instancia mediante fallo fechado el 10 de diciembre de 1959, condenando a la empresa demandada a "conceder" a favor del actor 45 días "hábiles y consecutivos de vacaciones remuneradas con el salario que tenga en el momento de comenzar a disfrutarlas, por los años de servicios prestados en 1955, 1956 y 1957"; declaró demostrada la excepción de petición antes de tiempo en cuanto a las vacaciones de 1958 y 1959, y absolvió por los demás conceptos.

Del anterior proveído apeló el mandatario judicial de Adenavi. Correspondió el conocimiento de la alzada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral—, Corporación que dictó su decisión de segundo grado, el día 15 de febrero de 1960, confirmando la sentenlia dictada por el a-quo, con la adición de que también se declara establecida parcialmente la excepción de

prescripción en cuanto a las vacaciones causadas con antelación al 16 de diciembre de 1954, medio exceptivo propuesto y alegado por la parte demandada. Guardó silencio sobre costas.

Contra la providencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada. El **ad-quem** lo concedió pero solo por razón de haberse invocado el Decreto Nº 2017 de 1952. La Corte lo admitió con apoyo exclusivo en el mencionado Decreto, ya que en consideración a la cuantía del recurso no era aceptable. En vista de que el escrito que lo sustenta fue presentado oportunamente procede a estudiarlo y resolverlo. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Expresa el casacionista que "El recurso se dirige a impugnar la sentencia recurrida, para solicitar su casación y que en su lugar se dicte sentencia absolutoria, en favor de la parte que represento".

CAUSAL DE CASACION:

El recurrente alega como causal de casación "la primera que consagra el artículo 87 del C. S. del T. (sic) por ser la sentencia recurrida violatoria de la Ley Sustantiva Laboral, como paso a demostrarlo". El impugnador presenta dos cargos que, por razones de método, la Sala estudiará primero el segundo.

SEGUNDO CARGO.

Su planteamiento se halla enunciado en esta forma: "La sentencia recurrida viola, por aplicación indebida los artículos 186 y 249 del C. S. del T. como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de algunas de las pruebas que obran en el expediente".

Se considera.

En negocio similar y de antecedentes procesales del **sub-lite**, ya la Sala tuvo oportunidad de dilucidar el problema que por razón de la limitación en la admisión del recurso suscita el cargo que se examina. En esa ocasión se dijo lo siguiente:

"Como observación previa debe anotar la Sala que al admitir el recurso en providencia de fecha 31 de mayo del corriente año (fs. 6 y 7 del cuaderno de la Corte) lo limitó a la causal prevista en el Decreto 2017 de 1952, advirtiendo que quedaban excluídos de debate en casación los motivos generales de que trata el artículo 87 del citado Código.

"Las razones en que la limitación se funda son éstas, en síntesis: la ley procesal del trabajo en su artículo 87 señala las causales de casación en todos los asuntos, siempre que concurran, entre otros requisitos, el concerniente a la cuantía del pleito, que el 86 ibídem, modificado por el artículo 6º del Decreto 1762 de 1956, fija en $ 4.000.00 si se trata de sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios. Es esa la regla general. Una excepción a esta regla establece el Decreto 2017 de 1952, pues autoriza el recurso aunque la cuantía de las acciones deducidas en el juicio sea inferior al límite legal. Por tanto, cuando sólo opera el motivo especial del decreto, las causales de casación previstas en el artículo 87 del Código en cita no son pertinentes. De serlo, se otorgaría a los interesados que se encuentran en la situación contemplada en la norma del Decreto un privilegio, con detrimento del principio de igualdad ante la ley, pues disfrutarían de un derecho vedado a los demás ciudadanos, ya que si la cuantía del pleito es inferior a la que la ley señala, no podrían ellos hacer uso del recurso extraordinario.

"Las razones expuestas no le permiten a la Corte el examen del segundo cargo, en el cual se acusan como violados por el sentenciador los artículos 186 y 249 del C. del T." (Sentencia de 29 de octubre de 1960. Juicio seguido por Roberto Escobar contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).

La anterior transcripción que encaja en el caso que se examina, de una manera cabal, permite concluír que el cargo no es aceptable y, por lo mismo, no prospera.

PRIMER CARGO.

El recurrente lo plantea así:

"La sentencia recurrida violó indirectamente, por no haberlos aplicado, el artículo 461 del C. S. del T. y el 1º del Decreto-Ley Nº 2017 de 1952, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de una de las pruebas que obran en el expediente".

El recurrente sostiene en la demostración del cargo que el Tribunal apreció erróneamente el Laudo Arbitral del 8 de diciembre de 1953, que puso término al conflicto colectivo surgido entre

la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) y el Sindicato de Braceros (Sindebra) y Braceros y Lancheros (Sinbralan). De dicho laudo, cuya copia aparece en el informativo, deduce el casacionista que los braceros y las empresas navieras están sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena; que por ello el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío no era el competente para conocer de este litigio, por lo cual oportunamente se propuso la excepción del caso. Y luego añade:

No puede afirmarse, como lo hace el fallador, que la única prueba de la jurisdicción especial del Río Magdalena sea precisamente el texto de la Convención o convenciones colectivas en que tal jurisdicción fue creada, porque el laudo arbitral de 1953, que hoy rige las condiciones de trabajo de los braceros de Puerto Berrío y las Empresas Navieras, expresamente reconoce la existencia de tal jurisdicción y rechaza en consecuencia la creación de una nueva y especialísima para esta clase de trabajadores, e inclusive niega el punto referente a darle competencia al Inspector y Juez del Trabajo de Puerto Berrío, como se pedía en la cláusula vigésima primera del pliego de peticiones. De modo que si tal punto fue negado, ello implica necesariamente que el Juez del Trabajo de Puerto Berrío no es competente para conocer los conflictos individuales que se presenten entre los trabajadores de la bracería de tal localidad y las empresas navieras del Río, excepción que fue propuesta por ADENAVI en su oportunidad y desconocida por el fallador.

"El parágrafo del artículo 1º del Decreto-Ley Nº 2017 del año de 1952, establece expresamente que "el conocimiento de tales asuntos por la Jurisdicción Especial del Trabajo es causal de nulidad, alegable en cualquier estado del juicio, o de casación si se trata de sentencias definitivas, o sea cual fuere la cuantía de las mismas" De suerte que con base en tal disposición vengo a solicitaros muy atentamente caséis la sentencia recurrida para decalrar la nulidad de todo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción".

Se considera.

Al presente caso **sub-judice** le es aplicable la misma solución dada por esta Sala, en juicio adelantado por Luis A. Hidalgo contra la entidad Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), en el cual se parte de antecedentes de hechos similares y se plantea igual acusación al del cargo que se estudia. Se dijo en tal oportunidad:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del C. del T. si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibidem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo árbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del C. de P. L. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley". (Sentencia de 28 de octubre de 1960).

En virtud de lo expuesto, la Corte considera que

el cargo no tiene el mérito adecuado para destruír la sentencia impugnada.

De conformidad con los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Brayo.—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DECLARATIVA SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO

1.—Aunque contemplada para varios casos especiales por diversas disposiciones legales, tales como la ley 120 de 1928 y la 45 de 1936, nada dice nuestro Código Judicial respecto a la acción meramente declarativa. Pero, por otra parte, ninguna cosa se opone en él a la admisión de esta categoría de acciones, una de las conquistas más preciadas del moderno derecho procesal.

2.—En parte alguna aparece definido por el legislador el concepto del subsuelo. Si, pues, un demandante pide en forma genérica que se le declare dueño del subsuelo de unas determinadas tierras que alindera, habría que entender que lo que solicita es una declaración de dominio sobre todos los minerales subyacentes, sin excepción alguna, comprendidos dentro de los linderos de dichas tierras prolongados indefinidamente hacia el centro del planeta. Desde luego, la imprecisión de lo pedido sería así absolutamente evidente.

3.—De conformidad con el artículo 205 del C. J., la demanda principal debe contener 'lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones'. No basta, pues, que de alguna manera se exprese el objeto de la demanda, sino que él debe quedar fijado en forma absolutamente precisa y determinada. Es esta una exigencia técnica por demás justificada, puesto que tiende a garantizar el eficaz ejercicio del derecho de defensa del demandado, al mismo tiempo que a facilitar la labor del juzgador.

4.—La carencia de precisión en el petitum, implica la falta del presupuesto de demanda en forma, como quiera que coloca al juzgador ante la imposibilidad técnica de proferir un justo fallo sobre el fondo, análoga sin duda a la en que se encuentra cuando las acciones incoadas son contradictorias o incompatibles entre sí, o cuando el bien raíz, objeto del litigio, no ha sido debidamente de limitado.

5.—Cuando el juzgador encara una demanda en que las peticiones son incompatibles entre sí o en que su objeto no aparece debidamente determinado, la inhibitoria para conocer del fondo del negocio se impone como un imperativo que surge de la naturaleza de las cosas, pues ni habría base legal para declarar la nulidad, ni sería posible proferir sentencia absolutoria la que, en tal caso, dejaría por demás inciertos los límites de la cosa juzgada.

6.—A la verdad, cuando el objeto de la demanda aparece impreciso o las peticiones son incompatibles entre sí, lo que sucede es que la materia del juicio no está definida, hay en cierta forma sustracción de ella, por lo que no es un simple pretexto lo que lleva al juzgador a la declaración inhibitoria en tales ca-

sos. Lo que prohibe el artículo 481 del C. J. es, en definitiva, el deferir para otro juicio la decisión de fondo cuando todos los presupuestos procesales están satisfechos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araujo Grau)

El doctor Nicolás González Torres, con poder de Juan de la Rosa Ramírez, Patricia Ramírez N., María de la Luz Ramírez, Segunda Ramírez v. de Olaya y Ramona Ramírez de Barón, presentó demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, impetrando las siguientes declaraciones:

"1ª Que pertenecen a mis representados Ramírez exclusivamente, el suelo y el subsuelo de los terrenos que alindera y ubica el hecho 7º del presente libelo;

"2ª Que, como consecuencia de la anterior declaración, los terrenos especificados por el hecho 7º de esta demanda no son baldíos y salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al año de 1873;

"3ª Que, desde hace mucho más de 20 años y por tiempo inmemorial, los demandantes y sus tradentes han estado poseyendo económicamente tanto el suelo como el subsuelo de que tratan las declaraciones anteriores, con actos a los cuales sólo da derecho el dominio y sin necesidad de consentimiento, autorización o permiso de la Nación o de terceros".

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

"1º Al tenor de la merced otorgada por el Cabildo de Ibagué a Pedro Guerra, a 25 de junio de 1590, salieron del patrimonio del Estado los terrenos que constituyen 'una estancia de ganado mayor que corre desde el portachelo (o boquerón) que está de la otra banda del río Coelio, yendo para Miraflores (hoy Rovira), arrimada a una estancia que allí se proveyó por este Cabildo corriendo hacia el río Coello hasta donde alcanzare y arrimándose a la falda del cerro de San Antón';

"2º En su obra 'Minas de Oro y Plata' del doctor Vicente Restrepo al hablar de las minas del cerro del Sapo, dice que este cerro era llamado, también, Cerro de San Antón. Con este último nombre le identifica, también, el célebre historiador y cartógrafo Pedro Simón. Fray Pedro Simón, en mapa al cual hace referencia el doctor Restrepo, mapa que fue hecho en el año de 1608, ubica tales minas en el Cerro del Sapo o Cerro de San Antón. Dicho cerro dió así mismo, el nombre de Cantón de San Antón, con el cual todavía se referencian en los títulos, a grandes extensiones de terreno ubicadas hoy, en su mayor parte, en el Municipio del Valle de San Juan, en colindancia con el de Miraflores o Rovira";

"3º Al vender al señor Regidor Diego Ortiz de Avilés las dos estancias colindantes de que trata la merced del cabildo de Ibagué, la viuda de Pedro Guerra, en su instrumento de venta de fecha 4 de enero de 1638, las transfiere en estos términos: 'las tierras y estancias de ganado mayor una y otra de pan coger que yo tengo en términos de esta ciudad, de la otra banda del río Coello, del paso que llaman de Miraflores, corriendo hacia el río Luisa, y la de pan coger el río Coello abajo, por la vega'. De acuerdo con esta alinderación la estancia de ganado mayor llegaba hasta el paso de Miraflores en el río Coello y la estancia de pan coger, de este paso, río abajo, 'por la vega' ";

"4º Al vender esas mismas estancias el señor Regidor Diego Ortiz Avilés a Juan Bautista Gómez, las discrimina así: 'una caballería de ganado mayor y otra de pan coger de esotra banda del río Luisa, y la estancia de pan coger río abajo'; 'tierras que tengo y hube, dice, de Magdalena Hernández Galeano, viuda de Pedro Guerra' ";

"5º De acuerdo con la compra efectuada por él, al tenor del instrumento de 29 de enero de 1722, don Bernardo Bonilla o de Bonilla adquirió la estancia de ganado mayor, por estas especificaciones: 'una caballería de tierra que llaman el Potrero del Salado la cual ha sido perteneciente a esta capellanía (la de Nuestra Señora de La Soledad); que por la parte de arriba lindan con tierras de los herederos del capitán Isidro Gómez de Oviedo; corriendo desde el paso del río Coello camino que va para Miraflores, dicho río abajo hasta una cañada que divide una mesa alta y desemboca en frente de la quebrada de Moné y por la otra parte, de la cuchilla del Cerro del Sapo'. La estancia de pan coger, de acuerdo con la compra hecha por el mismo señor Bonilla o de Bonilla a los herederos de los señores Juan Bautista Gómez y otros está especificada así en el título de fecha 26 de octubre de 1724, ya relacionado: 'una estancia de pan coger que tenemos en vega del río Coello de la otra banda, camino que va para Mi-

raflores para abajo donde cupiere la dicha estancia, la que están lindante con tierras del Salado que llaman, que son del dicho Bernardo Bonilla".

"6º Dentro de las medidas territoriales del régimen colonial español se encuentran la **caballería o estancia de ganado mayor de las antiguas**, nombres, ambos, que la legislación española para las Indias, daba a las porciones de territorio que se distribuían entre los soldados de a caballo que habían servido en la conquista de un país cualquiera (v. HISTORIA DE LAS MEDIDAS AGRARIAS ANTIGUAS por Luis B. Páez Courvel, pág. 47). La extensión superficiaria de la caballería variaba de acuerdo con la ubicación del lugar y con la clase de las tierras. En Ibagué, de acuerdo con el referido tratadista, la superficie de la caballería fue de seis mil varas en cuadro y llegó a ser de 36.000.000 v2. o sea de 2.540 hectáreas 1.600 m2. de acuerdo con los documentos de 1608 a 1640 que, en la misma obra, se citan".

"7º Dentro de los puntos arcifinios que cita la merced y de la extensión territorial que se comprendía legalmente dentro de una caballería o estancia de ganado mayor de las antiguas, se halla un lote de terreno que hizo parte de otro de mayor extensión denominado LA ARENOSA, lote que hoy se conoce especialmente con el nombre de EL YESAL, que está ubicado dentro de los actuales términos del Municipio de Rovira y que especifican o singularizan los siguientes linderos: 'Desde un mojón de piedra situado a orilla de la quebrada El Oso, ésta, aguas arriba, hasta salir a borde de sabana: de aquí se sigue siempre de para abajo, por el borde de sabana; en seguida se continúa para abajo hasta encontrar un mojón de piedra que hay en una cuchilla que depende del Yesal; de este mojón línea recta a un salto de peñón; de este salto a otro mojón de piedra clavado a borde de sabana; de este mojón de para abajo, siempre a borde de sabana, hasta a otro mojón que hay a orilla de la misma sabana; y de aquí, por una hilera de piedra hasta encontrar el mojón situado a orilla de la quebrada del Oso, primer lindero y punto de partida".

"8º Este lote, que por estar dentro de la extensión marcada, salió del patrimonio del Estado antes de que este reservara, para sí, algunos de los yacimientos del subsuelo, es de la exclusiva propiedad de mis representados. Para concluír que está dentro de la merced, hasta ligar las faldas del cerro de San Antón o Cerro del Sapo con el boquerón o portachuelo que hay del otro lado del río Coello, en el camino que siempre ha conducido desde Ibagué hasta Miraflores, hoy Rovira; ligar dicho segundo punto con el paso de ese mismo camino sobre el río Coello y extender entre esos puntos hasta donde cupiere, la superficie de la caballería o estancia de ganado mayor de las antiguas. Para concluír que pertenece a mis representados, basta consultar su tradición y, más precisamente, la certificación de la Oficina de Registro.

"9º Desde hace mucho más de cuarenta años, mis representados y sus tradentes, han estado explotando por sí mismos y por medio de trabajadores, contratistas y arrendatarios la posesión material del suelo y la del subsuelo de los terrenos que alindera el hecho séptimo, del presente libelo. Especialmente en lo referente a los yacimientos de yeso, en los cuales la explotación se viene haciendo desde tiempo inmemorial, sin necesidad de consentimientos o concesión de la Nación o de algún particular, hasta hace muy poco tiempo".

Con relación al derecho dijo: "Invoco el que dan a mis representados los artículos 669 y ss. del C. C., 740 y ss. de la misma obra. Invoco así mismo la ley 1ª tít. XII, libro IV de la Recopilación de Indias. Las ordenanzas del Cabildo de Tocaima, los artículos 734 y ss. del C. J. 76, 176 ibidem y todas las demás disposiciones que complementen las citas o concuerden con ellas".

La primera instancia fue fallada en sentencia de julio 14 de 1955, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Pertenecen a Juan de la Rosa Ramírez, Patricio Ramírez N., María de la Luz Ramírez de Ramírez, Segunda Ramírez v. de Olaya y Ramona Ramírez de Varón el suelo y subsuelo de los terrenos que alindera y ubica el hecho 7º del libelo de demanda.

"2º Que, en tal virtud, los terrenos especificados en el hecho 7º del libelo petitorio, no son baldíos y salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al año de 1873.

"3º No es el caso de hacer el pronunciamiento pedido en la declaración TERCERA de la demanda, porque reconocido el dominio de los demandantes sobre los terrenos alinderados en el hecho 7º de la demanda y a que aluden las dos primeras declaraciones de esta demanda, a dichos demandantes les quedan a salvo las acciones pertinentes frente a aquellas personas naturales o jurídicas que en la actualidad perturben, en cualquier forma, aquél derecho de dominio, no sólo sobre el suelo sino sobre el subsuelo".

Contra tal providencia interpuso recurso de apelación el señor Fiscal del Tribunal, razón por la

cual vino el negocio a esta Corporación, donde ha sufrido los trámites legales correspondientes.

Como la sentencia no accedió a hacer la declaración 3ª del **petitum** y, por otra parte, el apoderado de los demandantes no apeló, es evidente que el ámbito de la litis ha quedado circunscrito en esta segunda instancia a las peticiones primera y segunda.

En su vista de fondo el señor Procurador Delegado Segundo en lo Civil pide la revocatoria de la sentencia apelada y el rechazo de las peticiones de la demanda. Considera que la Merced invocada por los demandantes como título en virtud del cual las tierras sobre que versa la demanda salieron del patrimonio del estado, "no sirve porque no acredita que se hubieran cumplido todas las formalidades indispensables para que surtiera los efectos legales una adjudicación", habida cuenta de lo preceptuado en la Ordenanza de Felipe II de 1563, vigente cuando se otorgó dicha Merced a Pedro Guerra. Además estima que no se acreditó debidamente que el predio de los demandantes está comprendido dentro del área de la Merced.

Por su parte el señor apoderado de los demandantes pide la confirmación de la sentencia.

CONSIDERACION DE LA SALA

Interpretación de la demanda

1.— Como puede apreciarse por su simple lectura, no resplandece en el **petitum** de la demanda la claridad ni la lógica. Las dos solicitudes que constituyen la petición segunda se formulan como consecuenciales de los dos pedimentos que constituyen la primera, pero sin que en realidad pueda descubrirse esa subordinación, ya que del hecho de ser una persona propietaria del suelo y subsuelo de unas tierras no tiene por qué concluírse que ellas hayan salido del patrimonio nacional con anterioridad al año de 1873. Por otra parte, si el terreno se declara de propiedad de los demandantes frente a la Nación, de conformidad con la primera petición, es obvio que iría implícita la declaración de no ser baldíos, objeto de la segunda.

Ahora bien: teniendo en cuenta los fundamentos de hecho, considera la Sala que la demanda debe interpretarse en el sentido de que los pronunciamientos respecto a propiedad del suelo y a su salida del patrimonio nacional con anterioridad a 1873, han sido impetrados solamente a título de declaraciones lógicas previas a la declaración sobre propiedad del subsuelo, que viene a constituír el verdadero objeto de la acción instaurada. En otras palabras, se ha pedido la declaración de pertenecer el subsuelo a los demandantes sobre la base doble, necesaria de tal petición, de ser ellos los dueños actuales de la superficie y haber salido las tierras del patrimonio nacional con anterioridad al precitado año. Se trata, pues, de una sola acción declarativa. Por cierto que no aparece expresado en parte alguna cuál sea el interés de los demandantes en instaurarla, ni él puede deducirse de los fundamentos de hecho.

2.—La acción declarativa como vía procesal general.

Contemplada para casos especiales por diversas disposiciones legales (por ej: ley 120 de 1928; ley 45 de 1936), nada dice nuestro Código Judicial respecto a la acción meramente declarativa, como tampoco dice nada respecto a las acciones de condena y constitutivas. Pero, por otra parte, ninguna cosa se opone en él a la admisión de esta categoría de acciones, una de las conquistas más preciadas del moderno derecho procesal. Como reza la declaración que con la colaboración de Chiovenda hizo el Congreso de Derecho Comparado celebrado en La Haya en agosto de 1932, "el juicio puramente declarativo es una forma de procedimiento que no contradice en absoluto el carácter esencial y la función del Poder Judicial; porque declarando la existencia o inexistencia de un derecho sobre cuestiones concretas, obliga para el futuro a las partes por la fuerza de la cosa juzgada. Este procedimiento es, por el contrario, la forma más delicada y señera del ejercicio del poder judicial, y debe considerarse como muy útil, así para la vida social como para los litigantes, puesto que asegura el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y previene los actos ilegítimos, en lugar de castigarlos con pesadas responsabilidades, y, además, porque provee a las partes de una norma que determina su conducta ulterior. Debe, sin embargo, el procedimiento —agrega la declaración— contenerse por obra de la prudencia judicial, en los límites impuestos por el interés **real** y **serio** en que se haga esa declaración" (citado por De la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español" T. I. Pág. 116).

3.—Los presupuestos procesales.

Como bien es sabido, "el juez, antes de entrar a

conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o no los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el juez debe inhibirse de fallar el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada". (G. J. T. 78, Nº 2145, pág. 348).

En el presente juicio es evidente que se encuentran reunidos los presupuestos de competencia (si bien sólo parcialmente pues por lo que respecta al subsuelo petrolífero, no habría podido accionarse sino ante esta Sala en juicio de una sola instancia) de capacidad para ser parte y de capacidad procesal. No existe, en cambio, el de demanda en forma, pues el libelo adolece de un defecto formal de tal índole que hace imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, hipótesis en la cual, según la jurisprudencia de la Corte, debe declararse la ausencia del aludido presupuesto (ver cita anterior).

De conformidad con el artículo 205 del C. J. "la demanda principal, o sea la petición con que se inicia un juicio, debe contener: ...lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones...". No basta, pues, que de alguna manera se exprese el objeto de la demanda, sino que él debe quedar fijado en forma absolutamente precisa y determinada.

Es esta una exigencia técnica por demás justificada, puesto que tiende a garantizar el eficaz ejercicio del derecho de defensa del demandado, al mismo tiempo que a facilitar la labor del juzgador, quien no debe ser llamado a tomar decisiones sobre hechos o situaciones que por no estar nítidamente configurados en la demanda puedan llevarlo a proferir fallos en desarmonía con lo pedido o que dejen en la práctica los efectos de la cosa juzgada en una peligrosa imprecisión.

Al formular los demandantes la petición escueta de que se declare que son propietarios del subsuelo del predio que describen en el hecho 7º, no han satisfecho la aludida exigencia de precisión.

En parte alguna aparece definido por el legislador el concepto de subsuelo, por lo que habría que entender, acudiendo al sentido ordinario del vocablo, que los demandantes pidieron una declaración de dominio sobre todos los minerales subyacentes a las tierras antes aludidas, incluídos, por tanto, dada la amplitud del término, no sólo los que por su importancia económica actual son el objeto de las apreciaciones del derecho minero, sino absolutamente todos los que estén comprendidos dentro de los linderos de dichas tierras prolongados indefinidamente hacia el centro del planeta. La imprecisión de lo pedido sería así absolutamente evidente. Sin embargo, relacionando esta petición con los fundamentos de hecho y con la solicitud atinente a la circunstancia de haber salido los terrenos del patrimonio nacional con anterioridad al año de 1873, podría acaso restringirse un tanto la extensión del término subsuelo y reducirlo a los minerales que pertenecen al dueño del terreno por haber salido éste del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre del prealudido año. Pero no por esto quedaría precisado satisfactoriamente el ámbito de la demanda, porque esos tales minerales, de suyo numerosos, no podrían quedar determinados sino como consecuencia de complejas elucubraciones jurídicas sobre factores varios, entre los que ocupa importancia especial el régimen jurídico que durante la Federación tuvieron las minas. Es palmario, pues, que el lazo jurídico de instancia no podría quedar constituído sobre una base tan indeterminada, que, por una parte, colocaría al demandado en dificultades para ejercitar debidamente su derecho de defensa, y por otra, constreñiría al juzgador a entregarse a investigaciones por demás arduas sin la importante ayuda que está llamada a ofrecerle una demanda técnicamente hecha.

Considera la Sala, por lo antes dicho, que la carencia de precisión en el petitum de la acción que se examina, implica la falta del presupuesto de demanda en forma, como quiera que coloca al juzgador ante una imposibilidad técnica de proferir un justo fallo sobre el fondo, análoga sin duda a la en que se encuentra cuando las acciones incoadas son contradictorias o incompatibles entre sí, o cuando el bien raíz, objeto del litigio, no ha sido debidamente delimitado.

Esta imprecisión del petitum, por lo demás, hace innecesario, o mejor imposible, considerar si habrían podido examinarse algunas acciones que hubieran sido susceptibles del trámite del juicio ordinario de dos istancias ante Tribunal y Corte, y rechazarse tan sólo las que hubieran requerido un trámite distinto, por ejemplo, el de una sola instancia ante esta Sala, propio de los juicios sobre propiedad privada del petróleo.

Contra la elaboración jurisprudencial del presupuesto procesal de demanda en forma se ha dicho que es antitécnica y que conduce a desconocer el precepto del artículo 481 del C. J., según el

cual "los jueces y tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del juicio". Desde luego, la misma objeción podría aducirse con relación a los presupuestos consistentes en la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, pero, en todo caso, carece de solidez. La inhibitoria para conocer del fondo del negocio que declara el juzgador cuando encara una demanda en que las peticiones son incompatibles entre sí o en que su objeto no aparece debidamente determinado, se impone como un imperativo que surge de la propia naturaleza de las cosas (lo mismo puede decirse con relación a los otros dos presupuestos mencionados antes). No podría hacer una declaración de nulidad del proceso, como en el caso de incompetencia, con lo que no violaría el tenor literal del artículo 481 antes mencionado, porque no estaría en presencia de una situación prevista como causal de nulidad por el legislador. Ni podría tampoco proferir una sentencia absolutoria, que parecería ser lo más indicado para acatar la prohibición de dicho artículo, puesto que una tal providencia dejaría por demás inciertos los límites de la cosa juzgada, resultado harto peligroso para la sociedad en general y que a ninguno de los litigantes en definitiva favorecería, ya que fomentaría nuevos pleitos. A la verdad, cuando el objeto de la demanda aparece impreciso o las peticiones son incompatibles entre sí, lo que sucede es que la materia del juicio no está definida, hay en cierta forma sustracción de ella, por lo que no es un simple pretexto lo que lleva al juzgador a sus declaración de inhibitoria en tales casos. Lo que prohibe el artículo 481 es, en definitiva, el deferir para otro juicio la decisión del fondo cuando todos los presupuestos procesales están satisfechos. La inhibitoria del juzgador, se impone entonces como una solución perfectamente jurídica, querida implícitamente por el legislador, y ante el silencio de éste sobre el medio técnico que debe utilizarse, nada más natural que acudir a la moderna teoría de los presupuestos procesales. Autoridades como De la Plaza y Kisch son claros en considerar a la demanda en forma como un presupuesto de tal clase lo mismo que el mexicano Pallares. Esta jurisprudencia de la Corte, en todo caso, es más razonable que la que regía antes y que conducía a dictar sentencia que declaraba la ineptitud sustantiva de la demanda, en casos como el presente, sin base tampoco en texto legal expreso, pero sin apoyo en ninguna teoría procesal.

Por todo lo dicho la Sala debe inhibirse de entrar al fondo del negocio.

F A L L O :

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Declárace inhibida para conocer de la acción instaurada en el presente juicio, por faltar el presupuesto procesal de demanda en forma.

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

Efrén Osejo Peña.—Ramiro Araújo Grau.—Carlos Holguín H. (Conjuez). **Luis Carlos Zambrano. Jorge García Merlano,** Secretario.

INCIDENTE DE ACUMULACION DE AUTOS SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLIFERO

1.—El hecho, puramente externo, de que varios predios se encuentren ubicados dentro del área de una misma propuesta de contrato, por sí solo no constituye motivo para decretar, con base en el numeral 4º del artículo 398 del C. J., la acumulación de autos.

2.—La circunstancia de que todo un grupo de opositores a una propuesta de contrato tenga, como prueba origimaria de propiedad de sus respectivos predios, un mismo y común título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, justifica legalmente la acumulación, con fundamento en el numeral 4º del artículo 398 del C. J., por razón de la identidad de la causa petendi.

3.—Cuando, respecto de dos o más juicios ordinarios sobre propiedad del subsuelo petrolífero, se solicita la acumulación de autos con fundamento en que las demandas respectivas se han promovido en representación de una misma comunidad, por varios condóminos, y con el objeto de conseguir la declaración de que la propiedad del subsuelo pertenece a la tal comunidad, es claro que procede la acumulación con fundamento en el numeral 1º del artículo 398 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, siete de noviembre de mil novecientos sesenta.

Por escrito presentado a la secretaría de la Sala el 7 de junio de este año, el apoderado de Julio Barriga Alarcón solicita que el juicio promovido en representación de los herederos del finado Julio Barriga Páez contra la Nación, sobre propiedad del subsuelo petrolífero del predio denominado "SORIA O LA REFORMA", sea acumulado al que promovió el mandatario de Elvira Barriga de Calderón, en relación con el inmueble llamado PARAMILLO (exp. Nº 696), para lo cual invocó estos motivos:

"Me fundo en la circunstancia de que en ambos juicios se hacen valer las mismas pruebas tendientes a demostrar títulos originarios y explotación económica. Por otra parte ambos inmuebles se encuentran ubicados dentro del área de la propuesta número 869 de la Texas Petroleum Company, y forman parte de la comunidad de La Pradera, como consta tanto en las demandas como en las respectivas pruebas".

Según el párrafo transcrito, en tres motivos diferentes se funda la acumulación, así: a) estar afectados los dos inmuebles por la misma propuesta de contrato Nº 869; b) tener ambos las mismos títulos originarios; y c) formar parte de la comunidad denominada La Pradera, conforme a lo dicho en las demandas y como consta en las pruebas.

a) Identidad de propuesta.- Sobre el hecho de que la propuesta de contrato Nº 869, hecha por la Texas Petroleum Company, afecte o comprenda o se superponga a los inmuebles, en providencia de fecha 22 de agosto del año pasado, se dijo:

"Por razones de simple economía procesal, en orden al aprovechamiento de ciertas pruebas comunes, se puede decretar la acumulación con fundamento en la misma causa petendi; en este caso, con base en el origen de la propiedad del inmueble, cuando un grupo de opositores invoca el mismo título emanado del Estado, expedido antes de 1873, con el fin de justificar la propiedad de los hidrocarburos del subsuelo; y en esta hipótesis, la acumulación hallaría asidero legal en el ordinal 4º del artículo 398 del C. J. Sin embargo, la acumu-

lación no podría fundarse en el hecho de afectar la propuesta de contrato a varios propietarios, porque esta circunstancia, como un simple hecho-condición, no demuestra o justifica la titularidad del derecho de dominio, alegado por los opositores, en punto a la explotación privada de los hidrocarburos subyacentes, sino que constituye una simple ocasión para deducir a juicio la acción de oposición a la propuesta de contrato, juntamente con las demás acciones sucesivas o consecuenciales.

"Si la escueta afirmación de que se ha adquirido un determinado inmueble 'antes del 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva', bastase o fuese suficiente para establecer o demostrar la conexidad o vinculación entre los distintos juicios, se llegaría a la conclusión de que, con fundamento en tal modalidad, todos los juicios de oposición a las propuestas de contrato serían acumulables, porque todos se fundan en esa causa petendi genérica, general o abstracta, con el resultado de que sería físicamente imposible decidir todas las oposiciones en un solo juicio, respecto de distintos propietarios y en relación con distintos inmuebles, ubicados en todo el territorio de la República" (G. J. Nº 2215 pág. 654).

En consecuencia, si la propuesta afecta o comprende a dos o más predios, como circunstancia puramento externa, física y geográfica, no establece entre los litigantes ninguna vinculación sustancial, ni siquiera una conexidad, para decretar la acumulación de los distintos procesos, que deben fallarse independientemente, sin que haya la más remota posibilidad de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada, ni manifiesto provecho en la comunidad de pruebas.

b) Identidad de título originario.- Como se expresa en el aparte transcrito, el título originario emanado del Estado, en cuanto ampara la propiedad privada del suelo de los inmuebles, objeto de una adjudicación, merced o composición antes del 28 de octubre de 1873, sirve de fundamento para establecer una vinculación entre los litigantes, que justifica la acumulación de autos, en punto al aprovechamiento del mismo título originario y de las demás pruebas conducentes al establecimiento de los otros hechos básicos de la acción de oposición a la propuesta de contrato.

En desarrollo de estas ideas, en el auto de fecha 28 de septiembre de este año, en el juicio promovido por Sofía Londoño contra la Nación, se dijo:

"Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de contrato, si las personas, vale decir, los actores legitimados ad causam, son distintos, la vinculación jurídica para la prosperidad del incidente, debe buscarse en el objeto del litigio, el cual consiste en la propiedad del subsuelo respecto del inmueble que salió del dominio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, en virtud de un DETERMINADO TITULO, merced o adjudicación de tierras realengas o baldías; pero si el título no se determina, individualiza o especifica cumplida y exactamente, o bien se invocan varias mercedes respecto de numerosos inmuebles que se suponen amparados con tales instrumentos, la vinculación jurídica no se ha establecido, porque no dependen "de una misma causa", sino de cinco "mercedes de tierras que entre sí se mezclan (sic) o sobreponen"; pero que no han integrado una sola propiedad sino varias, cuyos derechos emanarán de una u otra merced o título según la ubicación de cada parcela dentro del área del inmueble primitiva o antiguamente adjudicado, objeto mediato del litigio de oposición a la propuesta de contrato, cuya precisa y exacta determinación resulta del todo necesaria e indispensable para los fines perseguidos por los actores.

"Resulta, pues, que la vinculación jurídica sustancial, indispensable para la acumulación prevista en el numeral 4º del artículo 398 del C. J., surge en estos procesos de oposición a la propuesta de contrato, de la especificación o determinación del título antiguo, expedido antes del 28 de octubre de 1873, juntamente con la individualización del predio objeto de la transferencia de dominio del Estado al particular o adjudicatario, que no puede hacerse en cualquier estado del juicio, como al tiempo de pedir las pruebas o de promover un incidente o articulación, sino en la misma demanda, porque es allí donde se establece la relación procesal entre las partes, para saber sobre qué litigan y sobre qué recaerá la sentencia del juez, en vista del planteamiento del litigio, de la controversia o de las opuestas pretensiones de las partes". (G. J. XCIII, página 1087).

En el juicio promovido por el heredero de Julio Barriga Páez, respecto del predio denominado "SORIA O LA REFORMA", en la primera petición se demanda la declaración de que ha salido "del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de la justa prescripción adquisitiva de dominio por explotación económica de las tierras, y por razón de varios títulos emanados del Estado".

En los primeros 20 hechos de la demanda se hace la historia de la tradición del dominio o de la cadena de los títulos otorgados entre particulares; y en el 21, después de hacer mención de las enajenaciones hechas por Antonio Caicedo y por Fernando de Caicedo, según instrumentos otorgados el 29 de mayo de 1771, 9 de diciembre de 1741, 21 de agosto de 1762 y 9 de abril de 1763, dice textualmente: "En dichos instrumentos se relacionan varias mercedes otorgadas sobre esas estancias y contienen la siguiente ubicación de la Gran Hacienda llamada Subachoque así: "Desde la orilla del río Chinga, subiendo por una quebrada de agua que está pegada a la fundación y posesión de las casas antiguas y las que en lo presente se mantienen, subiendo por dicha quebrada nombrada Potrerito, arriba hasta dar a la mitad de un pantano nombrado de Arce; desde dicha quebrada hasta El Potrero Grande con todas las obras que en este globo de tierra hubiere". (fs. 21 vto. C. Nº 1 exp. 576).

El hecho 22 dice textualmente: "Relación de MERCEDES REALES y otros títulos originarios: Por instrumentos públicos sobre venta de tierras corrido ante los escribanos de su Majestad don Francisco Navarro Peláez y Don José Gabriel Gómez de Abreou en Santa Fé a 20 de marzo de 1731 y 4 de enero de 1739, Don Fernando de Caicedo y Salabarrieta adquirió y pagó 22 estancias de ganado mayor contiguas a las que poseía en aquel tiempo por compra hecha a los señores Juan Francisco y Salvador Maldonado. En dichos instrumentos otorgados ante el escribano de Su Majestad Mayor de Cabildo y Público Francisco Navarro Peláez se da fé por funcionario competente, (el cual corrió y certificó dichos instrumentos) de las siguientes Mercedes Reales otorgadas a favor de los Maldonados y otros causa habientes así: sobre las 22 estancias de ganado mayor de las antiguas en lo que es hoy La Pradera, así: Merced de una estancia de la media (sic) antigua de ganado mayor, proveída a Francisco de Aranda y que linda con la de Juan Gallego que pasó a Margarita Maitos. Merced hecha por Juan de Borja que se compone de 8 estancias de ganado mayor". (fs. 21 vto. a 22 C. Nº 1 exp. 576).

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, la hacienda Subachoque, como la nominada LA PRADERA, quizá parte de aquella, se integró en virtud de varios títulos o mercedes; y de ahí que no se haya determinado en el libelo los instrumentos o títulos antiguos que amparan especialmente la propiedad de la parcela conocida actualmente con el nombre de "SORIA O LA REFORMA", para llegar a la conclusión de que son los mismos del predio PARAMILLO, ahora de propiedad de Elvira Barriga de Calderón.

El apoderado de Elvira Barriga de Calderón en la demanda contra la Nación, respecto del mencionado inmueble PARAMILLO, cita o enumera en el hecho tercero, las mercedes o títulos de propiedad, así "Los terrenos que integraron la 'Hacienda y Ferrería de La Pradera', junto con mayores extensiones, salieron del patrimonio del Estado en virtud de las adjudicaciones que de ellos hizo la Corona Española por las siguientes mercedes: En 20 de marzo de 1602 dieron a Juan Gómez Garzón una estancia de ganado mayor de las modernas; a Francisco de Aranda una estancia de la medida antigua de ganado mayor (son ocho (8) de las modernas); en 25 de septiembre de 1621 a Juan Sánchez García tres (3) estancias de ganado mayor de las modernas; en 30 de mayo de 1632 a Diego Calderón cuatro (4) estancias de ganado mayor de las modernas; en 5 de diciembre de 1684 a Diego Hurtado un (1) título de sobras que midió una estancia de pan y ganado mayor de las antiguas. En el año de 1659 por Comisión Real dada por el Presidente, Gobernador y Capitán General de este nuevo Reino Don Dionisio Pérez Manrique a Don Dionisio de la Zerda Maldonado, éste las midió y las ejecutó y en más de una ocasión hubo de no seguir la medida 'por cuanto faltó tierra para integrarlas'." (fs. 13 vto. C. Nº 1. exp. 696).

Visto, pues, el planteamiento hecho en las dos demandas, no puede aceptarse, o cuando menos no se ha establecido, que las parcelas nominadas ahora PARAMILLO y "Soria o La Reforma", hayan salido del dominio del Estado en virtud del mismo título, con el objeto de justificar la causal de acumulación prevista en el numeral 4º del artículo 398 del C. J.

c) Demanda en representación de la comunidad.- Por último, para fundar la acumulación de autos, se afirma que las demandas se han promovido en representación de una misma comunidad, por varios condóminos, con el objeto de conseguir la declaración de que la propiedad del subsuelo pertenece a la memorada comunidad. Si esto fuera así, es claro que procedería la acumulación con fundamento en el numeral 1º del artículo 398 del C. J.; sin embargo, esta alegación resulta del todo infundada, como pasa a verse.

En la demanda presentada en representación de

Elvira Barriga de Calderón, si bien se hace alusión, en la primera petición, al hecho de que el predio Paramillo fue parte de la antigua Hacienda y Ferrería de La Pradera, se solicita en la segunda, la declaración de dominio como cuerpo cierto, pues dice: "Que dicha finca pertenece a mi mandante; lo mismo que el subsuelo petrolífero que se encuentre en el expresado inmueble, o sea el petróleo, gases, bitúmenes, hidrocarburos etc.".

En concordancia con tal declaración está el hecho segundo, en el cual se lee: "Los linderos de la finca Paramillo, parte de la antigua 'Hacienda y Ferrería La Pradera', que posee exclusivamente mi mandante, son:... etc. etc...".

Asimismo, en el octavo se expresó: "Mi mandante, señora Elvira Barriga de Calderón, ha poseído materialmente desde hace más de treinta años la finca Paramillo relacionada y alinderada especialmente en forma regular, pública y pacífica, con exclusión de toda otra persona y explotándola económicamente".

En consecuencia, las precisas y claras peticiones de la demanda, como los hechos antes copiados, descartan en absoluto de que la acción de oposición se hubiese promovido en representación de una posible comunidad respecto de la 'Hacienda y Ferrería La Pradera', no obstante lo afirmado en la primera parte del hecho primero y en el quinto, que a la postre quedaron sin asidero alguno en la parte petitoria del libelo, porque en ninguna forma, ni directa ni indirectamente, se suplicó la declaración de propiedad del subsuelo en representación o provecho de la comunidad de "La Pradera".

No está por demás anotar que al hacer, en el hecho segundo de la demanda, la descripción de las lindes del predio Paramillo se alude o menciona los terrenos "que remataron en el Juzgado de Tierras de Bogotá en el juicio divisorio de La Pradera..."

En la demanda promovida en representación de la sucesión de Julio Barriga Páez, en las peticiones principales, se considera el inmueble SORIA O LA REFORMA como cuerpo cierto; y en las subsidiarias, la sucesión demandante se considera como copropietaria del inmueble La Pradera, para que se declare que el petróleo, gases y demás hidrocarburos "son de propiedad de la comunidad de La Pradera dentro del área de la propuesta 869 formulada por la Texas Petroleum Company a que se hace relación en esta demanda".

Sin embargo, según se ha visto, en la otra demanda no se hizo súplica alguna, ni como principal ni como subsidiaria, en nombre o representación de la comunidad de La Pradera, falta este indispensable nexo o vinculación sustancial para decretar la acumulación, con fundamento en el numeral 1º del artículo 398 del C. J.

Por los motivos expuestos se niega la acumulación de autos demandada por el apoderado de la sucesión de Julio Barriga Páez, en memorial de 7 de junio de este año.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Efrén Osejo Peña.— Jorge García M. Secretario.

AUTOS INTERLOCUTORIOS. — CARACTERISTICAS DE LOS MISMOS. — NATURALEZA DEL AUTO QUE DECRETA LA PRACTICA DE PRUEBAS

1.—La función del interlocutorio supera la del auto de sustanciación, en cuanto no se limita a desarrollar formalmente el trámite, sino que califica actos y situaciones jurídicas y selecciona los elementos o las formas procesales que se entienden más apropiados para los fines que la causa persigue.

2.—El artículo 596 del C. Judicial prescribe que las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión y que son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces, por lo cual el auto que las admite o las deniega lleva implícita la calificación correspondiente; es una providencia que no se limita a disponer un nuevo trámite o actuación sino que califica la conducencia de uno de los elementos fundamentales del juicio, como son los medios de prueba ofrecidos por las partes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo)

En auto de diecisiete de agosto del presente año el magistrado sustanciador de este negocio denegó la reposición, solicitada por el señor procurador delegado en lo civil, del que ordena la práctica de pruebas pedidas por el actor, con fundamento en la calidad de interlocutorio de este último que no lo hace susceptible del recurso interpuesto sino del de súplica, en atención a lo dispuesto en el artículo 511 del Código Judicial.

En desacuerdo con el criterio del magistrado, el procurador sostiene que la providencia que dispone la práctica de pruebas es de sustanciación, y no interlocutoria, puesto que en su numeral 2º el artículo 466 del Código de enjuiciamiento civil clasifica entre los interlocutorios al auto que "resuelve (...) la denegación del recibimiento a pruebas, o la práctica de cualquiera de ellas, lo que por razonamiento a contrario significa, según el recurrente, que el que decreta dicha práctica es de sustanciación; y además, porque la finalidad de este proveído no es resolver una cuestión incidental sino impulsar o dar curso progresivo a la actuación, sin que pueda "causar lesión a la contraparte, toda vez que la conducencia, eficacia y validez de las pruebas ordenadas se estimarán al momento de pronunciar el fallo".

Apoyado en estas razones el señor procurador interpuso contra el auto de diecisiete de agosto el recurso de súplica que se decide en esta providencia, a efecto de que se resuelva que sí es procedente la reposición interpuesta contra el auto que decreta pruebas, por no ser éste interlocutorio, y que por consiguiente el magistrado sustanciador debe proceder a fallar el recurso.

La ley no define qué es auto interlocutorio, si no es en la forma descriptiva del artículo 466, que contiene una enumeración simplemente ilustrativa, mas no taxativa —como lo anota el procurador— de tal especie de providencias; pero al distinguir los autos de sustanciación de los interlocutorios no es difícil observar que si la función de aquellos es de mero desarrollo o impulso procesal; la de éstos es de verdadera dirección del juicio en cuanto lo enderezan hacia la adecuada solución mediante decisiones que contienen una calificación de elementos o actuaciones procesales, la función del interlocutorio supera, así pues, la del auto de sustanciación en cuanto no se limita a desarrollar formalmente el trámite sino que califica actos y situacio-

nes jurídicas y selecciona los elementos o las formas procesales que se entienden más apropiados para los fines que la causa persigue.

El artículo 596 del Código Judicial prescribe que "las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces", por lo cual el auto que las admite o las deniega lleva implícita la calificación correspondiente; es una providencia que no se limita a disponer un nuevo trámite o actuación sino que califica la conducencia de uno de los elementos fundamentales del juicio, como son los medios de prueba ofrecidos por las partes. Sin que sea de recibo el argumento, que el procurador alega, de que la expresada calificación es punto reservado privativamente a la sentencia, según la doctrina dominante de la Corte, pues ésta corporación no ha expuesto ese concepto con el alcance absoluto con que lo acoge el recurrente, sino que sus decisiones a ese propósito deben entenderse en el sentido, muy claramente explicado en numerosos fallos, de que sólo cuando la prueba es **ostensible** o **notoriamente** inconducente puede el juez negarse a decretarla, debiendo admitirla cuando tal inconducencia no es ostensible ni notoria, pues de lo contrario se expondría a calificar anticipadamente su **mérito**, calificación que corresponde hacer en la resolución de fondo. Entre otras providencias, en fallo de 7 de abril de 1937 expuso la Sala de Casación Civil la siguiente doctrina, que no ha sido después rectificada: "Sin discutir, por no ser la oportunidad, la desconexión indicada por el suplicante entre esos hechos y aún dando por aceptada la apariencia consecuencial de inconducente afirmada por él, es de observarse que el concepto que a primera vista ocurra formular a este respecto de la conducencia cuando se pide una prueba dada puede no perseverar cuando ya no se trate de decretarla sino cuando se esté estimando en sí misma y en su relación con lo demandado y controvertido en el respectivo proceso. De ahí se deduce que la simple duda al respecto ha de bastar para decretarla, y que su práctica no puede negarse sino cuando esa inconducencia es desde luego manifiesta" (G. J. Nº 1920, pg. 717). Todo lo cual está confirmando el concepto de que el auto que admite una prueba contiene una virtual calificación de su al menos aparente conducencia, suficiente para otorgarle la calidad de interlocutorio en armonía con los principios expuestos, ya que la interpretación estrictamente exegética del texto legal no priva en este caso sobre la que se deduce de la naturaleza y contenido mismos de la mencionada providencia.

Consiguientemente, no se accede a revocar la providencia suplicada.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ramiro Araújo Grau.—Carlos Peláez Trujillo.—Luis Carlos Zambrano.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME EN UN CONTRATO CON LA NACION

Como ya tiene dicho la Corte, en la estimación del justo precio de un inmueble que se ha vendido con destino a una obra pública, no puede tenerse en cuenta la valorización ocasionada por la misma obra, a lo menos cuando el vendedor no se desprende de la totalidad de la propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, D. E., noviembre veintitres de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araujo Grau)

En el libelo presentado ante esta Corporación, el Dr. Alvaro Hinestrosa, por medio de apoderado, pidió que se hicieran contra la Nación los siguientes pronunciamientos:

"PRIMERO: Que se declare que el doctor Alvaro Hinestrosa, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa estipulado en la escritura pública número tres mil cuatrocientos cincuenta y dos (3.452) de treinta (30) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) de la Notaría Tercera de Bogotá, por medio del cual el citado Dr. Hinestrosa vendió a la Nación Colombiana el siguiente inmueble: "Un lote de terreno localizado en jurisdicción del municipio de Usaquén, cuyo plano levantado por el Ministerio de Obras Públicas, se protocoliza con la presente escritura, lote que tiene una cabida superficiaria de tres mil trescientos sesenta y seis metros cuadrados con cincuenta y un centímetros de metro cuadrado (3.366,51 mtrs.2), demarcado por los siguientes linderos:

—Norte, con propiedad de Alvaro Castellanos; —Sur, camino de por medio, con propiedad de Jorge E. Villamarín; —Oriente, con propiedad del mismo vendedor; y Occidente, con la antigua línea del Ferrocarril".

"SEGUNDO: Que, en consecuencia, se decrete la rescisión por lesión enorme, del contrato de compraventa contenido en dicha escritura.

"TERCERO: Que se condene a la Nación Colombiana a pagar al Dr. Alvaro Hinestrosa o a quien sus derechos represente el complemento del justo precio de tal inmueble, según el avalúo fijado pericialmente, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo que ponga fin al presente juicio, deducido el porcentaje que ordena la ley.

"CUARTO: Que se condene a la Nación Colombiana a pagar al Dr. Alvaro Hinestrosa o a quien sus derechos represente los intereses sobre la suma que constituye el complemento del justo precio del inmueble atrás determinado, intereses que deben declararse exigibles desde la fecha de la presente demanda hasta el día del pago de dicho complemento del precio. En el fallo deberá establecerse el monto total de los intereses causados desde aquella fecha hasta la de la sentencia y el monto mensual de los intereses moratorios de la fecha de la sentencia hasta cuando el pago de capital e intereses se verifique".

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

Primero: Por escritura pública número tres mil cuatrocientos cincuenta y dos (3452) de treinta (30) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) de la Notaría Tercera de Bogotá, el doctor Alvaro Hinestrosa transfirió a título de venta a favor de la Nación Colombiana, el derecho pleno de dominio y la posesión que tenía so-

bre el inmueble determinado en ese instrumento y en el punto primero petitorio de este libelo.

"Segundo: El vendedor Hinestrosa había adquirido el inmueble mencionado, en mayor extensión, por compra a María Pizarro de Lleras y otros, según escritura número ochocientos cincuenta y cuatro (854) de once (11) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951) de la Notaría Quinta de Bogotá.

"Tercero: El precio que recibió el vendedor Hinestrosa de la Nación Colombiana por la venta que hizo a su favor, de dicho inmueble, fue muy inferior a la mitad del justo precio de tal bien, en la época del contrato.

"Cuarto: La Nación Colombiana recibió real y materialmente dicho inmueble y lo ocupó y destinó a la construcción de la Autopista del Norte o "Paseo de los Libertadores" (cláusula quinta de la aludida escritura de venta a su favor) y no ha sido enajenado por ella, ni se ha destruído en su poder.

"Quinto: El Dr. Alvaro Hinestrosa enajenó tal inmueble a la Nación Colombiana cuando ya se encontraba valorizado, según puede claramente verse en la cláusula tercera de la escritura de venta; de suerte que en el precio de la venta quedó incluída la valorización imputada.

"Sexto: Se demanda la rescisión, que se traduce en supresión de los efectos del contrato; pero dado que el bien se encuentra incorporado de manera definitiva al patrimonio de la Administración, por razones del mismo servicio público que motivó la venta lesiva, la disyuntiva que plantea toda lesión al vendedor de someterse al justo precio o asentir en la ruptura del contrato, está despejada por el primer término por razones de utilidad común.

"Séptimo: La H. Corte Suprema de Justicia sentó ya jurisprudencia sobre la cuestión fundamental a que se refiere esta demanda, al decidir varios casos análogos, entre otros, el del Sr. Miguel de Germán Ribón contra la Nación Colombiana, en fallo de 5 de febrero de 1958. (G. J. Tomo LXXXVII. Nos. 2192-2193, págs. 333 y ss.)".

Con relación al derecho expresó: "me fundo en el capítulo 13 del Título 23 del Libro 4º del C. C.; artículos 40, 337 y concordantes del C. J., Ley 67 de 1943 y demás disposiciones legales conducentes".

Se encuentra agotado el trámite del juicio ordinario de única instancia a que dio lugar la anterior demanda.

En su vista de fondo el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, a cuyo cargo estuvo la representación de la Nación, pidió la absolución de ésta, por cuanto no resulta establecido que el vendedor y demandante hubiera sufrido lesión enorme en la venta a que el libelo se refiere, debido a que el dictamen pericial que al efecto se practicó no establece que hubiera ocurrido dicho fenómeno, ya porque no está debidamente fundamentado, ya porque en él se tuvo en cuenta el aumento de valor producido por la obra para que fue destinado, y no el precio que tenía a la fecha del contrato.

Por otra parte, considera que en el presente caso no se podría decretar la rescisión, por cuanto no hay derecho a ésta cuando el bien perece en poder del comprador, lo cual ocurre cuando deja de estar en el comercio, que fue lo que aconteció al inmueble vendido por el demandante al haberlo destinado la Nación a un uso público.

Se considera:

De conformidad con el artículo 1947 del C. C., "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende... El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

A tenor de la copia registrada en la escritura Nº 3.452 de 30 de noviembre de 1955, de la Notaría 3ª de este Circuito, allegada en forma legal a los autos, el demandante recibió de la Nación, como precio del inmueble que le vendió y sobre el cual versa la demanda, la suma de $7.065.00. Según el dictamen de los peritos que avaluaron el inmueble "el precio real de las varas cuadradas vendidas es de $21.040.84, luego la diferencia de los valores es de $13.975.84, luego hay más de 50% de diferencia de valores".

Como fundamentación de tal conclusión dijeron los peritos: "El punto sobre que versa nuestro dictamen pericial se refiere al precio que tenía el lote vendido a la Nación en el año de 1955, en el mes de noviembre, y para este efecto hemos tenido en cuenta las siguientes consideraciones:

"1º Los 3.366,51 metros cuadrados, equivalen a 5.260,21 v2. y por tanto nuestro dictamen se refiere a la fecha que tenían esas varas cuadradas en cuanto a precio en 30 de noviembre de 1955.

"2º El doctor Hinestrosa es verdad que compró en el año de 1951 aproximadamente 2 fanegadas de terreno por la suma de $26.000.00, o sea poco más o menos a razón de $ 1.44 la vara cuadrada; pero con motivo del proyecto de autopista que hizo el Gobierno Nacional en el año de 1955 o de 1954, automáticamente los terrenos por don-

de debía pasar la autopista se subieron de precio por virtud de la posibilidad de hacer urbanizaciones en los terrenos limítrofes a ella, como se ha visto y se ve actualmente".

"En consecuencia la apreciación del valor del terreno debe hacerse por varas cuadradas en virtud de que las urbanizaciones venden los solares por esta última forma".

"3º El terreno del doctor Hinestrosa se encuentra hoy en zona adyacente a las urbanizaciones, y por ende necesariamente ha subido de precio, sobre el principio de economía política de la ley de oferta y la demanda. En noviembre de 1955 la vara cuadrada de terreno se había aumentado por la posibilidad de la urbanización correspondiente, sobre todo hacia la parte oriental de la Avenida en donde ha tenido mayor auge la urbanización, y dado los negocios celebrados en noviembre de 1955, y los posteriores a esa fecha, estimamos la vara cuadrada en noviembre de 1955 a razón de $4.00, y por tanto, las 5.260.21, v2. valían en esa fecha la suma de $ 21.040.84".

Lo primero que hay que observar respecto a este dictamen es que los peritos en el numeral 2º dicen haber tenido en cuenta el mayor valor que el proyecto de construcción de la "Autopista del Norte" produjo sobre el inmueble del demandante, parte del cual había sido vendido precisamente para ser ocupado por dicha autopista.

Ahora bien: como ya tiene dicho la Corte (G. J. T. XCII, números 2225-6, pág. 1.176) en la estimación del justo precio de un inmueble que se ha vendido con destino a una obra pública no puede tenerse en cuenta la valorización ocasionada por la misma obra, a lo menos cuando el vendedor no se desprende de la totalidad de su propiedad. Sería contrario a toda justicia que se pagara al vendedor como precio del terreno que se va a destinar a la obra pública, el aumento del valor producido por la misma obra y del que va a aprovecharse con relación al resto del terreno; sin que cambie las cosas el que haya pagado impuesto de valorización por ese resto, ya que el impuesto no guarda relación con la plusvalía operada, sino con el costo de la obra.

En segundo lugar —y esto sería suficiente para descartar la peritación— carece ella de fundamentos precisos y concretos respecto al justo precio que le asigna al terreno vendido. Aparte de las consideraciones generales respecto a la valorización que debió producir el proyecto de la Autopista y de encontrarse el inmueble en zona adyacente en las urbanizaciones, no dan los expertos para fijar en $ 4.00 el valor de la vara cuadrada, razón distinta de la alusión no menos general y escueta a "los negocios celebrados en noviembre de 1955 y los posteriores a esa fecha".

Por todo lo cual resulta evidente que la peritación dista mucho de contener la "debida fundamentación" que exige el artículo 721 del C. J. para que haga plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos avaluadores, de donde resulta la falta de la prueba de la lesión enorme alegada por el demandante, razón por la cual no puede prosperar la acción incoada; sin que sea necesario por tanto, dilucidar el punto atinente a la viabilidad de la acción rescisoria cuando el Estado destina el terreno comprado a una vía pública, en que consistió la otra defensa aducida por el señor Procurador.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Absuélvese a la Nación de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Efrén Osejo Peña.—Ramiro Araújo Grau.—Carlos Peláez Trujillo.—Luis Carlos Zambrano.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA, CONTRA LA NACION, DE UN LOTE DE MERCANCIAS RETENIDO POR LA ADUANA. — ACCION SUBSIDIARIA DE INDEMNIZACION POR CULPA EXTRACONTRACTUAL.

1.—El documento privado que se presente a la justicia con ánimo de acreditar la propiedad de la cosa mueble cuya reivindicación se demanda, queda sujeto a ser estimado, en cuanto a su mérito probatorio, en conformidad con las normas establecidas en los artículos 1757 y siguientes del Código Civil.

2.—Para que un documento privado pueda oponerse a terceros, como prueba de un determinado hecho, se requiere que tenga fecha cierta, establecida por alguno de los medios previstos en el artículo 1762 del Código Civil.

3.—Para que el embargo de una cosa mueble tenga eficacia respecto de terceros, es preciso que se cumpla el depósito material, real y efectivo, en manos de un depositario. Y si, cumplido el depósito, la cosa se entrega en forma prematura o extemporánea, terminan los efectos respecto de terceros, en cuanto concierne al objeto ilícito, entre otros.

4.—El artículo 253 del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931) contiene una prohibición, cuyo quebranto hace ilícita la entrega de las mercancías de que allí se trata y afecta a terceros adquirentes en la misma medida en que hayan estado en capacidad de conocer tal irregularidad o ilicitud.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, D. E., veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El comerciante y abogado, doctor Jacques de Bedout Villa, en su calidad de socio colectivo de la firma FELIX DE BEDOUT E HIJOS, SUCESORES, con derecho a representarla extrajudicial y judicialmente, de acuerdo con los contratos respectivos y la certificación de la Cámara de Comercio, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Medellín, con el objeto de que, previa la tramitación de un juicio ordinario, en la sentencia, se hicieran estas declaraciones y condenas como principales:

"PRIMERA: Que Félix de Bedout e Hijos Sucesores —Almacenes y Librería Bedout— sociedad comercial, colectiva, de este domicilio de Medellín, es dueña y se le reconozca el dominio de sesenta y nueve (69) millares de bolas de cristal, retenidas precautelativamente, en las oficinas de la Aduana Interior de Medellín y Capitanía de Aeropuerto de esta misma ciudad, que representan hoy un peso bruto aproximado de 384.400 kilogramos, adquiridas por dicha sociedad demandante del señor B. Arturo Gaviria Torres, con justo título, de que tratan la factura de 27 de agosto de 1954, saldo de los 100 millares de bolas de cristal de que habla dicha factura, y parte, también, de las adquiridas por B. Arturo Gaviria Torres por el Acta Nº 6 de 27 de agosto de 1954, procedente de la Capitanía del Aeropuerto de Medellín —dependencias de la Aduana Interior de Medellín;

"SEGUNDA: Que, como consecuencia de la declaración anterior, la Nación Colombiana (República de Colombia), sea condenada a restituír, devolver y entregar a FELIX DE BEDOUT E HIJOS SUCESORES —Librería Bedout— de Medellín, ya sea directamente por el representante legal de la Nación, por el Administrador de Aduana Interior

de Medellín o por la Capitanía del Aeropuerto de esta misma ciudad, o la persona, entidad o empleado oficial correspondiente que represente a la Nación, las sesenta y nueve (69) millares de bolas de cristal, saldo de las cien millares adquiridas de B. Arturo Gaviria Torres y entregadas a éste por el Acta Nº 6 de 27 de agosto de 1954 y que le fueron retenidas precautelativamente a la sociedad demandante de Félix de Bedout e Hijos Sucs. —Librería Bedout— según Acta Nº 10 de 15 de septiembre de 1954, libres de toda reserva, de impuestos de toda índole; multas, recargos, etc. etc.;"

En subsidio, para el caso de que no prosperara la acción reivindicatoria, solicitó:

"a) Que la Nación Colombiana (República de Colombia) sea declarada civilmente responsable por la pérdida y entrega equivocada del valor de las sesenta y nueve (69) millares de bolas de cristal que representan hoy un valor de tres mil cuatrocientos cincuenta pesos ($ 3.450.00) moneda legal, o sea a razón de cinco centavos cada bola, cuya responsabilidad debe recaer, fuera de la Nación, a los empleados o dependiente de la Aduana, la Capitanía del Aeropuerto, de esta ciudad de Medellín, o del Juzgado Distrital de Aduanas de Bogotá, ya mencionados en el hecho "cuarto" de esta demanda;

"b) Que, en consecuencia, la República de Colombia (La Nación Colombiana), debe pagar a Félix de Bedout e Hijos Sucs. —Librería Bedout— la suma de $ 3.450.00 moneda legal, valor comercial hoy de las 69 millares de bolas de cristal, a razón de cinco centavos cada una;

"c) Que la República de Colombia (La Nación Colombiana), sea condenada a pagar a Félix de Bedout e Hijos Sucs. —Librería Bedout— la suma de $ 1.780.58 valor neto que la sociedad demandante cubrió como parte del valor líquido exacto de adquisición o precio de factura de las 69 millares de bolas de cristal a B. Arturo Gaviria Torres, por capital e intereses, al Banco de Bogotá, según la letra cedida a su favor por el vendedor Gaviria Torres, tal como se explicó en el hecho "Tercero" de esta demanda;

"d). Que últimamente, la Nación Colombiana (República de Colombia), debe de pagar a FELIX DE BEDOUT E HIJOS SUCESORES —Librería Bedout— los perjuicios sufridos a causa de la retención o secuestro preventivo e indebido de las 69 millares de bolas de cristal por culpa de los empleados de la Aduana Interior, la capitanía del Aeropuerto de Medellín o por el inmediato superior (Juzgado de Aduanas de Bogotá), que dió la orden de entrega de las bolas de cristal a estos empleados, y por lo mismo, el lucro cesante a que haya lugar y que será fijado por peritos o en la forma que señala la ley, y,

"d). LOS GASTOS Y COSTAS DEL PRESENTE JUICIO".

Los hechos aducidos por el actor como fundamento de las acciones ejercitadas, no obstante su poca adecuada redacción y la confusión entre cuestiones de hecho y de derecho, se transcriben textualmente:

"PRIMERO. En virtud del certificado expedido por la Cámara de Comercio, de esta ciudad, acredito legalmente que soy personero y tengo la representación judicial y extrajudicial de FELIX DE BEDOUT E HIJOS SUCESORES, sociedad colectiva, de este domicilio, dueña entre otros bienes de los Almacenes o establecimientos denominados "LIBRERIA BEDOUT". Acompaño, desde ahora, como pruebas, copia auténtica y registrada de la escritura Nº 522 de 28 de febrero de 1936, de la Notaría 2ª de Medellín sobre su constitución y el certificado de la Cámara de Comercio, de esta ciudad, sobre su existencia y representación;

"SEGUNDO. Según la factura de 27 de agosto de 1954, FELIX DE BEDOUT E HIJOS SUCESORES compró a título oneroso al señor B. ARTURO GAVIRIA TORRES, mayor y vecino de Medellín, cien (100) millares de bolas de cristal a razón de veintitrés pesos cada millar o sea por un valor total de dos mil trescientos pesos ($2.300.00) moneda colombiana. Acompaño, desde ahora, igual mente, y como pruebas, la factura citada, debidamente cancelada con la nota correspondiente;

"TERCERO. En virtud de la letra de cambio, interna, de 15 de septiembre de 1954, girada por el vendedor B. Arturo Gaviria T. por la suma de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) moneda legal colombiana, aceptada por FELIX DE BEDOUT E HIJOS SUCESORES que fue cedida por aquel al Banco de Bogotá, sucursal de Medellín, y con el recibo de 18 de octubre de 1955, del mismo Banco, acredito legalmente que FELIX DE BEDOUT E HIJOS SUCESORES canceló y pagó la letra indicada por capital de $ 2.300.00, y por concepto de intereses la suma de $ 193.58, o sea un total de $ 2.493.58, precio de la citada compraventa de las 100 millares de bolas de cristal adquiridas de B.

Arturo Gaviria Torres, según el hecho anterior. Acompaño, como pruebas, también, desde ahora, la letra y recibos indicados;

"CUARTO: El señor B. Arturo Gaviria Torres era dueño en posesión y propiedad de las cien (100) millares de bolas de cristal que enajenó a BEDOUT a título oneroso de venta, conforme al título que él mismo exhibió a la sociedad compradora —que represento— consistente ese título nada menos que en el Acta Nº 6 de agosto 27 de 1954, nacida en la propia Capitanía del Aeropuerto de Medellín —dependencia de la Aduana Interior de Medellín— representada en esa fecha por los señores Mayor Jaime García Arenas, Capitán del Aeropuerto, Flaminio López A. Srio. y Juan de J. Cortés, jefe de bodega, todos mayores y vecinos en ese entonces de esta ciudad de Medellín, personas que —dice el Acta citada— obraron por comisión del Juzgado de Aduanas de la ciudad de Bogotá. Esta acta acredita legalmente que por las autoridades de Aduana se le hizo entrega, real y material de mil ciento un millar de bolas de cristal, contenidas en 123 bultos, lo mismo que de 46 gruesas de jabón "Camay", contenidas en 23 bultos o cajas, directa y personalmente al señor B. Arturo Gaviria Torres, vendedor de Bedout. Esta entrega, en la forma como se originó, se presume perfecta, ya que así, por otra parte, lo establece el artículo 253 del C. de Aduanas;

"Acompaño, como pruebas, desde ahora, copia auténtica del Acta mentada, que se ve en la hoja 4 vuelta de las copias autenticadas de parte del sumario levantado contra B. Arturo Gaviria Torres y otros. Acompaño, también, como pruebas, un certificado expedido por el señor Jefe de Archivo de la Aduana Interior de Medellín, que acredita que no fue hallada original el Acta de entrega, Nº 6 de 27 de agosto de 1954.

"QUINTO. Pues bien, señor Presidente; Según Acta Nº 10 de 15 de septiembre de 1954, emanada de la Aduana Interior de Medellín —Capitanía de Aeropuerto, Sección Resguardo— los señores Mayor Jaime García Arenas, Capitán de Aeropuerto de Medellín, del Cabo Ricardo Jiménez, del Resguardo Nacional de Aduanas, del Guarda Juan Silva, empleados que tienen la representación legal de la Autoridad de Aduana, de esta ciudad de Medellín, procedieron en esa calidad a retener, en forma PRECAUTELATIVA, dizque por orden del Juzgado Distrital de Aduanas de Bogotá, mientras que quedara ejecutoriada la sentencia que absolvió a su anterior propietario, señor B. Arturo Gaviria Torres, SESENTA Y NUEVE (69) millares de bolas de cristal de propiedad de "Félix de Bedout e Hijos Sucesores —Librería Bedout— que estaban en su poder y que habían sido adquiridas con justo título, perdiendo en esa forma, por acatamiento a la Autoridad, la tenencia y posesión material de las 69 millares de bolas de cristal que fueron adquiridas con la mejor buena fe del señor B. Arturo Gaviria Torres, como lo tengo dicho, y sin parar mientes en la entrega que esos mismos empleados, representantes de la autoridad habían hecho al señor B. Arturo Gaviria Torres, como lo acredita el acta precitada antes.

"En el Acta de que se trata, y que acompaño, también, como pruebas, desde ahora, se dejó la constancia expresa de su retención PROVISIONAL, PRECAUTELATIVA —no en definitiva— y, se reconoce o declara la propiedad de esa mercancía, en manos de la LIBRERIA BEDOUT de la firma social de Félix de Bedout e Hijos Sucs., que represento, y quien en ese entonces era la tenedora, poseedora de tal mercancía, material y legalmente.

"SEXTO. La mercancía secuestrada o retenida o sean las 69.000 bolas de cristal reposan materialmente hoy, en la fecha de esta demanda, en manos de la Aduana Interior de Medellín, equivalentes a 384.400 kilogramos de peso, ya que, fuera de la orden superior indicada sobre retención, deben de reposar esas mercancías en esa oficina de Aduanas, al tenor del artículo 388 del C. del ramo.

"Esa tenencia, que es precaria, virtualmente, debe considerarse y presumirse legalmente, con todo derecho como si lo fuera en manos de la sociedad que represento de Félix de Bedout e Hijos Sucesores, propietaria de los Almacenes y Librería Bedout, como es obvio, señor Presidente.

"SEPTIMO. Según la sentencia de 11 de agosto de 1954, Resolución Nº 000077 dictada por el Juzgado de Aduanas de Bogotá, se declaró inexistente el delito de fraude o contrabando a la Renta Nacional de Aduana y se declaró inocentes de los cargos por los cuales fueron procesados, a los señores Arturo Gaviria y otros; ordenó la devolución al mismo Gaviria Torres de 1.101 millares de bolas de cristal y 46 gruesas de jabón Camay, y, ordenó también, oficiar al Comandante del Resguardo de Aduana de Medellín a efecto de que él

se sirviera dar cumplimiento a lo dispuesto en tal sentencia.

"OCTAVO. El H. Tribunal Supremo de Aduanas, en sentencia de 23 de junio de 1957, revocó en su totalidad la sentencia Nº 000077 citada, y en su lugar resolvió disponer lo que allí aparece y en el numeral 5º ordenó el reintegro por parte de Arturo Gaviria Torres a la Dirección General de Aduanas de 125 bultos de bolas de cristal, y 23 bultos de jabón Camay ,que le fueron devueltos de UNA MANERA INDEBIDA POR LA CAPITANIA DEL AEROPUERTO DE MEDELLIN el 27 de agosto de 1954, según consta al folio 618 del expediente. 'En caso de que el sentenciado no tenga en su poder la totalidad o parte de la mercancía, reintegrará la suma de $ 24.418.00 a que ascendió el avalúo realizado en el expediente, o la suma correspondiente a la mercancía que dejara de entregar. Este valor o el que resultare del remate de las mercancías que devolviere el sentenciado en caso de devolución de especies, ingresará totalmente al tesoro nacional, deducidas las participaciones' ".

"Acompaño, desde ahora, también como pruebas, copia debidamente autenticada de las sentencias de 1º y 2º grado antes mencionadas en su parte resolutiva;

"NOVENO. Como se ve de lo dicho antes no solo se verificó la retención indebida de la mercancía indicada, que según el Acta Nº 6 de 27 de agosto de 1954, se había entregado al citado B. Arturo Gaviria Torres, quien la enajenó a título oneroso a la sociedad de Félix de Bedout e Hijos Sucs. —Librería Bedout— como lo tengo dicho, sino que tal mercancía o su valor que resulte de remate de ella ha de ingresar al Tesoro Nacional, o sea, sencillamente, apropiación indebida de cosa ajena que pertenece a Bedout, como sabía el H. Tribunal de Aduanas, y así lo estampó en su propia sentencia que tal mercancía había sido entregada no solo al sindicado sino retenida y secuestrada a la Firma que represento, como lo hizo constar en tal expediente y en su propia sentencia.

"DECIMO. Esta entrega equivocada e indebida y que aparece así reconocida en el propio cuerpo de la sentencia del H. Tribunal Supremo de Aduanas, constituye, según los artículos 55 y 56 del C. de Aduanas, la responsabilidad de el Gobierno, la República de Colombia, en favor de los dueños de la mercancía, sus legítimos tenedores, poseedores y adquirentes, por toda pérdida o entrega equivocada, y todo empleado de la Aduana será responsable solidariamente con sus fiadores ante el Gobierno de toda pérdida y daño que sufra la mercancía, así como de toda entrega equivocada sea imputable a negligencia u omisión en el cumplimiento de los deberes del respectivo empleado, y constituye también violación de la ley sustantiva y de la propia constitución nacional.

"UNDECIMO. El suscrito, en nombre de la Firma que represento, y por aquella disposición del Artículo 68 de la ley 167 de 1941 —orgánica del Código contencioso administrativo— ocurrió, en demanda de la restitución del derecho violado, en memorial de 4 de agosto de 1958 y el Jefe de la Administración nos remitió al Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera, funcionario que, verbalmente no recibió el memorial respectivo, diciendo que de acuerdo con el Decreto 0188 de junio de 1958, no correspondía su conocimiento. Acompaño, también como pruebas, el memorial con la nota de presentación y resolución dichas".

En cuanto a los fundamentos de derecho, invocó los artículos 946, 947, 950, 951, 952, 762, 768, 775, 786, 2341, 2342, 2344, 2347, 2260 del C. C.; 388, 253, 55 y 56 del C. de Aduanas; 20, 21 y 30 de la C. Nacional.

Con la demanda acompañó varias pruebas, a las cuales se hará alusión más adelante.

El Fiscal 2º del Tribunal de Medellín, en representación de la Nación, después de referirse a los hechos de la demanda con el objeto de manifestar o que los ignora o no le constan o deben probarse, se opuso a que se hicieran las declaraciones suplicadas; y alegó como excepción "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió".

El Tribunal de Medellín falló el pleito en el sentido de absolver a la Nación de los cargos de la demanda, según sentencia de fecha 1º de septiembre del año pasado, que se halla a la revisión de esta Sala a virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la sociedad actora.

Para mayor claridad, se hace necesario hacer un resumen cronológico de los hechos probados en el juicio y en cuanto sean necesarios para dar adecuada solución al litigio.

1º Mediante sentencia o resolución Nº 000077 de agosto de 1954, el Juzgado de Aduanas de Bogotá declaró inexistente el delito de contrabando por fraude a la renta nacional de aduana e "inocen-

tes" del delito imputado, entre otros, a Arturo Gaviria Torres; ordenó devolver al expresado sindicado "un mil un (sic) millar de bolas de cristal y cuarenta y seis gruesas de jabón Camay que le había sido retenida por presunción de contrabando"; dispuso además: "ofíciese al señor Comandante del Resguardo de Aduanas de Medellín, a efecto de que él se sirva dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia, para lo cual se le enviará una copia autenticada de esta providencia".

El 19 de agosto de 1954, el Director General de Aduanas interpuso el recurso de apelación contra el fallo mencionado, concedido por auto de fecha 6 de septiembre del mismo año.

2º En el Acta Nº 6 de 27 de agosto de 1954, se lee: "...se reunieron en las dependencias de la Aduana Interior de Medellín los señores Mayor Jaime García Arenas, Capitán del aeropuerto, Flaminio López A. Secretario, Juan de J. Cortés, Jefe de Bodega, y Arturo Gaviria Torres, **incriminado en el sumario por fraude a la renta nacional de aduanas,** (subraya la Sala) con el fin de llevar a efecto la entrega de las mercancías a que se refiere la Resolución Nº 000077 de fecha 11 de los corrientes, emanado del Juzgado de Aduanas. Al efecto se procedió con el siguiente resultado: Mil ciento un millar de bolas de cristal contenidas en ciento veintitrés bultos; cuarenta y seis gruesas de jabón "Camay" contenidas en veintitrés bultos o cajas. El incriminado Arturo Gaviria Torres declara legalmente recibida la mercancía a que se refiere la presente diligencia.

3º Fechada el mismo día y firmada por B. Arturo Gaviria T., aparece una factura por la cual se transfiere, a título de venta, a FELIX DE BEDOUT E HIJOS "100 millares de bolas de cristal a $ 23.00" por un valor total de $ 2.300.00 "pagaderos a 90 días fecha". Además, se lee en esta diciente constancia: "Esta mercancía corresponde a un lote que me tocó según Acta Nº 6 del 27 de agosto, emanada de la Capitanía del Aeropuerto de esta ciudad".

4º El Juez de Aduanas de Bogotá, en sendos mensajes dirigidos al Comandante del Resguardo y al Administrador de Aduana de Medellín, el 13 de septiembre de 1954, les ordena aprehender inmediatamente la mercancía entregada a Arturo Gaviria, en forma extemporánea, por hallarse apelada la sentencia del juzgado de primera instancia.

5º Como consecuencia de esta orden, se suscribió el Acta Nº 10, que dice así: "En Medellín, a los quince (15) días del mes de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), se reunieron en el local que ocupa la "Librería Bedout" los señores Mayor Jaime García Arenas, Capitán de Aeropuerto, de Medellín, el señor don Gustavo Londoño, Administrador de la Librería, Cabo Ricardo Jiménez del Resguardo Nacional de Aduanas y Guarda Juan Silva, con el fin de recibir del citado Almacén la siguiente mercancía que por orden del Juzgado Distrital de Aduanas de Bogotá quedará retenida precautelativamente mientras queda ejecutoriada la sentencia que absolvió a su propietario, señor Arturo Gaviria Torres:

"SESENTA Y NUEVE MILLARES (66.000) (sic) BOLAS DE CRISTAL.

"Como se dijo antes, esta retención es preventiva y obedece a la orden contenida en radiogramas Nos. 000058 y DA-3.800 de fecha trece (13) de los corrientes".

6º Según se deja dicho, el 27 de agosto de 1954 suscribió Arturo Gaviria T. la factura de venta de las cien mil bolas de cristal a FELIX DE BEDOUT E HIJOS, por valor de $ 2.300.00 y con plazo de noventa días fecha; sin embargo, como lo observa el procurador delegado, solamente el 15 de septiembre emitió el vendedor una letra de cambio a cargo de la sociedad compradora, con noventa días de plazo, la cual fue descontada en el Banco de Bogotá y pagada por la firma aceptante, el día 18 de octubre de 1955, por el monto de $ 2.493.58.

7º En la sentencia de fecha 3 de junio de 1957, el Tribunal Supremo de Aduanas, entre otras declaraciones y condenas, pronunció las que se transcriben: "1º Revocar en su totalidad la sentencia Nº 000077 de 11 de agosto de 1954 originada del Juzgado Distrital de Aduanas de Bogotá y en su lugar se dispone: los hechos materia de la presente investigación constituyen delito de contrabando; 2º Declárase único responsable del delito de contrabando al señor ARTURO GAVIRIA TORRES:... 3º..... 4º..... 5º Ordénase el reintegro por parte del señor ARTURO GAVIRIA TORRES a la Dirección General de Aduanas de los ciento venticinco (125) bultos de bolas de cristal y veintitrés (23) bultos de jabón Camay que le fueron devueltos de manera indebida por la Capitanía del Aeropuerto de Medellín el 27 de agosto de 1954, según consta al folio 618 del expediente. En caso de que el sentenciado no tenga en su poder la totalidad o parte de la mercancía, reintegrará la suma de VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS

DIECIOCHO PESOS ($ 24.418.00) a que ascendió el avalúo realizado en el expediente, o la suma correspondiente a la mercancía que dejara de entregar. Este valor o el que resultare del remate de las mercancías que devolviere el sentenciado, en caso de devolución de especies, ingresará totalmente al Tesoro Nacional, deducidas las participaciones. Adelántese por la Dirección General de Aduanas la investigación correspondiente a fin de aclarar la anómala devolución de la mercancía, que consta al folio 618 del informativo a que dio lugar el delito que aquí se declara. Asimismo, por esa entidad adelántense u ordénense las demás investigaciones a que dan lugar las falsedades establecidas en este expediente".

No está por demás recordar que el comerciante apoderado y socio de la firma FELIX DE BEDOUT E HIJOS, doctor Jacques de Bedout Villa, en el hecho cuarto de la demanda afirma que el vendedor Gaviria presentó título de propiedad de la mercancía "consistente —dice— este título nada menos que en el Acta Nº 6 de agosto 27 de 1954, nacida (sic) en la propia Capitanía del Aeropuerto de Medellín..."

Expuestos los hechos fundamentales, tal como aparecen de las pruebas presentadas, se procede a estudiar la acción ejercitada como principal, la de reivindicación, con el fin de decidir la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia.

Para el éxito de la acción de dominio, el actor debe probar, como primer elemento, la propiedad de la cosa cuya restitución demanda, mediante la presentación del título adecuado que justifique el derecho alegado; y así, si la controversia atañe a la propiedad de un inmueble, el demandante debe presentar el correspondiente instrumento público, debidamente registrado, con el objeto de probar su derecho; al contrario, si solamente versa el litigio respecto del dominio de cosa mueble, basta la presentación de un documento privado, que debe estimarse, en su mérito probatorio, según las normas contenidas en los artículos 1757 y siguientes del C. C.

En el documento privado que contiene un contrato deben distinguirse los efectos que produce entre las partes y respecto de terceros, como elemento probatorio o como hecho consumado. Supuesta la autenticidad, el documento privado establece o prueba el vínculo obligatorio entre las partes, que no liga efectivamente a terceros; sin embargo, los contratantes pueden oponerles el documento como prueba del hecho, para demostrar o probar, por ejemplo, que el 27 de agosto de 1954 celebraron un contrato de compraventa respecto de ciertas mercancías, cuya propiedad se discute con el dicho tercero.

Para que un documento privado pueda oponerse a terceros, como prueba de un determinado hecho, se requiere que tenga fecha cierta, establecida por alguno de los medios previstos en el artículo 1762 del C. C.; por tanto, para que un contrato de compraventa, contenido en un documento privado y destinado a probar la propiedad de cosas muebles, se imponga o haga valer contra terceros se requiere que tenga fecha cierta, pues solo desde este momento les afectará como prueba, de la existencia de dicho contrato.

El actor ha presentado, como título de propiedad de las cien mil bolas de cristal, la factura o documento privado que contiene el contrato de compraventa celebrado entre FELIX DE BEDOUT E HIJOS, como comprador, con Arturo Gaviria Torres, como vendedor; pero como no tiene fecha cierta, no prueba el hecho del contrato contra la Nación, pues la dicha factura o contrato, datada el 27 de agosto de 1954, solamente se presentó a este juicio, con la demanda, el 17 de noviembre de 1957, según el deficiente testimonio dejado por la secretaría del tribunal. (fs. 24 vto. del C. Nº 1º); por consiguiente, como el 15 de septiembre de 1954 se llevó a efecto el secuestro o retención precautelativa, "mientras queda ejecutoriada la sentencia que absolvió a su propietario, señor Arturo Gaviria Torres", es obvio que el memorado contrato resulta posterior al dicho secuestro, en cuyo acto, no obstante de haberse llevado a efecto en la Librería Bedout, la firma demandante no exhibió la factura ni formuló oposición alguna, conforme a lo dispuesto en el artículo 278 del C. J., en armonía con el artículo 1021 del mismo Código.

Por tanto, la factura, como documento privado, no prueba la propiedad de la sociedad demandante, respecto de las mercancías allí descritas, en este juicio contra la Nación, cuya absolución está plenamente justificada, en cuanto concierne a la acción principal o de reivindicación.

Perjuicios por culpa.— En la petición subsidiaria, la sociedad actora solicita se condene a la Nación como civilmente responsable "por la pérdida y entrega equivocada del valor de las sesenta y nueve (69) millares de bolas de cristal... cuya responsabilidad debe recaer, fuera de la Nación, a (sic) los empleados o dependientes de la Aduana, la Capitanía del Aeropuerto, de esta ciudad de

Medellín, o del Juzgado Distrital de Aduanas de Bogotá, ya mencionados en el hecho 'cuarto' de esta demanda".

Como consecuencia de la anterior declaración solicita se condene a la Nación a pagarle la suma de $ 3.450.00 valor comercial de las 69.000 bolas, más la cantidad de $ 1.780.58 precio neto satisfecho al vendedor; los perjuicios ocasionados "a causa de la retención o secuestro preventivo e indebido de 69 millares de bolas de cristal por culpa de los empleados de la Aduana interior... y el lucro cesante a que haya lugar..."

La primera petición subsidiaria, a más de la confusa redacción, contiene manifiestos errores, como el de suponer que las bolas se perdieron o hubo entrega equivocada; solicitar que la responsabilidad recaiga, no solo respecto de la Nación, sino también sobre "los empleados o dependientes de la Aduana, la Capitanía del Aeropuerto o del Juzgado Distrital de Aduanas de Bogotá", sin citar a juicio a los aludidos empleados, o como si las otras entidades tuviesen capacidad para comparecer en juicio, como personas.

Sin embargo, interpretando las confusas pretensiones del apoderado de la sociedad demandante, se puede deducir que las súplicas subsidiarias tienen la finalidad de demandar el pago de los perjuicios ocasionados, en virtud de una responsabilidad extracontractual o indirecta del Estado, con fundamento en la culpa en que incurrieron los funcionarios de la Aduana por la entrega extemporánea de la mercancía, es decir, antes de que se hubiese ejecutoriado la sentencia absolutoria de primera instancia.

El embargo preventivo de una cosa, para su eficacia respecto de terceros, está condicionado al lleno de dos formalidades sustanciales: primero, a la orden de embargo, dada mediante una providencia o auto; y segundo a que tal orden se cumpla en la forma prevista por la ley, en armonía con la naturaleza del bien embargado, pues, cuando se trata de un inmueble, debe registrarse el auto en la competente oficina de Registro de I. P. y P.; y si recae sobre muebles, mediante el depósito material, real y efectivo, en manos de un depositario, porque si esta diligencia no se lleva a efecto, el embargo no se ha consumado, ni tendrá efecto alguno respecto de terceros de buena fé.

El depositario, sea cual fuere, solo tiene la tenencia material de la cosa secuestrada, con la obligación de "restituírla al que obtenga una decisión en su favor" (artículo 2273 del C. C.); de manera que éste tiene la calidad de poseedor, según lo dispuesto en el artículo 762 del C. C., aun antes de proferirse la respectiva sentencia; sin embargo, si se entrega en forma prematura o extemporánea la cosa secuestrada, aun cuando subsista el auto de embargo, terminan los efectos respecto de terceros, en cuanto concierne a objeto ilícito, entre otros.

Si no puede ponerse en tela de juicio que hubo culpa de los funcionarios de aduana, en cuanto entregaron las mercancías depositadas en forma prematura, tampoco puede negarse que la sociedad compradora también incurrió en una culpa manifiesta, por cuanto conoció, en el momento de celebrar el contrato de compraventa, el Acta Nº 6 de 27 de agosto de 1954, en la cual se hace expresa referencia al sumario adelantado, por el delito de contrabando, contra el vendedor Arturo Gaviria Torres y a la sentencia Nº 000077 de 11 de agosto del mismo año; por tanto, estuvo en capacidad de conocer determinados hechos de decisiva influencia en la situación jurídica de las mercancías, como el de no hallarse ejecutoriada la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, la extemporánea e ilícita entrega de aquéllas; y si no se llevó a efecto esta fácil investigación, no puede ahora alegar ignorancia, porque, si realmente la hubo, fué como secuela de una ignorancia vencible y de una negligencia inexplicable e injustificada.

Además del testimonio, atrás copiado y puesto en la factura, en el hecho cuarto de la demanda, el apoderado y socio de la compañía actora confiesa esta circunstancia en forma por demás clara, aun cuando pretende cohonestar la conducta de los representantes de la sociedad compradora con la extraña afirmación de que el acta de entrega Nº 6 de 27 de agosto de 1954, constituye el "título de propiedad" del vendedor Arturo Gaviria Torres e invoca al efecto el artículo 253 del C. de Aduanas.

La citada acta de entrega no constituye título de propiedad, sino que simplemente prueba un hecho cuya legitimidad, como antes se dijo, debió verificar la firma compradora, la cual, por otra parte, no podía ignorar que la propiedad de esas mercancías importadas y su correcta nacionalización no se podía probar con diligencias que atañen a un proceso sobre contrabando, sino con los documentos de rigor, comenzando por la licencia de importación, factura de origen y consular, manifiesto de aduana y todos los demás comprobantes sobre liquidación y pago de los impuestos adua-

neros aforados, en forma especialísima cuando el tráfico comercial tiene por objeto artículos de prohibida importación, como las bolas de cristal, circunstancia que la firma FELIX DE BEDOUT E HIJOS tampoco podía ignorar.

El artículo 253 de la Ley 79 de 1931, dice: "Las aduanas no entregarán mercancía alguna sino mediante el comprobante de haberse pagado conforme a la ley todas las sumas debidas al Gobierno por tal concepto, o mediante presentación de orden de entrega, por estar la mercancía libre de derechos, extendida de acuerdo con la ley. Exceptúase el caso de mercancía de exportación sobre la cual se garantizare con fianza el pago de los derechos".

En la primera parte, el artículo contiene una prohibición, cuya violación hace ilícita la entrega de las mercancías, que afecta a terceros adquirentes en la misma medida en que hayan estado en capacidad de conocer tal irregularidad o ilicitud, en especial en contratos celebrados entre comerciantes; de manera que no contiene una presunción sino una norma que deben conocer los funcionarios de la Aduana, encargados de la nacionalización de las mercaderías importadas.

En la segunda parte, el artículo se refiere a la entrega de la mercancía por estar libre de derechos, circunstancia que debe acreditarse con los documentos expedidos "de acuerdo con la ley"; y es del todo evidente que el acta de entrega de una mercadería, reputada de contrabando, no prueba de que estuviese libre de los impuestos fiscales respectivos; al contrario, la sociedad compradora de la sospechosa mercancía, además del acta de entrega, debió exigir la presentación de los otros documentos antes mencionados, o cuando menos, siquiera el comprobante de haberse pagado los impuestos de aduana, porque la declaración de que no existe el delito de contrabando, no conlleva la necesaria conclusión de que la mercancía estuviese exhonerada del pago de los derechos, liquidados con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia de última instancia o de primera, en el supuesto de que no hubiese sido recurrida en apelación.

Los motivos expuestos son suficientes para desechar tanto la acción principal como la subsidiaria; y por esto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada por el apoderado de la sociedad FELIX DE BEDOUT E HIJOS.

No está por demás observar que en el testimonio sobre la presentación de una demanda, la secretaría debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 223 del C. J., porque resulta del todo deficiente decir, como se ve en este proceso y en otros: "Recibido en un cuaderno con 24 fs. con 4 sellos en blanco. Medellín, noviembre 17-58", sin expresar quién la presentó, ni cómo se identificó, ni si realmente se adjuntaron los documentos enunciados en la demanda, etc. etc.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen previa las cancelaciones de rigor.

Efrén Osejo Peña.—Ramiro Araújo Grau.—Carlos Peláez Trujillo.—Luis Carlos Zambrano.—Jorge García M., Secretario.

BIBLIOTECA

INCIDENTE DE ACUMULACION DE DOS JUICIOS ORDINARIOS SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLIFERO

1.—Si los actores legitimados ad causam **son distintos, la vinculación jurídica sólo puede surgir de la especificación y determinación del título antiguo juntamente con la identificación del terreno a que tal título se refiere:**

2.—Si en las demandas, con que se inician los juicios cuya acumulación se pide, se conjuga la indeterminación del objeto con la de los títulos originarios, es notorio que resulta del todo imposible establecer la vinculación jurídica requerida para decretarla.

3.—La acción de oposición a un contrato sobre hidrocarburos conlleva el ejercicio de una acción petitoria de declaración de derecho de dominio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, D. E.. primero de diciembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El apoderado del Hospital San Vicente de Nemocón, en el juicio ordinario adelantado contra la Nación, ha interpuesto el recurso de súplica contra el auto de fecha 27 de septiembre de este año, por medio del cual, el señor Magistrado ponente negó la acumulación del citado proceso al que adelanta el mismo apoderado en representación de Gustavo Pradilla Pinto y Ana Camacho de Pradilla.

Para sustentar el recurso de súplica, el representante de los actores, expone:

"Como fundamento para esa negativa se expone el de que no aparecen bien delimitados cuáles son los títulos emanados del Estado comunes a las propiedades materia de los pleitos y se invoca el hecho de que en el juicio del Hospital se solicita como prueba la copia de las mercedes y títulos que aparecen en el litigio entre don Fernando de Torres y don Pedro de Laiseca, prueba que no se pidió en el juicio de don Gustavo Pradilla.

"Al respecto debo aclarar que en dicho pleito se encuentran mercedes y títulos que se llevaron a él en el año de 1788 expedidas con mucha anterioridad, que sirven para confirmar la existencia de la posesión económica de las tierras de Tibitó pero cuyos títulos originarios emanados del Estado están constituídos en cuanto a las fincas materia del pleito por las mercedes que figuran en los numerales anteriores y que son comunes a ambas propiedades especialmente la otorgada a Juan Sánchez de Toledo por el licenciado Miguel Díaz de Armendaríz que aparece en el pleito de Juan Diego Ortega contra el regidor Nicolás de Sepúlveda". (fs. 6 C. Nº 3 exp. 634).

A su turno el Procurador 2º Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado del recurso, en la parte sustancial de su escrito, dice:

"De estas enumeraciones tan abundantes de títulos originarios, como lo anota muy acertadamente el H. Magistrado Dr. Ramiro Araújo Grau, como títulos originarios respecto de los predios objeto de los correspondientes procesos, no es posible determinar que hubieran tenido una causa común de traspaso del dominio del Estado al de particulares. dado lo muy extenso de los territorios que abarcarían tales mercedes y resguardos, y por la circunstancia de que en unos y en otros predios objeto de las demandas, hay elementos de ese título común que pretende como prueba en favor de sus respectivos mandantes el apoderado que no son los mismos. De donde no surge otra cosa

que una verdadera perplejidad para admitir que hubieran tenido un título común originario, determinado del nexo o lazo a su vez común, causa del decreto de acumulación. Y esto sin que se sepa cuáles eran los linderos en los respectivos títulos emanados del Estado comunes a las dos propiedades, en forma concreta y que permita establecer cuál propiamente fue ese título originario común en medio de los varios que cita en uno y otro caso". (fs. 12 ib.)

Para decidir el recurso se considera:

Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de contrato, si las personas, vale decir, los actores legitimados ad causam, son distintos, la vinculación jurídica para la prosperidad del incidente, debe buscarse en el objeto del litigio, el cual consiste en la propiedad del subsuelo respecto del inmueble que salió del dominio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, en virtud de un DETERMINADO TITULO, merced o adjudicación de tierras realengas o baldías; pero si el título no se determina, individualiza o especifica cumplida y exactamente, o bien se invocan varias mercedes respecto de numerosos inmuebles que se suponen amparados con tales instrumentos, la vinculación jurídica no se ha establecido, porque no dependen "de una misma causa", sino de varias mercedes de tierras, en relación con numerosos propietarios, cuyos derechos emanarán de una u otra merced o título según la ubicación de cada parcela dentro del área del inmueble primitiva o antiguamente adjudicado, objeto mediato del litigio de oposición a la propuesta de contrato, cuya precisa y exacta determinación resulta del todo necesaria e indispensable para los fines perseguidos por los actores.

Resulta, pues, que la vinculación jurídica sustancial, indispensable para la acumulación prevista en el numeral 4º del artículo 398 del C. J., surge en estos procesos de oposición a la propuesta de contrato, de la especificación o determinación del título antiguo, expedido antes del 28 de octubre de 1873, juntamente con la individualización del predio objeto de la transferencia de dominio del Estado al particular o adjudicatario.

La acumulación de autos procede en vista de la vinculación jurídica de alguno de sus elementos, cuando menos; y como los elementos del litigio atañen a los sujetos o personas legitimadas ad causam, por activa o por pasiva; al objeto de las pretensiones de las partes, y al nexo, título o causa petendi o eficiente del derecho invocado, todos estos deben estar determinados en forma precisa en la demanda, que solamente podrá corregirse en la oportunidad señalada por la ley; porque la relación procesal no podría establecerse respecto de personas indeterminadas (artículo 205 del C. J.) o inciertas; o respecto de la propiedad de un predio cuyas lindes y ubicación se ignoran o por lo menos no se describieron en el libelo (artículo 222 del C. J.); o con fundamento en numerosos títulos respecto de varias propiedades o de mercedes indeterminadas; si a la vez se conjuga la indeterminación del objeto con la de los títulos, se comprenderá fácilmente que resulta del todo imposible establecer la vinculación jurídica entre litigios en tal forma propuestos, para decretar la acumulación de los procesos o autos.

La acción de oposición a la propuesta de un contrato, sobre exploración y explotación de hidrocarburos, conlleva el ejercicio de una acción petitoria, por cuanto tiene la finalidad de obtener la declaración de que el derecho de dominio, respecto de un predio determinado, salió del poder del Estado en virtud de un título anterior al 28 de octubre de 1873; por tanto, para establecer tal derecho, se requiere determinar el predio objeto de la primitiva merced o adjudicación, en la forma exigida en el artículo 34 del Decreto Nº 1056 de 1953, en armonía con el artículo 222 del C. J.; y si el inmueble adjudicado antes de la fecha citada, ha sido dividido y subdividido, cada una de estas parcelas debe especificarse por sus lindes, para que, posteriormente, identificado y localizado el antiguo inmueble, pueda ubicarse, dentro de ese todo, cada una de las parcelas de propiedad de los actuales demandantes, quienes en tales circunstancias, sí podrían obtener la acumulación, porque resultaría evidente la vinculación de todos a la misma causa o título del cual emanaría el dominio por ellos alegado.

En el juicio promovido por el Hospital San Vicente de Nemocón, en representación de la sucesión del finado Luis Bernal Granados, respecto del predio nominado "TIBITO", formado por cinco potreros con una cabida de 334 hectáreas (417 fanegadas), más o menos, después de hacer mención de los títulos del causante, en los hechos quinto y sexto, se expresa así:

"QUINTO. De estas escrituras para atrás la tradición del dominio del predio deslindado arriba se remonta hasta las personas que lo adquirieron con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva.

"SEXTO. Entre otros de esos títulos el predio se encuentra dentro de la Merced otorgada a doña Ana María de Mayorga, hija del Capitán Juan de Olmos en tierras del repartimiento de Tibitó en 3 de diciembre de 1586, por el Cabildo de Santafé".

Como se vé, en el último invoca "la merced otorgada a doña Ana María de Mayorga,..., en las tierras del repartimiento de Tibitó" pero no como título único o exclusivo sino como uno "entre otros"; así como tampoco aparece la delimitación o especificación de las llamadas "tierras del repartimiento de Tibitó".

En el aparte quinto del memorial de pruebas invoca "los títulos de mercedes" que obran en el juicio de Juan de Dios Ortega contra Nicolás Sepúlveda, en el año de 1580, sobre la propiedad "de una estancia en términos de Suesca". Además, la merced otorgada a Nicolás de Troya de una estancia de ganado; los títulos de la adjudicación a Juan Penagos; los de la estancia de Francisco Hernán Sánchez; los correspondientes a los resguardos de Unda y Tocancipá; la "merced de dos estancias de ganado menor y otra de pan en tierras del repartimiento de Zipaquirá a favor de Domingo Alonso,...", a más de la confirmación del título expedido a "doña María Fonseca, mujer de Alonso de Mayorga de dos estancias de tierras de Tibitó". (fs. 26 C. Nº 2º exp. Nº 535).

Tan numerosos como variados títulos demuestra la incertidumbre del actor respecto de la exacta ubicación de la finca Tibitó, ahora de propiedad del Hospital San Vicente de Nemocón, como lo propio ocurre respecto del título o merced que pudiera amparar la propiedad del citado inmueble.

En la demanda propuesta en representación de Gustavo Pradilla Pinto y de Ana Camacho de Pradilla, enumerados los títulos entre particulares, en el hecho diecinueve se lee: "Los predios se encuentran dentro de los terrenos adquiridos por doña Ana María de Mayorga, hija del Capitán Juan de Olmos en tierras del repartimiento de Tibitó, en virtud de merced otorgada por el Cabildo de Santafé en 3 de diciembre de 1586". Pero en la petición primera de la demanda advierte que los predios Tibitó Chiquito o Santa Bárbara y Vega de la Balsa, "Salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotación económica de las tierras": (fs. 42 C. Nº 1º exp. Nº 634).

De conformidad con este antecedente, en el memorial de pruebas de este litigio, como en el del Hospital San Vicente de Nemocón, el apoderado solicita copia de los numerosos títulos y mercedes, antes mencionados, con lo cual se pone de manifiesto la falta de unidad de título, o cuando menos la incertidumbre de cuál de los invocados ampara la propiedad del predio, juntamente con la indeterminación de los "terrenos adquiridos por doña Ana María de Mayorga,..., en tierras del repartimiento de Tibitó..."

Por los motivos expuestos, se confirma el auto suplicado por el apoderado de los actores en los juicios objeto del incidente de acumulación.

Notifíquese y cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Efrén Osejo Peña.—Carlos Peláez Trujillo.—Luis Carlos Zambrano.—Jorge García M., Secretario.

ACCION, CONTRA EL ESTADO, SOBRE INDEMNIZACION DE DAÑOS OCASIONADOS POR UN SARGENTO DEL EJERCITO EN UN ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

La responsabilidad del Estado es indirecta cuando se funda en el delito o culpa de un empleado subalterno suyo; directa, cuando el acto o la omisión es imputable a los funcionarios órganos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

Se procede a revisar, por apelación interpuesta por el Fiscal, la sentencia de fecha 27 de agosto de 1959 proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en la demanda presentada por el Hermano Lazarista Juan Bautista Medina contra la Nación, con el fin de que se hicieran estas declaraciones y condenas:

"PRIMERO. Que se declare a la Nación Colombiana (Estado) responsable de los daños y perjuicios materiales ocasionados a mi poderdante, el Hermano Juan Bautista Medina, con motivo del accidente de tránsito ocurrido en la carretera que de La Plata conduce a Carnicerías, en el Departamento del Huila y del que fué responsable el Sargento Primero del Ejército colombiano, señor RODRIGO BASILIO BURGOS MORENO, hecho ocurrido el seis (6) de abril del año en curso; con el cual se ocasionaron daños de gravedad al vehículo automotor de propiedad de la citada comunidad, distinguido con la placa Nº X-77664, daños que se detallarán en la relación de hechos de este libelo;

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Nación Colombiana (Estado) a pagar a mi poderdante el Hermano Juan Bautista Medina, una vez ejecutoriada la sentencia respectiva, la suma de veinte mil ($ 20.000.00) pesos o lo que resulte probado en autos, como valor de los perjuicios materiales sufridos con motivo del accidente de tránsito relacionado en el punto primero anterior". (fs. 13 C. Nº 1º).

El apoderado del actor narró los hechos, en esta forma:

"a). El Hermano Juan Bautista Medina, domiciliado en el Corregimiento de Nátaga, Municipio de Carnicería, tenía a su servicio, como de su propiedad, una camioneta marca Ford, modelo 1954, tipo F-350, con placa Nº X-77664 matriculada en la Dirección de Transportes y Tránsito de Neiva, para cuyo manejo habían sido contratados desde hacía unos dos años, los servicios del señor Otoniel Carvajal;

"b). El día seis (6) de abril de 1957 se presentó ante la comunidad de los Padres Lazaristas en el citado Corregimiento de Nátaga, el Sargento del Ejército Colombiano señor Rodrigo Basilio Burgos Moreno quien era el encargado del Puesto Militar llamado "El Teniente", cerca a dicho Corregimiento, y solicitó del Hermano Juan Bautista Medina que le prestara el vehículo de su propiedad con el objeto de viajar hasta el Municipio de Carnicerías a efectuar determinada diligencia;

"c). Después de que mi poderdante se negó por varias veces a acceder a la solicitud del citado miembro de las Fuerzas Armadas, convino en ello en atención a que Burgos le increpó a mi poderdante de que dicha Comunidad no colaboraba con el Ejército, recibiendo como respuesta el solicitante que ello no era así, sino debido a las amenazas de éste para con el chofer o conductor Carvajal;

"d). Satisfecha la solicitud del Sargento Burgos Moreno, el Hermano Medina le advirtió por repetidas ocasiones que no fuera a atropellar al chofer Carvajal quien era la única persona que podría conducir el vehículo hasta Carnicerías, recibiendo respuesta satisfactoria de parte de aquel;

"e). Así las cosas, se marcharon de Nátaga el Sargento Basilio Rodrigo Burgos Moreno en el citado vehículo conducido por Otoniel Carvajal en obedecimiento a las claras advertencias de mi poderdante, pero es lo cierto que después de cierto recorrido, el Sargento se impuso ante el conductor a que le cediera el timón, y pese a que éste se negó en un principio, tuvo que acceder a ello en atención a la autoridad de que estaba investido Burgos Moreno, quien portaba arma de fuego, y Carvajal temeroso de las consecuencias que ocasionaría su negativa, optó por las pretensiones del Sargento;

"f). Una vez en Carnicerías, el Sargento Burgos Moreno se dió a la tarea de libar licor en compañía de otros miembros del Ejército sobre los cuales ejercía mando y de allí se dirigieron a la población de La Plata contraviniendo la orden dada por mi poderdante;

"g). Una vez en La Plata, hasta donde condujo el vehículo el citado Sargento Burgos Moreno, continuaron las libaciones de licor en varios establecimientos, y allí fomentó escándalos el citado Sargento tales como ultrajar de palabra y de hecho a algunos civiles, hacer disparos, coger a la fuerza a una mujer a quien hizo subir al vehículo, tomar gasolina y no pagarla como tampoco las cuentas de cantina, y por último emprendió regreso;

"h). Pocos kilómetros adelante de La Plata y debido a la alta velocidad a que marchaba el vehículo conducido por Burgos Moreno quien se encontraba en completo estado de embriaguez, el carro se volcó aparatosamente trayendo como consecuencia el fallecimiento casi instantáneo del conductor Burgos Moreno, lesiones en otros de los compañeros de viaje y considerables daños ocasionados en el vehículo que se le había prestado en la forma antes estipulada dejándolo inservible;

"i). Con motivo de tal accidente del cual el único responsable fue el nombrado Sargento del Ejército Basilio Rodrigo Burgos Moreno, se ocasionaron perjuicios de consideración a mi poderdante ya que se disminuyó el patrimonio de éste por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad; y por el lucro cesante, consistente en el producido del carro, que ha dejado de percibir y que continúe recibiendo en perjuicio en el futuro;

"j). Hasta la presente ninguna persona ha indemnizado a mi poderdante de los perjuicios ocasionados con tales hechos y por ello la Nación Colombiana (Estado) es responsable civilmente de los mismos, cuyo pago impetro". (fs. 13 vto. a 14 vto. ib.).

Como fundamento de derecho invocó, especialmente, el artículo 2341 del C. C., en armonía con el artículo 2349 del mismo Código, además de las disposiciones que reglamentan el juicio ordinario.

El Fiscal del Tribunal Superior de Neiva, en el escrito de contestación a la demanda, dijo: "Sobre la primera petición manifiesto, que si durante el juicio el señor demandante acredita la responsabilidad de la Nación en el accidente de tránsito en el cual se causaron los perjuicios, no me opongo a que se haga tal declaración". (fs. 16 vto. ib.).

En cuanto concierne a la segunda petición, estima que el valor de veinte mil pesos, demandado por el actor, resulta exagerado porque en la diligencia de inspección ocular, practicada a raíz del accidente, se fijaron los perjuicios en la suma de tres mil quinientos pesos, a la par que el propio actor los había apreciado en la suma de doce mil pesos.

Tramitada la primera instancia en forma normal, el Tribunal Superior de Neiva, el 27 de agosto del año pasado, falló el pleito así:

"1º La Nación es civilmente responsable de los daños causados en el accidente de tránsito ocurrido el día seis (6) de abril de 1957, cerca de la población de La Plata, Departamento del Huila, en la carretera de La Plata a Carnicerías, al vehículo automotor de propiedad del demandante Juan Bautista Medina, distinguido con la placa X-77664, accidente ocasionado por el Sargento del Ejército Colombiano Rodrigo Basilio Burgos Moreno, al servicio del Ministerio de Guerra.

"2º En consecuencia, condénase a la Nación, Ministerio de Guerra, a pagar al demandante Sr. Juan Bautista Medina, diez días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de seis mil ochocientos diecinueve pesos ($ 6.819.00) moneda legal en que fueron avaluados los perjuicios por concepto de daño emergente.

"3º Condenar en abstracto a la misma entidad a pagar al demandante Juan B. Medina diez días después de ejecutoriado este fallo, el valor del lucro cesante que será determinado en la ejecución de la sentencia de conformidad con el artículo 553

y teniendo en cuenta las observaciones hechas en la parte motiva". (fs. 30 a 30 vto. ib.).

El fallo procedente fue acordado por mayoría de votos, porque uno de los magistrados salvó el suyo, con fundamento en la falta de pruebas respecto de los hechos invocados en la demanda, como también, "porque las circunstancias en que tuvo lugar el accidente ponen de manifiesto que el daño no se causó en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, por parte del conductor del vehículo".

"Reiteradamente ha dicho la Corte que para deducir responsabilidad en contra del Estado, por daños ocasionados por el hecho de sus agentes, es preciso que el acto se realice dentro del marco de las funciones que se les han encomendado, 'o que al menos se haya ejecutado con ocasión del ejercicio aparente de tales funciones, siempre que entre éllas y el perjuicio exista un vínculo lógico y destacado'. (G. J. Tomo LXV Pág. 557).

"La Nación no puede ser responsable de los hechos ilícitos cometidos por las personas a su servicio cuando obran traspasando los límites del campo oficial para penetrar en el terreno de una actividad puramente particular, propia del agente, realizada en circunstancias que permiten suponer que el hecho no era impedible.

"No basta, pues, que el autor del daño pertenezca al servicio oficial, es necesario, además, que lo cause con ocasión de ese servicio, o que haya al menos algún vínculo lógico de causalidad entre las funciones oficiales y el perjuicio.

"Aquí está demostrado que el Sargento Viceprimero Rodrigo Basilio Burgos Moreno, perteneciente a las Fuerzas Armadas, se encontraba como comandante del puesto militar "El Teniente" en el municipio de Iquira. Pero no está probado que se encontraba en desempeño de funciones militares el día que se accidentó. Los autos dicen lo contrario, si se acepta que hay plena prueba de los hechos, a saber: que el Sargento decidió emprender en un holgorio, para lo cual se trasladó al corregimiento de Nátaga, del municipio de Carnicerías, tomó prestado el vehículo del actor y empezó en él su alegre correría, yendo hasta el municipio de La Plata, en donde dando escándalos, anduvo por los sitios de lenocinio, permaneciendo en dicha población hasta cuando, en altas horas de la noche y en completo estado de embriaguez decidió regresar, accidentándose en la vía, por exceso de velocidad.

"Si esto es así la farra durante la cual se causó el daño obedeció a actividades particulares del agente, que no estaban dentro del marco de sus atribuciones como militar al comando de un puesto, sino que, por el contrario, constituían un típico acto de indisciplina, que el Estado mismo no estaba en condiciones de poder evitar en ese momento". (fs. 31 a 31 vto. ib.).

Contra la sentencia de la mayoría del Tribunal interpuso el recurso de apelación únicamente el Fiscal; por tanto, la Sala debe revisar la sentencia en cuanto perjudica a la Nación, mas no respecto de los demás aspectos del fallo de primer grado, en relación con las pretensiones del actor, no satisfechas totalmente en el dicho fallo.

En segunda instancia, rituada en forma normal, se dió en traslado al señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, quien comparte los puntos de vista del salvamento de voto, como pasa a verse en los siguientes apartes:

"En el invariable derrotero jurisprudencial establecido por esa Alta Corporación con el fin de dilucidar los problemas jurídicos, en los cuales se pretenda comprometer a las entidades de derecho público en responsabilidad extracontrato por los hechos culposos de sus agentes, se han precisado aquellas circunstancias que deben ser acreditadas por el actor en su calidad de víctima del daño, para que su acción prospere. Tales circunstancias o extremos son: La culpa, el daño y la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

"A través de las pruebas de este informativo se ve con claridad como así lo anotaron el Fiscal de la causa y el Magistrado disidente, de que el elemento culpa no fue debidamente demostrado con prueba eficaz por el actor, por cuanto solamente obra en autos una sola declaración atendible y que tiende a acreditar el hecho fundamental de que el miembro de las Fuerzas Armadas a que alude este juicio, iba manejando el vehículo del actor que sufrió el accidente y consiguientes desperfectos que narra el proceso.

"Una sola declaración en forma alguna puede, de conformidad con nuestra tarifa probatoria, ser medio de convicción firme para dar por demostrado un hecho de tanta importancia como el que configura la culpa del autor del daño en esta clase de acciones. Puede a lo sumo constituír un indicio, más o menos vehemente. Pero el indicio debe estar íntimamente relacionado con otras circunstancias debidamente configuradas por la certeza procesal, para llevar a la mente del juzgador la plena convicción en la demostración del hecho en el que el indicio se refleja.

"Tal no ha sucedido en este proceso, pues las

demás circunstancias concomitantes con el elemento culpa, no son sino las relatadas por aquellos testimonios inatendibles por expresas normas legales.

"Pero es más. Del conjunto de elementos probatorios allegados al proceso, se destaca el hecho, de que el Agente Burgos, presunto autor del daño, empleó el vehículo del demandante con fines estrictamente personales y en ninguna manera para llevar a cabo actos propios del servicio como miembro de las Fuerzas Armadas y por orden superior.

"En estas circunstancias, es inaceptable responsabilizar a la Nación por un hecho personal de un agente suyo y totalmente desvinculado del ejercicio de sus funciones oficiales.

"La invariable jurisprudencia de esa Alta Corporación ha establecido el principio, de que a la Nación no se le puede responsabilizar por actos o hechos de sus agentes, sino cuando estos como representantes de la persona moral o como dependientes de ella obran en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. Los actos que se salgan de ese ámbito no pueden imputarse más que al sujeto que los cometió, personalmente considerado, porque en ellos no está obrando como prolongación de la persona moral que representa o de la cual depende.

"En el caso de estos autos es inaceptable, que el Sargento Burgos al salir en trances de diversión con el vehículo del actor, fuera representando a la Nación y en ejercicio de las funciones propias de miembro del Ejército de Colombia. Al haberlo así considerado el Tribunal sentenciador cometió grave equivocación que contraría el espíritu de la ley y la invariable doctrina de esa H. Corte. Y tanto es mayor su yerro cuanto que de él fue advertido por el señor Magistrado, que con toda razón y justicia salvó su voto al pronunciarse la decisión". (fs. 9 a 11 C. Nº 3.)

Como el punto básico del litigio está en la apreciación de las pruebas, para deducir si están o no demostrados los hechos alegados, conviene hacer un examen de los elementos aportados al juicio.

1º Durante el término de prueba de primera instancia se recibió la siguiente certificación:

"El Suscrito Jefe de Personal del Batallón de Artillería Nº 6 "TENERIFE" CERTIFICA que el Sargento Vice-primero BURGOS MORENO RODRIGO BASILIO perteneciente al Batallón de Infantería BOYACA y en comisión en el Batallón Tenerife el día seis (6) de abril del año de 1957 pertenecía a las Fuerzas Armadas con el grado de Sargento Vice-primero y se encontraba como Comandante del Puesto Militar EL TENIENTE de la Agrupación de IQUIRA". (fs. 5 vto. C. Nº 2º).

2º La Dirección de Tránsito del Huila expidió esta certificación:

"Que el 18 de septiembre de 1956 fue matriculado en esta Dirección el vehículo marca Ford, modelo 1954, motor Nº F35V4EJ-20851, con capacidad para 2 toneladas, Cilindros 8V, H. P. 115, servicio privado, color verde oliva, distinguido con las placas nacionales X-77664, a nombre del señor JUAN B. MEDINA y hasta la fecha está vigente tal matrícula y el vehículo antes citado no ha cambiado de propietario. La clase de vehículo es Pick-up.

"Dado en Neiva a treinta de julio de mil novecientos cincuenta y ocho". (fs. 24 vto. ib.).

3º Con la demanda se presentaron varias copias "tomadas del sumario en averiguación de la muerte del Sargento Vice-primero Rodrigo Basilio Burgos Moreno", instruído por la Auditoría Auxiliar de Guerra de la Sexta Brigada, como el testimonio de Eduardo Medina, ratificado durante el término de prueba de primera instancia.

Este testigo relata en forma minuciosa la reprobable conducta y los abusos del Sargento Burgos, en todas las poblaciones visitadas en la fecha del accidente; y en cuanto a los hechos atinentes al litigio, manifiesta que en las horas de la tarde del día sábado salieron de Nátaga, en dirección a Carnicerías, el Sargento Burgos, el chofer Otoniel Carvajal, dos soldados y el declarante; en esta última población encontraron al Cabo Castro con dos soldados, quienes, no habiendo podido viajar a Neiva en el último carro de línea, esperaban continuar la marcha en el de las cuatro de la mañana; sin embargo, el sargento les manifestó que no había objeto de que continuaran para Neiva, sino que debían regresar con él a Nátaga. Después de transcurridas algunas horas, salieron en el carro el Sargento Burgos, el Cabo Castro, cuatro soldados, dos pasajeros, el chofer y el declarante, con la intención de volver a Nátaga, pero antes de llegar al punto denominado Nolasco, el sargento resolvió ir a la población de La Plata, en donde continuó libando licores embriagantes en cantinas y casas de lenocinio, a la vez que consumaba una serie de abusos y atentados, hasta que salió hacia Nátaga, pero, debido a la excesiva velocidad, el carro se volcó en una curva, siniestro en el cual perdió la vida el citado sargento Burgos Moreno.

En cuanto al testimonio del chofer Otoniel Carvajal, empleado de los Padres Lazaristas, mas no

personal y directamente del propietario del carro, Hermano Juan Bautista Medina, se prescinde de hacer referencia a los distintos hechos que relata, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 669 del C. J.

4º El Auditor Auxiliar de Guerra; en ejercicio de sus funciones, rindió el siguiente informe al Comandante del Destacamento del Huila: "..... .....El Sargento Burgos, Comandante del Puesto 'El Teniente', con regular frecuencia abandonaba su cargo para dedicarse a esparcimientos reñidos con la disciplina y buen comportamiento que le obligaban. Así las cosas, el seis de abril pasado, se presentó a la casa de los Padres Lazaristas, en Nátaga, con el objeto de solicitarles prestado su vehículo. Como no fuera satisfecha su petición, mediante el empleo de medios coercitivos, logró que se le entregara el camión distinguido con las placas X-77664 y del servicio particular de la Comunidad. El Hermano Medina ordenó al chofer del carro que condujera al Sargento hasta Carnicerías, sitio indicado por éste, pero después de haber ingerido licor por el camino, Burgos arrebató el comando del camión al chofer y siguió conduciendo personalmente. En Carnicerías se encontró con el Cabo Castro y otros soldados bajo sus órdenes; dispuso que lo acompañaran en sus libaciones en esa población y luego se hizo acompañar de ellos hasta La Plata. En esta ciudad deambuló por cafés y cantinas, fomentando escándalos, golpeando a los desprevenidos parroquianos, negándose a cancelar las consumaciones y haciendo algunos disparos que, fuera de la consiguiente alarma social, no produjeron desgracias personales. En las primeras horas de la madrugada resolvió regresar a Nátaga, se aprovisionó de gasolina, no la pagó y obligando al vehículo a suministrar la máxima velocidad que podía, completamente embriagado, abandonó La Plata. Recorridos unos pocos kilómetros perdió el control de la máquina y se salió de la carretera, dando por resultado un volcamiento en donde perdió la vida y lesionó algunos de los pasajeros. Estando pues, perfectamente comprobado que el accidente se debió única y exclusivamente a la imprudencia y temeridad del Sargento, quien sin ser un experto en la conducción de vehículos automotores, tomó violentamente el mando del mismo, para embriagarse y conducir a velocidades excesivas, solamente puede concluírse que la responsabilidad del hecho que se investiga está a cargo del referido Sargento Burgos. Mas, como éste murió, es el caso de ordenar LA CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO en este negocio, declarando extinguida la Acción Penal por muerte del responsable. Se causaron perjuicios de orden civil que afectan a terceros, pero este Despacho no es competente para pronunciarse en relación con ellos y dentro de éste concepto. CON TODO RESPETO, ES MI CONCEPTO: (Firmado) J. Manuel Hernández A. Auditor Auxiliar de Guerra Egdo." (fs. 10 vto. a 11 vto. C. Nº 1º).

El valor probatorio del informe preinserto debe apreciarse según lo dispuesto en el artículo 632 del C. J., que dice: "Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones;..."

No puede ponerse en tela de juicio que el Auditor ejerce el cargo por autoridad pública, así como el informe lo rinde, precisamente, en ejercicio de las atribuciones que le competen, en su calidad de investigador del siniestro en el cual perdió la vida el sargento Burgos Moreno, con fundamento en las diligencias adelantadas por él, como así se lee en el preámbulo del mismo escrito.

5º El Teniente Comandante de la Agrupación Militar de Iquira, en el informe rendido al del Batallón, dice: "Por medio del presente informo a ese Comando sobre los hechos ocurridos en el Corregimiento de Nátaga —Municipio de La Plata— que ocasionaron la muerte del Sargento Vice-primero Burgos Moreno Rodrigo sucedida el día siete de los corrientes a las 04:00 horas y de la Revista que el Suscrito Comandante de la Agrupación pasó en el Puesto de El Teniente para hacer entrega del mismo al Sargento Segundo ROMERO JEREZ JOSE OVIDIO. a). El día cuatro de los corrientes, viajó al Corregimiento de Nátaga el Comandante del Puesto de El Teniente Sargento Viceprimero BURGOS MORENO RODRIGO, de acuerdo con la autorización dada por el Comando de la Agrupación de Iquira, para que allí arreglara asuntos de administración del puesto y elaborara una documentación para rendir al Comando de la Agrupación. b). El día cinco, comunicó por medio del telegrama Nº 026, que se encontraba en Nátaga, manifestando que enviaría al Comando de la Agrupación; según orden recibida, al Cabo 2º CASTRO MORENO MANUEL AGUSTIN y que él viajaría al Municipio de Carnicerías con el fin de efectuar la búsqueda de los mulares TABACO y ESPERANZA, de propiedad fiscal del Batallón y dotación en el Puesto de EL TENIENTE, que se

encontraban extraviados de las cercanías del Puesto". (fs. 9 a 9 vto. C. Nº 1º).

En el aparte c), con fundamento en el dicho de Antonio María Andrade Camacho, afirma que el sargento tomó en alquiler el carro "al procurador de la Parroquia de Nátaga. Hermano Medina, quien en repetidas ocasiones había hecho esta transacción con el personal del puesto, siempre y cuando que le pagaran el valor de los viajes".

Según el aparte e) "A las 21:00, del día seis partieron con dirección a La Plata, conduciendo el vehículo el Sargento Burgos...." En el f) agrega: "A las 03:30 horas del día siete emprendieron la marcha de regreso hacia Nátaga, conduciendo el vehículo el Sargento Burgos, ya que el chofer en completo estado de embriaguez se había separado y no fué encontrado y por lo tanto no marchó en su compañía..."

De acuerdo con lo visto antes, ni hubo tal contrato de alquiler, ni el chofer abandonó el vehículo, sino que el Sargento Burgos le arrebató el timón del carro apenas salieron de Nátaga en dirección a Carnicerías; pero sí queda en claro cuál fué el objeto del viaje del Sargento Burgos a esta última población: buscar las caballerías extraviadas de dotación del puesto de 'El Teniente', circunstancia aprovechada por el dicho sargento para consumar la serie de atentados y desafueros, relatados por el testigo Medina y confirmados por lo dicho en los dos informes antes mencionados.

6º En la diligencia de levantamiento del cadáver del Sargento Burgos Moreno, practicada por el Alcalde de La Plata, se lee: "Examinado cuidadosamente el cadáver por el Teniente Médico, nombrado perito para este efecto, le halló como signos de violencia algunas contusiones sobre la espalda, así como también la deformadura (sic) en la cara ocurrida con el peso del vehículo marca Ford de placas X-77664 modelo cincuenta y cuatro, el cual se encontraba sobre el cadáver".

7º En la inspección ocular llevada a efecto por el Auditor de Guerra, se dijo: "Sobre la margen izquierda de la carretera que de esta población conduce a Neiva, a cuatro kilómetros aproximadamente, hallamos la camioneta "FORD", F-350, modelo 1954, con placas X-77664 Colombia, a una distancia de unos quince metros del talud de la carretera y en un descenso seguido de una planada, en terrenos de la hacienda "La Manuelita".

Los peritos nombrados para llevar a efecto esta diligencia, estimaron los perjuicios en la suma de tres mil quinientos pesos (fs. 6 C. Nº 1º), previa enumeración de los daños que estaban a la vista.

8º Durante el término probatorio de primera instancia, los peritos nombrados para el efecto, examinado el carro objeto del accidente, estacionado en el Cuartel del Batallón Tenerife, emitieron el siguiente concepto, en lo sustancial: "Los daños ocasionados al precitado vehículo conforme a la discriminación hecha anteriormente, alcanzan un valor total de SEIS MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS ($ 6.819.00), o sea el valor de los perjuicios materiales causados a su propietario, al cual debe agregarse el valor del lucro cesante que hemos estimado en cuantía de veinte pesos diarios desde el sis (6) de abril de 1957 hasta cuando su pago se realice". (fs. 22 C. Nº 2º).

Puesto en conocimiento de las partes el anterior concepto, no fue objetado por ninguna de ellas.

Con las pruebas examinadas se demuestran, en forma plena, los hechos siguientes:

a). El Sargento Vice-primero, Rodrigo Basilio Burgos Moreno, el día del accidente, ejercía las funciones de comandante del puesto Militar de "EL TENIENTE";

b). En la misma fecha, con base en su carácter de Comandante del citado puesto militar, el dicho Sargento obtuvo la entrega del vehículo marca Ford, con placas X-77664 de propiedad del Hermano Lazarista Juan B. Medina, con el objeto de ir hasta el municipio de Carnicerías en busca de algunos semovientes de propiedad militar.

c). El citado sargento le arrebató el timón del carro al chofer; se dedicó a tomar licores embriagantes en las distintas poblaciones visitadas con sus acompañantes ocasionales; y ya en ese estado de embriaguez, en la madrugada del día 7 de abril de 1957, resolvió volver al puesto militar bajo su dependencia, pero debido a la embriaguez y al exceso de velocidad, volcó el vehículo en una curva, ocasionándole varios daños y desperfectos, a más de la muerte del propio e imprudente conductor.

Estos hechos están plenamente demostrados con el testimonio de Eduardo Medina y con los informes oficiales rendidos por el Auditor de Guerra y por el Teniente Armando Mogollón Miranda, Comandante de la Agrupación Militar de Iquira, quienes no pueden ser considerados como testigos, porque, a más de no haber presenciado los hechos, expiden sendas certificaciones en su carácter oficial, previa la investigación de los acontecimientos; por esto, no era de recibo ni necesaria la ratificación bajo juramento, por tratarse de dos elementos de prueba diferentes y de distinta naturaleza, las cuales, como ya se dijo, hacen plena

prueba según lo dispuesto en el artículo 632 del C. J.

Además, como indicio grave se tiene el haber hallado el vehículo con placas X-77664 de propiedad del Hermano Juan B. Medina, encima del cadáver del Sargento Burgos Moreno, como así consta en la diligencia de levantamiento del cadáver, como en la de inspección ocular a que antes se hizo referencia.

En consecuencia, probados los hechos por su aspecto material, procede hacer la calificación jurídica, para deducir si la responsabilidad del Estado es directa o indirecta, según la situación del agente frente a los acontecimientos, causa de los perjuicios demandados por el actor.

La responsabilidad del Estado tiene el carácter de indirecta cuando los perjuicios emanan de hechos ilícitos cometidos por empleados subalternos, con ocasión del ejercicio de funciones propias del cargo o con pretexto de ejercerlas, o sea, tiene como fundamento un delito o una culpa imputable a un empleado subalterno, con ocasión del ejercicio o del desempeño de una actividad propia del cargo o empleo.

La responsabilidad directa del Estado se caracteriza, principalmente, porque el acto o la omisión se imputa a los funcionarios órganos, encargados de expresar la voluntad de la entidad a la cual pertenecen, con fundamento en las normas reglamentarias generales y en relación con determinadas circunstancias concomitantes al hecho o acto.

Los funcionarios que tienen la calidad de órganos, para comprometer la responsabilidad del Estado, deben realizar los actos u operaciones administrativas con el objeto de llenar o cumplir fines propios de la administración.

En el caso del litigio, no puede remitirse a duda alguna que el Sargento Burgos, en su calidad de Comandante del puesto militar de "El Teniente", con el pretexto de cumplir la misión de conservar el orden público en la región puesta bajo su cuidado, exigió la entrega del vehículo para trasladarse al Municipio de Carnicerías, exigencia que el Hermano Juan B. Medina no podía desatender, ni disponía de medios físicos suficientes con los cuales resistir la orden, ni podía hacerlo dada la autoridad de que estaba investido el citado suboficial.

Ahora, el posterior abuso o los excesos cometidos por el Sargento, no modifican el hecho inicial de la requisición del vehículo, con destino al cumplimiento de una misión oficial de orden público, tanto más que el actor, como dueño del carro, no podía fiscalizar ni impedir el irregular comportamiento de aquél, que ni siquiera cumplió con el ofrecimiento de dejar la conducción del vehículo al chofer titular.

En tales condiciones, fluye la lógica conclusión de que el Estado debe responder e indemnizar los perjuicios ocasionados por un agente suyo, de conformidad con los artículos 2341 y siguientes del C. C.

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha 27 de agosto del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Neiva.

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

Efrén Osejo Peña.—Ramiro Araújo Grau.—Carlos Peláez Trujillo.—Luis Carlos Zambrano.—Jorge García M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE LA ACCION TENDIENTE A OBTENER EL PAGO, POR PARTE DE LA NACION, DE MERCANCIAS PERDIDAS EN LAS ADUANAS NACIONALES

En lo tocante a la jurisdicción que deba resolver acerca de la responsabilidad extracontractual de la Nación por pérdidas de mercancías en las aduanas nacionales, el caso queda subsumido bajo el artículo 76, ord. 1º, del Código Judicial, es decir, que conoce de él en primera instancia el Tribunal Superior de Distrito Judicial, y por ende, en segunda, la Sala de Negocios Generales de la Corte (artículo 37 del C. J.). En efecto, el Código Contencioso Administrativo, en relación a las controversias por indemnizaciones a cargo de la Nación, le adscribe al Consejo de Estado sólo aquéllas que se originan en trabajos públicos (artículo 34, ord. 2º, de la ley 167 de 1941); luego es obvio que las demás quedaron del conocimiento de la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, D. E., diciembre quince de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente. Dr. Ramiro Araújo Grau)

En demanda presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, la sociedad "Fábrica de Grasas y Productos Químicos Grasco", solicitó la condenación de la Nación a pagarle la suma de $765.15, más intereses legales, valor de 15 sacos de copra que se extraviaron en las dependencias de la Aduana de dicho puerto durante los trámites de nacionalización de un cargamento de 9.856 sacos de tal producto que había importado la mencionada sociedad.

En auto de tres de marzo próximo pasado el Tribunal, con el salvamento de voto de unos de sus miembros, se negó a aceptar la demanda, considerando que no tenía competencia para conocer de ella, por estimar, en síntesis, que se trataba de un caso en que la responsabilidad extracontractual del Estado se hacía derivar, no de actos de mera gestión, sino de actividades que entrañaban el ejercicio del poder soberano del Estado, por lo que el negocio resultaba del conocimiento de la justicia administrativa.

Denegado el recurso de reposición interpuesto contra dicha providencia, y otorgado el subsidiario de apelación, vino el negocio a esta Corporación, donde sufrió la tramitación legal correspondiente.

En su vista el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil coadyuva la tesis del Tribunal, y cita en su apoyo, lo mismo que había hecho aquél, una providencia de esta Sala en la que sostuvo que de los reclamos por pérdidas de mercancías depositadas en una Aduana con motivo de su proceso de nacionalización debía conocer la justicia Administrativa, por implicar dicho proceso el ejercicio del poder soberano del Estado, y tratarse, además, de un caso que podía resolverse sin acudir a ninguna disposición de carácter civil.

Por su parte el señor apoderado de la entidad demandante insiste en que el caso es de la competencia de la justicia ordinaria y pide la revocación del auto apelado.

Consideraciones de la Sala.

De conformidad con el artículo 55 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), según quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, "Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectu-

so, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal, su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonado por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

Dicho Código había atribuído el conocimiento de los reclamos de tales indemnizaciones a los Tribunales Distritales de Aduanas), convertidos más tarde en Juzgados) en primera instancia, y en segunda, al Tribunal Supremo de Aduanas. Según el artículo 332 del mismo Código, las providencias del dicho Tribunal Supremo podían ser revisadas por el Consejo de Estado, a cuya Sala de lo Contencioso Administrativo le confirió facultad para decidir las controversias que se suscitaran "sobre la legalidad de puntos de Derecho o procedimiento comprendidos en el caso, o cuestiones de interpretación de tratados y demás convenios internacionales"; facultad ésta que fue suprimida por el artículo 5º de la Ley 80 de 1935, con lo que se inició el proceso de independización de la jurisdicción aduanera respecto a la Administración. Conservada tal competencia de los jueces aduaneros en los decretos 2218 de 1950 y 700 de 1954, no obstante las modificaciones que respecto a sus otras atribuciones introdujeron, la perdió en virtud del Decreto 188 de 1958, cuyo artículo 4º en su parágrafo 2º, dispuso lo siguiente: "En los casos a que se refieren los ordinales b) y c) del Decreto 700 de 1954, conocerá la justicia ordinaria o la de lo contencioso administrativo, de conformidad con las normas legales ordinarias". Los casos contemplados por los aludidos ordinales eran "los juicios sobre responsabilidad civil y contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera", y "los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950", respectivamente.

Ahora bien: qué determinan "las normas legales ordinarias", respecto a la jurisdicción que deba conocer de los reclamos contra la Nación por pérdidas de mercancías en aduanas nacionales? Es lo que pasa a dilucidarse.

Ante la dualidad de jurisdicciones que existe en Colombia respecto a las controversias de la Administración, y para determinar frente a casos de responsabilidad extracontractual la que deba conocer del correspondiente proceso, si la ordinaria o la administrativa, se ha venido adoptando, incluso por la jurisprudencia de la Sala, la vía metodológica consistente en decidir previamente, y a la luz de la doctrina, la calidad intrínseca de la litis, y según resulte civil o administrativa, se atribuye el litigio a la una o a la otra jurisdicción. Con relación a la responsabilidad contractual, no había duda alguna, ante los claros términos del artículo 40 del C. J.

Sin embargo, respecto a las controversias sobre responsabilidad extracontractual de la Nación, tal método no es indispensable puesto que el legislador ha definido cuáles de ellas deben ir a la jurisdicción administrativa y cuáles a la ordinaria.

En los capítulos V y VI el C. C. Administrativo (Ley 167 de 1941) están enumerados los asuntos que son de la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales seccionales administrativos, y con relación a las controversias por indemnizaciones a cargo de la Nación, sólo aparecen adscritos al Consejo aquéllas que se originan en trabajos públicos (artículo 34 ord. 2º); luego es obvio que las demás quedaron del conocimiento de la justicia ordinaria, o sea, que el legislador sólo consideró administrativas aquellas controversias, y no las demás de la misma clase. Por tanto si la responsabilidad en juego es la extracontractual, el caso queda subsumido bajo el artículo 76, ord. 1º del C. J., es decir que conoce de él en primera instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial, y por ende, en segunda, la Sala de Negocios Generales de la Corte (artículo 37 del C. J.).

Al respecto fueron bien nítidos los autores del proyecto de la Ley 167, en cuya exposición de motivo, y a propósito del juicio especial que establecieron para deducir dicha responsabilidad, expresaron lo siguiente:

"El capítulo que sobre estas materias se encuentra en el Código lo hemos denominado 'indemnización por causas de trabajos públicos' y la expresión legislativa que contiene tiende a regular el reconocimiento a que está obligada la administración cuando quiera que agentes suyos, adscritos a su servicio, ejecuten ocupaciones de hecho o causen daños en la propiedad privada, con ocasión de un trabajo público. En esta forma, la acción para reclamar queda limitada a los casos en que la ocupación o el daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común, desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil".

No se oponen a lo antes dicho los artículos 51

y 68 del Código Contencioso Administrativo como han sostenido algunos; entre otras razones, por la muy obvia de que estos preceptos contemplan ocurrencias administrativas ("toda contención administrativa..."; "...cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa..."), y, como ya se vió, el Código sólo consideró de carácter administrativo —y el pensamiento de sus autores fue bien nítido al respecto— las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado motivadas por daños en trabajos públicos (excluídos los casos de ocupación permanente de la propiedad inmueble según resulta de la declaración de inexequibilidad que hizo la Corte en sentencia de 20 de junio de 1955).

Tampoco contradice lo que se viene exponiendo lo sostenido por el Consejo de Estado en importante providencia del año pasado, según la cual todos los asuntos administrativos de la Nación quedaron bajo la jurisdicción del Consejo de Estado, como consecuencia del Acto Legislativo de 1955. Porque, sencillamente, esa reforma constitucional no entró a determinar el ámbito preciso de la materia administrativa, y no siendo ésta fácilmente determinable por la doctrina, como resulta del apreciable número de teorías que en Francia y otros países se han elaborado al respecto (incluso hay autores que niegan toda distinción entre derecho público y privado), era apenas natural que el legislador pudiera calificar determinadas controversias de administrativas o civiles; tanto más cuanto que el propio constituyente lo había instado a hacerlo desde 1914, al consagrar al Consejo de Estado como supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo "según las reglas que señale la ley" (ord. 6º del Acto Legislativo de 1914, 141 de la Codificación).

Ahora bien: como la responsabilidad extracontractual que la "Fábrica de Grasas y Productos Químicos GRASCO" pretende deducir a la Nación no tiene ninguna vinculación con daños por trabajos públicos, hay que concluír, en virtud de todo lo dicho, que la justicia ordinaria es la competente para conocer de la demanda, a tenor del ord. 1º del artículo 76 del C. J.

El domicilio de la sociedad actora no es Barranquilla, como bien observa el señor Procurador; pero habiéndose realizado en esa ciudad los hechos que fundamentan la demanda, bien podía introducirse el libelo ante el Tribunal de ese Distrito, de conformidad con la doctrina expuesta por la Sala en auto dictado este mismo día en el juicio de Marco A. Pico contra la Nación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando jdsticia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

Revócase el auto apelado, y en consecuencia se admite la demanda presentada contra la Nación por el señor apoderado de la "Fábrica de Grasas y Productos Químicos Grasco" a que se ha hecho refereneia en esta providencia. Ordénase el traslado correspondiente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

Efrén Osejo Peña.—Ramiro Araújo Grau.—Carlos Peláez Trujillo.—Luis Carlos Zambrano.—Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN RECLAMO CONTRA LA NACION POR PERDIDA DE MERCANCIAS EN LAS ADUANAS

Evolución de la competencia aduanera

1.—Cuando se habla de pérdida de mercancías depositadas en una aduana, es preciso distinguir dos hechos, pues no es dable asimilarlos ni en el tiempo ni en sus consecuencias jurídicas. Porque uno es el hecho del depósito de las mercancías en la aduana, con el fin del pago de los impuestos fiscales; y otro, la posterior sustracción o pérdida de la mercadería, como consecuencia de un delito de hurto o robo, imputable a empleados oficiales o a terceros, o por cualquier otra causa.

2.—La pérdida, total o parcial, de mercancías depositadas en una aduana, no puede en ningún caso ser calificada de acto administrativo, por cuanto un acto u operación de esta índole conlleva la intención de cumplir fines propios de la administración; y es obvio que la pérdida de mercancías, como consecuencia de hurto, robo u otra causa indeterminada, no casa dentro de los elementos que integran el acto u operación administrativa, sino en la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ya por hechos positivos de sus dependientes (hurto, robo), ya por la negligencia de los mismos, que hizo posible la pérdida.

3.—El artículo 2º del Decreto 630 de 1942 y lo propio ocurría durante la vigencia del subrogado artículo 55 de la ley 79 de 1931, tiene la finalidad de presumir la responsabilidad del Estado con relación a las mercancías perdidas de las aduanas, sin necesidad de que el importador establezca, con preci-

otras palabras, el memorado artículo tiene el objeto de dispensar al comerciante de probar el delito o la culpa de los dependientes de la aduana.

4.—La justicia ordinaria conoce, privativamente, de los litigios que tengan por objeto "establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materias aduaneras", según el artículo 9º del Decreto 2218 de 1950 y el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, en armonía con el numeral 1º del artículo 76 y el ordinal 1º del artículo 37 del Código Judicial.

5.—Cuando existen dos o más jueces competentes para conocer de un negocio, sea en consideración al domicilio del demandado, o por la ubicación del inmueble en las acciones reales, o por la sede para el cumplimiento de la obligación, el actor tendrá la iniciativa exclusiva de determinar el Juez que haya de avocar el conocimiento del pleito, sin necesidad de la aquiescencia del demandado

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El apoderado de Marco A. Pico, en escrito presentado ante el Tribunal de Barranquilla, pide: "... que la Nación sea condenada a pagar a mi

poderdante, por concepto de indemnización de perjuicios, la suma de SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS ($ 7.862.00) PESOS moneda legal colombiana, más los intereses legales desde la fecha de la entrega de la mercancía, o sea desde el 18 de abril de 1958, que es la fecha de la cancelación del comprobante de renta por cobrar".

Como antecedente de la súplica transcrita, en diez apartes, entre motivos de hecho y de derecho, aduce como fundamento básico de su demanda la pérdida de 6.300 hojas de sierras de acero, de las 25.000 depositadas en la Aduana de Barranquilla, para la nacionalización de rigor. En el hecho distinguido con la letra j), estima el valor de las sierras sustraídas, en la cantidad de $ 7.862.00.

Como fundamento de la acción invoca el artículo 2º del Decreto Nº 630 de 1942 por medio del cual se reformó el artículo 55 del C. de Aduanas o Ley 79 de 1931.

En cuanto concierne a la competencia del Tribunal a quo, el actor invoca el Decreto-Ley 0188 de 1958; los artículos 37, 38 y 76 del C. J.

El Tribunal del conocimiento, mediante providencia de fecha 28 de octubre del año pasado, resolvió no darle curso a la demanda, "ya que falta el presupuesto procesal de competencia de jurisdicción de este Tribunal para conocer y tramitar dicho asunto".

Contra esta decisión, el apoderado del actor interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación que a la postre le fué concedido, una vez que la mayoría de la Sala del Tribunal negó la reposición impetrada.

En síntesis, el fundamento de la declaración de incompetencia del Tribunal, para conocer del negocio, consiste en que, por tratarse de un acto administrativo y, además, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º del memorado Decreto 0188 de 1958, la competencia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El procurador delegado en lo civil, en la vista presentada en esta instancia, abunda en los mismos conceptos de la mayoría del tribunal, como puede verse en los siguientes apartes:

"No hay duda que la acción incoada por el demandante es la de pago a cargo de la Nación de una determinada suma, valor de las mercancías perdidas mientras se hallaban en la aduana oficial de Barranquilla, habiendo sido importada por tal demandante por las vías regulares, sometiéndose a los trámites legales respectivos. La reclamación de pago de intereses causados o que se causen, no es más que adición o consecuencia de la misma petición.

"De tal manera que la responsabilidad que se quiere sea declarada a cargo de la Nación, y la consiguiente indemnización o más precisamente compensación o pago, no es en forma alguna contractual, sino que se deriva de la pérdida de la mercancía importada, cuando se hallaba en los depósitos de la aduana de Barranquilla, lo que implicaría la responsabilidad objetiva o directa de la entidad demandada, no proveniente de culpa o de hecho o actos de funcionarios públicos aduaneros.

"En estas circunstancias, no se le imputa a la Nación responsabilidad extracontractual que pueda catalogarse en las disposiciones de los artículos 2341 y siguientes del Código Civil por **culpa in eligendo** o **culpa in vigilando**, como equivocadamente lo sostiene en el memorial de reposición el señor apoderado del actor, y asímismo conceptúa el H. Magistrado del Tribunal que salvó el voto. Es la responsabilidad directa y objetiva por la pérdida de la mercancía que se hallaba bajo custodia oficial en la aduana, prescindiendo de toda idea de culpa, la que se hace recaer sobre la Nación como entidad de derecho público. Y entonces, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia y lo anota muy bien el Tribunal **a quo** en el auto recurrido, esa responsabilidad no tiene cabida deducirla de la idea de culpa sino que en cuanto la mercancía se dice que se perdió en la aduana mientras estaba bajo la custodia de las autoridades respectivas, le es aplicable a la contención o controversia que se suscita por esta causa entre el particular y la Nación la responsabilidad directa prevista en el artículo 55 del Código de Aduanas, tal como quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942. Esta controversia, corresponde dilucidarla no a la justicia ordinaria, sino a la de lo contencioso-administrativa".

Con el objeto de resolver la alzada se hacen las siguientes consideraciones.

Dos hechos distintos.— El argumento básico, tanto en el auto protestado como en la vista del procurador delegado, consiste en afirmar que se trata de un acto administrativo, en cuanto concierne a la pérdida de las mercancías depositadas en la aduana, por lo cual la competencia está atribuída, en el memorado artículo 2º del Decreto 0188 de 1958, a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, conviene destacar o aclarar que en el concepto se hallan confundidos dos hechos distintos que, si tienen relación entre sí, no es dable

asimilarlos ni en el tiempo ni en sus consecuencias jurídicas; porque uno es el hecho del depósito de las mercancías en la aduana, con el fin del pago de los impuestos fiscales; y otro la posterior sustracción o pérdida de la mercadería, como consecuencia de un delito de hurto o robo, imputable a empleados oficiales o a terceros, o por cualquier otra causa indeterminada.

Depósito.— El depósito de la mercancía en la aduana, no obstante la exclusiva finalidad de hacer posible el aforo, la liquidación y pago de los impuestos fiscales, podría clasificarse en alguna de las figuras definidas en el Título 31 del Libro 4º del C. C., sobre depósito y secuestro, con la consiguiente obligación del Estado de restituír la cosa depositada completa; o en caso contrario, resarcir los perjuicios ocasionados al depositante, conforme a los artículos 2253, 2254 y concordantes del mismo Código; y en este caso, los litigios sobre restitución del depósito o sobre las indemnizaciones debidas, en su caso, en cuanto a la competencia, estarían atribuídos a los tribunales superiores, en primera instancia, según el numeral 1º del artículo 76 del C. J.; y a la Sala de Negocios Generales, en segunda, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 37, numeral 1º del Código Citado.

Pérdidas de las mercancías, responsabilidad extracontractual del Estado.— Sin embargo, admitiendo que el depósito de las mercaderías, en la aduana respectiva y dada la finalidad, pudiera catalogarse como un acto administrativo, no podría en ningún caso darse tal calificativo al posterior hecho de la pérdida, total o parcial, de las mercancías depositadas, porque el acto u operación administrativa conlleva la intención de cumplir fines propios de la administración, mediante la intervención de sus órganos o de funcionarios con facultad de decisión, identificados en el obrar con el ente moral, que actúa mediante el concurso de las personas naturales en la capacidad expresada; y es obvio que la pérdida de las mercancías, como consecuencia de un delito de hurto o de robo, o bien por cualquier otra causa indeterminada, no casa dentro de los elementos que integran el acto u operación administrativa, sino en la responsabilidad civil extracontractual del Estado por hechos consumados por sus dependientes, como en los delitos de robo o hurto cometidos por ellos; o bien por omisión, negligencia o imprevisión, en una palabra, por culpa de los dichos dependientes, quienes, con semejante conducta, han hecho posible la pérdida de los elementos depositados en las bodegas de la aduana, para los fines determinados en el artículo 12 de la Ley 79 de 1931. El artículo 55 de la citada ley, primero, y luego el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, establece estas normas, en síntesis:

a) El Estado responde "a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada o de daños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales";

b) Esta responsabilidad subsiste "desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro" o hasta que se considere abandonada la mercancía voluntariamente o por caducidad de los plazos legales de almacenaje.

c) La responsabilidad general del Estado tiene las excepciones previstas en el primer inciso del artículo, en cuanto no responde de las "pérdidas o daño por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido".

El artículo 2º del Decreto Nº 630 de 1942 tiene la finalidad de presumir la responsabilidad del Estado, en todos los casos enumerados, como lo propio ocurría durante la vigencia del subrogado artículo 55 de la Ley 79 de 1931, sin necesidad de que el importador damnificado establezca, con precisión, la verdadera causa de la pérdida de la mercancía; en otras palabras, el memorado artículo tiene el objeto de dispensar al comerciante de probar el delito o culpa de los dependientes de la Aduana; pero no el de convertir un delito o culpa, regulados civilmente por los artículos 2341 y siguientes del C. C., en una operación o acto administrativo, con la virtud de suspender o modificar la competencia atribuída a los tribunales superiores en el numeral 1º del art. 76 del C. J., y, a la Sala de Negocios Generales de la Corte en el ordinal 1º del artículo 37 ibídem.

Los artículos 56 y 57 de la Ley 79, ya citada, regulan la responsabilidad de los dependientes de la aduana, así como el derecho que asiste al Estado para repetir contra ellos: "Todo empleado de la aduana —dice el artículo 56— será responsable solidariamente con sus fiadores ante el Gobierno, de toda pérdida y daños que sufra la mercancía bajo la custodia de la aduana, así como de toda entrega equivocada de dicha mercancía, cuando la pérdida, daño o entrega equivocada sea imputable a negligencia u omisión en el cumplimiento de los deberes del respectivo empleado..."

El artículo 57 agrega: "...en todo caso el Ofi-

cial Bodeguero y los demás empleados encargados de la vigilancia y custodia de la mercancía serán responsables individual o solidariamente, según el caso, ante el Gobierno, y solidariamente con sus fiadores, de todas las pérdidas o daños que sufra la mercancía", salvo las excepciones enumeradas en los seis numerales del mismo artículo, que corresponden, en general, a las mismas causas que exoneran de responsabilidad al Estado por fuerza mayor o por culpa de los importadores por empaques defectuosos o inadecuados, evaporación, deterioro natural, etc. etc.

En resumen el artículo 55 de la Ley 79 de 1931 y el artículo 2º del Decreto 630 de 1942 no modificaron la naturaleza propia de la responsabilidad del Estado, para convertir los delitos o culpas en operaciones o actos administrativos, sino que, como antes se dijo, tienen la exclusiva finalidad de dispensar al importador de probar el delito o culpa, en forma precisa, mediante la presunción de responsabilidad del Estado por toda pérdida o daño de la mercancía depositada en las bodegas de la aduana; sin embargo esta dispensa de prueba o esta presunción no incide en la modificación de la competencia adscrita, en el numeral 1º del artículo 76 del C. J., a los tribunales superiores, en primera instancia; y en segunda, a la Sala de Negocios Generales de la Corte conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 37 ibídem; porque, en tratándose en una responsabilidad del Estado, la competencia estará regulada por las memoradas normas, pues tiene por objeto aplicar los principios consagrados en los artículos 2341 y siguientes del C. C., vale decir, resolver litigios sobre "cuestiones de derecho privado" (numeral 1º artículo 76 C. J.), no respecto de actos u operaciones administrativas.

Competencia actual.— Corresponde ahora determinar si, no obstante el carácter netamente civil de la responsabilidad del Estado, consagrada primero en el artículo 55 del C. de Aduanas, el Decreto Nº 188 de 1958 modificó la competencia a que se refieren los citados artículos 76 y 37 del C. J., para lo cual será menester hacer una breve alusión a las disposiciones que han regulado la materia, a partir de la Ley 79 de 1931.

El artículo 322 de la Ley mencionada decía: "Las apelaciones, reclamaciones y protestas, se surtirán ante el correspondiente Tribunal Distrital de Aduana en los siguientes casos:

" .....

"d) Las reclamaciones por indemnización de pérdidas o daños sufridos por la mercancía".

En el artículo 9º del Decreto Nº 2218 de 1950, se dispuso:

"Desde la fecha del presente Decreto suprímense todas las atribuciones consultivas, administrativas y arancelarias que ejercen en la actualidad el Tribunal de Aduanas y los Juzgados Distritales de Aduana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de este mismo Decreto. En consecuencia, los organismos mencionados sólo tendrán en adelante, y mientras el Gobierno efectúa la reorganización prevista en el mencionado artículo, las funciones relativas a la jurisdicción penal para la represión del contrabando **y a la civil para establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materias aduaneras.** (Subraya la Sala).

"Sin embargo, tales entidades seguirán conociendo hasta su solución definitiva de todos los asuntos que se hallen actualmente a su estudio, así como de los que puedan suscitarse todavía en relación con la aplicación de la tarifa de aduana que queda subrogada".

En el artículo transcrito puede observarse que la responsabilidad contractual y extracontractual, en materia aduanera, la reputa propia de la **jurisdicción civil,** cuyo conocimiento o competencia atribuye a los tribunales y juzgados de aduanas.

El artículo 3º del Decreto 700 de 5 de marzo de 1954 disponía:

"Corresponde a la Jurisdicción Aduanera:

"a) Conocer de los procesos que se adelantan en el territorio de la República por el delito de contrabando.

"b) Conocer sobre los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera.

"c) Conocer de todos los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950".

Según el artículo 4º del mismo Decreto Nº 700: "Ante los Juzgados de Aduanas se surte la primera instancia de todos los negocios a que se refieren los ordinales b) y c) del artículo anterior, cualquiera que sea su cuantía.

"En tales casos, toda providencia de primera instancia por la cual se condene al Estado, deberá ser consultada".

Los artículos copiados fueron sustituídos por el 4º del Decreto Nº 188 de 1958, que dice:

"Ante los Jueces Superiores de Aduana se surte la primera instancia en todos los negocios penales que se adelanten por el delito de contrabando

cuando la cuantía sea o exceda de $ 5.000.00; la segunda ante el Tribunal Superior de Aduanas.

"Parágrafo 1º Toda providencia de primera instancia que ponga fin a la actuación o incida sobre el fondo del asunto, como la que ordena la entrega de la mercancía, deberá ser consultada.

"Parágrafo 2º En los casos a que se refieren los ordinales b) y c) del artículo 3º del Decreto 700 de 1954, conocerá la justicia ordinaria o la de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las normas legales ordinarias".

El Decreto Nº 188, en el parágrafo 2º del artículo preinserto, para determinar la competencia, se remite a "las normas legales ordinarias"; ahora como las materias a que hace referencia el aparte b) del derogado artículo 3º del Decreto Nº 700 de 1954 corresponden a la jurisdicción civil como así lo expresa el artículo 9º del Decreto 2218 de 1950, antes copiado, y se confirma con lo expuesto al principio de esta providencia, "las normas legales ordinarias" son los numerales 1º del artículo 76 y 1º del 37 del C. J., una vez que en los litigios "sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera" (numeral b) artículo 3º del Decreto Nº 700 de 1954), "se ventilan cuestiones de derecho privado" (numeral 1º artículo 76 C. J.), que deben decidirse de conformidad con las normas propias de cada contrato (artículo 40 C. J.); o bien, si a la responsabilidad extracontractual se refiere, según las disposiciones del Título 34 del Libro IV del C. C., adicionadas con los artículos 55, 56 y 57 del C. de Aduanas, en cuanto concierne a la presunción allí establecida en favor de los importadores, como también a las causas de exoneración del Estado respecto de éstos, como a la de los dependientes o empleados de la aduana en sus relaciones con el Estado.

Las materias a que se refiere el aparte c) del artículo 3º del citado Decreto 700 de 1954 tienen la calidad de administrativas, de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, como se comprenderá fácilmente si se hace memoria del artículo 332 de la Ley 79 de 1931, derogado parcialmente por el artículo 5º de la Ley 80 de 1935; y luego a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 2218 de 1950, en armonía con el memorado artículo 4º del Decreto 188 de 1958, que en el parágrafo 2º indudablemente se remite a los artículos 33 y 34 del C. C. A. (Ley 167 de 1941), pues en el último artículo se lee:

"Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

".....

"10. De los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquier autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén atribuídos a una jurisdicción distinta".

Evolución de la competencia aduanera.— De acuerdo con las normas contenidas en la Ley 79 de 1931, la jurisdicción aduanera tenía competencia para conocer de los siguientes negocios contencioso-administrativos:

1º De las actuaciones administrativas de los Administradores de Aduana relacionadas con el aforo de las mercancías, aplicación de las tarifas del arancel, liquidación del impuesto, imposición de multas, recargos, etc. etc., según los artículos 323 a 332 de la citada Ley.

2º De acuerdo con la última parte del artículo 332, "las sentencias del Tribunal Supremo de Aduanas serán definitivas si no son apeladas ante el Consejo de Estado, cuya Sala de lo Contencioso Administrativo tiene la facultad de decidir las controversias que se susciten sobre la legalidad de puntos de derecho o procedimiento comprendidos en el caso, o cuestiones de interpretación de tratados y demás convenios internacionales".

3º Esta facultad del Consejo de Estado de revisar las sentencias del Tribunal Supremo de Aduanas por apelación, prácticamente una tercera instancia, fué abrogada por el artículo 5º de la Ley 80 de 1935, en estos términos: "Las sentencias que pronuncie el Tribunal Supremo de Aduanas, conforme a lo estatuído en el artículo 332 de la Ley 79 de 1931, no son apelables".

4º En virtud de esta abolición, el Consejo de Estado no podía revisar las decisiones de la jurisdicción aduanera, que adquirió competencia exclusiva, a la vez que operaban las prohibiciones contenidas, respecto del Consejo de Estado, en el artículo 34, numeral 10 in fine del C. C. A., en relación con el 73 ibídem, en cuanto dispone: "No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa ..... 4º Las atribuídas por la ley a otra jurisdicción", como a la aduanera, ineludible consecuencia del artículo 5º de la Ley 80 de 1935.

5º Sin embargo, el artículo 3º del Decreto 2218 de 1950 sustrajo de la competencia de la jurisdicción aduanera todas estas cuestiones, para adscribirlas a los funcionarios administrativos, en estos

precisos términos: "A partir de la expedición del presente Decreto, corresponderá a la Dirección General de Aduanas, dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la facultad privativa de aplicar e interpretar la Legislación Aduanera y Arancelaria y supervigilar su cumplimiento en todo el país, con el fin de hacer más eficaces y técnicos los servicios administrativos correspondientes.

"Para tal efecto la Dirección General de Aduanas quedará constituída por los siguientes departamentos:

"a) Departamento Administrativo;

"b) Departamento Jurídico, encargado de la aplicación del Código de Aduanas y sus reglamentos, así como la legislación referente a la represión del contrabando;

"c) Departamento del Arancel, Oficina Técnica encargada de la aplicación, interpretación y unificación de la tarifa de aduanas".

El artículo 9º del mismo Decreto, ya copiado, reitera la supresión de tales atribuciones a la jurisdicción aduanera que, en lo sucesivo conocería "de las funciones relativas a la jurisdicción penal para la represión del contrabando **y a la civil para establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materia aduanera**". (subraya la Sala).

Por tanto, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 3º y 9º del Decreto 2218 de 1950, las materias a que se refieren tales disposiciones, ipso jure, quedaron nuevamente de competencia del Consejo de Estado, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 34 y en armonía con el artículo 82, ambos del C. C. A., dejando de operar las prohibiciones antes mencionadas.

6º El numeral c) del artículo 3º del Decreto 700 de 1954, para un caso excepcional, restableció la competencia de la jurisdicción aduanera, con el fin de que pudiera "conocer de todos los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950".

7º El parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958 nuevamente sustrajo de la competencia de la jurisdicción aduanera "los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950", para adscribirlas a lo contencioso-administrativo, vale decir, al Consejo de Estado.

Resumen.— En conclusión, la competencia para el conocimiento de los distintos negocios, atribuídos inicialmente a la jurisdicción aduanera por la ley 79 de 1931, en la forma antes descrita, ahora se distribuyen así:

I.— La justicia ordinaria conoce, privativamente, de los litigios que tengan por objeto "establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materias aduaneras", según el artículo 9º del Decreto 2218 de 1950 y el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, en armonía con el numeral 1º del artículo 76 y ordinal 1º del artículo 37 del C. J.

II.— La jurisdicción de lo contencioso-administrativa, o sea el Consejo de Estado, conoce exclusivamente de las actuaciones administrativas de los funcionarios de las aduanas relacionadas con el aforo de las mercancías, aplicación de las tarifas, inclusive las vigentes antes del Decreto 2218 de 1950, liquidación de los impuestos respectivos, etc. etc., según el artículo 3º del mismo Decreto (2218 de 1950) y del parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, en armonía con el numeral 10 del artículo 34 y del 82 de C. C. A.

III.— La jurisdicción aduanera conoce, únicamente, de las causas "para la represión del contrabando", según el artículo 9º del Decreto 2218 de 1950, ratificado por el primer inciso del artículo 4º del Decreto 188 de 1958.

El artículo 19 del decreto últimamente citado (188 de 1958) atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento del "recurso de casación contra las sentencias proferidas en segunda instancia por el Tribsnal Superior de Aduana, cuando, la cuantía sea por lo menos de cien mil...." (V. artículo 1º del D. Nº 073 de 1958).

Concurrencia de foros.— El Procurador Delegado en lo Civil sostiene que, según el artículo 155 del C. J., una vez que el actor tiene su domicilio en Bucaramanga, el Tribunal competente sería el de este Distrito Judicial, pero no el de Barranquilla en donde presentó la demanda.

La competencia de los jueces es absoluta o relativa. La absoluta, según el artículo 151 del C. J., se fija en consideración "a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes", de acuerdo con las disposiciones que determinan "las atribuciones de cada autoridad judicial", como sucede en los artículos 29 y siguientes, 76, 78, 109 etc. del C. J.

La competencia que atañe al territorio o lugar donde debe ventilarse el juicio, tiene el carácter de relativa o prorrogable, porque solamente se fija en razón a la distribución del trabajo entre los jueces de la misma categoría y grado, ya que sería humanamente imposible, por ejemplo, que un

solo juez civil del circuito resolviera todos los litigios a que alude el artículo 109 del C. J., suscitados en toda la extensión del territorio nacional; por esto, se hace indispensable la creación de numerosos jueces de esta naturaleza, con el fin de que entiendan y fallen las distintas controversias; y con el objeto de seguir algún orden en la división del trabajo, como primera medida, se divide el territorio en varios Distritos Judiciales, los cuales a su turno se subdividen en varios circuitos judiciales y éstos en términos municipales.

Ahora, supuesta la división territorial, se necesita determinar el criterio o método para hacer la distribución de negocios entre los jueces de la misma categoría, a lo cual atiende el artículo 152 del C. J., que conjuga los tres elementos de todo proceso, según los tratadistas, a saber: personas, bienes e instrumentos.

En primer término, prefiere el domicilio del demandado o forum rei al del actor, conforme a lo ordenado en el numeral 2º del artículo citado: "En los asuntos contenciosos, por regla general, conoce el respectivo juez del domicilio del demandado", con la advertencia de que, si tiene varios, conoce cualquiera de ellos a prevención, y si no tiene ninguno, el de su mera residencia.

Por consiguiente, cuando el demandado tiene varios domicilios, corresponde al actor elegir o determinar el juez competente por razón de la sede del demandado, sin que sea menester un acuerdo de voluntades entre las partes, porque no se trata de un contrato, sino de un acto procesal, el cual, no ha menester de la "aquiescencia del demandado", ni tampoco se requiere "la concurrencia de las voluntades del demandante y del demandado", pues, en estos casos, propiamente no existe una prórroga de la competencia, sino que existen dos o más jueces competentes, cuya determinación corresponde al demandante.

En las acciones reales, como en la de reivindicación de inmuebles, de acuerdo con el numeral 12 del mismo artículo (V. num. 6, 8, 10 ib.), el demandado puede ser citado al juicio ante el juez de la ubicación del inmueble o foro real, sin que pueda hacer objeción alguna, ni oponer la excepción dilatoria de falta de competencia en el juez, elegido o determinado unilateralmente por el actor.

Respecto del foro instrumental, o sea, el que se determina por el lugar donde se consumó el hecho, se celebró el contrato o debe cumplirse la obligación, conforme al inciso 2º del numeral 3º del memorado artículo (V. num. 13, 14 ib.) ocurre exactamente lo propio, porque corresponderá al actor la elección del juez que ha de avocar el conocimiento del pleito.

En conclusión, cuando existen dos o más jueces competentes para conocer de un negocio, sea en consideración al domicilio del demandado, o por la ubicación del inmueble, en las acciones reales, o por la sede para el cumplimiento de la obligación, el actor tendrá la iniciativa exclusiva de determinar el juez que haya de avocar el conocimiento del pleito, sin necesidad de la aquiescencia del demandado.

Respecto del Estado, si bien goza de fuero en cuanto a la categoría del Juez que ha de conocer en primera instancia, expedido en 1931 el Código de Procedimiento Civil vigente, si existen dos o más tribunales competentes, en la práctica, corresponderá al actor determinar el que debe conocer el litigio, mediante la presentación de la demanda.

En el antiguo Código Judicial, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá era el único competente para conocer de los negocios contenciosos contra el Estado; por tanto, según aquella legislación, la competencia del tribunal citado tenía el carácter de absoluta, esto es, no podía prorrogarse, además de que tenía la calidad de Juez único; sin embargo, con la reforma introducida por el artículo 155 de la Ley 105 de 1931, la situación se modificó sustancialmente, según pasa a verse.

En efecto, dice el artículo 155 citado: "En los juicios que se sigan contra el Estado, el Tribunal Superior competente es el del domicilio del demandante, y en los que siga aquél, el de la vecindad del demandado".

Sobre este artículo, dijo la Comisión redactora del actual C. J.: "Así, tratándose del Estado, que propiamente no tiene domicilio, avisa el proyecto (artículo 155) que en los juicios que él siga, es competente en primera instancia el Tribunal Superior del domicilio del demandado, y en aquellos en que esa entidad sea demandada, lo es el Tribunal Superior de la vecindad del demandante, a **intento de evitar que se recargue sobre modo el Tribunal de Bogotá, que es el que tiene más trabajo que todos, y que tiene un personal más reducido, habida cuenta del cúmulo de negocios a su cargo**". (Subraya la Sala).

Por tanto, según el artículo 155 del C. J. y el comentario de la Comisión redactora, cuando se demanda al Estado, dos o más tribunales superiores pueden ser competentes para conocer de un litigio, si el actor tiene domicilio en dos o más

Distritos Judiciales, y a él le corresponderá determinar, con la presentación de la demanda, el que ha de conocer del litigio; asimismo, si el demandado tiene domicilio en dos o más Distritos Judiciales, el Gobierno podrá autorizar a cualquiera de los respectivos Fiscales para promover el juicio.

Si bien el Estado no tiene domicilio, en la forma definida por el C. C., para las personas naturales, no puede remitirse a duda que, en virtud del artículo 155 del actual C. J., en cada una de las sedes de los tribunales superiores debe considerarse al Estado con aptitud suficiente para comparecer en juicio como demandado, o sea, si en el antiguo Código Judicial la competencia del Tribunal de Bogotá tenía el carácter de **absoluta**, ahora de la que se hallan investidos todos los tribunales de la República, tienen la cualidad de relativa, porque el domicilio del demandante no tiene otra finalidad que la de servir de guía en la distribución o división del trabajo, sin excluír la posibilidad legal de la concurrencia de otros tribunales también competentes para conocer del mismo litigio, en función de fuero o foro real o instrumental, según la ubicación de los inmuebles, objeto de una acción real, o del lugar en donde se consumaron los hechos, fuentes de la acción deducida en juicio.

Si la competencia de los tribunales superiores, según el artículo 155 del C. J., y de acuerdo con lo expuesto, no tiene la calidad de privativa, sino de preventiva, no puede menos de admitirse que, también en los litigios contra el Estado (numeral 1º artículo 76 del C. J.), puede concurrir, además del foro en razón del domicilio del actor, el foro real e instrumental; y en este caso, el Tribunal de Barranquilla también sería competente, además del de Bucaramanga, para conocer de este litigio, por cuanto en aquel puerto se consumaron los hechos, base de la acción deducida en juicio, vale decir, el depósito de las mercancías en la aduana y la pérdida de una parte de las sierras importadas.

Por tanto, no tiene tampoco fundamento la incompetencia de jurisdicción del tribunal de primera instancia, alegada por el Procurador Delegado en lo Civil.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el auto en la parte apelada; y en consecuencia admite la demanda propuesta por el apoderado de Marco A. Pico contra la Nación, la cual, previa notificación, se le dará en traslado al Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla por el término legal, y se copiará a costas del actor.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen, para los fines legales consiguientes.

Efrén Osejo Peña.—Ramiro Araújo Grau.—Carlos Peláez Trujillo.—Luis Carlos Zambrano.—Jorge García M., Secretario.



I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Demanda de inexequibilidad de algunos artículos del Decreto Legislativo número 3.418 de 1934, sobre Telecomunicaciones.—Imposibilidad jurídica de proveer en el fondo, por sustracción de materia. — Por sentencia de 22 de noviembre de 1960, se declara que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda en referencia.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 3

Acusación de inexequibilidad del artículo 2º Del Decreto Legislativo número 2770 de 1953, sobre ocupación de zonas para carreteras.—Imposibilidad de proveer en el fondo, porque el Decreto dejó de existir en cuanto tal. — Por sentencia de 26 de noviembre de 1960, se abstiene la Corte de decidir en el fondo sobre la demanda aludida.—Magistrado Ponente: Dr. Efén Osejo Peña 5

Acusación del artículo 2º del Decreto número 18 de 1958, que señala a quiénes se aplica la convención colectiva de trabajo. — Por sentencia de 28 de noviembre de 1960, se declara exequible el mencionado artículo.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 7

Exequibilidad del literal d) del artículo 1º de la Ley 15 de 1959, sobre intervencionismo del Estado en los transportes.—Imposibilidad de resolver sobre el parágrafo del artículo 6º de la misma Ley, por haber sido declarado exequible por sentencia anterior.—Por sentencia de 1º de diciembre de 1960, se declara exequible el literal d) del artículo 1º del citado estatuto, y sin lugar a resolver sobre la acusación del parágrafo del artículo 6º de la misma Ley.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 12

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Alberto Bravo, en el fallo de que trata el aparte anterior de este Indice..... 14

Demanda de inexequibilidad contra el artículo 2º del Decreto Extraordinario número 1.778 de 1954, sobre la manera de proveer los cargos de Notarios y Registradores. —Imposibilidad de decidir en el fondo, por sustracción de materia. — Por sentencia de 9 de diciembre de 1960, se declara que no hay lugar a proveer sobre la demanda en referencia.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 16

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de simulación de un contrato de compraventa de inmuebles.—Simulación fraudulenta o ilícita. — Por sentencia de 5 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario adelantado por Jesús Romero Vargas contra su hijo Félix Romero Castro. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 18

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Arturo C. Posada y Enrique López de la Pava, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 23

Sociedad de hecho. — Sociedad conyuyal.—Sociedad entre concubinos. — Por sentencia de 5 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario adelantado por

Págs.

Clementina Toro Ramos contra la sucesión de Jesús Antonio Giraldo Barco.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 26

Recurso de hecho en juicio ordinario.—Estimación de la cuantía para efectos del recurso de casación.—Por providencia de 9 de noviembre de 1960, se declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario adelantado por Juan Escobar Salas contra Leonidas Delgadillo y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava..... 43

Acción reivindicatoria de una finca rural para una sucesión.—Por sentencia de 10 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario adelantado por César Jalil Rengifo Díaz contra Jorge Rengifo Guzmán y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 45

Reivindicación, para una comunidad universal, de la mitad proindiviso de un inmueble.—Por sentencia de 10 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario adelantado por Inés Machado v. de Henao y otros contra Victoriano Henao y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 48

Acción de filiación natural. — Por sentencia de 10 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario promovido por Mario Cruz contra Francisco Borja Morales y otros, como herederos de Nazario Borja Morales. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 60

Acción reivindicatoria de un predio.—Reconocimiento en la sentencia de una excepción perentoria no alegada. — Inmueble vendido separadamente a varias personas. Situación de la cosa vendida por quien no es dueño, cuando el vendedor adquiere el dominio.—Error de hecho.—Por sentencia de 16 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario adelantado por Luis Alberto Rodríguez Mendieta contra Leonidas Hernández Parra.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 68

Pago con subrogación.—Por sentencia de 17 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario promovido por Aura Echeverri Velásquez contra Gabriel Gutiérrez Botero y otros. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 73

Filiación natural y petición de herencia. — Requisitos para que se surta la notificación en el caso del artículo 322 del C. J.—El principio de la eventualidad procesal en materia probatoria.—Providencias que no llegan a ser ley del proceso aun cuando estén ejecutoriadas.—Legítimo contradictor en juicio de filiación natural. — Por sentencia de 22 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario promovido por Margarita Uribe y otros contra Carlos Humberto Mejía Guzmán y otros, como herederos de Flavio Mejía Guzmán. Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 78

El presupuesto de la plena identificación de los fundos materia de la acción reivindicatoria.—Por sentencia de 23 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario promovido por Jorge Orozco Valencia contra David Londoño y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R... 87

Acción de filiación natural.—Clasificación de los varios elementos que contiene la causal primera de casación.—Por sentencia de 28 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario promovido por Aurora Helena Durán Martínez contra Estanislao Arévalo Dávila. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 92

Págs.

Acción de nulidad de un contrato de compraventa por vicio en el consentimiento.— Interés jurídico y legitimación en causa.— Error de hecho en la apreciación de pruebas.—Por sentencia de 29 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario promovido por María Esther Montaño vda. de Ospina y otra contra Leonidas Ospina Montaño y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava..... 96

Acciones concurrentes de simulación respecto de contratos de compraventa de inmuebles. — Subsidiarias de nulidad y lesión enorme.—Por sentencia de 30 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario promovido por Heliodoro Granobles contra Rufino Basto Medina y otra.— Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 103

Acción resolutoria del contrato de venta de un automóvil.—Por sentencia de 2 de diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido por Máximo Parra Q. contra Panauto Ltda.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 111

Acción de separación de bienes con fundamento en la interdicción judicial de la mujer.—Por sentencia de 12 de diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el negocio adelantado por Abel Mejía contra Ana Rosa Botero de Mejía. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 119

Acción de cumplimiento de un contrato de compraventa de mercancías—Excepción de contrato no cumplido.—Por sentencia de 14 de diciembre de 1960, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario adelantado por Marco Tulio Prieto Sarmiento contra la sociedad "Grasas, S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 122

Acción de legitimación. — Por sentencia de 14 de diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario adelantado por Sara Angarita o Mora Angarita contra Gabino Mora Angarita y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 130

Requisitos para constituír y probar la existencia de la sociedad de responsabilidad limitada, ya sea civil o comercial. — Por sentencia de 14 de diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato de servidumbre de acueducto, promovido por Jorge Gil contra la sociedad "Torres & Cía. Limitada".—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 136

Inexistencia de un contrato de compraventa por ser absolutamente simulado.—Por sentencia de 15 de diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario adelantado por Antonio José Zapata García contra Josefa García v. de Zapata y otro.— Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 141

SALA DE CASACION PENAL

Homicidio.—La confesión divisible y la indivisible.—La causal 2ª de casación.—Por sentencia de 3 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra José Javier Marín Agudelo y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 152

Nulidad constitucional en un juicio por homicidio culposo. — Por sentencia de 7 de noviembre de 1960, proferida en el proceso adelantado contra Gabriel Ramírez Vásquez, se invalida el fallo de segundo grado pronunciado por el Tribunal Superrior de Ibagué, para reponer el procedimiento a partir del auto de 30 de junio de 1959.— Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 159

Homicidio agravado por el aprovechamiento

Págs.

del estado de indefensión de la víctima.— Por providencia de 9 de noviembre de 1960, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo, proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Saúl Jiménez Salazar por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 162

Infracciones contra la ética y el decoro profesionales del abogado. — Nuevamente corrobora la Sala su propia doctrina. — Por sentencia de 9 de noviembre de 1960, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra el abogado Jorge Ríos Gutiérrez, y en su lugar se ordena cesar todo procedimiento contra el mismo por haber prescrito la acción penal.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 175

Homicidio.—Alteración del orden en las causales de casación. — Condiciones morales del testigo.—Sistema legal de apreciación de pruebas.—Prueba necesaria para condenar.—Por sentencia de 14 de noviembre de 1960, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Luis Alfredo Matoma Tique.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 181

Abuso de autoridad de un funcionario, por omitir, rehusar o retardar la ejecución de un acto que le obliga (artículo 172 del C. P.)—Por sentencia de 14 de noviembre de 1960, se condena al abogado doctor José A. Garizábal, Fiscal ad-hoc del Tribunal Superior de Santa Marta, a pagar al Tesoro Nacional una multa de cien pesos moneda legal, como responsable del delito por el cual fue llamado a juicio en el proceso.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 197

Homicidio.—Error en la apreciación de pruebas.—La prueba indiciaria.—Por sentencia de 15 de noviembre de 1960, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Luis Alberto Gasca Rodríguez y en su lugar se le absuelve por el delito que se le imputó.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 202

El beneficio de la amnistía—Por providencia de 16 de noviembre de 1960, se confirma la proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado contra Alonso Valero y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 210

Alegación de nulidades en un proceso por homicidio. — Por sentencia de 22 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso adelantado contra Leovigildo Caro Ruiz.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 215

Homicidio y otros delitos.—Solicitud de amnistía.—Por providencia de 22 de noviembre de 1960, se confirma la proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado contra Arquimedes Bustos y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 222

Recusación e impedimento de un Magistrado en un proceso por el delito de falsedad.— Por providencia de 22 de noviembre de 1960, se declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta y la recusación propuesta contra el mismo para conocer del proceso que se le adelanta a Tomás Fernández Posada y otros.—Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo 225

Colisión negativa de competencias en un proceso por estafa.—Por providencia de 23 de noviembre de 1960, se desata la suscitada entre el Juzgado Tercero Superior de Cali y el Segundo Superior de Buga, para conocer del proceso iniciado contra José Vicente Orozco Zuluaga.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 227

Contenido moral y subjetivo de la declaratoria de impedimento.—Por providencia de

Págs.

25 de noviembre de 1960, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual se ordena el cese de todo procedimiento penal en contra del doctor Jesús Rodríguez Narváez, Juez titular del Circuito de La Unión, por cuanto ningún cargo o delito puede deducirse de la actuación del mencionado funcionario en el proceso adelantado a Aurelio Daza y otro por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 230

Impugnación de una sentencia por cuanto acoge un veredicto que el actor califica de notoriamente injusto.—Por sentencia de 28 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado a Pedro Enrique Bolaños Triana y otro, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 233

Colisión de competencias, dentro de la Justicia Penal Militar, para conocer del delito de lesiones personales cometido por un soldado.—Por providencia de 30 de noviembre de 1960, se dirime la planteada dentro del proceso adelantado a Delfín Ortiz Arias. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 239

Etica y decoro profesional del abogado. — Por providencia de 1º de diciembre de 1960, se declara la nulidad de todo lo actuado, en el proceso adelantado ante el Tribunal Superior de Medellín, contra los abogados doctores Jaime Jiménez Ramírez y Alfonso Uribe Misas. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 241

Nulidad de un juicio adelantado, por delito de homicidio, contra un Agente de la Policía Nacional.—Por sentencia de 2 de diciembre de 1960, se invalida la proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado contra José Antonio Londoño Lopera. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 245

Sobreseimiento definitivo a favor del Coronel Daniel Cuervo Araoz, ex-Gobernador del Departamento de Caldas.—Por providencia de 2 de diciembre de 1960, así lo resuelve la Corte en el proceso que se le adelantó a aquél, por las imputaciones que se le hicieron por actuaciones realizadas durante el tiempo en que ejerció dicho cargo, en relación con la adquisición de cincuenta volquetas para el citado Departamento.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 250

Homicidio preterintencional en la persona de la cónyuge.—Por sentencia de 6 de diciembre de 1960, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Luis Alfredo Obando Corredor por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez..... 255

Proceso por delito de lesiones personales tramitado en conformidad con el Decreto 012 de 1959. — Por sentencia de 6 de diciembre de 1960, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra José Vicente Moreno Rincón.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 265

Alegación de nulidades constitucionales en un proceso por delito de homicidio.—Por sentencia de 7 de diciembre de 1960, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Jesús Evelio Jaramillo Atehortúa.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 272

Nulidad de un juicio, por delito de robo, a causa de violación de normas procedimentales y constitucionales.—Por sentencia de 7 de diciembre de 1960, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Gelacio Burgos Ortiz, y en su lugar se declara una nulidad.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 276

Demanda de casación contra la sentencia recaída en un procseo por delito de homici-

Págs.

dio.—Por providencia de 12 de diciembre de 1960, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en el proceso adelantado contra Marco Tulio Urueña Prada.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 280

Se absuelve a Néstor Forero Morales de los cargos que le fueron formulados en su carácter de Cónsul de Colombia.—La prueba que sirvió de base al auto de proceder quedó sustancialmente modificada durante el plenario.—Así lo resuelve la Corte mediante sentencia de 15 de diciembre de 1960, proferida en el proceso adelantado contra aquél por el delito de peculado.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 283

SALA DE CASACION LABORAL

Prosperan parcialmente los cargos que por error de hecho se hicieron a una sentencia que condenó al trabajador demandado al pago de perjuicios derivados de la violación de un contrato.—Por sentencia de 1º de diciembre de 1959 se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por la Compañía de Hilados y Tejidos de Manizales Limitada contra Octavio Acevedo.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 291

Fundamento de la causal especial de casación establecida en el Decreto Extraordinario 2.017 de 1952. — Por sentencia de 2 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Baudilio Rodríguez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo... 302

Causal especial de casación establecida en el artículo 1º del Decreto 2.017 de 1952. — Por sentencia de 2 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Carlos Saravia contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 306

Cuando falla el requisito de la cuantía, es preciso excluír del debate los motivos generales de casación de que trata el artículo 87 del C. P. del T., limitándolo, si es el caso, a la causal especial prevista en el Decreto 2.017 de 1952.—Cómo debe formularse el recurso con base en esta causal.—El arbitraje permanente sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes. — Por sentencia de 2 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por José F. Gutiérrez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 310

Al fallar el requisito de la cuantía, procede excluír del debate de casación las causales generales, limitándolo al motivo especial previsto en el Decreto 2.017 de 1952.—Manera correcta de formular el recurso con base en esta causal.—El arbitraje permanente no puede ser impuesto mediante fallo arbitral.—Por sentencia de 2 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Miguel A. Murcia contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). — Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 314

Las causales generales de casación no son pertinentes cuando sólo opera el motivo especial establecido en el Decreto 2.017 de 1952.—Esta causal especial debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio.—El artículo 131 del C. P. del T. no señala el fallo arbitral como fuente de la cláusula compromisoria.—Por sentencia de 2 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Benjamín Gómez contra la Asociación

Págs.

Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 318

Fundamento de la causal de casación establecida en el artículo 1º del Decreto 2.017 de 1952.—El derecho de comprometer, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido cuestión reservada a la voluntad contractual, siempre que las diferencias versen sobre objeto susceptible de transacción.—Por sentencia de 2 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Conrado Uribe contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 322

Motivo especial de casación establecido en el Decreto 2.017 de 1952. — Por sentencia de 2 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Garzón contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.. 326

La falta de jurisdicción por parte de la justicia del trabajo para conocer de la litis, es el elemento constitutivo de la causal de casación que consagra el Decreto 2.017 de 1952.—Por sentencia de 3 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Martiniano Jiménez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi)—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 330

Nutaraleza de la causal especial de casación consagrada en el Decreto 2.017 de 1952.— El arbitraje voluntario no puede ser impuesto mediante fallo arbitral.—Razón de ser de la norma que ordena que la cláusula compromisoria conste por escrito. — Por sentencia de 3 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Bernabé Luis Lora contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). — Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 334

Finalidad especial de la casación cuando se refiere al motivo consagrado en el Decreto 2.017 de 1952.—El arbitraje permanente no puede ser obra de un fallo arbitral.—Razones que exigen el que la cláusula compromisoria conste por escrito.—Hasta dónde se extiende la competencia de los organismos arbitrales de que trata el Decreto 2.017 de 1952. — Por sentencia de 3 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Luciano Molina contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). — Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 338

La colaboración que le presten al trabajador personas extrañas a la empresa, no destruye necesariamente el contrato de trabajo. — Presunción legal en favor de la existencia del contrato de trabajo. — Los presupuestos del contrato de obra. — No hay obligación de suministrar calzado y overoles o blusas después de terminado el contrato de trabajo. — Por sentencia de 3 de noviembre de 1960, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por María del Carmen Pulido contra Inés Barriga de Restrepo. — Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 343

Libertad del Juez laboral en la apreciación de pruebas, especialmente en el caso en que ellas son opuestas entre sí. — Es muy frecuente que los servicios prestados en el hogar no dependan de un contrato de trabajo.—No es posible el contrato de trabajo cuando una de las partes es absolutamente incapaz.—Por sentencia de 4 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario laboral promovido por María García contra Andrés y José García.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 352

Acción de reconocimiento y pago de presta-

Págs.

ciones e indemnizaciones sociales. — Por sentencia de 5 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Miguel Angel Sánchez Méndez contra la sociedad denominada "Hipódromo de Techo S. A." — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 358

Acción de reconocimiento y pago de prestaciones sociales.—Por sentencia de 9 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pedro A. Villa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi)—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 363

Reclamación de prestaciones sociales.—Prima de servicios.—Terminación del contrato sin previo aviso.—Por sentencia de 10 de noviembre de 1960, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Ramón Penagos contra Emilia Samper de Ortega.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 368

Error de hecho, por desconocimiento de pruebas, en una sentencia que condenó al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones.—Por sentencia de 18 de noviembre de 1960, se casa la proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué en el ordinario laboral promovido por Francisco Barrios Rabasco contra Leonidas Lara e Hijos Limitada.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo. 375

Reclamación de prestaciones sociales.—Causal especial de casación establecida en el Decreto 2.017 de 1952.—Por sentencia de 21 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Leonidas Callejas contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 380

Cuestiones previas a la casación laboral.—

Págs.

Por providencia de 25 de noviembre de 1960, no se accede a declarar desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado, proferido en el ordinario laboral adelantado por Graciela Ardila de Nieto contra Olegario Ardila.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 384

Alcance de la indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones del trabajador.—Por sentencia de 28 de noviembre de 1960, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral promovido por Pedro A. Lasso contra "Transportes Bolívar S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 386

Prestaciones sociales e indemnizaciones. — Por sentencia de 28 de noviembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por William Trespalacios Uribe contra Rodrigo Vélez Lotero.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 395

Reclamación de prestaciones sociales con fundamento en una convención de naturaleza diversa al contrato de trabajo. — Por sentencia de 2 de diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario laboral proferido por Gilberto Cárdenas contra "Transportes Pacífico, Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 401

Reclamación de vacaciones y otras prestaciones sociales. — Por sentencia de 15 de diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Armando Vélez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 405

La causal especial de casación laboral prevista en el Decreto 2.017 de 1952.—El arbitraje permanente no puede ser impuesto por fallo arbitral.—Por sentencia de 15 de

Págs.

diciembre de 1960, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Manuel H. Martínez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C..... 408

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción declarativa sobre propiedad del subsuelo.—Por sentencia de 5 de noviembre de 1960, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario promovido por Juan de la Rosa Ramírez y otros contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau..... 412

Incidente de acumulación de autos sobre propiedad del subsuelo petrolífero. — Por providencia de 7 de noviembre de 1960, se deniega la acumulación de autos demandada en el ordinario promovido por la Sucesión de Julio Barriga Páez contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 418

Autos interlocutorios.—Características de los mismos.—Naturaleza del auto que decreta la práctica de pruebas. — Por providencia de 10 de noviembre de 1960, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero promovido por Patricio Montaña contra la Nación, no se accede a revocar el auto suplicado por medio del cual se ordenó la práctica de unas pruebas.—Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 422

Acción de rescisión por lesión enorme en un contrato con la Nación.—Por sentencia de 23 de noviembre de 1960, proferida en el ordinario de única instancia adelantado por el doctor Alvaro Hinestrosa contra la Nación, se absuelve a ésta de los cargos de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 424

Acción reivindicatoria contra la Nación, de un lote de mercancías retenido por la Aduana.—Acción subsidiaria de indemnización por culpa extracontractual. — Por sentencia de 26 de noviembre de 1960, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario promovido por Félix de Bedout e Hijos, Sucesores, contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña..... 427

Incidente de acumulación de dos juicios ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero. — Por providencia de 1º de diciembre de 1960, proferida en el negocio adelantado por el Hospital de San Vicente de Nemocón contra la Nación, se confirma el auto suplicado por medio del cual se denegó una acumulación de autos.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña... 435

Acción contra el Estado, sobre indemnización de daños ocasionados por un Sargento del Ejército en un accidente automoviliario.—Por sentencia de 6 de diciembre de 1960, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario adelantado por el Hermano Lazarista Juan Bautista Medina contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 438

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de la acción tendiente a obtener el pago, por parte de la Nación, de mercancías perdidas en las Aduanas Nacionales.—Por providencia de 15 de diciembre de 1960, se revoca el auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, y en consecuencia se admite la demanda ordinaria presentada por la "Fábrica de Grasas y Productos Químicos Grasco" contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau..... 445

Competencia para conocer de un reclamo contra la Nación por pérdida de mercancías en las Aduanas.-Evolución de la competencia aduanera.—Por providencia de 15 de diciembre de 1960, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, y en consecuencia admite la demanda ordinaria propuesta por Marco A. Pico contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña..... 448

Impreso en los

TALLERES GRAFICOS

MUNDO AL DIA

Calle 14 Nº 13-56—Tel. 414-325

BOGOTA

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR LUIS IGNACIO SEGURA A.

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCIV Bogotá - Colombia Enero y Febrero de 1961. Números 2235-2236.

S A L A P L E N A

LA CORTE EXPRESA SU RECONOCIMIENTO A LOS MAGISTRADOS DOCTORES ARTURO C. POSADA Y LUIS ALBERTO BRAVO, POR LA DIGNA LABOR QUE REALIZARON COMO PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA CORPORACION

"La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, al renovarse su Presidencia en este día, hace constar su gratitud hacia el ilustre Magistrado doctor Arturó C. Posada, por la manera ecuánime, diligente y atinada como presidió la Corporación en el período que concluye.

"Comuníquese en nota de estilo al doctor Posada y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

Aprobada en sesión de 19 de enero de 1961.

"La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, deja consignado en el acta del día de hoy, su reconocimiento a la labor realizada por el doctor Luis Alberto Bravo como Vicepresidente de la Corporación.

"Transcríbase en nota de estilo e insértese en la GACETA JUDICIAL".

Aprobada en sesión de 19 de enero de 1961.

MOCION DE DUELO APROBADA POR LA CORTE CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DE SU SECRETARIO SR. DON JORGE SOTO SOTO

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, hace constar en el acta de la sesión de este día su sentida pena por el fallecimiento del señor don Jorge Soto Soto, Secretario de la Corporación, quien en varios cargos le prestó sus servicios a la entidad por más de veinticinco años, con inteligencia, probidad, consagración y eficacia, reconocidas y exaltadas por el personal de Magistrados que en un cuarto de siglo ha tenido la Corte.

"Publíquese esta moción en la GACETA JUDICIAL, y comuníquese en nota de estilo como expresión de condolencia a los familiares del extinto".

(Sesión de 17 de enero de 1961).

PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DOCTOR CARLOS PELAEZ TRUJILLO, AL RECIBIR A LOS DELEGADOS A LA XII CONFERENCIA INTERAMERICANA DE ABOGADOS QUE VISITARON LA CORTE EL 31 DE ENERO DEL PRESENTE AÑO

Cúmpleme, ante todo, presentar a los señores miembros del Congreso Interamericano de Abogados el saludo de la Corte Suprema de Justicia, y expresarles el muy vivo reconocimiento de la corporación por honrarla con su visita en momentos en que se reúne en esta capital con una misión nobilísima de cooperación científica y de confraternidad profesional.

¡Qué ambiciosos propósitos los que animan a la Federación Interamericana de Abogados! La unificación del derecho en aquellas materias menos asidas al espíritu, a la tradición y al carácter nacionales, que es el que más ahincadamente solicita su atención en esta décima segunda conferencia, no solamente no es ideal inope sino que por el contrario, corresponde a las necesidades de una época de rápido y universal intercambio, que se caracteriza por la concadenación y estrecha solidaridad de todas las acciones y sucesos humanos. Muestra, por ello, un espíritu alerta a las realidades sociales y una viva y concreta visión histórica este noble afán de la Federación por encontrar soluciones comunes a tantos problemas de interés para el jurista como los que plantea el vertiginoso desenvolvimiento de la vida moderna, las que a buen seguro habrá de hallar en un hemisferio unido, desde el estrecho de Behring hasta el de Magallanes, por ideales comunes, por tradiciones históricas afines, por idénticos propósitos, por un mismo concepto de la justicia y del derecho, y en fin, por esa concepción del Estado que, pues que surte del pensamiento humanístico de Erasmo, de Altusio, de Juan Luis Vives, vuelve la mirada al hombre para contemplarlo como origen y meta de toda asociación político social, tal como lo vieron los fundadores de nuestras nacionalidades: Washington y Bolívar, Santander, Martí, Morelos, San Martín, O'Higgins. Estas patrias nuestras, desde el amanecer de su historia ligadas vienen casi todas por la religión, por la lengua y por la sangre, y si no por ese culto de la dignidad del hombre y el sentido ecuménico de la libertad que ha llevado a los miembros de esta asamblea a incluír la defensa de los derechos humanos como uno de los temas cardinales de su agenda. Así las quisieron también quienes en el Congreso de Panamá, en 1821, se atrevieron a concebir, en momentos de idealismo ingenuo, una gran confederación de Estados Americanos, y sobre unos mismos principios configuraron su vida institucional un Jefferson, un Bonifacio, un Nariño, un Rivadivia, un Alberdi. Y si tan vinculadas están por el alma y por el verbo, o por tantos otros lazos e intereses que les son comunes, qué mucho que procuremos unirlas más aún por instituciones jurídicas que, inmersas en viva tradición pero abiertas a la acción renovadora del progreso, faciliten y afiancen las relaciones recíprocas de nuestros países y estimulen, por ende, su desarrollo común. El derecho, como la religión, como el idioma, ha de ser unidad, punto de síntesis, módulo que organice lo heteróclito y armonice lo vario, y toda empresa que se proponga esa unidad merece ser vista con más que simpatía, con sincero entusiasmo. "Cuánto ganaría en la América la causa del derecho, en su parte práctica, que es la más esencial al bienestar de los asociados —exclamaba ya en 1887 un eminente colombiano—, si se aprovechara el prestigio que la distancia da a la verdad para unificar la legislación y la sana jurisprudencia!".

Grato hubiera sido participar ahora en la consideración de temas que tan hondamente concen-

tran la preocupación de ustedes; mas no es ésta la oportunidad, ya que la extremada cortesía de esta visita no me autoriza, sin abusar de su benevolencia, para terciar en el debate de cuestiones que tienen en ustedes tan expertos y estudiosos exégetas. La Federación Interamericana de Abogados posee una amplísima organización que, consciente de la importancia de su labor, y con medios tan eficaces a su alcance como son el conocimiento mutuo y la recíproca colaboración que brindan estas reuniones periódicas, y un mejor conocimiento de los problemas que a todos nos afectan, como consecuencia del acercamiento y frecuente contacto de jurisconsultos de todo el hemisferio, habrá de llegar seguramente a resultados decisivos para la evolución jurídica de nuestros pueblos, haciendo de América el gran laboratorio donde se elabore el derecho del porvenir.

Que ello sea así; que merced a la sabiduría de ustedes, a su experiencia y a su desinteresada labor la conferencia ayer inaugurada marque un hito en el campo de los estudios jurídicos, son los votos que hoy sinceramente formulo en nombre de la Corte Suprema de Justicia.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 2º Y 3º DEL PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE NACIONALIZAN LAS NORMALES DE ITUANGO Y ANORI

1.—La facultad del Congreso de decretar nuevas obras públicas nacionales está condicionada, en conformidad con los artículos 4º y 19 de la Constitución Nacional, a la imperativa necesidad de adoptar un plan y un programa previamente definido en las leyes. Si, pues, una determinada obra no cuenta con el indispensable antecedente de los respectivos planes y programas de orden nacional, el proyecto o la ley que la decrete es claramente incompatible con las normas constitucionales que acaban de citarse.

2.—La Corte Suprema de Justicia, en conformidad con las atribuciones que le confiere la Constitució Nacional especialmente en el artículo 214, tiene la competencia necesaria para declarar la inexequibilidad de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 118, ordinal 7º, de la Carta, aunque las disposiciones objetadas resulten violatorias de normas constitucionales distintas de las invocadas por el Jefe del Estado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PLENA—Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

En mensaje dirigido al Congreso Nacional con fecha 30 de septiembre de 1960, el Gobierno, fundado especialmente en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, objetó por inconstitucionalidad el proyecto de Ley "por al cual se nacionalizan las Normales de Ituango y Anorí".

Tanto la H. Cámara de Representantes como el H. Senado de la República declararon infundadas dichas objeciones. Devuelto el proyecto al Gobierno, éste, en mensaje del 11 de diciembre último, lo remitió a la Corte para que aquí se decida sobre su exequibilidad, lo cual es procedente conforme a los artículos 90 y 214 de la Carta.

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, quien considera que el proyecto objetado es inconstitucional y que, en consecuencia, así debe declararlo esta Corporación, la Corte, en Sala Plena, procede a decidir sobre el particular.

Las disposiciones objetadas son del siguiente tenor literal:

Artículo 1º—La Nación se hace cargo de la dirección, dotación y sostenimiento de la Normal Rural de Ituango y de la Normal Superior de Anorí, ambas de señoritas, que han venido funcionando hace varios años.

Artículo 2º — El Gobierno proveerá a la construcción de los edificios y demás dependencias requeridos para dichos planteles, con imputación al Presupuesto del Ministerio de Educación, en 1960, y en los años subsiguientes, de manera de devolver los actuales locales a las entidades que hayan venido suministrándolos.

Artículo 3º—Esta ley regirá desde su sanción.

Conforme al artículo 76 de la Constitución corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas —expresa el mismo artículo— ejerce las siguientes atribuciones:

"..... ...."

"20.—Fomentar las empresas públicas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Ahora bien: las empresas "útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo" que, consecuentemente, sólo pueden fomentarse "con estricta sujeción a planes y programas" previamente adoptados, fueron definidas por la Ley 71 de 1946, "por la cual se desarrolla el ordinal 20 del art. 76 de la Constitución". En efecto, conforme al aparte b) del artículo 1º de la referida ley, "Considérase que son empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo por parte de la Nación, las que se enumeran a continuación y se sometan a los requisitos que señala esta ley:

"b) La construcción, ensanche y sostenimiento de establecimientos de enseñanza secundaria, profesional, industrial y artística...".

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

Con apoyo en el anterior breve pero apodíctico razonamiento —que la Sala comparte— el señor Procurador General de la Nación ha solicitado de la Corte que declare fundadas las objeciones del Gobierno Nacional al proyecto de ley "por la cual se nacionalizan las Normales de Ituango y Anorí".

Pero además, considera la Corte que la constitucionalidad del proyecto objetado puede asimismo plantearse, por idénticas razones de fondo, a la luz de los numerales 4º y 19 del citado artículo 76, por medio de los cuales el Congreso ejerce las siguientes atribuciones:

"4º—Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la Economía Nacional y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

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

De donde resulta, lógicamente, que la facultad del Congreso de decretar nuevas obras públicas nacionales está condicionada con la imperativa necesidad de adoptar un plan y un programa previamente definido en las leyes, sin los cuales el Congreso no puede, constitucionalmente, ejercer aquella facultad. Ahora bien: como las obras previstas en las disposiciones objetadas y sometidas al control jurisdiccional de la Corte no cuentan con el necesario antecedente de los respectivos planes y programas de orden nacional, es de absoluta claridad su antinomia con las normas constitucionales que acaban de citarse, y por tanto aquellas deben declararse inexequibles.

Sin duda así lo entendió la Comisión respectiva de la H. Cámara de Representantes cuando en informe rendido a dicha Corporación sobre las aludidas objeciones del Gobierno Nacional expresó:

"Quizás las objeciones fueran atendibles si se hubieran planteado en el terreno de que, al ordenar el Congreso la construcción de los edificios para el sostenimiento de las dos Normales nacionalizadas, esto es, al decretarse así unas obras públicas, procedió sin sujeción a los planes y programas para tal caso exigidos según la parte final del numeral 4º y el numeral 19 del artículo 76 de la Constitución. Pero dichas normas no fueron tácita ni expresamente citadas por el Gobierno como violadas, y se apoyó sólo en los argumentos y disposiciones que ya se comentaron. Finalmente, es obvio que no es de competencia del Congreso considerar objeciones no formuladas, y entrar a modificar o derogar, en un trámite especialísimo, como es el del curso de las objeciones, normas que pueden ser violatorias de la Carta por aspectos que escaparon al veto ejecutivo en la única oportunidad constitucional de que goza para ello, y que por lo mismo tendrían que modificarse o derogarse corriendo todo el trámite ordinario de una ley".

Conviene advertir a este último respecto que la Corte, a la cual se le confía "la guarda de la integridad de la Constitución", sí tiene la competencia necesaria para declarar la inexequibilidad de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 118, ordinal 7º de la Carta,

aunque las disposiciones objetadas resulten violatorias de normas constitucionales distintas de las invocadas por el Jefe del Estado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de sus facultades constitucionales, DECLARA INEXEQUIBLES los artículos 1º, 2º y 3º del proyecto de Ley "por la cual se nacionalizan las Normales de Ituango y Anorí".

Publíquese, notifíquese, devuélvase al señor Presidente de la República y dese cuenta al Congreso Nacional.

Carlos Peláez Trujillo.—Ramiro Araújo Grau.— Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava.—Simón Montero Torres.— Efrén Osejo Peña. — Arturo C. Posada. — Luis Fernando Paredes. — Gustavo Rendón Gaviria.— José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Primitivo Vergara Crespo. — Angel Martín Vásquez A. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.



INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE PROVEE A LA RECONSTRUCCION DE LA CIUDAD DE CONCEPCION DE NEGUA

1.—La Ley 71 de 1946, expedida por el Congreso en desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, señala los requisitos, condiciones, planes y programas a los que se deben ceñir los proyectos de ley tendientes a la construcción o fomento de las obras o empresas útiles dignas de apoyo por parte de la Nación.

2.—En virtud de la propia voluntad expresa del Constituyente, se condicionó el ejercicio de ciertas facultades legislativas a la previa existencia de una ley que contenga normas generales reguladoras a las cuales deberán sujetarse las leyes que las desarrollen. Así los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta exigen la preexistencia de una ley que determine los requisitos, planes y programas de las obras públicas que hayan de iniciarse o continuarse por cuenta de la Nación.

3.—Todo proyecto de ley que trate de emprender o de apoyar económicamente las empresas u obras útiles o benéficas a que se refieren los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, deberá cumplir necesariamente los requisitos que se exijan en la ley general que haya trazado los correspondientes planes y programas, pues la falta de cumplimiento de tales exigencias, en conformidad con lo ordenado en las disposiciones citadas, conlleva un vicio de inconstitucionalidad para el respectivo proyecto de ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA PLENA — Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

El Excelentísimo señor Presidente de la República en mensaje dirigido con fecha 16 de diciembre de 1958 al Congreso Nacional formuló objeciones de inconstitucionalidad, en su conjunto, al proyecto de ley "por la cual se provee a la reconstrucción de la ciudad de Concepción de Neguá" por estimar que dicho proyecto no se conforma con los ordinales 19 y 20 del artículo 76 ni con el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional.

El texto del proyecto objetado es el siguiente:

"El Congreso de Colombia, Decreta:

"Artículo 1º—La Nación deplora la destrucción de la población de Concepción de Neguá (en el Departamento del Chocó), acaecida con motivo de las avenidas del río de su nombre y de los actos de violencia ocurridos en los últimos años.

"Artículo 2º — La Nación toma a su cargo la reconstrucción de la nueva ciudad, su planeamiento urbanístico, las obras portuarias, los servicios públicos, los servicios sanitarios y demás indispensables para hacer de Concepción de Neguá una ciudad moderna.

"Artículo 3º—En los lugares determinados por la técnica, el Gobierno construirá los edificios necesarios para las oficinas públicas nacionales y municipales, para el funcionamiento de sendas escuelas primarias masculina y femenina, para un hospital, para una plaza de mercado, para la iglesia parroquial, para la casa consistorial y para un

colegio de segunda enseñanza que lleve el nombre de 'César Conto'.

"**Artículo 4º** — El Gobierno por conducto del Instituto de Crédito Territorial, del Banco Central Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero o directamente, procederá a construír el número de viviendas que sean indispensables para satisfacer las necesidades creadas por la inundación en el perímetro urbano de la futura ciudad de Concepción de Neguá. En la adjudicación de estas casas serán preferidos los miembros de las familias oriundas del Municipio de San Rafael de Neguá.

"**Artículo 5º**—La capital del Municipio de San Rafael de Neguá continuará siendo Concepción de Neguá y los límites del Municipio siguen siendo sus límites tradicionales.

"**Artículo 6º**—La planeación y proyección urbanística así como de las obras portuarias y servicios públicos para llevar a cabo la reconstrucción de la ciudad de Concepción de Neguá, estarán a cargo del Ministerio de Obras Públicas, sujetándose a los términos de la presente ley.

"El Gobierno Nacional, una vez presentado el proyecto de reconstrucción, apropiará en el presupuesto de cada vigencia, las sumas necesarias para su completa realización.

"**Artículo 7º**—Esta ley regirá desde su sanción".

Objeciones del Ejecutivo

Estas objeciones se concretan así:

"Como es esta una ley destinada a decretar obras públicas y fomentar empresas útiles, es preciso determinar, de acuerdo con los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, si se sujeta a leyes anteriores de carácter general, tenidas como condición indispensable para la validez de las que ordenen gastos. En este caso, de la Ley 52 de 1945, "por medio de la cual se fija el plan de auxilio a los municipios que sufran incendios, plagas, inundaciones y otras calamidades públicas", y la Ley 71 de 1946, en la que se enumera cuáles son las empresas estimadas como útiles o benéficas por el legislador, leyes que señalan los requisitos que se debe llenar para la expedición de las leyes tendientes a los fines de los ordinales 19 y 20 del artículo 76, tales como la presentación al Congreso de informes que demuestren las calamidades públicas, inspecciones oculares de técnicos, planos levantados con el visto bueno del agente del Ministerio Público y del Gobernador respectivo, certificación de las autoridades sobre la índole y fines de la obra, presupuesto detallado de su costo y explicación razonada y justificada sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar su realización, requisitos que en esta ley no han sido cumplidos, si se exceptúa el de la explicación sobre la necesidad del aporte".

Tanto la Cámara de Representantes como el Senado de la República declararon infundadas dichas objeciones, con excepción de la formulada al artículo 5º del proyecto original, el que fue negado; enviado nuevamente el proyecto al señor Presidente de la República, dispuso remitirlo a la Corte, con sus antecedentes, para que esta Corporación decida sobre su exequibilidad de conformidad con lo estatuído por el artículo 90 de la Carta.

Concepto del señor Procurador

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fecha 17 de los corrientes expresa lo siguiente:

"Las objeciones del Ejecutivo se basan en la violación de los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución, según los cuales las obras públicas que hayan de emprenderse así como el fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, deben sujetarse a leyes anteriores de carácter general que organicen tales materias en concreto, medidas que tienden a evitar la dispersión de los fondos públicos.

"En substancia, el proyecto de ley materia de las objeciones, determina que la Nación tome a su cargo la construcción de la ciudad de Concepción de Neguá en lo que dice relación a los servicios públicos, obras portuarias, edificios para las oficinas públicas nacionales y municipales, escuelas primarias, hospitales, etc., apropiando los dineros necesarios. De consiguiente, es ostensible que en el citado proyecto el Congreso decreta la construcción de obras públicas.

"Ahora bien, al tenor del ordinal 1º del artículo 76 de la Carta, las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse deben someterse a los planes y programas previamente expedidos, a los cuales se refiere el numeral 4º del mismo artículo 76.

"En el presente caso se ha omitido tal requisito

constitucional, como lo puso de presente el Gobierno Nacional en sus objeciones".

Decisión de la Corte

La constitucionalidad o inconstitucionalidad del citado proyecto debe decidirse teniendo en cuenta lo establecido en los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional que determinan lo siguiente:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

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

"20. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

El constituyente del año de 1945 introdujo una fundamental reforma a la constitución entonces vigente, con respecto al fomento de las empresas u obras a que se refieren los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, no para quitar o entorpecer la facultad del legislativo en la expedición de las leyes, sino en el sentido de regular o condicionar esta facultad legislativa a la previa existencia de una ley sobre planificación y programación que el mismo Congreso debía expedir.

De modo que, las facultades conferidas al Congreso por las disposiciones constitucionales copiadas, están condicionadas o subordinadas al establecimiento previo de una ley que contenga los planes y programas que sirven de fundamento para el fomento y ejecución de las obras a que se refieren las normas constitucionales que se comentan.

Esta Corporación estudió este mismo problema en providencia de 14 de diciembre de 1945, reproducido y acogido en posteriores decisiones, en la que se expuso lo siguiente:

"El artículo 76 de la Constitución Nacional, que enumera las atribuciones del Congreso, estableció en su numeral 4º el deber de fijar los planes y programas a que debe someterse la economía nacional y los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse.

"No puede entenderse, si se consideran los demás numerales de ese artículo, conexos con éste, que en él se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera con arreglo a los planes y programas que fijan las leyes respectivas.

"Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación con conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad o siquiera su terminación.

"No hay duda que el pensamiento que inspiró la reforma que sometió el ejercicio de la facultad de disponer de los fondos públicos a planes y programas legislativos generales y previos y no, como antes ocurría, a planes o iniciativas particulares de cada obra fue como lo dice el Sr. Presidente de la República, "orientar las diversas iniciativas de progreso, en el sentido de que todas ellas obedezcan a un plan metódico y armónico que consultando las necesidades públicas evite la anarquía y el desorden". En esta innovación institucional tuvo cabal realización el viejo anhelo de ver impedido el desorden y el derroche de los fondos públicos por mala distribución de los recursos fiscales o por equivocada ejecución de las obras a que se destinaban, como se dijo en la exposición presidencial sobre la reforma de la Constitución, que culminó en el año que corre...

"Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas.

"Dice este numeral (el 20 del artículo 76 de la

Constitución) que el Congreso tiene la atribución de 'fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con arreglo a los planes y programas correspondientes" Es preciso entender, para no adulterar el pensamiento que triunfó en la reforma constitucional, que la correspondencia a que alude el numeral en cita no puede ser respecto de los planes o programas particulares de la empresa que se quiere fomentar con dineros públicos, apreciados al azar de los debates y con ocasión de las iniciativas individuales, como venía ocurriendo, sino a un plan general y previo ideado y adoptado por el Congreso mismo, como el que está en curso parlamentario, en que se determinan las condiciones y requisitos que justifiquen la destinación de fondos del erario para el fomento de las empresas calificadas por la Constitución y que deben servir asímismo para fundar desde el punto de vista de la utilidad y beneficio, su dignidad para el estímulo y para el apoyo con dineros públicos. Solamente así puede dársele significación y operancia a la frase complementaria y condicional con que la reforma adicionó el texto correspondiente de la Constitución de 1886. Otro entendimiento resulta inaceptable a la luz de los principios generales de hermenéutica que descalifican la interpretación que conduce a la inutilidad de las normas. Armonizando los textos aludidos dentro del principio que rigió la innovación institucional, cuya trascendencia e importancia apenas se ha revelado ahora, hay base para pensar que la previsión del constituyente fue hasta cubrir el peligro de que por vía indirecta de los auxilios se burlara el objetivo esencial de orden y eficacia que quería consagrar en la ley de las leyes. "Sería imposible que se realizara tan excelente propósito —dice el señor Presidente, autorizado intérprete de la reforma que él propugnó— si se dejara, por otro lado, abierta la vena fiscal, sin ninguna limitación, con la irrestricta facultad de votar auxilios para fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo".

"Apenas hay para contradecir el concepto inaceptable de que la interpretación constitucional que adopta la Corte en coincidencia con la del Ejecutivo, limita o mengua la soberanía que corresponde al Congreso Nacional en su función esencial de legislador, porque de acuerdo con ella, el Congreso sigue teniendo soberanamente sus facultades de decretar obras públicas y fomentar empresas, dentro de las condiciones que impone la Constitución de la República".

En desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, el Congreso expidió la Ley 71 de 1946 que señala los requisitos, condiciones, planes y programas a los que se deben ceñir los proyectos de ley para la construcción o fomento de las obras o empresas útiles dignas de apoyo por parte de la Nación. Esta ley, como lo expresó la Comisión Primera que en la Cámara estudió el proyecto que posteriormente se convirtió en la expresada ley, "sería una base para que sobre ella pudiera legislarse **sin incurrir en infracción alguna de nuestra Carta** (número 70 de los Anales del Congreso correspondientes al 11 de octubre de 1946).

La expresada ley en su artículo 1º trae una enumeración de las empresas u obras a que se refiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, y en sus siguientes artículos establece los requisitos y condiciones indispensables que deben cumplirse por el legislador cuando ordena la ejecución o fomento de esas obras en un proyecto de ley. Por lo tanto, el proyecto de ley sobre la ejecución o desarrollo de estas obras debe sujetarse, por mandato de la misma Constitución, a la ley general sobre planificación y programación.

De manera que es en virtud de la propia voluntad expresa del constituyente por lo que se condicionó el ejercicio de ciertas facultades legislativas a la previa existencia de una ley que contenga normas generales reguladoras, a las cuales deberán sujetarse las leyes que las desarrollan y entre éstas se cuentan las de los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, referentes a la preexistencia de una ley que determine los requisitos, planes y programas de las obras públicas que hayan de iniciarse o continuarse por cuenta de la Nación.

Por lo tanto, todo proyecto de ley que trate de emprender una obra o de apoyar económicamente empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo, en concepto del legislador, necesariamente deberá cumplir los requisitos que en la ley general sobre planeación se exigen, para no incurrir, como lo expresó la Comisión Primera de la Cámara "en infracción alguna de nuestra Carta", pues el no cumplimiento de tales requisitos conlleva un vicio de inconstitucionalidad para el respectivo proyecto de ley, toda vez que el mandato constitucional es de forzoso cumplimiento.

Es indudable que la reconstrucción de la población de Concepción de Neguá, de acuerdo con el proyecto objetado, en que la Nación toma a su

cargo, la construcción de obras portuarias, servicios públicos, servicios sanitarios, los edificios necesarios para oficinas públicas y para escuelas, hospital, iglesia, plaza de mercado, etc., incluye obras de las enumeradas por el artículo 1º de la Ley 71 de 1946, pero también es cierto que esta ley exige el previo cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en sus artículos 2º, 3º, 4º y 5º, que imponen para la ejecución de estas obras, por cuenta de la Nación, lo siguiente: planos de las obras, levantados o autorizados por ingeniero titulado y con el visto bueno del Agente del Ministerio Público del lugar y del Gobernador respectivo; un presupuesto detallado del costo de la obra, con la información correspondiente de las inversiones hechas en ella; certificación de las autoridades municipales o departamentales correspondientes, según los fines e índole de la obra, sobre la utilidad o necesidad de ésta y sobre la existencia de obras similares en el lugar respectivo. Además, la misma ley en su artículo 3º exige que, cuando se trate del sostenimiento de obras que lo requieran, como hospitales, establecimientos de educación y demás obras a que se refieren los apartes a) y b) del artículo 1º de la Ley 71, requisitos especialísimos, como certificados de las autoridades de higiene sobre la necesidad y manifiesta utilidad del sostenimiento de la obra y su aptitud y capacidad para prestar los servicios que se propone; los documentos a que se refiere el decreto 559 de 1940, emanado del Minisetrio de Educación Nacional. Por otra parte, el artículo 5º de la citada Ley 71, fuera de los documentos exigidos en los anteriores artículos de la misma, impone para todo proyecto que persiga un auxilio económico nacional, que al respectivo proyecto debe acompañarse una información del Ministro o del Jefe del Departamento Administrativo cuya dependencia habrá de afectarse, en su presupuesto especial, con el auxilio, sobre la urgencia de la obra o empresa en relación con las otras necesidades nacionales que deba atender ese despacho en la respectiva región.

En relación con la normatividad de la Ley 71 de 1946 esta Corporación, en providencia de 29 de enero de 1947 tuvo oportunidad de expresar lo siguiente:

"Desde su título la Ley 71 de 1946 revela el ánimo del legislador de ponerse a tono con la exigencia que el constituyente de 1945 hizo en el numeral 20 del artículo 76. Por manera que el intérprete debe pensar que las determinaciones de esa ley no son otra cosa que un desarrollo del canon constitucional, y deben aplicarlas como tales mientras el Legislador mismo no las derogue o no sean declaradas inexequibles por la jurisdicción constitucional".

Como en los antecedentes del proyecto y en la documentación enviada a la Corte, no hay constancia de que en el presente caso se hubieran cumplido los requisitos y condiciones exigidos por los artículos 2º y siguientes de la Ley 71 de 1946; la falta del cumplimiento de estos requisitos para elevar el proyecto objetado a ley de la República, entraña por lo tanto una violación del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con él, declara inexequible el proyecto de ley "por la cual se provee a la reconstrucción de la ciudad de Concepción de Neguá", proyecto que el señor Presidente de la República remitió a la Corte el 27 de diciembre del año pasado para los efectos del artículo 90 de la Constitución.

Publíquese, notifíquese y dése cuenta al señor Presidente de la República y al Congreso Nacional.

Carlos Peláez Trujillo.—Ramiro Araújo Grau— Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava.—Simón Montero Torres.— Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria.— José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

INHIBITORIA PARA PROVEER EN EL FONDO ACERCA DE LA INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 1824 DE 1954 QUE CREO LA INTENDENCIA DE LA GUAJIRA

Cuando en virtud de ley posterior viene a extinguirse la vigencia de una norma acusada de inconstitucionalidad, se produce inhibitoria de la Corte, por sustracción de materia, para proveer en el fondo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PLENA.—Bogotá, dos (2) de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Carta, el ciudadano doctor Gustavo Hernández Rodríguez acusó de inconstitucionalidad el Decreto Legislativo 1824 de 13 de junio de 1954, "por el cual se crea la Intendencia Nacional de la Guajira y se dictan otras disposiciones", cuya vigencia "con fuerza legal" fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1959 por la Ley 2ª de 1958, y hasta el 31 de diciembre de 1960 por la Ley 105 de 1959. Así, la acusación también pidió que se declarara la inexequibilidad del artículo 1º de cada una de estas dos leyes, pero "exclusivamente en lo que dice relación al Decreto acusado".

En curso la demanda, el señor Procurador General de la Nación se declaró impedido para intervenir; y no conforme con el auto del Magistrado sustanciador que encontró respetables pero sin apoyo en la ley los motivos aducidos, interpuso el recurso de súplica ante la Sala Plena, quien confirmó la providencia en cuestión.

Vino en seguida el concepto de ese alto funcionario, así como también el registro del respectivo proyecto para fallo de mérito, cuyo estudio inició la Sala. Pero a la sazón finalizaba tanto el año judicial como el trámite parlamentario de la Ley 105 de 1960, que actualmente estructura y organiza la Intendencia de la Guajira (Diario Oficial número 30415, 13 de enero de 1961). Y como por virtud de esta ley, que en su artículo 14 deroga todas las leyes y decretos que le sean contrarios, se extinguió la vigencia del acto acusado, hay inhibitoria para proveer en el fondo.

Por lo cual, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, se abstiene de todo pronunciamiento acerca de la exequibilidad del Decreto Legislativo 1824 de 13 de junio de 1954, por sustracción de materia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau. — Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. —Roberto De Zubiría. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — Enrique López de la Pava.— Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — José Hernández Arbeláez.— Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 4º Y 10º DEL PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE PROVEE A LA CONSTRUCCION DEL ALCANTARILLADO DE CARTAGENA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES

1.—El proyecto de ley que, sobre la base de que la Nación y un determinado Municipio son deudores recíprocamente de ciertas deudas, ordena compensarlas y declara a las dos entidades a paz y salvo en cuanto a las referidas obligaciones, implica en el fondo un acto de disposición de bienes del Municipio, realizado sin consentimiento suyo, y contraría consecuencialmente los artículos 30 y 183 de la Constitución Nacional que garantizan las propiedades y rentas de los particulares y de los Municipios.

2.—No le es permitido al legislador imponer a un Municipio una determinada forma de administrar sus bienes y rentas, ya que, arrogándose atribuciones que el ordinal 1º del artículo 197 de la Constitución Nacional otorga al Concejo del Distrito, desconoce la autonomía que tiene la entidad municipal para el manejo de su patrimonio.

3.—A la ley no puede confiarse la resolución de cuestiones tendientes a definir asuntos de interés patrimonial entre entidades de derecho público, ya sea entre la Nación y el Departamento o entre aquella y el Municipio, pues cada uno, en su respectiva esfera, maneja sus negocios con independencia, según preceptos de la Constitución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA PLENA. — Bogotá, febrero trece de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

Debe resolver la Corte Suprema de Justicia lo que estime del caso sobre las objeciones formuladas por el señor Presidente de la República a los artículos 4º y 10º del proyecto de ley "**por el cual se provee a la construcción del alcantarillado de Cartagena y se dictan otras disposiciones**".

Las disposiciones objetadas.—El artículo 4º dispone lo siguiente:

"La Nación compensa con el Municipio de Cartagena o las Empresas Públicas de Cartagena el saldo de tres millones ciento sesenta y cuatro mil pesos ($ 3.164.000.00) que las Empresas Públicas de Cartagena tienen pendiente con el Fondo de Estabilización y la deuda que pesa sobre el Acueducto de Cartagena, con las sumas de dinero que las mismas Empresas han invertido hasta ahora en la construcción del alcantarillado de Cartagena y en las obras nacionales detalladas en la Ley 8ª de 1944, que han venido siendo costeadas por el Municipio de Cartagena y por las Empresas Públicas de Cartagena. De consiguiente, al ser aprobada esta ley, la Nación y el Municipio de Cartagena o las Empresas Públicas de Cartagena quedarán a paz y salvo en cuanto hace a las obligaciones que están por liquidar".

El artículo 10 del mismo proyecto dispone:

"Como se trata de hacer un arreglo entre la Nación y el Municipio de Cartagena, sus Empresas Públicas mantendrán la organización administrativa, originaria de los contratos vigentes (escrituras públicas números 2891 y 4536 de 1945 y 1946), con todas las facultades y derechos que tienen actualmente y por tanto seguirán administrando los bienes y rentas que tienen bajo su dirección".

Las objeciones.—Dice el señor Presidente sobre el artículo 4º:

"Por ministerio de la ley no es posible, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, hacer una declaratoria de paz y salvo como la anterior, sobre obligaciones a favor de una entidad como el Fondo de Estabilización, que goza de personería y de patrimonio autónomos, legalmente reconocidos, sin determinar, si esa era la intención del legislador, el traspaso de tales obligaciones a la Nación y los términos en que ésta deba proceder a cumplirla. Pero aún si tal irregularidad no existiera, el Gobierno se permite expresar que no cree conveniente interferir la liquidación del Fondo de Estabilización, para la que ha pedido autorizaciones al Congreso, con modificaciones en su cartera de la magnitud de la que esta ley contempla, especialmente cuando se trasladan las deudas a la Nación, que no puede, en manera alguna, comprometerse a realizar las apropiaciones presupuestales respectivas".

Y, sobre el artículo 10 dice:

"Tampoco le es posible a la ley dictar disposiciones de esa índole, que afectan la autonomía de los Municipios para administrar sus bienes y sus rentas, consagradas en los artículos 182 y 183 de la Constitución, y el propio derecho de propiedad consagrado en el artículo 30, si bien obraría el Congreso dentro de su órbita constitucional al someter cualquier convenio que autorice, a la condición de que la otra parte contratante mantenga determinada forma de organización".

"Las razones sucintamente expuestas —termina el mensaje de las objeciones— conducen al Gobierno a objetar, muy respetuosamente, por inconstitucionalidad e inconveniencia el artículo 4º y por inconstitucionalidad el artículo 10º de la ley a que se alude en este mensaje".

Las objeciones en el Congreso.—El Senado y la Cámara de Representantes, en sesiones de 23 de noviembre y 6 de diciembre últimos, en sus respectivas comisiones, declaran infundadas las objeciones de que se viene hablando.

En tal virtud, esto es, habiendo sido objetado el proyecto de ley, parcialmente, por inconstitucionalidad y habiendo insistido las Cámaras, fue pasado a la Corte con sus antecedentes para que esta Corporación se decida sobre su exequibilidad, al tenor del artículo 90 de la Constitución.

Concepto del señor Procurador.—El señor Procurador estima que el proyecto de ley es inexequible:

En cuanto al artículo 4º, porque se sustituye la persona del deudor y desconoce el derecho del acreedor de exigir del deudor escogido por él, el cumplimiento de sus obligaciones, quebrantando así el artículo 30 de la Carta.

Y en cuanto al artículo 10º, porque quebranta el 183 de la misma Carta, pues impone a las Empresas Públicas de Cartagena determinada organización administrativa y en cuanto desconoce la autonomía para disponer lo concerniente a la forma de administración de sus bienes; y porque quebranta también el artículo 197, ordinal 1º del Estatuto Fundamental, ya que es el propio Municipio, por conducto de su Concejo Municipal. quien debe ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito, y no el legislador.

Consideraciones de la Corte.—El artículo 4º del proyecto dice en substancia, dos cosas: primera, que la Nación compensa con el Municipio de Cartagena o con las Empresas Públicas de la misma ciudad, el saldo de $ 3.164.000.00 que éstas tienen pendiente con el Fondo de Estabilización y la deuda que pesa sobre el Acueducto, con las sumas de dinero que las mismas Empresas han invertido hasta ahora en la construcción del alcantarillado y en las obras nacionales detalladas en la Ley 8ª de 1944, que han sido costeadas por el Municipio de Cartagena y por las Empresas Públicas del mismo Municipio; y segunda, que, como consecuencia, la Nación y el Municipio de Cartagena o sus Empresas Públicas quedan a paz y salvo en cuanto a las obligaciones que quedan por liquidar.

Este artículo tiene como antecedentes dentro del proyecto de ley los tres primeros, en los cuales se establece que: "la Nación asume o toma a su cargo todos los gastos que demande la construcción del alcantarillado sanitario y fluvial que se construye actualmente en la ciudad de Cartagena", que la Nación seguirá cumpliendo el contrato celebrado por las Empresas Públicas de Cartagena con una firma comercial "sobre construcción de la primera etapa del alcantarillado sanitario y fluvial de Cartagena"; y que el Ministerio de Obras Públicas intervendrá directamente en la ejecución del contrato a que se refiere el artículo anterior o podrá valerse, al efecto, de la Junta de Empresas Públicas de Cartagena.

Pues bien, la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, dice así el artículo 30 de la Constitución. Por mandato del art. 183 ibidem, los bienes y rentas de los Municipios son de su propiedad exclusiva, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. La administración de los bienes y rentas del Distrito corresponde a su Concejo, que éste debe ejercer por medio de acuerdos, conforme al artículo 197, numeral 1º de la Ley Fundamental.

Sobre la base de que la Nación y el Municipio de Cartagena son deudores recíprocos de determinadas deudas, el artículo 4º del proyecto ordena compensarlas, declarando el ordenamiento que, al aprobarse la ley, las dos entidades quedan a paz y salvo en cuanto a las obligaciones por liquidar. En virtud de este arreglo, el artículo 10º del estatuto dispone que la administración de los bienes y rentas del Municipio, atribuída por éste a sus Empresas Públicas, según contratos vigentes, debe ser mantenida.

En concepto de la Sala las dos normas del proyecto violan las disposiciones antes citadas de la Constitución. En efecto: el artículo 4º, implica, en el fondo, un acto de disposición de bienes del Municipio de Cartagena, realizado sin su consentimiento, y el 10º, desconoce la autonomía de la entidad municipal para el manejo de su patrimonio. Es el acuerdo del Concejo y no la ley, el medio constitucionalmente apto para que el Municipio exprese su voluntad. En esta actividad no puede el legislador sustituír al Concejo; su ejercicio por la ley desplaza hacia ésta una facultad exclusiva de aquel. El proyecto se arroga, pues, atribuciones que el artículo 197 de la Carta otorga al Concejo del Distrito. Como es fácil advertirlo, en la expedición de la ley no tiene el Distrito ingerencia alguna ni lo que ella disponga podría, por consiguiente, considerarse como manifestación de su querer.

No sobra anotar que a la ley no puede confiarse la resolución de cuestiones tendientes a definir asuntos de interés patrimonial entre entidades de derecho público, ya sea entre la Nación y el Departamento o entre aquella y el Municipio, pues cada uno, en su respectiva esfera, maneja sus negocios con independencia, según preceptos de la Constitución. Si lo que el proyecto pretende es un arreglo de cuentas entre la Nación y el Municipio de Cartagena, bien puede aquella obtener del legislador la autorización correspondiente para celebrar con el Municipio los convenios a que haya lugar.

La Sala se abstiene de toda consideración destinada a investigar la naturaleza jurídica de la operación a que se refiere el artículo 4º del proyecto, aspecto que analizan, tanto el Gobierno en sus objeciones, como el Procurador General en su concepto, y así procede porque cualquiera que sea la índole de aquella, su conclusión no sería distinta de la que dejó anotada, es decir, la de que los artículos 4º y 10º del estatuto son contrarios a las normas de los artículos 30, 183 y 197 de la Ley Fundamental y, por tanto, inexequibles.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con los artículos 214 y 90 de la Constitución, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara INEXEQUIBLES los artículos 4º y 10º del proyecto de ley "por el cual se provee a la construcción del alcantarillado de Cartagena y se dictan otras disposiciones".

Cópiese, notifíquese y publíquese para los efectos del artículo 90 de la Constitución. Dése cuenta al señor Presidente de la República y al Congreso Nacional.

Carlos Peláez Trujillo. — Con salvamento de voto, **Ramiro Araújo Grau.** — **Humberto Barrera Domínguez.** — **Luis Alberto Bravo.** — **Enrique Coral Velásco.** — **Roberto De Zubiría.** — **Gustavo Fajardo Pinzón.** — **José J. Gómez R.** — **José Hernández Arbeláez.** — **Enrique López de la Pava.**— **Simón Montero Torres.** — **Efrén Osejo Peña.** — **Luis Fernando Paredes.** — **Arturo C. Posada.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **José Joaquín Rodríguez.** — **Julio Roncallo Acosta.** — **Angel Martín Vásquez A.** — **Primitivo Vergara Crespo.** — **Luis Carlos Zambrano.** — **Ricardo Ramírez L., Secretario.**

BIBLIOTECA

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU

Por las razones que a continuación expongo, me permito discrepar de las conclusiones a que llegó la Sala Plena con relación al artículo 4º del proyecto de ley "por la cual se provee a la construcción del alcantarillado de Cartagena y se dictan otras disposiciones".

No obstante afirmarse que el citado artículo dice más de una cosa, se llega a la inexequibilidad de todo el precepto con base en consideraciones atinentes exclusivamente a una de tales cosas. El argumento implícito, para llegar a tal conclusión, parece ser el de la indivisibilidad del precepto, en cuya virtud lo dispuesto inconstitucionalmente en un artículo necesariamente implica la inconstitucionalidad de todo lo demás que el artículo pueda ordenar. Sin negar que puede haber casos en que sea imposible separar conceptualmente los diversos mandatos de una determinada disposición legal, creo que con relación al artículo 4º del proyecto en referencia no hay la menor dificultad para establecer una tal separación, que sería entre la parte final, que declara a la Nación a paz y salvo con el Municipio, sin que éste haya dicho cosa alguna al respecto, y el resto del artículo, que contiene, entre otras manifestaciones de voluntad de la Nación, la de declarar al Municipio a paz y salvo respecto a ella, en lo cual no se alcanza a ver qué norma de la Carta pudiera haber quedado infringida.

Fecha up-supra.

Ramiro Araújo Grau

SALA DE CASACION CIVIL

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA RECONSTRUIR PROCESOS DESAPARECIDOS O EXTRAVIADOS

1.—Estando restringida la competencia de la Sala de Casación en lo Civil a los asuntos excepcionales que le señala el artículo 32 del Código Judicial en sus tres numerales, la que le confiera la ley para conocer de cualquier otro negocio debe serle señalada de modo expreso, claro y terminante, de acuerdo con el principio de que la competencia no se establece por analogía o extensión, sino por disposición expresa de la ley.

2.—Si tanto el decreto 1683 de 1948 como el 4.135 de este mismo año, que sustituyó al anterior, solamente dieron competencia para la reconstrucción de los procesos civiles a los Jueces del Circuito y a los Magistrados de los Tribunales Superiores, no cabría aceptarse que los Magistrados de la Sala de Casación Civil que tienen una competencia de carácter extraordinario, excepcional, hayan adquirido, por extensión o analogía, la indispensable para reconstruir procesos destruídos o extraviados que cursaban en la Corte.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

El doctor Gilberto Moreno, como apoderado de María de Jesús Díez Vélez en el recurso de casación interpuesto por Gabriel Junca Ospina contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario que aquella le adelantaba a Junca Ospina, solicita se ordene la reconstrucción de dicho proceso, por habérsele extraviado cuando lo tenía en su poder para contestar la demanda de casación, presentada por "el doctor Rafael Durán Trujillo apoderado en Bogotá de la parte demandada".

Acompaña copia uténtica de las sentencias de primera y segunda instancia, pronunciadas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali y por el Tribunal Superior de aquel distrito; copia informal de la demanda inicial y del memorial de pruebas presentados por el doctor Salvador Orozco, apoderado de la actora en el juicio.

Funda el doctor Moreno la petición en lo dispuesto por el Decreto 1683 de 19 de mayo de 1948 y demás disposiciones sobre la materia.

Se considera:

La Sala de Casación, en los términos del artículo 32 del C. Judicial, no tiene competencia sino para conocer de los recursos extraordinarios de casación y de revisión en los negocios civiles; de los recursos de hecho contra los autos en que se deniegue la concesión del recurso de casación; y para resolver si procede o no el cumplimiento en Colombia de las sentencias pronunciadas en país extranjero.

Estando restringida la competencia de la Sala de Casación en lo Civil a estos tres casos excepcionales, la que le confiere la ley para conocer de

cualquier otro negocio debe serle señalada de modo expreso, claro y terminante, de acuerdo con el principio de que la competencia no se establece por analogía o extensión sino por disposición expresa de la ley. En providencia de 2 de septiembre último, dijo la Corte al respecto:

"No son de 'simple detalle' o meramente supletorias sino de orden público las leyes que organizan las jurisdicciones y delimitan sus respectivas competencias. 'Puesto que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento' (63 C. N.); desde luego que competencia es la facultad del juez para ejercer por autoridad de la ley, 'en determinado negocio', la jurisdicción que corresponde a la República (143 C.), y comoquiera que usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente (148 ibidem), el criterio de analogía es ajeno a la aplicación de las normas sobre jurisdicción y competencia de las autoridades judiciales".

Ahora bien, el Decreto 0242 de 3 de febrero de 1951 en el artículo 5º dispuso: "En todo caso de destrucción o extravío de un proceso civil o penal, se aplicarán para su reconstrucción, las disposiciones de los Decretos 1683 y 1897 respectivamente".

El primero de estos decretos, de 19 de mayo de 1948, fue dictado para la reconstrucción de los procesos civiles que se destruyeron en el Tribunal Superior de Bogotá y en los Juzgados del Circuito con ocasión del incendio del Palacio de Justicia en el mes de abril de aquel año, como lo dice el primero de los considerandos. Debe tenerse presente que la reconstrucción no abarcó expedientes de negocios adelantados en la Corte Suprema de Justicia, porque allí no hubo destrucción de ninguno de ellos. Por lo mismo la competencia, según lo dicen los textos pertinentes (artículos 2º, 3º, 7º, 8º, 13, 14, 18) le fue conferida a los jueces del circuito y a los Magistrados del Tribunal Superior.

Este decreto expedido por el Gobierno, en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional, dejó de regir en virtud del levantamiento del estado de sitio en diciembre de 1948 según lo preceptúa el mismo artículo 121, y porque el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias **pro tempore** de que fue investido por la Ley 90 de 1948, dictó el 4135 de 16 de diciembre de dicho año, en el cual se incorporaron textualmente todas las disposiciones que contenía el 1683, que en su artículo primero dice: "Para la reconstrucción de los procesos civiles que fueron destruídos con ocasión de los sucesos ocurridos el 9 de abril y días siguientes del corriente año se observan las normas consignadas en los artículos siguientes". Este decreto se halla en vigencia, al contrario del 1683 que dejó de regir por las circunstancias anotadas, pero la competencia conferida por él, también quedó limitada a los Magistrados de Tribunal Superior y a los Jueces de Circuito. (Artículos 2º, 3º, 7º, 8º, 13, 14, 18).

La orden de aplicar el decreto 1683 de 1948 contenida en el artículo 5º del Decreto 0242 de 1951 "En todo caso de destrucción o extravío de un proceso civil..." se refiere a normas que dejaron de regir por el restablecimiento del orden público, sin que la alusión a ellas las haya hecho revivir, dado que claramente dice el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 que una ley derogada no revive por las solas referencias que de ella se hagan, y que "una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva". De otra parte, si tanto el decreto 1683 como el 4135, que sustituyó al anterior, solamente dieron competencia para la reconstrucción de los procesos a los Jueces del Circuito y a los Magistrados de los Tribunales Superiores, no cabría aceptarse que los Magistrados de la Sala de Casación Civil que tienen una competencia de carácter extraordinario, excepcional, hayan adquirido, por extensión o por analogía, la indispensable para reconstruír procesos destruídos o extraviados que cursaban en la Corte, porque como se dijo arriba, las normas que organizan las jurisdicciones y delimitan la competencia siendo de orden público, no son supletorias sino restrictivas y no susceptibles de aplicarse con criterio de analogía.

En conclusión no teniendo competencia los Magistrados de la Corte, Sala de Casación Civil, para reconstruír procesos civiles desaparecidos o extraviados, se resuelve:

No puede darse en la Corte curso a la demanda de reconstrucción del proceso seguido por María de Jesús Díez Vélez contra Gabriel Junca Ospina, desaparecido en poder del doctor Gilberto Moreno, cuando lo tenía en traslado para contestar la demanda de casación.

Notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

NO SE REPONE LA PROVIDENCIA ANTERIOR, DE 14 DE OCTUBRE DE 1960, POR MEDIO DE LA CUAL LA CORTE SE DECLARO INCOMPETENTE PARA RECONSTRUIR UN PROCESO CIVIL

La Corte tiene como función específica conocer, en cuanto a recursos, los de impugnación de carácter extraordinario, distintos a los demás en cuanto a su contenido, finalidad y al órgano ante quien se ejercitan. De modo que atribuciones distintas a las fijadas en el artículo 32 del Código Judicial, deben darse de modo expreso y, como ningún decreto, aun teniendo por vigentes los que no lo están, atribuyó jamás competencia a la Sala Civil para reconstruír procesos incinerados o perdidos, es claro, en razón de las reglas de competencia, que esta Sala no es órgano adecuado para ejercer esta función.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

1º—Tramitado adecuadamente el recurso de súplica propuesto en memorial de 18 de octubre de 1960, contra la providencia de 14 del mismo mes, se procede a definirlo:

Resolvió la citada providencia que por no tener "competencia los Magistrados de la Corte, Sala de Casación Civil, para reconstruír procesos civiles desaparecidos o extraviados", "no puede darse en la Corte curso a la demanda de reconstrucción del proceso seguido por María de Jesús Díez Vélez contra Gabriel Junca Ospina, desaparecido en poder del doctor Gilberto Moreno, cuando lo tenía en traslado para contestar la demanda de casación".

Sostiene la providencia recurrida:

a)—Que la Sala de Casación, en los términos del artículo 32 del C. Judicial, no tiene competencia sino para conocer de los recursos extraordinarios de casación y de revisión en los negocios civiles; de los recursos de hecho contra los autos en que se deniegue la concesión del recurso de casación; y para resolver si procede o no el cumplimiento en Colombia de las sentencias pronunciadas en país extranjero;

b)—Que, estando restringida la Sala de Casación en lo Civil a esos tres casos excepcionales, sólo por atribución expresa, clara y terminante de la ley podría conocer de otros;

c)—Que, el Decreto número 1683 (mayo 19 de 1948), fue dictado para la reconstrucción de los procesos civiles que se destruyeron en el Tribunal Superior de Bogotá y en los Juzgados del Circuito, con ocasión del incendio del Palacio de Justicia en el mes de abril de aquel año;

ch)—Que, la reconstrucción no comprendió expedientes adelantados en la Corte, porque allí no hubo destrucción de ninguno de ellos;

d)—Que el citado Decreto 1683 expedido por el Gobierno, en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional, dejó de regir, primero, por el levantamiento del estado de sitio en diciembre de 1948 y, segundo, porque el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias pro tempore de que fue investido por la Ley 90 de 1948, dictó el 4135 de 16 de diciembre del citado año, en el cual se incorporaron textualmente todas las disposiciones que contenía el 1683, cuyo artículo 1º dice: "Para la reconstrucción de los procesos civiles que fueron destruídos con ocasión de los hechos delictuosos ocurridos el 9 de abril y días siguientes del corriente año, se observarán las normas consignadas en los artículos siguientes";

e)—Que este Decreto (el 4135) se halla en vi-

gencia, no así el 1683 que dejó de regir por las circunstancias dichas'. Empero, la competencia, también quedó limitada por el Decreto 4135, a los Magistrados de Tribunal Superior y a los Jueces de Circuito. (Artículos 2, 3, 7, 8, 13, 14 y 18);

f)—Que la orden de aplicar el Decreto 1683 de 1948, contenida en el artículo 5º del Decreto 0242 de 1951, "En todo caso de destrucción o extravío de un proceso civil...", se refiere a normas que dejaron de regir por el restablecimiento del orden público, sin que la referencia a ellas las haya hecho revivir, según lo dispone el artículo 14 de la Ley 153 de 1887; y

g) — Que tanto el Decreto 1683 como el 4135, sustitutivo del anterior, sólo dieron competencia para la reconstrucción de los procesos a los Magistrados de los Tribunales Superiores y a los Jueces de Circuito, por lo cual, no puede aceptarse que esas reglas de competencia tengan aplicación a entidades o funcionarios distintos.

2º—El recurrente en súplica asume doble actitud frente a la providencia citada:

a)—Acepta la argumentación en cuanto se refiere a la competencia (artículo 32 del C. J.) y concluye el aparte a) de su memorial, así:

"La argumentación de usted es correcta y yo la suscribo. Cuando el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 dice que si no hay ley aplicable al caso, se aplicarán las leyes que regulen casos y materias semejantes, no podía referirse a los procedimientos ni a la competencia de los funcionarios públicos, que no pueden hacer sino aquello que les está permitido";

b)—Impugna los otros argumentos y al efecto afirma:

"b) — Dice usted que el Decreto 1683, sobre reconstrucción de procesos destruídos el 9 de abril de 1948, dictado por el Gobierno en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución, dejó de regir con el levantamiento del estado de sitio y, además ,sólo atribuye competencia a los Jueces de Circuito y Magistrados de los Tribunales Superiores.

"c)—Dice usted que el Decreto 0242 de 1951 ordena aplicar 'en todo caso de destrucción o extravío de un proceso civil', el Decreto 1683 de 1948, pero que como ese Decreto ya no regía a la fecha de la expedición del Decreto 0242, carece de aplicación, 'dado que claramente dice el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 que una ley derogada no revive por las solas referencias que de ella se hagan' y que 'una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una nueva ley'.

"Mis puntos de vista son distintos. Usted dice que el Decreto 1683 dejó de regir por haber dictado el Gobierno el 4135, callándose la razón; por la cual éste se dictó. La Ley 90 de 1948 dio al Presidente facultades extraordinarias **'para adoptar como normas legales permanentes'** las disposiciones de que tratan, entre otros, el Decreto 1683.

"De modo que el Gobierno no derogó, porque carecía de facultad para ello, el Decreto 1683, ni reglamentó íntegramente la materia porque nada lo autorizaba a hacerlo, sino que dio a las disposiciones del Decreto 1683 el carácter de 'norma legal permanente'. Sólo ahora vengo a saber que, pasar un procedimiento de transitorio a permanente, es una de las maneras de dejar de regir.

"Sin duda el argumento es muy convincente, aunque yo no lo entienda: se da facultad precisa al Gobierno para adoptar como permanente una norma que es transitoria, el Gobierno hace uso de esa facultad y en consecuencia, la norma deja de regir.

"No era suficiente que el Gobierno dijera que se daba carácter de norma permanente al Decreto 1683 porque la sola referencia no bastaba, según disposición que todos conocemos. Si su deseo era y lo fue, hacer uso de esa facultad, tenía que reproducir íntegramente el Decreto. De modo que al reproducirlo derogó las disposiciones. Acaso porque no conservó el número? A lo mejor, aunque no autorizado fue dar el carácter de normas permanentes 'a las disposiciones de que tratan los decretos...'.

"Luego, no sólo no desapareció el Decreto 1683, sino que se convirtió en norma permanente. Sus disposiciones no han dejado de regir, como usted lo afirma, aunque el Gobierno, no podía hacerlo de otra manera, haya necesitado dictar un Decreto para cumplir ese objetivo. Lo que rige son las normas del Decreto 1683 por ministerio de la Ley 90 y del Decreto 4135.

"Basta observar que el Gobierno carecía de autorizaciones para dictar normas sobre reconstrucción de procesos. Su facultad era, exclusivamente, para dar ese carácter a las disposiciones del Decreto 1683. A mí no me cabe la más pequeña duda de que, si el Decreto 4135 contemplara normas distintas de las del 1683, usted no las aplicaría, alegando que el Gobierno carecía de facultad para dictarlas. Para aplicar el Decreto 4135 usted no puede desentenderse del 1683. ¿O sí?".

Y luego añade: "O vale el Decreto 0242 con su sola referencia al Decreto 1683 cuyas disposiciones son normas permanentes por ministerio del 4135. Es más, para mí, la cita del Decreto 0242 está bien hecha porque lo que hoy rige son las disposiciones del Decreto 1683, pues esa fue la facultad que recibió el Gobierno y el Decreto 0242 es también ley vigente por exigencia de las leyes 2ª de 1958 y 105 de 1959.

"Y de ahí se deriva otra consecuencia. Ya no es posible sostener que en 1951, 1958 y 1959, todavía hace falta reconstruír procesos del 9 de abril o estamos esperando otras destrucciones en esa misma fecha. En consecuencia, la Ley 90 y el Decreto 4.135 dieron carácter de normas permanentes a las disposiciones del Decreto 1.683 y el Decreto 0242 lo hizo extensivo a 'todo caso de destrucción o extravío de un proceso' pero sólo para los Jueces de Circuito y Magistrados del Tribunal?

"No es posible entenderlo así en presencia de la reiterada decisión del legislador de que ese sistema se aplique en forma permanente. No existe razón alguna por la cual sólo sean competentes, 'en todo caso de destrucción o extravío', unos funcionarios y no todos. La jurisdicción no se adquiere por extensión, sino por la destrucción o el extravío".

La Corte considera:

1º—Por definición del artículo 143 del C. Judicial, competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República.

Autoridad de la ley y determinado negocio, aquella como facultad abstracta y éste como oportunidad de realizarla, en virtud de que la competencia es por su naturaleza un problema procesal, son los elementos que al avocar el conocimiento de un negocio debe examinar el juzgador. Si es competente en razón de las normas que la dan y si la vía es adecuada, su deber es, dentro de las limitaciones del sistema dispositivo, impulsar el procedimiento, de lo contrario, resolver oportunamente sobre la imposibilidad de continuarlo. Y para determinar su competencia debe examinar las leyes que la conceden. Si hay atribución concreta, no puede negarse a aplicar la jurisdicción que por razón de la competencia le corresponde, si no quiere incurrir en denegación de justicia, y, si no le está atribuída de manera concreta y específica, no podrá conocer del negocio, porque de hacerlo, incurriría en usurpación de jurisdicción, con el aditamento de nulidad de lo actuado.

2º—La competencia dada a la Sala de Casación Civil de la Corte por el artículo 32 del C. J., es excluyente, en el sentido de que no puede conocer de otros negocios, y por el aspecto de que ninguna otra entidad o funcionario podría tener competente conocimiento de los asuntos en esa disposición detallados.

3º—La Corte tiene como función específica conocer, en cuanto a recursos, los de impugnación de carácter extraordinario, distintos a los demás en cuanto a su contenido, finalidad y al órgano ante quien se ejercitan. De modo que atribuciones distintas a las fijadas en el artículo citado del C. Judicial, deben darse de modo expreso y, como ninguno de los Decretos mencionados, aún teniendo por vigentes los que no lo están, atribuyeron jamás competencia a la Sala Civil para reconstruír procesos incinerados o perdidos, es claro, en razón de las reglas de competencia, que esta Sala no es órgano adecuado para ejercer la función que se pretende.

Por lo dicho, la Sala de Casación Civil, NO REPONE la providencia de 14 de octubre de 1960.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

José J. Gómez R. — Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

NO SE ADMITE UNA DEMANDA DE RE VISION. — RECURSO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM DEL DERECHO CANONICO

1.—Que la demanda de revisión no lo sea propiamente ni esté sujeta al rigor del artículo 205 de la ley de procedimiento civil, es pretensión insostenible. Porque si no se desconoce la calidad de extraordinario del recurso de revisión, ya que tiene por objeto atacar una sentencia ejecutoriada que se pretende sustituir por otra; y si se analizan los motivos determinantes de ese recurso, taxativos, distintos entre sí y distintos de los otros medios de impugnación reconocidos por el código judicial, comoquiera que tienen por fundamento causales extrínsecas al proceso en que la sentencia censurada se dictó, se comprenderá que su tramitación requiere un juicio y que, para iniciarlo, es menester una demanda en forma.

2.—El juicio de revisión tiene establecida en la ley una tramitación precisa y detallada. Ordenamiento legal que demuestra cómo para revisar un fallo, es preciso abrir un juicio sobre la base de una demanda de lineamientos específicos, capaz de fijar la relación procesal concretamente; dar oportunidad a la defensa por ser conocida la causa legal que motiva el ataque y, en fin, circunscribir la órbita de la sentencia de la Corte. De donde se deduce que la solicitud de revisión es inadmisible si no se funda precisamente en las circunstancias determinadas por la ley.

3.—Asimismo la ley ordena (artículo 544 del C. C.) presentar con la demanda las pruebas en que se funda la solicitud, lo cual no impide que en el término probatorio se complementen. Y "es apenas lógico y justo —ha dicho la Corte— que para enjuiciar la cosa juzgada, una de las bases fundamentales del orden jurídico, se exija como prenda de seriedad la presentación de las pruebas como requisito formal para dar comienzo a autorizar una acción excepcional y extraordinaria de rectificación jurisdiccional". Si, pues, las pruebas presentadas no dan base legal para la admisión del recurso, es preciso proceder en consecuencia.

4.—En virtud de haberse pactado en el Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888, la llamada referencia formal, resultan las siguientes consecuencias en el ordenamiento legal colombiano: a) Se reconoce el derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano; b) El derecho canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil colombiana; y c) Para que el derecho canónico pueda producir esos efectos, es necesario que la legislación civil, "en ciertas materias", defiera "expresamente al derecho de la Iglesia".

5.—El recurso de RESTITUTIO IN INTEGRUM contra la sentencia ejecutoriada, reconocido por la ley canónica (canon 1905), equivalente al recurso extraordinario de revisión reglamentado por la ley colombiana, sólo puede fundarse y tramitarse de acuerdo con las normas de la ley de enjuiciamiento civil, puesto que en ninguna de las disposiciones del Concordato-Ley, el Estado colombiano, defirió EXPRESAMENTE a la legislación de la Iglesia el ordenamiento procesal civil colombiano, en tal materia.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

En escrito de once (11) de mayo de 1956, el señor Obispo de Tunja, interpuso recurso extraordinario de revisión de la sentencia de 15 de mayo de 1954, pronunciada por la Sala Civil de la Corte, en el juicio ordinario adelantado contra Virgilio Sánchez, sobre la nulidad de un contrato.

Dice el escrito: "En virtud de lo expuesto, interpongo recurso de revisión de la sentencia de la Corte publicada el 15 de mayo de 1954, apoyándome en los artículos 520 (sic), 542 y 543 C. J. En obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 544 consigno $ 200.00.

"Confío en que la Corte, caso de no encajar mi recurso dentro de los artículos citados, tendrá a bien concedérmelo en virtud de los cánones 100, 3º, 1678 a 1689 y 1905 a 1907 C. J. C.

"Casada (sic) la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, y declarada la nulidad de la escritura, pido como natural consecuencia que el señor Virgilio Sánchez sea condenado:

"1º—A devolver 'El Iris' a su legítimo dueño, la Hermandad del Clero;

"2º—A pagar el arrendamiento desde el ocho de marzo de 1949, avaluado por peritos;

"3º—A indemnizar a la Hermandad de todos los perjuicios. El último no lo hará efectivo la Hermandad, si el señor Sánchez no entraba la ejecución de los dos primeros puntos".

Las anteriores peticiones fueron prohijadas por abogado inscrito, quien además, dijo: "Agrego los documentos que anuncia el señor Obispo; en cuanto a los libros que menciona, los mantengo en mi poder a la disposición de la H. Corte con el ánimo de que sean sometidos a inspección ocular en el recinto de la misma Corte y se tomen las copias que se consideren procedentes".

Negada la admisión de la demanda por falta de invocación de la causal respectiva del artículo 542 del C. J. (auto de 23 de mayo de 1956), se interpuso contra él recurso de súplica que, revocó la negativa, pero para el sólo efecto de que se solicite el proceso a la oficina donde éstuviere (auto de 16 de junio de 1958). Dice su parte resolutiva: "Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA EL AUTO MATERIA DEL RECURSO, que lleva por fecha 23 de mayo de 1956 y dispone que por la Secretaría se pida el proceso al lugar donde se halle y una vez recibido y con vista del mismo se dicte por el señor Magistrado ponente la providencia sobre admisión o inadmisión de la demanda de revisión".

En el memorial de protesta contra el auto que negó la admisión del recurso extraordinario de revisión, y se interpuso el de súplica, se sostienen las siguientes tesis, en resumen:

Que las disposiciones que regulan el recurso de revisión no imponen el "sometimiento del libelo inicial a un rígido esquema, sin cuyo lleno perece el derecho"; que "los recursos extraordinarios se sustentan con alegaciones"; que "aquí no se trata de iniciar un juicio, sino de revisar un fallo"; que, "con todo, si se extrema la exigencia de que la demanda de revisión ha de contener los datos de que habla el artículo 205 aludido, no cabe duda de que la presentada por el Excelentísimo señor Obispo de Tunja los reúne a cabalidad".

Y agrega:

"Se trata de revisar la sentencia mencionada en presencia de las tres clases de documentos cuya exhibición se anuncia, algunos de los cuales no se habían encontrado y que serán materia de confrontación en el término de prueba que concede el artículo 547 del C. J. Esta disposición está indicando que no es tan imperativo como se ha venido sosteniendo, que la aducción de pruebas se ha de hacer con la demanda. Tales documentos, dado su volumen, no se han llevado con la demanda, pero están en mi poder para cuando llegue la oportunidad probatoria a fin de que los examine ampliamente esa alta corporación".

Se afirma luego que en el caso de autos tiene preferencia la ley canónica sobre la ley civil y se respalda este concepto, precisamente, con la sentencia impugnada, algunos de cuyos apartes se reproducen.

Por fin, se concluye: "La no admisión del rerecurso de revisión propuesto o del subsidiario de restitución **in integrum**, consagraría el sacrificio del derecho en aras de supuestas exigencias de fórmulas adjetivas".

Se procede ahora a dictar "la providencia sobre admisión o inadmisión de la demanda de revisión", para lo cual se estudiarán por separado éste y el de "restitución **in integrum**".

Recurso de revisión

Observó el auto de 23 de mayo que, en el memorial postulatorio del recurso extraordinario de revisión, no se invocó causal concreta de las señaladas por el artículo 542 del C. J.

No se enmendó la deficiencia en los escritos posteriores a ese proveído y, al contrario, se ensayó demostrar que las demandas de la casación y revisión, no lo son propiamente, ni están sujetas al rigor del artículo 205 de la ley de procedimiento civil, porque lo que se enjuicia es una sentencia.

Si no se desconoce la calidad de extraordinario del recurso de revisión, pues tiene por objeto atacar una sentencia ejecutoriada, que se pretende sustituír por otra; si se analizan los motivos determinantes de ese recurso, taxativos, distintos entre sí, y distintos de los otros medios de impugnación reconocidos por el código judicial, comoquiera que el de revisión tiene por fundamento causales extrínsecas al proceso en que la sentencia censurada se dictó, al paso que los otros recursos emergen del proceso mismo, le son inmanentes, aún en el de casación, se comprenderá que su tramitación requiere un juicio y, que para iniciarlo, es menester una demanda en forma.

Ese juicio tiene establecida una tramitación que se inicia con una **demanda** (artículo 544); que, interpuesto el recurso, la Corte ordena que de la **demanda de revisión** se dé traslado a quienes fueron partes en el juicio, en la forma y términos prevenidos para el traslado de la demanda en vía ordinaria (artículo 545); que, contestados o no los traslados, el **juicio** se abre a prueba por quince días, concluídos los cuales se dá a las partes un término común de seis días para que aleguen y, vencido éste se resuelve (artículo 546); que, si la Corte estima fundado el recurso, invalida el fallo y dicta en su lugar la **sentencia** que juzgue ajustada a derecho. Si lo declara infundado, condena al recurrente en las costas (artículo 547), ordenamiento legal que demuestra cómo para revisar un fallo, es preciso abrir un juicio sobre la base de una demanda de lineamientos específicos, capaz de fijar la relación procesal concretamente; dar oportunidad a la defensa por ser conocida la causa legal que motiva el ataque y, en fin, circunscribir la órbita de la sentencia de la Corte.

"La solicitud de revisión es **inadmisible si no se funda precisamente en las circunstancias determinadas por la ley**, de modo que a esta vía excepcional y de derecho estricto no se puede ocurrir libremente, como sucede con los recursos ordinarios, por todo el que haya perdido el pleito...". (T. LV, pág. 533). (Rayas de la Sala).

Asimismo la ley ordena (artículo 55), presentar con la demanda las pruebas en que se funda la solicitud, lo cual no impide que en el término probatorio se complementen.

"Es apenas lógico y justo, ha dicho la Corte, que para enjuiciar la cosa juzgada, una de las bases fundamentales del orden jurídico, se exija como prenda de seriedad la presentación de las pruebas como requisito formal para dar comienzo a autorizar una acción excepcional y extraordinaria de rectificación jurisdiccional. Esta prueba documental que debe acompañarse al escrito en que se interpone la revisión se exige y considera, como es obvio, en calidad de base legal para la admisión del recurso, ya que el estudio y apreciación de su mérito demostrativo como el de las que se produzcan en el término probatorio, como base de la revisión, esto es, su capacidad rectificadora o destructora de la convicción judicial en que se fundó la sentencia recurrida, es la cuestión de fondo que se decide en la sentencia que defina el recurso". (T. LV, pág. 533).

Las pruebas presentadas no dan base legal para la admisión del recurso.

Restitutio in integrum

Para el caso de inadmisibilidad del recurso de revisión, se impreca el recurso extraordinario de **restitutio in integrum**, fundándose en los cánones 100, 3, 1687 a 1689 y 1905 a 1907 del C. J. C. y, afirmando, "que tiene preferencia en el caso de autos la ley canónica sobre la ley civil, como lo estableció la Corte en el fallo que se va a revisar".

De esa sentencia se citan estos apartes:

"Ellas (las disposiciones concordatarias) reconocen el derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano, pero que puede producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, cuando ésta defiere, en ciertas materias, expresamente, al derecho de la Iglesia. Según la doctrina actual de los canonistas acerca del sentido y alcance de esa referencia del ordenamiento jurídico del Estado al ordenamiento jurídico de la Iglesia sólo son posibles, en tal materia, dos posiciones que suelen designarse con los calificativos de **referencia material o recepticia y referencia formal o no recepticia.** En la primera las normas canónicas se consideran como incorporadas al derecho del Estado, en el sentido de que le prestan su contenido, quedando de esa manera sustraídas al ordenamiento de su origen, sometida a la influencia de las concepciones del

derecho que las recibe e íntimamente transformadas por éstas. En la segunda las normas canónicas son tomadas por el derecho del Estado y hechas válidas o exequibles en éste, como simples normas indicativas, es decir, como normas que continúan considerándose extrañas al ordenamiento jurídico que las recibe y existentes en el ordenamiento jurídico de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen.

"En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia. Así resulta, indudablemente, de los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato. De esto se desprenden consecuencias importantes, entre las cuales pueden citarse la posibilidad de denunciar las violaciones de la norma canónica, aún en casación, de acuerdo con el artículo 520 del C. J.; la aplicación de esas normas por los jueces del Estado aun cuando no sean expresamente invocadas por las partes en los juicios civiles; la necesidad de que su interpretación sea hecha según los criterios que establece el mismo derecho canónico; la no aplicabilidad, respecto de las normas canónicas, de algunos criterios propios del derecho del Estado, que están en oposición con los del Derecho Canónico, por ejemplo, del principio rígido de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; y, particularmente, la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución.

"Se trata de decidir si existe como persona moral de derecho canónico la denominada Hermandad del Clero, domiciliada en Tunja, y si el representante legal de esa entidad es el señor Obispo de aquella Diócesis. De lo expuesto atrás es forzoso concluír que tal materia debe regirse por las normas canónicas, en virtud de la referencia de carácter formal que a la legislación canónica hacen los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 57 de 1887, en relación con los artículos del Concordato citado atrás, y salvo en lo que haya sido objeto de reglamentación especial por dicho pacto". (T. LXXVIII, 2141, pág. 581).

Al comentar el canon 1905, se afirma ,otra vez, que "en el caso de autos, se han encontrado posteriormente a la sentencia nuevos documentos, a que arriba me referí". Y agrega: "la sentencia (la de 15 de mayo de 1954), además, infringió manifiestamente preceptos de la ley eclesiástica en cuanto a la estimación de las pruebas de la existencia de la persona moral de derecho eclesiástico denominada Hermandad del Clero".

Conviene, para mejor entendimiento de la cuestión, transcribir lo que sobre la personería jurídica de la "Hermandad del Clero", afirmó la sentencia:

"¿Qué exige el derecho canónico —dice— para reconocer a la 'Hermandad del Clero' personería jurídica? Exige que haya sido otorgada esa personería en virtud de decreto de autoridad eclesiástica competente. En este caso, ese decreto es, según lo certifica el señor Obispo, el Breve del Romano Pontífice Urbano VIII. El tribunal no aceptó como demostrada con esa certificación la existencia de la persona moral.

"La Corte considera que el tribunal, al desestimar la certificación del señor Obispo como prueba de que la 'Hermandad del Clero' fue erigida en persona jurídica eclesiástica en virtud de dicho decreto pontificio, no incurrió en el error que le imputa el recurrente. En efecto tal certificación no fue hecha sobre un documento público que pruebe de manera plena la existencia del Acto de la Sede Apostólica. Se trata de una atestación hecha por el señor Obispo sobre la existencia de un documento que, según el propio certificado del Ordinario, no es original ni copia autenticada sino que es una traducción, que no aparece hecha por ningún oficial eclesiástico en ejercicio de su cargo (in exercitio sui muneris), como exige el canon 1813 del C. I. C., para que los documentos puedan considerarse como **públicos.** El canon 1819 ibidem, prescribe que los documentos, para que tengan fuerza de prueba, se exhiban **originales o en un ejemplar auténtico**".

Lo que significa, y así concluye la sentencia, que no se demostró la existencia de la persona jurídica llamada "Hermandad del Clero".

De donde se desprende que por virtud de la deferencia formal concordataria, resultan estas consecuencias en el ordenamiento legal colombiano:

a) Se reconoce el derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano;

b) El derecho canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil colombiana; y,

c) Que para que el derecho canónico pueda producir esos efectos, es necesario que la legislación civil, "en ciertas materias", defiera, "expresamente al derecho de la Iglesia".

En ninguna de las disposiciones del Concordato-ley, el Estado colombiano, defirió, es decir, "comunicó, dio parte de la jurisdicción o poder", que tanto significa deferir, **expresamente**, a la legislación de la Iglesia el ordenamiento procesal civil colombiano, en tal materia. Y así, el recurso de restitutio in integrum contra la sentencia ejecutoriada, reconocido por la ley canónica (C. 1905), equivalente al recurso extraordinario de revisión reglamentado por la ley colombiana, sólo puede fundarse y tramitarse de acuerdo con las normas de la ley de enjuiciamiento civil.

Pero, aún apreciado el recurso de restitución in integrum de la ley canónica, tampoco sería procedente admitir la demanda por la falta de la prueba pertinente, pues, como se verá, el Codex Juris Canonici, es más riguroso que el Código Judicial colombiano, según resulta del comentario de autorizados canonistas:

"La **restitutio in integrum**, según Lega, es un remedio extraordinario de derecho, en virtud del cual el que ha sufrido una lesión grave es restablecido por el Juez competente, conforme a la natural equidad, al mismo estado jurídico en que se hallaba antes de la lesión, siempre y cuando, como dice el C. 1905, que conste manifiestamente la injusticia de la cosa juzgada.

"Como se trata de un recurso supremo para casos verdaderamente extraordinarios, el Código señala taxativamente estos cuatro en los cuales halla cabida la restitución integral:

"a) Si la sentencia se fundó en **documentos** cuya **falsedad** es descubierta posteriormente. Claro está que se trata de **falsedad formal** y no de ciertas inexactitudes en el contenido de los mismos, sin hacer distinción entre documentos públicos o privados.

"b) Si posteriormente a la sentencia se descubren documentos que **perentoriamente** prueben hechos nuevos que exijan una decisión contraria. Estos documentos para que perentoriamente prueben hechos nuevos tienen que ser de tal naturaleza que no admitan excepciones en contrario, ya que **perentorio** significa **directa, inmediata y definitivamente.**

"c) Si la sentencia ha sido dada por **dolo** de una de las partes en **daño** de la otra, por ejemplo, cuando hay soborno de testigos, corrupción de los jueces, juramentos falsos, siempre y cuando de ello sea responsable una de las partes o su legítimo representante; caso en el cual cabe, además del recurso, la indemnización de daños y perjuicios.

"d) Si **evidentemente** ha sido desatendida la prescripción legal; bien sea por violación, bien por preterición, cuando esa violación ha sido la base de la sentencia. (**Compendio de Instituciones de Derecho Canónico.** Rudesindo López Lleras. Segunda edición. Editorial Santafé, pág. 287).

"El procedimiento para el recurso de la restitutio in integrum es el mismo que el de cualquier nuevo juicio.

"Empieza por la demanda y citación oportuna al demandado (cánones 1706 y ss.). En la demanda se ha de indicar el motivo específico por el que se pide la restitutio, según el canon 1905, significando **quid petatur et a quo petatur** (c. 1708, num. I), y así hasta llegar a la definición por todos los pasos del proceso". (**Derecho Procesal Canónico.** M. Moreno Hernández. Madrid, 1956. Pág. 343. Con licencia eclesiástica).

"La sentencia dada en las causas de restitución tiene como característica el que en ella se han de resolver estas tres cuestiones:

"1ª—Si se puede admitir la petición de restitución y la consiguiente instancia judicial.

"2ª—Si se ha de revocar la primera sentencia (judicium rescindens).

"3ª—Si se da una nueva sentencia resolviendo de diversa manera el mérito de la causa (iuxta nova adlegata et probata; judicium restitutorium"). (Obra citada, pág. 344).

En derecho procesal colombiano la admisión o inadmisión de la demanda, no es materia de sentencia, sino de auto.

En derecho canónico, igualmente, el recurso estudiado, "se inicia mediante demanda en la cual se **acredite** que concurren en dicho caso los requisitos legales. Una vez admitido, **si procede**, se dá traslado a las partes de la causa recurrida y el promotor de justicia...". (López Lleras, ob. cit. Pág. 288) (rayas de la Sala).

Las razones anteriores, determinan la INADMISION de la demanda de revisión de que se ha hecho mérito.

Devuélvase la suma consignada y el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Enrique Coral Velasco. — Ricardo Ramírez L.

Secretario.

SE DESESTIMA UNA DEMANDA DE CASACION POR ESTAR INDEBIDAMENTE FORMULADA

1.—La omisión de cualquiera de los requisitos que son inherentes a la demanda de casación, tal como los señala el artículo 531 del Código Judicial, afecta esta pieza de ineptitud e inhibe a la Corte para pronunciarse sobre la impugnación irregularmente presentada.

2.—La infracción de la ley sustantiva (ordinal 1º del artículo 520 del C. J.) es directa en estos tres casos, aparte de toda consideración relacionada con las pruebas: a) Cuando se deja de aplicar la ley a un caso o hecho previsto por ella o concorde con el supuesto de la misma (falta de aplicación o infracción directa específica); b) Cuando se aplica la ley, rectamente entendida, a un caso no regulado por ella y que le es extraño (aplicación indebida); c) Cuando a la ley se le da un sentido y alcance que no le corresponde y se hacen derivar de ella consecuencias inadecuadas a su verdadero contenido (interpretación errónea).

3.—La violación de la ley sustantiva (ordinal 1º del artículo 520 del C. J.) es indirecta cuando se produce a consecuencia de un error de derecho en la valoración de las pruebas o de hecho en la apreciación de las mismas. En este supuesto el error de hecho o de derecho es el medio o vehículo que conduce a la infracción de la ley sustancial y por tanto estos yerros deben ser concretamente puntualizados y demostrados.

4.—En la violación de la ley sustantiva (ordinal 1º del artículo 520 del C. J.), tanto en la directa como en la indirecta, debe el recurrente indicar los preceptos sustanciales que considera quebrantados y el concepto en que lo han sido, esto es, si por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Además, si la infracción obedece a un error de derecho en la valoración de las pruebas es forzoso determinar también las normas de carácter probatorio que se han violado por motivo de esa ponderación equivocada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., enero veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

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

La señora Estela Páez de Manjarrés demandó al señor Mariano Orozco Rubio ante el Juez Décimo Civil del Circuito de Bogotá para que, por la vía ordinaria y en la sentencia respectiva, se hicieran varias declaraciones, entre ellas la de que la actora y el demandado celebraron un contrato de cuenta corriente sobre entregas de café y dinero, de que esa cuenta no ha sido liquidada y debe ordenarse su liquidación y de que el mismo demandado adeuda y está obligado a pagar a la demandante varias cantidades de dinero correspondientes a los saldos que arroja dicha cuenta corriente.

Los fundamentos de esta demanda fueron expuestos en diecinueve hechos que pueden compendiarse así: la señora Páez compraba por su cuenta café en pergamino en Chiquinquirá y lo remitía al señor Orozco, a esta ciudad de Bogotá, donde era entregado en una trilladora del demandado, previo acuerdo sobre las calidades y precios de dicho grano; estos valores se acorda-

ban verbalmente entre los interesados, y tanto las cantidades de café entregadas como sus precios se llevaban a una cuenta corriente que la señora Páez tenía abierta en los libros de la trilladora del mismo Orozco; aquella señora le firmaba a éste "recibos-letras" por las cantidades de dinero que Orozco le anticipaba para realizar las compras de café, recibos que se cancelaban luego con las entregas de ese producto que la citada señora le hacía posteriormente; el valor de las remesas de café se convenía cada vez que llegaba un determinado lote de ese grano y de acuerdo con las cotizaciones existentes a la sazón; dicho valor se abonaba inmediatamente a la cuenta de la señora Páez. Esta cuenta funcionó normalmente hasta el mes de julio de 1954, en que por causa de las fluctuaciones del valor del café el demandado dejó de liquidar conforme a lo pactado unas remesas que estaban pendientes. El 24 de mayo del año expresado los señores Páez y Orozco negociaron la cantidad de 2.334 bultos de café sobre la base mínima de $ 400.00 por carga, café que la señora había entregado ya en parte y que concluiría de entregar en remesas posteriores; el diez de julio siguiente, cuando se había hecho la entrega de 2.034 bultos y estaba en camino el resto, se presentó la Páez a liquidar en forma definitiva el valor de este café y se acordó el precio de $ 410.00 por carga. La entrega total de dicho café terminó el diecisiete del mismo mes de julio. Después de esta negociación los señores Páez y Orozco convinieron en que éste le reconocería a aquella el precio que tuviese el café en la Federación Nacional de Cafeteros para las entregas o ventas futuras, precio que era entonces de $ 390.00 por carga. Entre el 18 y el 31 de agosto de 1954 la Páez le remitió y entregó a Orozco 21.502 kilos de café, los cuales debían liquidarse y pagarse al precio de la Federación de Cafeteros. No obstante lo acordado, el señor Orozco liquidó unilateralmente este café a razón de $ 330.00 y no a $ 390.00 como se había convenido. El señor Orozco debe a la señora Páez el valor de los 2.334 bultos de café más lo correspondiente a los 21.502 kilos pagados a trescientos noventa ($ 390.00) pesos la carga y no a $ 330.00 como fueron liquidados.

El demandado negó la mayoría de los hechos anteriores y se opuso a las pretensiones de la actora.

La primera instancia del litigio terminó con la sentencia de 26 de mayo de 1958, en la cual se declaró que entre la demandante y el demandado existió una cuenta corriente, se ordenó liquidar esa cuenta y pagar el saldo respectivo dentro de los seis días siguientes, se dispuso que los 2.334 bultos de café de que habla la demanda deben liquidarse a razón de $ 390.20 la carga, se denegaron las demás súplicas y se condenó en costas al demandado.

La sentencia acusada

La misma parte demandada apeló del fallo de primer grado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó por sentencia de veinte de octubre de 1959 con una aclaración relativa al precio que ha de servir de base para liquidar las cuentas.

Para tomar esta decisión el Tribunal analiza primero la naturaleza y los efectos del contrato de cuenta corriente y afirma luego que las pruebas aducidas al proceso demuestran que en realidad entre la demandante y el demandado existió una convención de esa índole, ya que se hacían recíprocamente dueños del dinero y del café que el uno recibía del otro y podían dar a esos bienes el destino que quisieran; agrega que la circunstancia de que la señora Páez le firmara letras u otros documentos al señor Orozco por los dineros que éste le entregaba, no desvirtúa la naturaleza del contrato mencionado, sino que confirma por el contrario el hecho de que esa señora recibía esos dineros en propiedad y para restituírlos o pagarlos con remesas de café. Dice también la sentencia que existen pruebas de los envíos de café que se enuncian en la demanda, pero que no está demostrado que los precios a que se liquidaron dichas remesas hubieran sido motivo de acuerdo entre las partes, razón por la cual procede en verdad la liquidación de la referida cuenta corriente, y afirma por último que, como no aparecen establecidos los precios que deben regular esa liquidación, lo equitativo y conforme con la intención de las partes es que se tomen como base los valores que en las fechas de las remesas tenía el café en la Federación Nacional de Cafeteros, pero sin exceder los señalados en las informaciones telegráficas acogidas en el fallo de primera instancia.

La demanda de casación

El demandado interpuso contra la sentencia de segundo grado el recurso de casación que la Corte procede a decidir ahora.

Con fundamento en la causal primera del ar-

tículo 520 del C. Judicial el recurrente formula contra el fallo los dos cargos siguientes:

"**Primer cargo.**—Violación de los artículos 593, 594, 596 y 601 del C. J., en relación con el artículo 1757 del Código Civil, por infracción directa proveniente de su no aplicación al caso controvertido, infracción en que incurrió el Tribunal por error evidente de hecho al dar por probado, no estándolo en parte alguna, que los despachos de 2.334 bultos y 21.502 kilos serían liquidados al precio oficial de la Federación Nacional de Cafeteros, modificando el régimen contractual establecido en la demanda, de acuerdo verbal de precios para cada uno de los despachos.

"**Segundo cargo.**—Es la sentencia violatoria del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, en relación con el artículo 1757 del C. C., 593 del C. J. y 39 del Código de Comercio por infracción directa, por error de derecho en la apreciación de la prueba al no reconocerle la fuerza o efecto a la contabilidad del demandado sino en forma parcial, pues la estimó en parte como principio de prueba por escrito para aceptar unas liquidaciones y le negó tal efecto en las relaciones con los despachos de 2.334 bultos y 21.502 kilos".

La Corte considera:

A) El artículo 531 del C. Judicial señala los requistios formales que debe cumplir toda demanda de casación para que este recurso resulte debidamente formulado y ofrezca a la Corte la posibilidad de acometer el análisis de la acusación que se dirige contra la sentencia. Una de tales exigencias es la de expresar la causal que pueda producir la infirmación del fallo, con la indicación clara y precisa de sus fundamentos y la cita de los preceptos legales que el recurrente estime infringidos. La omisión de éste o de cualquiera otro de los requisitos que son inherentes a la demanda, afecta esta pieza de ineptitud e inhibe a la Corte para pronunciarse sobre la impugnación irregularmente presentada.-

"La casación es un recurso extraordinario en que sólo han de examinarse por la Corte las cuestiones que proponga la demanda con la sentencia acusada. La Corte no puede entrar libremente al examen de todos los aspectos debatidos en el juicio, sino sólo a aquellos que aparezcan debidamente presentados por el recurrente dentro de las causales consagradas en el artículo 520 del C. Judicial. El recurso de casación no es una tercera instancia dentro de los juicios. La misión de la Corte en casación es confrontar la sentencia con la ley para corregir los errores **in iudicando** o **in procedendo** del juzgador, al través de las acusaciones concretas de las partes dentro de los motivos autorizados por la ley. En la presentación de los cargos el recurrente debe ceñirse no sólo a las condiciones formales de la demanda, requeridas en el artículo 531 del C. J., sino a su adecuada formulación sustancial conforme a la norma del art. 520 del mismo Código". (LXXVIII, 2145, 390).

La causal de casación consagrada por el ordinal primero del artículo 520 del C. Judicial, consiste esencial y exclusivamente en la violación de la ley sustancial, violación que puede ser directa o indirecta, según el texto del mismo precepto. La infracción es directa en estos tres casos, aparte de toda consideración relacionada con las pruebas: a) cuando se deja de aplicar la ley a un caso o hecho previsto por ella o concorde con el supuesto de la misma (falta de aplicación o infracción directa específica); b) cuando se aplica la ley, rectamente entendida, a un caso no regulado por ella y que le es extraño (aplicación indebida); c) cuando a la ley se le dá un sentido o alcance que no le corresponde y se hacen derivar de ella consecuencias inadecuadas a su verdadero contenido (interpretación errónea).

La violación es indirecta cuando se produce a consecuencia de un error de derecho en la valoración de las pruebas o de hecho en la apreciación de las mismas. En este supuesto el error de hecho o de derecho es el medio o vehículo que conduce a la infracción de la ley sustancial y por tanto esos yerros deben ser concretamente puntualizados y demostrados.

Tanto en la violación directa como en la indirecta debe el recurrente indicar los preceptos sustanciales que considera quebrantados y el concepto en que lo han sido, esto es, si por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Además, si la infracción obedece a un error de derecho en la valoración de las pruebas es forzoso determinar también las normas de carácter probatorio que se han violado por motivo de esa ponderación equivocada.

La acusación por infracción indirecta que se limita a mencionar los errores de hecho o de derecho, pero que no avanza hasta señalar los preceptos sustantivos quebrantados por causa de esos yerros, se queda en medio camino y resulta ina-

decuada e inepta para estructurar un cargo en casación. "Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto. El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones: a) el error y su demostración; b) la consiguiente violación de ley sustantiva detallada como manda el artículo 531 del C. J.; c) incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia". (XLVI, 1934, 205. LIII, 1986, 641).

B) En el caso presente la demanda de casación habla de "error evidente de hecho", de "error de derecho en la apreciación de la prueba" y de "infracción directa" de normas legales que se refieren todas a la materia de las pruebas, incluso el artículo 39 del C. de Comercio. En parte alguna de esa demanda se señalan los preceptos de carácter sustancial que hayan podido ser violados por la sentencia a causa de los errores de hecho o de derecho que se enuncian en el mismo libelo. El recurrente se limitó a expresar la violación medio en cuanto a los yerros de derecho y omitió exponer las normas sustantivas que a su juicio fueron también quebrantadas a consecuencia de los errores mencionados. Esta sola circunstancia es suficiente para desestimar la acusación, ya que a la Corte no le es permitido entrar a indagar oficiosamente si la sentencia acusada viola algún precepto de carácter sustancial.

Por lo dicho el recurso no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de Estela Páez de Manjarrés contra Mariano Orozco Rubio.

El recurrente debe pagar las costas del recurso.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

ERRORES DE PRUEBA EN LA PARTICION DE UNA HERENCIA

1.—Cuando el sentenciador, en la apreciación de una prueba, la considera tal y como ella existe literal u objetivamente en el juicio, esto es según su presencia procesal, no cabe el error de hecho, que lógicamente supone la disconformidad entre el entendimiento y el ser real de una cosa, sino entonces lo único posible sería el error de derecho en tal estimación, yerro éste consistente en desconocer a la prueba el valor —mérito o demérito— que le asigna la ley.

2.—La Corte ha predicado que en principio no es admisible en casación atacar el juicio del fallador sobre una prueba por error de hecho y de derecho simultáneos, los que en el orden del recurso se excluyen recíprocamente.

3.—En lo tocante con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y como ineludible consecuencia del 964 ibidem, la sentencia de segunda instancia aprobatoria de una partición sólo es recurrible en casación a través de las objeciones que contra el propio trabajo se hayan suscitado y dentro del marco preciso de las mismas. Lo contrario sería permitir que la sentencia fuese enjuiciada dentro de motivos que el sentenciador no tuvo la oportunidad de contemplar por no haber sido materia de objeciones.

4.—No es de recibo el argumento de que en atención al orden público, interesado en los medios de prueba y su forma de producción en juicio, se haga admisible un medio nuevo en casación. Porque en lo que respecta al recurso extraordinario, ese interés general tiene su tutela propia en el sistema del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, en cuanto franquea el recurso por violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error, ya de derecho, ya de hecho manifiesto, en la apreciación de las pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Miguel Restrepo L. contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 14 de julio de 1958, en el juicio de sucesión de Rufina Gaviria de Restrepo.

- I -

EL NEGOCIO

La causa mortuoria de Rufina Gaviria de Restrepo fue abierta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, en donde se adelantó hasta la expedición del decreto de posesión efectiva de la herencia, el que fue inscrito en la Oficina de Registro del mismo Circuito, en el libro respectivo. En tal estado, se protocolizó el expediente en la Notaría Cuarta de aquella ciudad, por medio de la escritura número 1.435 de 5 de marzo de 1956.

Después, con base en una copia notarial de tal proceso, contentiva del auto de apertura y declaratoria de herederos, de la diligencia de inventario y avalúos y del decreto de posesión efectiva de la herencia, se adelantaron ante el Juez Sexto Civil del propio Circuito las diligencias de inventario adicional y de partición de la herencia de la finada Gaviria de Restrepo.

Contra la partición, interpuso el apoderado de

Miguel Restrepo .L., cónyuge sobreviviente, varias objeciones, que no halló probadas el Juez de primera instancia, pero de las cuales prosperó una ante el Tribunal: la que se propuso como tercera, consistente en no haberse asignado partida alguna para cubrir los gastos hechos en el juicio por el mencionado supérstite.

Rehecha la partición, atendiendo a la objeción acogida por el Tribunal, este nuevo trabajo fue aprobado por el Juez del Circuito, de lo cual apeló el mismo Miguel Restrepo L. Finalmente, el Tribunal, en sentencia de 14 de julio de 1958 confirmó la del inferior.

-II -

El recurso extraordinario

En ejercicio del recurso de casación, el objetante vencido esgrime ante la Corte contra el pronunciamiento de segundo grado, un cargo único dentro de la causal contemplada por el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, adicionado de dos planteamientos subsidiarios.

Lo hace consistir en ser la sentencia violatoria de los artículos 593, 596, 597, 630, 636, 939, 947, 949, 953 y 959 del Código Judicial, 1.392, 1.760 y 2.577 del Código Civil, advirtiendo que respecto de las antedichas normas que tienen carácter adjetivo su violación es de medio, y que el quebrantamiento de la ley sustantiva se produjo por aplicación indebida, como consecuencia de errores de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de ciertas pruebas.

A intento de demostrar el cargo alega en síntesis lo siguiente:

Que el trabajo de partición, en cuanto a los bienes que constituyen la masa partible y su estimación, no puede apartarse de lo expresado en las diligencias de inventarios y avalúos, salvo la excepción establecida en el artículo 1.392 del C. C.

Que el Tribunal, para encontrar cumplido el ordenamiento legal en el trabajo de partición se fundó en sendas copias de las escrituras públicas Nos. 1.435 de 5 de marzo de 1956 y 802 de 10 de febrero de 1956, otorgadas en la Notaría Cuarta de Medellín, en la primera de las cuales se contiene copia de la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión de Rufina Gaviria de Restrepo, y de la segunda de las cuales "ha deducido el Tribunal la correcta sustitución de unos bienes por otros, en el trabajo de partición".

Que en la estimación de estas pruebas cometió el sentenciador dos errores de derecho manifiestos, al atribuírles mérito o valor probatorio de que carecen en este juicio, a saber: En cuanto a la copia de la escritura número 1.435, por haberla admitido sin tener la atestación del registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín, con violación del artículo 630 del Código Judicial, que establece la exigencia del registro o nota del registro para las escrituras públicas que se quieran hacer valer en juicio, y de los artículos 636 ibidem y 1.758 del Código Civil (también violación de medio) y 2.577 de la misma obra, que confirman tal exigencia; y en cuanto a la copia de la escritura número 802, por no haberse ésta producido en ninguna de las oportunidades taxativamente señaladas por el artículo 597 del Código Judicial para que las partes puedan hacer llegar las pruebas al proceso, comoquiera que esta última escritura no vino al juicio sino mediante carta privada del apoderado de ciertos interesados —excluído el recurrente—, dirigida al partidor, "quien consideró que, sin más, debía proceder de conformidad con esa escritura pública".

Que la violación de las normas procesales citadas, entre éstas los artículos 593 y 596 del C. J., determinó la comisión de los dos errores de derecho anotados, por lo que "el Tribunal encontró que la partición aprobada se había ceñido a la diligencia principal de inventarios y avalúos, con la sola excepción, que encontró justificada, de los bienes permutados"; y

Que, así las cosas, como la partición aprobada se efectuó sobre unos bienes cuya inclusión en los inventarios y avalúos del juicio de sucesión no está demostrada, se ha caído probadamente en la violación de las citadas normas sustantivas "que imponen a la partición como límite necesario el contenido de los inventarios y avalúos", por lo cual la "sentencia del Tribunal que la aprueba, debe ser casada".

Primer planteamiento subsidiario.—Propone la ocurrencia de **un error de hecho** cometido por el Tribunal al encontrar probada una diligencia de inventarios y avalúos en el juicio de sucesión, distinta de la simple adicional. "Es decir, en haber encontrado probada la diligencia principal de inventarios y avalúos que le permitiera establecer cómo el trabajo de partición se había acomodado a los límites impuestos por la diligencia referida".

Al efecto, alega que en las pruebas presentadas con la petición de inventario adicional **no hay**

ninguna que se refiera siquiera a la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el juicio de sucesión de Rufina Gaviria de Restrepo, ni a ninguna otra que comprenda los bienes distribuídos mediante el acto de partición; y que. en consecuencia, si el Tribunal aprobó la partición por encontrarla ceñida a la diligencia de inventarios y avalúos, incurrió en la comisión de los errores de derecho y de hecho anotados, ya que la única relación de la diligencia de inventarios y avalúos es la que aparece en la copia de la escritura pública número 1.435 de 5 de marzo de 1956, con la supuesta modificación que se cree impuso la número 802 de 10 de febrero de 1956, que tenidas como pruebas determinaron la caída en los yerros de derecho anotados.

Segundo planteamiento subsidiario.—En último término, imputa al sentenciador errores de hecho cometidos en la estimación de las pruebas. "Mediante ellos —dice— el Tribunal encontró que en este juicio está incorporada la diligencia de inventarios y avalúos en el juicio de sucesión de Rufina Gaviria de Restrepo, que comprende los bienes partidos mediante el trabajo de partición aprobado por él. Cuando la realidad es que en dicho trabajo se dispone de unos bienes procesalmente ajenos al juicio de sucesión referido".

Como remate del cargo, afirma que las objeciones segunda y quinta dan base al recurso en la forma como queda fundamentado y que, interesando al orden público los medios de prueba y la forma de allegarlos al juicio, "este interés haría admisible aún un medio nuevo en casación".

La Corte considera:

1.—Ante todo, que los llamados planteamientos subsidiarios, cuyo tema es en sustancia uno mismo, no implican cargo alguno distinto del principalmente formulado, sino que son apenas un adminículo de éste, no aceptable en la técnica de la casación, desde el momento en que por ellos se intenta presentar como error de hecho la aceptación por el Tribunal de las copias de las escrituras números 1.435 de 5 de marzo de 1956 y 802 de 10 de febrero de 1956, ambas de la Notaría Cuarta de Medellín, tales como figuran en el expediente, y la cual aceptación constituye precisamente la base del cargo principal por error de derecho en la estimación de los mismos instrumentos. Porque, como tan reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, en consonancia con las enseñanzas de la doctrina, cuando el sentenciador en la apreciación de una prueba, la considera tal y como ella existe literal u objetivamente en el juicio, esto es según su presencia procesal, no cabe el error de hecho, que lógicamente supone la disconformidad entre el entendimiento y el ser real de una cosa, sino que entonces lo único posible sería el error de derecho en tal estimación, yerro éste consistente en desconocer a la prueba el valor —mérito o demérito— que le asigna la ley. Es por esto, por lo que la Corte ha predicado también que en principio no es admisible en casación atacar el juicio del fallador sobre una prueba por error de hecho y de derecho simultáneos, los que en el orden del recurso se excluyen recíprocamente.

2.—Entrando ahora al estudio del cargo principal y único, cumple considerar que, en lo tocante con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y como ineludible consecuencia del artículo 964 ibidem, la sentencia de segunda instancia aprobatoria de una partición sólo es recurrible en casación a través de las objeciones que contra el propio trabajo se hayan suscitado y dentro del marco preciso de las mismas. Entonces, si se reúnen los demás requisitos del caso, el recurso extraordinario podrá abrirse, ya por acción del objetante si las tachas le fueron rechazadas, aprobándose la partición, ya por obra de su contraparte si, habiendo las objeciones prosperado, se rehizo el trabajo para acomodarse a ellas. Pero, en uno u otro evento, la casación sólo puede girar sobre las objeciones oportunamente propuestas, ora en cuanto no se aceptaron en el primer caso, bien en cuanto se acogieron en el segundo. De lo contrario, el recurso se saldría de sus justos cauces, permitiendo que la sentencia del Tribunal fuese enjuiciada por la Corte dentro de motivos que el sentenciador no tuvo la oportunidad de contemplar por no haber sido materia de objeciones, con lo que se desviaría el fin primordial de la casación, cual es el de uniformar la jurisprudencia.

3.—En el caso de autos, como aparece al folio 68 del cuaderno principal, se formularon cinco objeciones, así: **La primera**, referente a que el partidor elaboró un trabajo confuso y sin técnica jurídica, hasta el punto de ser casi imposible el saber a quién adjudicó una cosa, a quién otra, quiénes son beneficiarios de la hijuela de gastos, cómo deben pagarse a éstos y haberse hecho distribuciones y separaciones no ajustadas a la verdad entre bienes conyugales y mortuo-

riales; la segunda, consistente en haber olvidado un lote de terreno situado en la fracción Robledo del Distrito de Medellín, que aparece "en el inventario que se hizo en el juicio de sucesión que se protocolizó, previo decreto de posesión efectiva de la herencia, en la Notaría Cuarta de Medellín, el cinco de marzo de 1956", avaluado en la cantidad de ochenta y cuatro mil quinientos pesos ($ 84.500.00), omisión acerca de la cual no se da explicación alguna en la partición, la que por tal causa "está mal hecha y no hay equidad en la distribución"; **la tercera**, relativa a que no aparece partida alguna en favor del cónyuge Miguel Restrepo Londoño por razón de todos los gastos hechos en el juicio de sucesión que fue protocolizada en la Notaría Cuarta de Medellín, antes de haberse solicitado el inventario adicional, y sin que esos gastos puedan englobarse como lo hizo el partidor, dejándolos a merced de los herederos que no los han hecho; **la cuarta**, que versa sobre el hecho de haber el partidor deducido de la sociedad conyugal el crédito adicionalmente inventariado por razón de una venta que hizo la causante Gaviria de Restrepo, sin que pueda saberse la inversión que ésta diera al dinero procedente de tal negocio, resultando que, sobre esa deducción hecha por el partidor sin estar facultado para ello, procedió éste a liquidar la mortuoria "otorgándole al cónyuge supérstite a su antojo dineros por concepto de gananciales y por concepto de heredero en calidad o como tenido por un hijo legítimo"; y finalmente, **la quinta**, consistente en que "en el referido trabajo no se guardó la posible igualdad que ordena la ley ni se obró con equidad al hacer la distribución de los bienes".

Como ya se anotó, de las tachas expuestas, únicamente fue acogida por el Tribunal la tercera, en cuya virtud vino a producirse el nuevo trabajo de partición.

4.—Ahora bien: es evidente que ninguna de las objeciones que se propusieron contiene impugnación alguna contra la hechura de la partición con base en las susodichas copias de las escrituras números 1.435 y 802, contentiva la primera del auto de apertura de la causa y declaratoria de herederos, de la diligencia de inventario y avalúos y del auto de posesión efectiva de la herencia y nota de su registro, producidos en la primera etapa del juicio de sucesión de Rufina Gaviria de Restrepo. Y así, en lo atinente al instrumento número 1.435 no se objetó la procedencia y eficacia de la diligencia de inventario que él relaciona, sino que antes bien el impugnante implícitamente se fundó en la referida copia del mismo para interponer las objeciones segunda y tercera; y en lo tocante con la escritura número 802, tampoco se formuló reparo alguno sobre la inclusión en la partición, de bienes no inventariados en el juicio.

Bien se ve, pues, que la demanda de casación no se concreta a ninguna de las objeciones propuestas, sino que, tanto en su sección principal como en sus planteamientos subsidiarios, está reducida al reparo de que el sentenciador encontrando acreditadas, sin estarlo, una diligencia principal de inventario y avalúos y un posterior cambio de cosas, aprobó la partición de que se trata, hecha sobre bienes cuya inclusión en los inventarios del juicio no está demostrada y en la que se sustituyeron unos bienes por otros. Por lo demás, el recurrente no se esforzó siquiera por indicar los bienes que se comprendieran en la partición, sin estarlo en el inventario, ni los que figurando en éste se excluyeran de aquella, cubriéndose así el cargo de una vaguedad impropia del recurso extraordinario, en el que la demanda, como lo exige la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, debe por sus propios términos **demostrar** los errores de hecho o de derecho que se imputen al juzgador.

5.—Ni es de recibo el argumento final de que, interesando al orden público los medios de prueba y la forma de su producción en juicio, ello haría admisible un medio nuevo en casación. Porque, si bien el régimen legal probatorio se inspira en consideraciones de interés general, no es menos cierto que este interés, en lo que respecta al recurso extraordinario, tiene su tutela propia en el sistema del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, en cuanto franquea el recurso contra las sentencias de los tribunales superiores de que trata el artículo 519 ibidem, por violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error, ya de derecho, ya de hecho manifiesto, en la apreciación de pruebas. En otros términos: la defensa en casación del derecho probatorio quebrantado por el sentenciador no legitima el planteamiento de medios nuevos, reñidos en principio con la naturaleza del recurso, sino que esa guarda ha de realizarse dentro del sistema de la acusación por infracción indirecta de la ley sustancial, siempre que esta última infracción se haya producido como consecuencia de los aludidos yerros de apreciación probatoria.

No procede, pues, la acusación.

FALLO:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha catorce (14) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION DE REIVINDICACION DE UNA FINCA AGRICOLA

1.—Adolece de falta de técnica la acusación que impugna una sentencia simultáneamente por error de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas. Son numerosos los fallos en los cuales la Corte ha dicho que la impugnación propuesta en esta forma no es procedente, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 520, inciso 2º del ordinal 1º del C. J. que autoriza presentarlos en forma disyuntiva, ya que se excluyen, dada la naturaleza de cada cual.

2.—No basta la alusión, en forma genérica, a una ley determinada o a un determinado decreto, (que pueden constar de muchos artículos), para que se pueda dar por cumplido lo que establece el 531 del Código Judicial al señalar los requisitos que ha de llenar la demanda de casación, pues allí se ordena citar "los textos legales que el recurrente estime infringidos", no las leyes por su número y año.

3.—Sin la cita de las normas sustantivas transgredidas, el cargo por error de hecho o de derecho no puede tener eficacia, puesto que la violación es indirecta o de medio, es decir que, aun demostrado el error, pero no citada la disposición violada por causa de él, el cargo es inane o carente de efecto en casación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

El abogado Edmundo Lizarazo Jaimes demandó en el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña en vía ordinaria a Victoria Caicedo, Julio Osorio, Francisco Osorio, Cristóbal Rodríguez, Martín Páez, Humberto o Veto Rodríguez, Florentino Benítez, Julio Salcedo y Antonio Pacheco, para que se les condene:

"1º—A restituírme una finca o fundo agrícola denominado El Lucero, situado en la fracción de Tierra Caliente, Municipio de Cáchira, comprendida por los linderos expresados en la súplica.

"2º—A reconocerme la primera de las demandadas, o sea, la señora Victoria Caicedo, los frutos recibidos del fundo descrito desde que tomó posesión material del inmueble de mala fe; y los demás demandados desde la contestación de la demanda.

"3º—A pagarme las costas de este juicio en caso de oposición".

Como fundamentos de hecho expone, en resumen, los siguientes:

1º—El actor es dueño del inmueble, objeto de la reivindicación, por habérselo comprado a Alcides Corredor Jaime según escritura pública 3.966 de 21 de diciembre de 1956, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Bucaramanga.

2º—Los demandados tienen la posesión material del mismo bien, así: Victoria Caicedo por usurpación de todo él desde el mes de abril de 1948, en que se presentaron los conflictos políticos de Cáchira que obligaron al entonces dueño, Alcides Corredor Jaime, a abandonar este municipio y radicarse en Bucaramanga, "y los demás demandados por venta o entregas reales que la expresada señora Victoria Caicedo les ha hecho desde que tomó posesión material del inmueble a la cual han creído dueña".

3º—Victoria Caicedo, sus hermanos Eleuteria, Patricia, Santos, Tito y Fermina Caicedo, y su madre Severiana Sepúlveda, fueron dueños del expresado inmueble por derecho de herencia de su padre, hasta que por escritura pública 115 de 29 de agosto de 1926 autorizada por el Notario

de Cáchira, vendieron a Eleuterio Guerrero. Es decir, que de mala fe volvió a poder el inmueble, de una parte del cual fue dueña en una época.

4º—Eleuterio Guerrero vendió la misma finca a Luis Lasso M. según escritura 75 pasada en la Notaría de Cáchira el 29 de mayo de 1929. Luis Lasso la transfirió en venta a Alcides Corredor J. al tenor del instrumento 175 de 21 de diciembre de 1945 de la misma Notaría. Corredor J. la vendió a Aristóbulo Jaime mediante escritura 2270 otorgada el 1º de septiembre de 1954 en la Notaría 1ª de Bucaramanga. Aristóbulo Jaime la volvió a vender a Alcides Corredor J. por medio de la escritura 596 autorizada por la misma Notaría el 3 de marzo de 1956. El demandante la hubo de Corredor J. como queda expresado en el hecho primero.

Fueron notificados todos los demandados, excepto Martín Pérez y Julio Salcedo, respecto de los cuales desistió el actor de ser citados al juicio, por lo cual éste se adelantó contra los demás que no sólo no contestaron el libelo sino que no se apersonaron en la litis, salvo Francisco Osorio, que constituyó apoderado, ya vencido el término de pruebas en la primera instancia.

Esta terminó con la sentencia de once de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, que resolvió: "1º No acceder a las peticiones del doctor Edmundo Lizarazo Jaimes formuladas en el presente juicio. 2º Condenar en costas a la parte actora".

Impugnado el fallo por ésta ,el Tribunal Superior de Pamplona lo confirmó por el que profirió con fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

Fundamentos de la sentencia de instancia

El fallador de segunda instancia encuentra que conforme a los propios términos del libelo en el hecho 2º, la demandada Victoria Caicedo usurpó todo el inmueble en el año de 1948 y luego procedió a hacerles ventas o entregas reales a los demás demandados; por consiguiente, ni estos ni ella "están poseyendo toda la finca El Lucero sino de acuerdo con las ventas o entregas reales que esta señora les ha hecho; y ella misma después de verificadas esas ventas o entregas reales que el actor afirma, tampoco lo está poseyendo íntegramente, sino solamente lo que no ha vendido o entregado realmente".

Observa además que en la inspección ocular efectuada para identificar el predio reivindicado, quedó demostrado también "que se encontró a varios de los demandados poseyendo separadamente parte de la finca o fundo como se demuestra en el croquis "elaborado y presentado por los peritos que intervinieron en la diligencia". Y añade :"Esta inspección ocular y los títulos escriturarios con los cuales el actor demuestra su propiedad son las únicas pruebas que obran en autos".

Cita varias doctrinas de la Corte según las cuales "cuando son varios los demandados y cada uno de ellos está poseyendo separada e independientemente de los demás, sin vínculos de comunidad entre sí, es necesario se exprese (sic) en la demanda los linderos de cada lote o parcela, para que la demanda pueda prosperar".

Estima que, si bien los demandados no contestaron la demanda, no les es aplicable la presunción que establece el artículo 214 del C. J. para exigirles la responsabilidad de la cosa o de su precio, porque, adoleciendo la demanda de la falla fundamental de expresar los linderos de cada parcela o lote, que posee cada uno de los demandados, "se hace totalmente imposible que estas presunciones se puedan producir".

Transcribe también apartes de fallos de la Corte en los cuales se expresa que cuando dos o más personas poseen exclusivamente porciones de un terreno reclamado por el actor, "la condena judicial que respecto de la totalidad se hiciera contra los distintos poseedores, conduciría al absurdo de imponer a estos la obligación imposible de restituír una cosa que no tienen, supuesto que nunca la parte puede ser identificada con el todo, ni la singularización de ese todo, puede por consiguiente mirarse, como la de cada una de las partes que lo componen". (T. LXXIII, pág. 766).

Recurso de casación

Inconforme el demandante con la sentencia del Tribunal, interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación, que es la oportunidad de decidir, ya que su tramitación se halla cumplida.

Demanda de casación

En la demanda de casación el actor le hace dos impugnaciones al fallo de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustantiva proveniente de apreciación errónea de determinadas pruebas.

Primer cargo

El primer cargo lo formula por transgresión de la ley sustantiva a "través de errores de hecho y de derecho en la apreciación del acta de inspección ocular y dictamen pericial", practicados en la primera instancia.

El error de hecho lo hace consistir en que el juzgador consideró como cierto que el acta de inspección ocular dijera "que se había encontrado a varios de los demandados poseyendo separadamente parte de esa finca o fundo, como se demuestra en el croquis que los mismos peritos elaboraron, y que obra al folio 13 del cuaderno número 2".

Prosigue que basta observar el referido croquis para encontrar que los peritos solamente señalaron las habitaciones de los demandados dentro del predio, pero que en ninguna parte dijeron "haber visto a los demandados poseer partes o porciones de todo el inmueble, pues, al contrario, de acuerdo con la demanda, todos los demandados ocupan el inmueble en común". Ya que al entrar Victoria Caicedo en posesión de todo el inmueble les hizo ventas verbales o entregas de posesión u ocupación determinada a los demás demandados con el fin de mantenerlos en el inmueble como una protección para su usurpación. Estima que estos demandados tienen una ocupación de hecho, dado que de la Caicedo no han recibido título escriturario que les dé el carácter jurídico de comuneros o poseedores de partes exclusivas del predio.

Anota que en los juicios de lanzamiento por ocupación de hecho, la Ley 57 de 1907 y el Decreto 992 de 1930 no exigen expresar en la demanda los linderos de los que ocupan los demandados. Copia el aparte del dictamen en que los peritos hablan del croquis que levantaron para mayor fundamento de su exposición, y termina: "allí encontramos las habitaciones de la señora Victoria Caicedo, Cristóbal Rodríguez, Francisco Osorio, Rafael Pérez y Antonio Pacheco".

Advierte que la finca se halla debidamente identificada. Acepta asimismo y copia un párrafo de una sentencia de la Corte, en que estima que la demanda de reivindicación contra dos o más personas que poseen, sin que medie vínculo de comunidad alguno, lotes o parcelas separadas o distintos sobre el mismo terreno "es ineficaz si no se expresan los linderos o no se establecen en el juicio la porción o porciones de terreno que se pretende reivindicar".

Reitera que en la inspección ocular y dictamen pericial "no se establecieron linderos separados de los demandados por no tenerlos" en concordancia con las afirmaciones de la demanda.

Y concluye que hubo un error de derecho "porque al no darle al acta de inspección ocular y al dictamen pericial el valor probatorio que le señalan los artículos 722, 724, 728 y 730 del C. J. fueron quebrantados por la sentencia del Tribunal".

Se considera:

La acusación adolece, en primer lugar, de falta de técnica consistente en impugnar la sentencia simultáneamente por error de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas. Son numerosos los fallos en los cuales la Corte ha dicho que la impugnación propuesta en esta forma no es procedente, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 520, inciso 2º del ordinal 1º del C. J. que autoriza presentarlos en forma disyuntiva, ya que, dada la naturaleza de cada cual, se excluyen, toda vez que si dejó de apreciarse una prueba, o si se dio por existente una que no obra, no puede decirse que se les dio el valor probatorio que no tienen, o dejó de dárseles el que les fija la ley. Y el error de valoración de un medio de juicio no puede ocurrir sino cuando se estimó, es decir, en el caso de no haberse cometido un error de hecho.

De otra parte, el recurrente no cita las normas sustantivas violadas.

La alusión a la Ley 47 de 1907, que versa sobre reformas judiciales y consta de 178 artículos y al Decreto 992 de 1930 también en forma general, no se compadece con lo estatuído por el artículo 531 del C. J. que ordena citar "los textos legales que el recurrente estime infringidos", no las leyes por su número y año. Sin la cita de las normas sustantivas transgredidas, el cargo por error de hecho o de derecho no puede tener eficacia, puesto que la violación es indirecta o de medio, es decir, que aún demostrado el error, pero no citada la disposición violada por causa de él, el cargo es inane o carente de efecto en casación.

Segunda tacha

El segundo cargo lo presenta así: "La sentencia recurrida violó la ley sustantiva a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación

de mis afirmaciones o confesión contenidas en la demanda (primera causal del artículo 520 del Código Judicial).

"Error de hecho en el fallo recurrido porque consideró como cierta una cosa que no afirmé en la demanda. La sentencia recurrida afirma lo siguiente: '...y en el hecho 2º en uno de los que el actor fundamenta la misma demanda, afirma que los demandados **poseen separadamente** (subrayo) el fundo agrícola que pretende reivindicar y el cual es objeto y materia de la acción reivindicatoria que ha incoado; pues no otro alcance y significado puede tener al afirmar que carece de la posesión material de la mencionada finca, la cual tienen los demandados así: la señora Victoria Caicedo por usurpación de todo el inmueble desde el año de 1948 y los demás demandados por ventas o entregas reales que la señora Victoria Caicedo les ha hecho desde que tomó posesión material del inmueble, a la cual han creído como dueña".

Prosigue que en parte alguna del libelo expresó que los demandados poseen separadamente el fundo; por el contrario, afirmó que Victoria Caicedo usurpó todo el inmueble, y que los demás demandados tomaron posesión de él, no de parte del mismo, reconociendo a la primera como dueña desde las entregas reales que les hizo sin título escriturario ninguno. Lo cual corrobora el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ocaña, donde aparece que el bien raíz no ha sido enajenado en menores extensiones ni por el poseedor inscrito ni por persona alguna. En confirmación de que no demandó separadamente a los reos, copia del hecho tercero este aparte: "Es decir, de mala fe ha vuelto a poseer **todo** (subrayo) el inmueble del cual fue dueña en una época de una sola parte", y continúa: "He demandado, pues a la señora Victoria Caicedo como poseedora material de todo el inmueble y a los demás como ocupantes del mismo inmueble sin que el suscrito haya expresado en la demanda que poseen separadamente el inmueble y sin que en el juicio se haya establecido que dichos señores están poseyendo partes o lotes del predio en forma excluyente, como lo exige la H. Corte en la casación atrás transcrita". Añade que, además, los demandados se hicieron responsables del fundo de conformidad con el artículo 214 del C. J. al no contestar la demanda, habiendo probado plenamente la propiedad e identificado el lote.

Finaliza así la exposición del cargo: "Ha habido, entonces, un error de derecho porque al no darle a mi confesión el valor probatorio que le da el artículo 609 del C. J. fue quebrantado por la sentencia del Tribunal, lo mismo que el mencionado artículo 214 del C. J. que establece en favor del actor una presunción legal que no fue desvirtuada".

Considera que las dos impugnaciones son suficientes para que prospere la acción reivindicatoria al tenor del artículo 946 del C. C. ya que se han configurado los cuatro elementos fundamentales de ella, que son: Cosa singular reivindicable, dominio del actor, posesión actual del demandado e identidad del bien que se reclama.

Se considera:

Falta también este capítulo de la demanda a la técnica del recurso, pues alega simultáneamente tanto el error de hecho como el de derecho en la interpretación de la demanda, en cuanto considera, de una parte, que el fallador encontró que en el hecho 2º del libelo el demandante expresó "que los demandados poseían el fundo **sub lite** separadamente" sin que esto diga tal hecho, y, de otra, que no se le dio a la confesión contenida en el mismo el valor probatorio que le atribuye el artículo 609 del C. J. Aunque tal informalidad sería suficiente para rechazar el cargo, por vía de amplitud, la Corte considera la primera de las acusaciones, o sea, el error de hecho en la estimación de la demanda, que es el que se perfila en los razonamientos del recurrente.

El yerro lo deriva de que el Tribunal encontró en el hecho segundo de la demanda inicial la afirmación de que los demandados poseen separadamente la finca El Lucero, cuando su aserción es la de que la poseedora exclusiva es Victoria Caicedo y los demás demandados son meros ocupantes y no poseedores de porciones distintas de la finca.

Reza textualmente el libelo: "2º Carezco de la posesión material del referido inmueble la cual tienen los demandados así: La señora Victoria Caicedo por usurpación de todo el inmueble desde el mes de abril de 1948, o sea, desde que se presentaron los conflictos políticos de Cáchira y obligaron al entonces dueño señor Alcides Corredor Jaime a abandonar el municipio de Cáchira y radicarse en Bucaramanga: y los demás demandados por ventas o entregas reales que la expresada señora Victoria les ha hecho desde que tomó posesión material a la cual han creído como dueña". Y en la que denomina argumentación de

derecho, al respecto dice: "2º Todos los demandados están actualmente en posesión material del inmueble objeto de la reivindicación".

El Tribunal al analizar la petición de restituírle al demandado el fundo El Lucero, al considerar el hecho 2º expone que el actor "afirma que los demandados poseen separadamente el fundo agrícola..., pues no otro alcance puede tener el afirmar que carece de la posesión material de la méncionada finca, la cual tienen los demandados así: La señora Victoria Caicedo por usurpación de todo el inmueble desde el año de 1948 'y los demás demandados por ventas o entregas reales que la señora Victoria Caicedo les ha hecho desde que tomó posesión material del inmueble, a la cual han creído como dueña'. De modo que la señora Caicedo usurpó todo el inmueble, pero inmediatamente procedió a hacerles ventas o entregas reales a los demás demandados, según lo afirmado por el actor, por consiguiente ni ella ni los demás demandados están poseyendo toda la finca o fundo El Lucero, sino de acuerdo con las ventas o entregas reales que esta señora les ha hecho; y ella misma después de verificadas esas ventas o entregas reales que el actor afirma, tampoco lo está poseyendo íntegramente, sino solamente lo que no ha vendido o entregado realmente".

El razonamiento del Tribunal en la apreciación del hecho 2º es lógico: Si la demandada Caicedo después de haber usurpado toda la finca, realizó ventas o entregas reales a los otros demandados, y si no existe título alguno de comunidad entre estos y aquella, como el mismo recurrente lo reconoce en el cargo anterior, es evidente que la Caicedo no puede ser poseedora de todo el bien raíz sino de la parte que le quedó después de hechas las ventas o entregas reales a los demás, quienes a su vez no pueden serlo sino de las porciones que les fueron entregadas por aquella. No cabe otra interpretación de la demanda en el hecho que es objeto de la tacha.

Infiérese que el cargo por error de hecho en la estimación de la demanda no puede prosperar.

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 y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho pronunciada por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario de Edmundo Lizarazo Jaime contra Victoria Caicedo, Julio Osorio y otros.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.



IMPUGNACION DE UNA SENTENCIA QUE DECLARO RESUELTOS UNOS CONTRATOS Y DECRETO RESTITUCION DE INMUEBLES. — CONFESION. — ESCRITURA PUBLICA

1.—Puesto que el instrumento público — como lo establece el artículo 1759 del Código Civil— hace plena fe contra los otorgantes respecto a la verdad de las declaraciones que se hagan en él, los terceros pueden hacer valer su posición en derecho al amparo de la buena fe y de acuerdo con los términos del acta notarial, aunque llegue a descubrirse que la voluntad de los otorgantes fue otra o que sus declaraciones estaban contradichas por lo verdaderamente acaecido.

2º—Si la escritura pública hace plena fe frente a los otorgantes —artículo 1759 del Código Civil— y uno de ellos judicialmente reconoce que no corresponde a la verdad alguna de las cláusulas que literalmente favorece su interés jurídico; por virtud de la confesión de parte, cuya característira esencial es la de relevar de toda otra probanza, desaparece en la misma medida la fe plena que entre las partes surge del instrumento notarial (1.769 del C. Civil).

3.—Cuando en la confesión (artículo 609 del Código Judicial) se incluyen hechos o circunstancias de un todo inseparable que destruyen el efecto jurídico del suceso contemplado como objeto de la pregunta, a virtud de la indivisibilidad de la respuesta no hay verdadera confesión, porque entonces no se ha reconocido hecho alguno de consecuencias adversas al declarante, en nada se modifica la carga de la prueba y la resultante es igual a si el hecho se negara o a que la declaración no se hubiera producido jamás.

4.—Si el objeto sobre que recae la declaración del absolvente (artículo 609 del Código Judicial) es de suyo divisible y apenas se reconoce en parte, a ello se limita la confesión. Y es de igual manera si el declarante en su respuesta indidualiza o determina el hecho con características diferentes de las que figuran en el interrogatorio. De allí que si en estas hipótesis no existe en el proceso ninguna otra prueba que la confesión, el fallo adverso al declarante encuentra límite en su propio testimonio.

5.—Si el absolvente agrega hechos o circunstancias separables o independientes del suceso contemplado como objeto de la declaración, el reconocimiento es compuesto divisible y produce efecto vinculatorio absoluto. A menos que el confesante, por inversión de la carga, produzca plena prueba del hecho o circunstancia en que consiste su defensa, pues reconocida la existencia del hecho generador adverso, viene a ser indispensable acreditar la causa eximente alegada en la confesión (artículo 609 del Código Judicial)

6.—Por estar vinculada la naturaleza jurídica de la confesión judicial a la apreciación de circunstancias de hecho y a poderes discrecionales para valorarla como divisible o indivisible, en principio la sentencia de instancia no es susceptible de censura al respecto. Sólo por vía excepcional podría demostrarse en casación (numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial) o que el fallo desconoce el sentido obvio de las palabras del declarante, o que contraría los dic-

tados del sentido común al calificar la prueba.

7.—Si el comprador declara ser cierto el hecho de que en la compraventa no fue pagado el precio según aparece en la escritura, porque hubo novación; al valorar el sentenciador como divisible el reconocimiento, no se equivoca de hecho porque en nada desconoce los términos de la declaración; ni tampoco de derecho porque el acto novatorio, invocado en descargo, presupone elementalmente otro acto que por el nuevo viene a ser sustituído. (Numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial).

8.—La circunstancia de que el sentenciador reafirme su convencimiento en mérito de las declaraciones del notario y de los testigos instrumentales, en modo alguno es censurable, desde luego que la fuerza de tales testimonios no se proyecta contra el mérito de la escritura tocante a la fe pública, sino que refuerza el valor de la confesión judicial en cuanto hace a las relaciones entre los otorgantes, sin perjuicio de los intereses de terceros a cuya guarda se aplica el artículo 1.934 del Código Civil.

9.—La necesidad de un escrito para actos o contratos de objeto que valga más de quinientos pesos, está predicada por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 no AD SOLEMNITATEM sino AD PROBATIONEM. De donde se desprende que la confesión de parte pudo ser corroborada por testigos, sin que ello signifique que el testimonio adicione o altere en modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, desde luego que no es por testigos sino en mérito de la confesión como desaparece INTER PARTES la verdad de lo escrito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, treinta (30) de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Por sentencia del 7 de marzo de 1960 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó la de primer grado proferida en el presente litigio de Simeón Rentería Ponce contra Francisco Villegas Gómez por el Juez 1º Civil del Circuito de Tuluá el 19 de junio de 1958 con despacho favorable de las súplicas del actor. Dice así el pronunciamiento:

"1º—Decláranse resueltos los siguientes contratos suscritos por el señor Simeón Rentería, demandante, y el demandado señor Francisco Villegas Gómez, a saber: a) El de promesa de compraventa firmado en esta ciudad (Tuluá) el 3 de marzo de 1956 contenido en la copia que obra a folios 92 a 94 del cuaderno número 2; b) El que contiene la escritura pública número 154 de fecha 13 de marzo de 1956 de la Notaría 2ª del Circuito de Tuluá; y c) El que contiene la escritura número 163 otorgada en la misma Notaría 2ª el 21 de marzo del mismo año de 1956.

"3º—Ordénase en consecuencia al señor Notario 2º de esta ciudad que cancele las citadas escrituras números 154 y 163 de 13 y 21 de marzo de 1956 respectivamente. Oportunamente comuníquesele lo resuelto para que proceda a la cancelación ordenada.

"4º—Ordénase asimismo al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali e igualmente al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot que cancelen los registros de las escrituras antes mencionadas; el primero, el de la escritura número 154 de 13 de marzo de 1956 otorgada en la Notaría 2ª de Tuluá, y al último, el de la escritura número 163 de 21 de marzo de 1956 de la misma Notaría. Comuníqueseles oportunamente este ordenamiento a tales funcionarios para que le den cumplimiento.

"5º—Decrétase la restitución en favor del actor Simeón Rentería Ponce de los inmuebles descritos y alinderados en los apartes A) y B) del **hecho primero** de la demanda de 11 de mayo de 1956, con los frutos civiles por ellos producidos a partir de la contestación de la demanda. Tal restitución deberá hacerla el demandado señor Francisco Villegas Gómez, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"Condénase en costas al demandado".

La parte vencida interpuso recurso de casación y ha llegado la oportunidad de resolver.

La sentencia impugnada

Encontró el Tribunal que entre Rentería Ponce y Villegas Gómez fue celebrada el 3 de marzo de 1956 una promesa de contrato por la cual el pri-

mero se obligó a transferir al segundo dos inmuebles urbanos, uno en Cali y otro en Girardot, mediante precio convenido así: $ 66.000.00 como valor de cesión de crédito hipotecario a cargo de Alberto Piedrahita, que haría Villegas Gómez a favor de Rentería Ponce; $ 3.000.00 en dinero efectivo pagaderos entre el 3 y el 16 de marzo de 1956; $ 4.000.00 con plazo de sesenta días a partir de la fecha de la correspondiente escritura y representados en letra de cambio que el deudor suscribiría a favor del acreedor; y $ 12.000.00 que quedarían en poder del comprador Villegas Gómez para cancelar crédito hipotecario que pesaba sobre el inmueble de Cali.

Halló, igualmente, que por escritura 154 de 13 de marzo de 1956 de la Notaría 2ª de Tuluá, Rentería Ponce transfirió a Villegas Gómez el dominio sobre el mismo inmueble de Cali, y por escritura 163 del mismo mes y de la misma Notaría, el dominio sobre el inmueble de Girardot.

En seguida expone:

"Sobre la base de que el precio que figura en tales instrumentos como pagado de contado, fue convenido acomodaticiamente, sostiene el demandante que: a) El cumplió, mediante el otorgamiento de tales escrituras, las obligaciones que contrajo en la promesa de contrato; y b) Que, en cambio, el demandado no satisfizo las de su cargo, pues ni dio los tres mil pesos en el plazo señalado, ni firmó la letra por los cuatro mil pesos, ni cedió el crédito hipotecario a que antes se hizo alusión.

"Por su parte el demandando alega que 'por mutuo acuerdo entre los contratantes' hubo novación del contrato contenido en la promesa, la que consistió en que ya el precio no se pagaba en la forma estipulada en la promesa 'sino al contado, en dinero efectivo', como así consta en las escrituras que fue pagado. De donde deduce que la transferencia hecha por Rentería Ponce de los inmuebles a que se refieren las escrituras números 154 y 163, no se hizo 'en cumplimiento de la promesa de venta', sino 'en virtud de contrato de venta directa y por valor recibido' ".

Después de relacionar el Tribunal las pruebas aportadas por el demandante, alude a las posiciones absueltas por el demandado, a saber:

"De estas posiciones se transcriben las respuestas a las preguntas séptima, octava, décima y undécima, por la importancia que tiene para este proceso la discriminación de lo allí expuesto.

" 'Séptima.—Es cierto, sí o no, que después de leer el Notario 2º de Tuluá la escritura número 154 de 13 de marzo de 1956 por medio de la cual Simeón Rentería P. dijo vender a usted una casa situada en Cali y antes de firmarse, preguntó a los otorgantes si tenían arreglado lo relativo al negocio de que se trata?". Contestó: 'Es cierto'.

" 'Octava. — Es cierto, sí o no, que después de leer el Notario 2º de Tuluá, la escritura número 163 de 21 de marzo de 1956, por medio de la cual Simeón Rentería P. dijo vender a usted una casa situada en Girardot (Cundinamarca) y antes de firmarse, preguntó a los otorgantes si tenían arreglado lo relacionado con la negociación que contiene la escritura? Contestó: 'Es cierto'.

" 'Novena.—Es cierto, sí o no, que en ambas oportunidades dichas tanto usted como el compareciente manifestaron que ese negocio era a cambio de un crédito hipotecario, cosa que oyeron el Notario y los testigos instrumentales que estaban allí presentes? Contestó: 'Es cierto y aclaro: habíamos hecho antes un negocio de cambio a un crédito, hubo novación de este negocio y resolvía (sic) comprar de contado'.

" 'Décima. — Es cierto, sí o no, que usted no pagó en el momento del otorgamiento de la escritura pública (sic) números 154 y 163 mencionadas (posiciones 7ª y 8ª) las sumas de dinero que dicen los instrumentos? Contestó: 'Es cierto y aclaro: se hizo la escritura antes de firmarla (sic) fui a darle el dinero en la casa de habitación de don Simeón Rentería que queda más o menos a una cuadra de la Notaría y después fuimos a firmar la escritura, cuando se firmó la escritura, ya estaba recibido el dinero'.

" 'Undécima.—Es cierto, sí o no, que usted no pagó las sumas de dinero que mencionan las escrituras números 154 y 163 (citadas en los hechos o posiciones 7ª y 8ª) antes de que se otorgaran tales instrumentos? Contestó: 'No es cierto y aclaro: no se pagó en la Notaría porque ya había sido pagado en casa de él, en billetes, en presencia de una hija de Simeón Rentería y de una señora que no alcancé a presenciar quién era, fue más o menos a las doce del día en adelante'. (Fs. 32 y sigs. cuaderno número 2).

"La confesión —dice el artículo 609 del Código Judicial— se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante

agrega hechos distintos y separados que no tienen íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar.

"La hecha por Villegas G. relieva lo siguiente: Al contestar la pregunta novena, acepta por haberlo así manifestado al ser preguntado por el Notario, que el pago de los bienes vendidos por las escrituras números 145 y 163 lo haría mediante la cesión de un crédito hipotecario, aclarando en seguida que el negocio lo habían hecho así los otorgantes, pero que se modificó y resolvió hacerse de contado; y al contestar la undécima, que no había pagado el precio en el acto del otorgamiento, sino antes, en casa del vendedor.

"Como hecho principal acepta, pues, el confesante, que el pago de los inmuebles lo haría mediante la cesión de un crédito hipotecario, dando como hecho aclaratorio de aquel, el que, por haberse modificado el primer convenio, tal pago lo haría de contado.

"Como es obvio, entre el hecho confesado y el que lo aclara, hay una seria incompatibilidad: porque al aceptar Villegas G., en el acto de otorgarse las escrituras, que el negocio 'era a cambio de un crédito hipotecario', descartaba todo convenio sobre el pago al contado; y al afirmar que, por mutuo acuerdo entre los contratantes, el pago se haría al contado, denunciaba un hecho extraño y ajeno al primero.

"En otras palabras: si conforme a la aclaración hecha, se había pactado antes de otorgarse las escrituras la forma de pago, la respuesta principal debía referirse precisamente a esta modificación. Al referirse, en cambio, al pago mediante la cesión de un crédito, el absolvente aceptaba que en ese momento estaba vigente dicho pacto, es decir, que no había sufrido modificación alguna. Porque la vigencia de dicho convenio confesada en el acto del otorgamiento, no se compadece con la existencia de una modificación anterior del mismo convenida por los otorgantes, comoquiera que la una excluye a la otra.

"En estas condiciones, y comoquiera que el hecho sobre el cual recayó la declaración accesoria no guarda estrecho contracto (sic) y conexidad con el principal, la confesión no puede estimarse como indivisible. Consecuencialmente incumbía al confesante acreditar la modalidad constitutiva del hecho añadido como explicación del principal.

" 'Todo hecho extraño y separado del confesado —dice la Corte— constituye una verdadera excepción que, al tenor del artículo 609 del Código Judicial, debe probar el confesante'. (Cas. 12 de diciembre de 1936, XLV, 11).

"Tal demostración no se hizo, pues aparte de las escrituras números 154 y 163 cuya copia se trajo con la correspondiente nota de registro, y en las que no aparece que los otorgantes hubieran tenido la intención de modificar el contrato contenido en la promesa, ninguna otra probanza se adujo encaminada a acreditar que el pago se hubiera hecho al contado, por modificación del convenio consignado en la promesa".

Hace el sentenciador otras consideraciones al respecto y añade:

"A la prueba procedente de la confesión se agrega la que deriva de las declaraciones de los testigos instrumentales arriba citados y de la certificación notarial. Lo dicho por uno y otra respalda plenamente la verdad de la manifestación hecha por el demandado ante el Notario al ser preguntado sobre la forma de pago en el acto del otorgamiento de las escrituras. Y si bien es verdad que tales probanzas, por sí solas, serían insuficientes para contrarrestar el efecto legal de lo expuesto o consignado en la escritura pública, sirven por lo menos de indicios que vienen a corroborar la fuerza probatoria emanada de la confesión".

La impugnación

El recurrente aduce dos cargos por la causal 1ª, a saber:

"1º—Violación de ley sustantiva por **infracción directa,** que más bien pudiera llamarse **indebida aplicación.** Resultado al cual se llegó al través de manifiestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas.

"2º — Violación de ley sustantiva por errónea interpretación, que condujo a su indebida aplicación".

I. — Atribuye los alegados "ostensibles errores de hecho y de derecho" en la apreciación probatoria a que el Tribunal consideró divisible la confesión del demandado, y expone:

"Con la expedición del actual estatuto legal de procedimiento civil se modificó sustancialmente el anterior sistema sobre la divisibilidad de la confesión, estableciéndose como regla general, en el artículo 609, el sistema de la indivisibilidad de la confesión modificada. Dice, en efecto, la primera parte de dicho artículo:

" 'La confesión se admite tal como se hace, con

sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho'.

"Y ese sistema general no se modifica sino en el evento contemplado en la segunda parte del artículo citado, que dice: 'pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que **no tengan íntima relación con el primero**, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar'. (Subraya el recurrente).

"De conformidad con este precepto legal —agrega— tres requisitos son indispensables para que la confesión modificada sea divisible, a saber: Que el hecho agregado sea separado del principal; que sea distinto, y que **no tenga íntima relación con él**. De donde se sigue que si al hecho agregado le falta una de las calidades cuyo conjunto exige la ley, la confesión debe apreciarse según el sistema general de la **indivisibilidad**".

Y ya sobre el caso en litigio, dice:

"El demandado declaró ser cierto que el precio de las compraventas a que la demanda se refiere **se había convenido**, no en la forma en que se dice en las respectivas escrituras, sino dando en parte de él al vendedor un crédito hipotecario. Pero agrega a renglón seguido que esto último se modificó para acordar el precio y su pago tal como se expresa en las escrituras. Lo cual equivale exactamente a haber dicho: No es cierto que el precio sea distinto del que fue materia de la declaración expresa de las partes en cada una de las escrituras".

Hace otras consideraciones al respecto, y señala:

"Pero aun admitiendo en gracia de discusión la tesis de la confesión divisible en la declaración materia de examen, es lo cierto que el hecho con que el absolvente de posiciones modificó el principal, aparece plenamente comprobado, como paso a evidenciarlo.

Obsérvese en primer lugar que el absolvente remontó la existencia de aquel hecho a época anterior al otorgamiento de las escrituras con que se perfeccionaron los respectivos contratos de compraventa.

"Así las cosas, en la declaración que en cada una de aquellas escrituras hizo el vendedor Rentería Ponce con referencia al precio de las compraventas y su pago, que al principio dejé literalmente transcritas, se encuentra la plena prueba de que el precio primitivamente acordado, antes del otorgamiento de las escrituras, se había modificado como lo dice el absolvente".

De ahí deduce que el sentenciador pasó en silencio esa prueba de descargo para el demandado, "incurriendo así, dice, en doble error: **de hecho** en cuanto a la omisión misma; y **de derecho**, porque con tal omisión no le dio a las declaraciones escriturarias del vendedor el valor probatorio que de conformidad con los artículos 1.759 y 1.765 del Código Civil ha debido reconocerles".

Por otro aspecto halla el recurrente "doble y manifiesto error de derecho del Tribunal" por valorar las declaraciones de los testigos instrumentales y la certificación notarial, con quebranto del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, que no admite la prueba de testigos "en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haber dicho antes, o 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 quinientos pesos". Considera, además, que el Notario de Tuluá con su certificación traspasó el límite de sus atribuciones, por lo cual ese documento no hace prueba.

Agrega que la promesa de compraventa habida entre las partes, no obstante que ambas han reconocido ese hecho para situarlo fuera del debate, carece de prueba por haber venido en copia pedida y decretada sin observancia de la parte contraria, y expedida por el Juzgado donde original cursa en un proceso, en vez de obtener el desglose del instrumento.

Y concluye el cargo primero con la afirmación de que por consecuencia de los invocados errores, el sentenciador quebrantó los artículos 1.546, 1.930 y 1.544 del Código Civil.

II.—"Incurrió finalmente el Tribunal sentenciador —dice el libelo— en violación del artículo 1.934 del Código Civil por **errónea interpretación**, la cual paso a demostrar:

"Dice el Tribunal que este precepto legal debe entenderse en el sentido de que la declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de la venta admite prueba en contrario entre las partes. Hasta aquí está en lo cierto. Pero no en cuanto expresa en seguida, sin restricción alguna, que a éstas les es lícito probar **con toda clase de pruebas** en el caso allí previsto. Ese concepto absoluto e irrestricto es equivocado. Lo que rectamente debe entenderse es que entre las partes no rige el sistema de la **prueba única** de la nulidad o falsificación de la escritura, pudiendo por tanto, hacer uso del sistema probatorio general y ordinario. Pero indiscutiblemente quedan sometidas dentro de tal sistema a las res-

tricciones probatorias que establece la ley por otros conceptos, como son los que he señalado en el presente escrito.

"De esa premisa equivocada dedujo el Tribunal la conclusión también equivocada, que expresa en estos términos: "...cabe entonces deducir — se dice— que el otorgamiento de las escrituras públicas números 154 y 163 se hizo en desarrollo y cumplimiento de la promesa de venta, y no, como sostiene el demandado y en esto radicó su defensa, 'en virtud de contratos de venta' por haberse modificado sustancialmente lo convenido en la promesa respecto a la forma del pago".

Se considera:

1. — Es incontestable el mérito extraordinario que la ley reserva a la prueba por escritura pública. Hace fe en todo cuanto el Notario, como guardián de la confianza general, presencia por la vista y el oído y por estos, en lo que atañe al hecho de haberse otorgado el instrumento en cierto día y tal como aparece de su lectura. Mas la fe notarial no se extiende a la verdad de las declaraciones de los otorgantes. En esta parte —expresa el art. 1.759 del Código Civil— "no hace plena fe sino contra los declarantes", de tal suerte que los terceros pueden hacer valer su posición en derecho al amparo de la buena fe y de acuerdo con los términos del acta notarial, aunque llegue a descubrirse que la voluntad de los otorgantes fue otra o que sus declaraciones estaban contradichas por lo verdaderamente acaecido

2. — Si, en consecuencia, la escritura pública hace plena prueba frente a los otorgantes y uno de ellos judicialmente reconoce que no corresponde a la verdad alguna de las cláusulas que literalmente favorecen su interés jurídico, por virtud de la confesión desaparece en la misma medida la fe plena que entre las partes surge del instrumento notarial. Entonces se reconoce un hecho con valoración jurídica cuyos efectos perjudican a quien declara, que es precisamente la característica esencial de la confesión de parte como relevo de toda otra probanza.

3.—En el presente recurso la censura estriba en considerar que fue cualificado indivisible el reconocimiento del comprador de ser cierto el hecho de no haberse pagado el precio de los inmuebles de Cali y Girardot según rezan las respectivas escrituras, por cuanto el confesante en posiciones agrega que hubo novación de lo primeramente convenido.

Cuando el reconocimiento incluye hechos o circunstancias constitutivos de un todo inseparable que destruye los efectos jurídicos del suceso contemplado como objeto de la pregunta, a virtud de la indivisibilidad de la respuesta no hay verdadera confesión, porque entonces no se ha reconocido hecho alguno de consecuencias adversas al declarante, en nada se modifica la carga de la prueba, y la resultante es igual a si el hecho se negara o que la declaración no se hubiera producido jamás.

Si el objeto sobre que recae la declaración es de suyo divisible y apenas se reconoce en parte, a ello se limita la confesión. Y es de igual manera si el declarante en su respuesta individualiza o determina el hecho con características diferentes de las que figuran en el interrogatorio. De allí que si en estas hipótesis no existe en el proceso ninguna otra prueba que la confesión, el fallo adverso al declarante encuentra límite en su propio testimonio.

Pero cuando se agregan hechos o circunstancias separables o independientes del suceso contemplado como objeto de la declaración, el reconocimiento es compuesto divisible y produce efecto vinculatorio absoluto, a menos que el confesante, por inversión de la carga, produzca plena prueba del hecho o circunstancia en que consiste su defensa. Reconocida la existencia del hecho generador adverso, viene a ser indispensable acreditar la causa eximente alegada en la confesión.

4.—Por estar así vinculada la naturaleza jurídica del reconocimiento judicial a la apreciación de circunstancias de hecho y a poderes discrecionales para valorarlo como divisible o indivisible, en principio el sentenciador no es susceptible de censura al respecto. Pues sólo por vía excepcional podría demostrarse en casación que el fallo acusado desconoce o supone la existencia o el significado obvio de las palabras del declarante, con yerro manifiesto de hecho; o bien, que contraría los dictados elementales del sentido común para afirmar o negar en plano jurídico el mérito del medio, en contradicción con el ordenamiento legal de las probanzas, y por esto, con error de derecho. En ambas situaciones, claro está, como causa eficiente del quebranto de normas sustanciales determinadas.

5.—Si en concreto aparece que el demandado declara ser cierto el hecho de que en las compraventas no fue pagado el precio según aparece en las escrituras, porque hubo novación, y el sentenciador valora como indivisible el reconocimiento,

no se ha equivocado de hecho porque en nada desconoce los términos de la declaración; ni tampoco de derecho porque el acto novatorio invocado en descargo, presupone elementalmente otro acto que por el nuevo viene a ser sustituído. De donde no hay vicio de razonamiento ni quebranto de la tarifa probatoria.

6.—La circunstancia adicional de que el sentenciador reafirmara su convicción en mérito de las declaraciones del Notario de Tuluá y los testigos instrumentales, en modo alguno es censurable, desde luego que la dinámica de tales testimonios de excepción no se proyecta contra el mérito de la escritura tocante a la fe pública, sino que esfuerza el valor del reconocimiento judicial en cuanto hace a las relaciones entre los otorgantes, sin perjuicio de los intereses de terceros a cuya guarda se aplica el artículo 1.934 del Código Civil.

7.—Es el caso de agregar apenas que la necesidad de un escrito para actos o contratos de objeto que valga más de quinientos pesos, está predicada por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 no ad solemnitatem sino ad probationem. De donde se desprende que la confesión de parte puede ser corroborada por testigos, sin que ello signifique que el testimonio adicione o altere en modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato o que verse sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, desde luego que no es por testigos sino en mérito de la confesión como desaparece inter partes la verdad de lo escrito. Los testimonios surgen en respaldo de esa plenitud probatoria para reafirmar la convicción judicial, y no para acreditar derechos cuyo objeto valga más de quinientos pesos.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 7 de marzo de 1960 proferida en el presente litigio de Simeón Rentería Ponce contra Francisco Villegas Gómez por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — José Hernández Arbeláez. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SE ACUSA, POR PRETENDIDOS ERRORES EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS, UNA SENTENCIA QUE NEGO LA DECLARATORIA DE FILIACION NATURAL. — EXCEPCION DE COSA JUZGADA

1.—La violación directa ocurre cuando no se aplica la norma al caso que ella regula; la aplicación indebida supone buen entendimiento de la norma legal, pero irregular aplicación, porque la situación o hecho no está comprendido dentro de los límites de la disposición o porque se la hace producir distintos efectos de los que en sí contempla; e interpretación errónea, vicio, asimismo, en la comprensión general y abstracta de la ley, en el que se cae por entender equivocadamente su contenido, abstracción habida de la cuestión de hecho que regula. (Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial).

2.—En el orden lógico, frente a los motivos previstos en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, no se entiende cómo, una misma norma, el mismo principio, se deje de aplicar y, al mismo tiempo, se aplique mal, por error de su contenido o en la apreciación de los hechos. Censurar un fallo en esta forma contradictoria es hacer imposible la calificación jurídica de la materia.

3.—Ya tiene dicho la Corte, respecto a la prueba testimonial, en procesos sobre paternidad natural que "la prosperidad de la demanda de casación queda circunscrita al presupuesto extraordinario de error craso por lo absurdo o por ignorancia de medios que escaparon a los ojos del juzgador para desvirtuar por vía de consecuencia el juicio que emitiera".

4. — Es írrito afirmar que la paternidad pueda probarse por confesión de la madre del presunto padre. Las afirmaciones hechas por ella en posiciones absueltas, apenas serían, en tal caso, un testimonio sujeto a la crítica de esta clase de probanzas.

5.—Por autorización de la ley —artículo 341 del Código Judicial— las excepciones de cosa juzgada y transacción, perentorias de fondo, pueden proponerse y decidirse como dilatorias, por simple razón de economía procesal. La providencia que las resuelve es auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva y con efecto de dejar fuera de la controversia la sujeta materia del incidente. El juez no tiene por qué volver sobre este tema al dictar la sentencia.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

Antecedentes

Francisca Urriago Parra, en su condición de representante legal de sus menores hijos Alfredo, Oscar, Marina, Luis Eduardo, Isabel, Adolfo, Alvaro, Alicia y Alba Inés Urriago, demandaron en juicio de procedimiento ordinario ante el Juez Civil de Roldanillo (V.) a Rosa Torres de Barbosa, en su condición de heredera o sucesora de Eliécer o José Eliécer Barbosa Torres para que frente a ésta, se declare: que los nombrados son hijos naturales de Eliécer o José Eliécer Barbosa Torres; que por esa razón tienen derecho a la herencia en la sucesión del presunto padre, en la proporción que señala la ley, como también pueden intervenir en el juicio de sucesión; que los

bienes individualizados en el hecho doce (12) de la demanda pertenecen a los Urriago en la condición dicha y en concurrencia con los demás herederos reconocidos del causante; que se ordene, en consecuencia, la cancelación de las inscripciones anotadas en las partidas distinguidas con los números 3.884 y 747 de los libros Primero y de Causas Mortuorias de la Oficina de Registro, el 30 de diciembre de 1954, a folios 206 y 48 de los Tomos 4º y 1º, en su orden; e, igualmente, la cancelación de las inscripciones de los títulos que "con base en el que se menciona en la declaración anterior, hubiese hecho la señora Rosa Torres vda. de Barbosa a sus causahabientes".

Como hechos, se relatan, en resumen, estos:

En el año de 1921, en Roldanillo, empezaron relaciones sexuales entre Eliécer o José Eliécer Barbosa Torres y Francisca Urriago Parra, las que se hicieron notorias, prolongadas y del dominio público, pues duraron hasta 1943; de esas relaciones sexuales, públicas, notorias y estables nacieron como hijos comunes, quienes ahora demandan; Barbosa Torres reconoció a las prenombradas personas, como sus hijos, y como tales los presentó ante sus deudos, relacionados y amigos y así los reputó el vecindario; Barbosa Torres proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento, no sólo cuando estuvieron al cuidado de la madre natural, sino cuando Eliécer o José Eliécer los llevó a casa de su propia madre donde vivieron: Alba Inés, durante 23 años; Alicia, 15; Isabel, 10; Marina, 9; y Alvaro y Eduardo, aproximadamente siete años cada uno; todos y cada uno de los nombrados hijos de Barbosa Torres nacieron después de los cientos ochenta días de haber empezado las relaciones sexuales notorias y estables sostenidas con Francisca Urriago y la última nació dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron; todo lo cual, según el actor, indica que el estado civil de quienes piden declaración de hijos naturales, proviene de posesión notoria prolongada por más de diez años; Barbosa Torres murió célibe, sin hacer testamento y como heredera universal fue reconocida su madre legítima Rosa Torres viuda de Barbosa, a quien se le adjudicaron los bienes relictos, según providencia de 30 de junio de 1953, inscrita el 30 de diciembre de 1954, como antes queda dicho. Y por fin, que "esa inscripción quedó viciada de nulidad, como que tuvo objeto ilícito, ya que esos bienes se hallaban —y todavía se hallan— fuera del comercio en virtud de la inscripción de sendas demandas civiles ordinarias que contra los sucesores de Eliécer Barbosa Torres propusieron, en este mismo Juzgado María de la Paz Cabrera, Francisca Urriago y otros, inscripciones esas que —a la sazón— se hallaban vigentes".

"DERECHO. — Se apoya esta demanda en el articulado de las Leyes 45 y 63 de 1936; en los artículos 4º, ss., 25, ss., 33, ss., 73, ss., 62, 653 a 869, 946 a 971, 1.008, ss., 1.239, ss., 1.279, ss., 1.374, ss., 2.637 a 2.681 y todos sus concordantes, así como en los artículos 54 y ss. de la Ley 153 de 1887. Y en lo procedimental, en los artículos 734, 737, ss. y concordantes del C. Judicial".

Dentro del traslado de la demanda y antes de contestarla, se propuso como dilatoria la excepción de cosa juzgada. El Juzgado pronunció fallo adverso. El Tribunal en providencia de 19 de enero de 1956 revocó la del inferior y declaró "probada la excepción dilatoria de cosa juzgada propuesta por la parte demandada, en los términos de la parte motiva de esta providencia, es decir, en relación con los demandantes excepción hecha del demandante Luis Eduardo Urriago" y "no probada la misma excepción en cuanto se refiere al demandante Luis Eduardo Urriago". Igualmente fue negado el recurso de reposición propuesto contra el proveído citado.

La sentencia de primera instancia absolvió a la demandada de los cargos formulados en el libelo, lo que motivó la apelación de la parte vencida y, ahora, el recurso de casación, pues la sentencia del Tribunal fue confirmatoria de la del Juez **a quo.**

La sentencia acusada

Las siguientes cuestiones debatidas en el proceso estudia la sentencia impugnada en casación:

a) La incidencia del auto que declaró probada la excepción de cosa juzgada, propuesta como dilatoria.

Dice el Tribunal al respecto:

"Solicita la parte actora en su demanda la declaración de filiación natural, con las consecuencias que ello comporta, para Alfredo, Oscar, Marina, Luis Eduardo, Isabel, Adolfo, Alvaro, Alicia y Alba Inés Urriago. Como pretendido padre natural se señala al señor Eliécer Barbosa Torres, hijo de la señora Rosa Torres de Barbosa, quien en ese carácter de sucesora, demostrado satisfactoriamente, ha sido demandada en este juicio ordinario.

"Mas sucede que lo pedido ha quedado limitado al señor Luis Eduardo Urriago, por razón de la excepción de cosa juzgada alegada por la demandada y hallada probada por el Tribunal en su proveído datado el 19 de enero de 1956, para los demandantes, a excepción de aquel, como antes se anunció. Ante esa providencia, no resulta ni razonable ni jurídica la pretensión del apelante de que se desconozcan los efectos propios de la cosa juzgada".

b) Sobre la existencia, de manera notoria, de relaciones sexuales estables, y, después de analizar la prueba testimonial, afirma el fallador:

"No puede sostenerse con acierto que la prueba antes resumida establezca en forma inequívoca la existencia de las relaciones concubinarias, entre Eliécer Barbosa Torres y Francisca Urriago, en los términos exigidos por el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, y que tanto la doctrina como la jurisprudencia han recalcado, demandando un criterio estricto y riguroso en la apreciación de los hechos que configuran esa causal de la investigación de la paternidad".

"Las circunstancias demandadas por el ordinal mencionado no están todas satisfechas, ya que no está demostrado que las relaciones sexuales se iniciaron desde los ciento ochenta días anteriores al nacimiento de Luis Eduardo Urriago, es decir, a principios del mes de marzo de 1921. Porque se trata nada menos que de la 'época que cuadre con la de la concepción del hijo, de acuerdo con las prescripciones legales sobre época del embarazo'. (G. J. números 2.136 y 21.37). El dicho límite de tiempo no está acreditado de autos, pues que los testigos que hablan de las relaciones no determinan la fecha en que se iniciaron, por cuanto apenas aseguran unos que fue a principios de 1921, y esta simple aserción no basta, como se ha expuesto claramente".

c) Cuanto a posesión notoria del estado de hijo natural, sostiene el fallo acusado, esto:

"En cuanto a la otra causal, es decir la del ordinal 5º del citado artículo 4º, ocurre lo propio, porque tampoco resulta comprobada la posesión notoria del estado de hijo natural de Luis Eduardo Urriago. Los elementos de convicción derivan del cúmulo de testimonios relacionados ya en esta providencia, y de acuerdo con los cuales se ha intentado probar que el señor Eliécer o Jorge Eliécer Barbosa Torres consideró como hijo suyo y dióle el trato consiguiente al prenombrado, en forma pública ante sus relacionados, familiares y vecindario, proveyendo asimismo a su subsistencia, crianza y educación del aludido Luis Eduardo.

"Del simple examen que se haga de esos testimonios es fácil deducir que no son responsivos, exactos y completos, como lo requiere la ley para tener la fuerza probatoria demostrativa de circunstancias semejantes como las alegadas. A esa prueba pueden formulársele reparos que inciden de tal manera en su valoración que la hacen ineficaz, como la atinente a que muchos testigos afirman que Luis Eduardo es hijo natural de Barbosa Torres por habérselo contado éste y la Urriago o por haberlo oído decir en el vecindario, sin concresión y explicación satisfactorias.

"No les consta, pues, de modo personal, como dice el declarante Miguel Mondragón Motoa, que aquel sea hijo de Barbosa. Acerca de los deberes de padre que se le atribuyen al señor Barbosa Torres (sostenimiento y educación de Luis Eduardo) no dan razón concreta los testigos de los actos en que ellos consistieran y si su cumplimiento fuera permanente. Además, sobre esos mismos deberes, la mayoría de los declarantes nada precisan ni acerca de la educación, por no constarles directamente. El mismo Villafañe asegura que los Urriago se educaron, crecieron y se alimentaron bajo el amparo de la señora madre de Eliécer Barbosa, al paso que otro como Rojas, sostiene que el pretendido padre proveía a esa educación, que tampoco explica en qué consistió. Otros, como los declarantes Albán Urdinola y García Quintero, estuvieron ausentes del lugar por largas temporadas.

"La declaración del señor Arturo Dosman aportada por el actor con el libelo no puede ameritarse por faltar su ratificación, ya que se trata de prueba trasladada de otro juicio en el que Luis Eduardo Urriago no fue parte.

"De lo explicado se saca la sólida conclusión de que la prueba aducida no establece, por carecer de seriedad y firmeza, la posesión notoria del modo irrefragable como lo quiere la Corte, es decir, dentro de los contornos de tiempo y demás circunstancias de que hablan el artículo 6º de la Ley 45, del Código Sustantivo (artículo 398) y el Código Judicial (artículo 797) como constitutivos de ese estado".

Los cargos en casación

Contra el fallo de segunda instancia se invocan varios cargos que formulados globalmente; primero, se pretenden desarrollar luego, en apartes distintos.

PRIMER CARGO.—"La sentencia recurrida es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida de la misma, por su interpretación errónea".

"a) **Por infracción directa.**—Relaciones sexuales notorias y estables entre Eliécer o Jorge Eliécer Barbosa Torres y Francisca Urriago Parra".

Se asevera que respecto a esas relaciones, son enfáticos los testimonios de Benigno Cabrera Reyes, Miguel Mondragón Motoa, Miguel Urdinola y otros, hasta diez y siete que allí cita.

"Un número crecido, compacto de testimonios fidedignos", dice, "claros, reponsivos, sinceros y leales en sus exposiciones, sobre todo cuando responden a las preguntas que les formuló el personero judicial de la parte demandada, coinciden, además, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y nos muestran cómo las relaciones sexuales entre Eliécer Barbosa Torres y Francisca Urriago Parra empezaron en el año de 1921 y se prolongaron 'por más de veinte años', nos persuaden de que dichas relaciones además de su estabilidad o permanencia en el tiempo, fueron notorias, de innegable notoriedad".

Concluye en los siguientes términos:

"Y mi afirmación resulta incontrovertible si tenemos en cuenta que la Ley 45 de 1936 reconoció como a hijos naturales a todos los habidos por padres que al tiempo de la concepción no eran casados entre sí (artículo 1º); que autorizó la declaración judicial de la paternidad judicial por la existencia de relaciones sexuales 'notorias' y 'estables' entre el presunto padre y la madre (artículo 4º); que para el establecimiento de dichas relaciones es prueba idónea la testimonial (artículo 19 de la Ley 92 de 1938, subrogatario del del artículo 395 del C. Civil); que es testigo hábil todo aquel que ha llegado a los catorce (14) años (artículo 668 del C. Judicial); que hacen plena prueba dos testigos que concuerden en las circunstancias de modo, tiempo y lugar (artículo 697 ibidem)".

"Y ya que la sentencia ha infringido directamente esas disposiciones, yo la impugno ante la H. Corte, a fin de que la invalide y, en su lugar, se digne hacer las declaraciones que solicité en mi demanda del once (11) de julio de 1955...".

"b) La sentencia recurrida en casación es violatoria de la ley sustantiva, y de la procedimental, por aplicación indebida y por aplicación errónea de la misma".

Insiste la acusación en afirmar que la prueba testimonial fue mal apreciada, pues de ella se infiere las relaciones estables y notorias, que en razón de "la labor de síntesis o resumen" cumplida por el Tribunal para estudiar esa prueba, lo llevó a caer en graves errores y a menospreciarla y que por ese medio llegó "a la infracción directa de las leyes sustantivas y adjetivas, lo mismo por aplicación indebida que por interpretación errónea de los preceptos contenidos en los artículos 1º, 4º, 7º, de la Ley 45 de 1936, 19 de la Ley 92 de 1938, 398 a 404 del C. Civil, 668 y 697 del C. Judicial, ya que tales disposiciones, además de querer, **mandan** que se tenga por hijo natural el concebido por personas que no eran casadas entre sí al tiempo de la concepción, que se haga la declaración judicial de ese estado civil cuando él se pruebe por un conjunto de testimonios fehacientes, que la declaratoria judicial se haga cuando entre los pretendidos padres hayan existido relaciones sexuales 'notorias' y 'estables', aun cuando no haya habido habitación común, y siempre y cuando el hijo haya nacido 'después' de los ciento ochenta (180) días siguientes a aquel en que las relaciones sexuales empezaron".

"Por ello, en consonancia con mi solicitud anterior de invalidez, ordinal a), o COMO SUBSIDIARIA DE ELLA, pido a la H. Sala, por vuestro ilustrado conducto, que os sirvais invalidar la sentencia recurrida y hacer, en su lugar, las declaraciones que consigné en mi libelo de demanda de instancia fechado el 14 de junio de 1955...".

"c) La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, y además de la adjetiva o procedimental, por 'apreciación errónea de determinada prueba' y por 'falta de apreciación' de otras".

Nuevamente se ataca el fallo porque el Tribunal "en vez de analizar en su totalidad todos y cada uno de los mencionados testimonios, acudió al método de la **síntesis**, del **compendio**, del **resumen**, y con ello desvirtuó la verdad, la esencia, el contenido de los dichos testimonios, para decir, en la parte motiva de su fallo, no con base en esos testimonios, sino con apoyo en su labor de síntesis, de compendio, de resumen, que 'no puede sostenerse con acierto que la prueba antes **resumida** (subraya el suscrito), establezca en forma inequívoca la existencia de las relaciones concubinarias, entre Eliécer Barbosa Torres y Francisca Urriago, en los términos exigidos por el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936' ".

"Y como si lo anterior fuese poco, no quiso (el Tribunal) analizar ni tomar en consideración la declaración de Arturo Dosman, fs 14 vto. y ss. del cuaderno principal, con el pretexto de que

no fue ratificada en este juicio, cuando es la verdad que esa declaración fue dada en el primer juicio ordinario, controvertido y fallado, que sobre este mismo negocio de la filiación natural se ventiló ante los jueces, a ciencia y paciencia de la parte demandada, por lo cual no había menester de esa 'ratificación' que el Tribunal echa de menos en su fallo, hoy recurrido.

"Olvidó el Tribunal que, por ministerio del artículo 597 del C. Judicial, 'para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de hacer parte del proceso: por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas', y que, por lo mismo, si la declaración de Arturo Dosman, no recibida extrajuicio sino dentro de un juicio ordinario en que la contraparte o parte demandada intervino, debe ser apreciada, porque se acompañó a la demanda".

"Empero, si lo anterior fuese poco, hallamos que el Tribunal de Buga, en su fallo recurrido, omitió estudiar las **posiciones** que a la demandada le fueron sometidas por mí.

"Y esas posiciones, cuya absolución se lee a fs. dos (2) vto., infra, del cuaderno principal, puede verse lo siguiente:

"...Acto seguido, fue abierto en presencia de la absolvente el pliego de posiciones y se le hizo la primera que la (sic) letra dice: 'Iº—Diga usted, bajo la solemnidad del juramento que acaba de prestar, cómo es cierto —sí o no— que su hijo Eliécer Barbosa Torres vivió de continuo con usted y en una misma casa?'. Contestó: 'Es cierto. vivió aquí conmigo hasta que murió'. 'A la 2ª que dice: '2ª—Diga con recuerdo de ese solemne juramente que acaba de prestar cómo es verdad, si o no, que en esta misma casa vivieron durante muchos años, los HIJOS NATURALES (pongo yo las mayúsculas) de su hijo ELIECER (ya nombrado), durante muchos años?'. - Contestó: 'Es cierto. Vivieron como sirvientes, no como hijos".

"Confesó la absolvente, vale decir la demandada, que sí vivieron en su casa los hijos naturales de Eliécer Barbosa, pero agrega que vivieron como sirvientes y no como hijos.

"Quiere ello decir que la abuela, la absolvente, reconoce que usufructuó el servicio de los hijos naturales de su hijo ELIECER, pero que no los tuvo como a hijos.

"CUALIFICACION es ésta que debió probar la absolvente y no la parte actora, a fin de que su confesión no se tuviese como **plena prueba**, al decir del artículo 606 del C. Judicial.

"Si no lo probó, fuerza es concluír que esa su confesión judicial sí tiene el valor de plena prueba, como que reconoció que en su casa suya de ella (que fue también la de su hijo ELIECER BARBOSA TORRES), vivieron durante muchos años los hijos naturales de éste".

"Con todo y lo anterior, el H. Tribunal Superior de Buga no analizó estas pruebas, no las tuvo en cuenta, no las apreció, pese a la circunstancia de que la ley le impone el deber de apreciarlas, y, por lo mismo, incurrió en error de derecho y de hecho, por errónea interpretación de la prueba aportada por el actor y 'por falta de apreciación de las otras pruebas' mencionadas, con lo cual infringió la ley sustantiva en los artículos 1º, 4º y 7º de la Ley 45 de 1936, 19 de la Ley 92 de 1938, 398 a 404, inclusive del C. Civil, 520, 610, 603, 604, 608, 668, 697 y cc. del C. Judicial.

"De consiguiente, con apoyo en las disposiciones mencionadas, comedidamente impugno la sentencia recurrida, y la acuso, a fin de que os sirváis, ya en declaración principal, o **como subsidiaria de las anteriores**, invalidar dicha sentencia por su abierta, directa violación de la ley sustantiva y de las procedimentales mencionadas, y, en su lugar, hacer las declaraciones que puntualicé en la parte petitoria de mi demanda de instancia.

"Nota bene: debo agregar aquí —y en efecto lo agrego— que las violaciones de la ley a que antes aludí, en todas mis peticiones para la invalidación o casación del fallo recurrido, se basan en errores de derecho o de hecho, cometidos por el H. Tribunal en su sentencia ameritada. Y que dichas violaciones, por error de derecho o de hecho, debe tomarlas en consideración la H. Corte para dictar su sentencia".

"d) La sentencia es violatoria de la ley sustantiva y adjetiva, también, por errónea apreciación de la prueba, y, por falta de apreciación de esa prueba, en lo tocante con el ESTADO DE HIJOS NATURALES DEL DE CUJUS, que tienen mis mandantes.

"Efectivamente, es notoria, con notoriedad de MAS DE DIEZ (10) AÑOS, la posesión del estado civil que, como HIJOS NATURALES DE ELIECER BARBOSA TORRES, han tenido los hijos de FRANCISCA URRIAGO, es a saber: LUIS EDUARDO, ALBA INES, ALFREDO, ALVARO, MARINA, OSCAR, ADOLFO, ALICIA, ADOLFO (sic).

"Primero, porque vivieron muchos años en la casa de su padre natural y abuela.

"Segundo, porque habiendo nacido el primero en septiembre de 1921, su estado de hijo natural de ELIECER BARBOSA TORRES, al igual que el de sus hermanos que nacieron después, se prolongó hasta el año de MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES (1953), año en que declararon los testigos: y, sigue prolongándose ante TODO EL VECINDARIO de la municipalidad de Roldanillo.

"Y si ese estado civil, como hijos naturales de ELICER BARBOSA TORRES de mis poderdantes, ya citados, se prolongó y prolonga por más de diez años; y si ese estado se puede establecer con prueba testimonial; y si la que se ha presentado al juicio está formada por un conjunto, más de diez (10), de testigos fidedignos, claros, responsivos, sinceros, que dan razón de su dicho y que por lo mismo establecen dicho estado civil de modo 'irrefragable', es obvio que el H. Tribunal Superior de Buga, al desatar la litis, no con base en la prueba irrefutable que se aportó a la litis, sino en la síntesis mutilada que hizo de los testimonios, violó, con error de derecho y de hecho, las leyes sustantivas y procedimental, lo mismo por aplicación indebida de esas leyes que por su interpretación errónea, al igual que 'por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas', según lo dejo plenamente demostrado.

"Ello me lleva a pedir, una vez más, que por los motivos acotados, ya como principales, ora como subsidiarios de los anteriores, se case, se invalide la sentencia recurrida en casación, que es la proferida por el Tribunal de Buga con fecha 24 de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), fs. 123, ss. y cc. del cuaderno principal, para que en su lugar dicte el fallo que acoja mis peticiones consignadas en la demanda de 14 de junio de 1955, (presentada el once (11) de julio de ese mismo año), fs. 54 y ss. del mentado cuaderno, O LAS QUE LES SEAN SIMILARES Y ATINENTES.

"Y es que, de acuerdo con lo ya establecido, la sentencia que impugno violó directamente, por infracción directa, por aplicación indebida, por interpretación errónea, la ley sustantiva y la adjetiva que le es aplicable, y, de no, porque interpretó erróneamente la prueba o porque dejó de apreciarla".

Consideraciones:

a) La primera dificultad que la demanda de casación presenta, es la de saber cuál es el cargo concreto contra la sentencia recurrida. En cada uno de los apartes transcritos se la censura por violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea. Se hacen converger todos los motivos de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, contra el juicio del Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial y en la absolución de posiciones de la demanda que el recurrente tiene como confesión.

Esto sólo determinaría el insuceso del recurso, si se tiene en cuenta la diferencia entre violación directa (inaplicación) que ocurre cuando no se aplica la norma al caso que ella regula; aplicación indebida, que supone buen entendimiento de la norma legal, pero irregular aplicación, porque la situación o hecho no está comprendido dentro de los límites de la disposición o porque se la hace producir distintos efectos de los que en sí contempla; e interpretación errónea, vicio, asimismo, en la comprensión general y abstracta de la ley, en el que se cae, por entender equivocadamente su contenido, abstracción habida de la cuestión de hecho que regula.

En el orden lógico, frente a los motivos previstos en el numeral 1º del artículo 520 del C. Judicial, no se entiende cómo, una misma norma, el mismo principio, se deje de aplicar y, al mismo tiempo, se aplique mal, por error en su contenido o en la apreciación de los hechos. Censurar el fallo en esa forma contradictoria es hacer imposible la calificación jurídica de la materia.

b) Pero, si extremando la interpretación pudiera tomarse la demanda como acusación al juicio formado por el Tribunal respecto a la prueba testimonial, conviene reproducir, y se lo hace, aún por información doctrinaria, lo que esta Corte tiene dicho, respecto a la prueba testimonial en las controversias de estado:

"Si en los procesos para declarar la paternidad natural por ministerio de la justicia, el sistema normativo de la causal basada en el concubinato defiere en último término a la convicción del sentenciador formada en lo íntimo de su propia conciencia, la prosperidad de la demanda de casación queda circunscrita al presupuesto extraordinario de error craso por lo absurdo o por ignorancia de medios que escaparon a los ojos del juzgador para desvirtuar por vía de consecuencia el juicio que emitiera. Porque si la paternidad no es susceptible de prueba directa y su declaración ha de fundarse en inferencias simples cuando se

realiza fuera de matrimonio, el grado mismo de convicción que funden y su vigor para descubrimiento de la verdad procesal, encuentra refugio en el fuero interno del sentenciador y permanece al abrigo de cualquiera duda que pudiera surgir de algún examen ulterior de los testigos allegados al debate, en razón de que la duda y la evidencia se excluyen recíprocamente como estados mentales y nunca habrá entonces apoyo plausible para decretar la ruptura del fallo acusado". (XC, 2.210, pág. 300).

c) Cuanto a las posiciones absueltas por la demandada, madre de quien si viviera fuese legítimo contradictor, en que el demandante ve una confesión cualificada, cuyas modificaciones debe probar la demandada, baste decir que es írrito afirmar que la paternidad pueda probarse por confesión de la madre del presunto padre. Si lo afirmase, apenas sería un testimonio, sujeto a la crítica de esta clase de probanzas.

SEGUNDO CARGO.—"La sentencia es violatoria de nuestras leyes sustantivas y procedimentales, ya por infracción directa, ora por indebida aplicación, bien por interpretación errónea de las mismas, o, bien porque apreció erróneamente las pruebas o porque dejó de apreciar algunas de ellas, y, ADEMAS, porque el Tribunal **se abstuvo** de pronunciarse sobre la cuestión de la COSA JUZGADA, que yo planteé tanto en la primera como en la segunda instancia.

"Me refiero, pues, a ese aspecto del fallo.

"Dijo el Tribunal en su sentencia consabida: 'No puede sostenerse con acierto que la prueba antes resumida, pero no analizada en su plenitud y a través de las explicaciones, razones y circunstancias del modo como llegaron al conocimiento del testigo los HECHOS que declara, 'no puede sostenerse con acierto —dice el Tribunal en su sentencia del 24 de noviembre de 1958— (sic) establezca en forma inequívoca la existencia de las relaciones concubinarias, entre Eliécer Barbosa Torres y Francisca Urriago, en los términos exigidos por el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936'.

"Alude allí a una presunta excepción de COSA JUZGADA, dejando entrever que piensa que porque en el primer juicio entablado por los hijos naturales de FRANCISCA URRIAGO PARRA no se estableció el parentesco existente entre la demandada ROSA TORRES DE BARBOSA y el difunto ELIECER O JOSE ELIECER BARBOSA TORRES, padre natural de esos demandantes, se produjo la susodicha excepción.

"Pero olvidó el Tribunal, o no quiso verlo, por falta de estudio o por cualquier otra causa que me abstengo de puntualizar, que en el mismo fallo dijo de manera explícita:

" 'Ya se vio que, para establecer uno de los presupuestos necesarios para que el Juez pudiera entrar al estudio de fondo de la cuestión, era indispensable que apareciera establecida la capacidad en los demandados para ser parte...'.

"Y, más adelante..., agrega el H. Tribunal Superior de Buga: '...forzoso es concluír que falte en este juicio uno de los presupuestos procesales indispensables para que el fallador pueda decidir SOBRE EL FONDO DEL LITIGIO'.

"Y, para finalizar, dijo en la parte resolutiva de su fallo: 'Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito de Buga, REVOCA el fallo de fecha veintinueve del próximo año pasado... y en su lugar DECLARA PROBADA la excepción de la ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandada (sic), de acuerdo con lo dicho en la PARTE MOTIVA DE ESTA PROVIDENCIA'.

"No hay duda, pero ni siquiera mínima, de que el fallador (Tribunal Superior del Distrito de Buga), no consideró, no quiso considerar, SE ABSTUVO DE CONSIDERAR en su sentencia de 24 de noviembre de 1958 (págs. 123 y ss. del cuaderno primero) el litigio en su fondo y que se limitó a declarar probada una excepción que, en modo alguno, inhibió, mató o destruyó la acción sobre declaratoria de filiación natural en mis mandantes: de ninguna manera h. magistrado.

"Al iniciarse la presente, sin embargo, se propuso, como excepción dilatoria, la de COSA JUZGADA, que no fue declarada probada en la primera instancia, pero que, con ardides, sofismas y citas que no venían al caso, sí declaró probada el Tribunal.

"La declaró probada como excepción simplemente dilatoria.

"Y, por lo mismo, esa declaración no podía, legalmente, inhibir, matar, enervar, precluír la ACCION que mis demás comitentes, distintos de LUIS EDUARDO URRIAGO, tienen de acuerdo con la ley para instaurar su acción, de conformidad con los artículos 328, 330, 335, 337 del C. Judicial.

"El juez de instancia no declaró probada la excepción, entre otras cosas porque hizo un estudio jurídico a conciencia.

"Pero el Tribunal de Buga, que no estudiaba,

y que según la declaración de uno de sus miembros, 'no discutía proyectos porque confiaba en el estudio del ponente', sí la declaró probada".

Se considera:

Por autorización de la ley, las excepciones de cosa juzgada y transacción, perentorias de fondo, pueden proponerse y decidirse como dilatorias, por simple razón de economía procesal (artículo 341 C. J.). La providencia que las resuelve es auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva y, con efecto de dejar fuera de la controversia la sujeta materia del incidente. El juez no tiene por qué volver sobre ese tema, pues sale de la relación procesal.

La excepción de cosa juzgada en este juicio fue resuelta favorablemente por el Tribunal, según providencia de 19 de enero de 1956. Por tanto, no incurrió esa corporación en error al no volver sobre esa materia en el fallo de mérito y, en consecuencia, el cargo es inaceptable.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio sobre filiación natural por el Tribunal de Buga, seguido por Luis Eduardo Urriago y otros frente a Rosa Torres v. de Barbosa, de fecha 24 de noviembre de 1958.

Sin costas en este recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva al Tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA CORTE CARECE DE FACULTAD PARA CONOCER DEL RECURSO DE CASACION INFORMALMENTE CONCEDIDO

Dice el artículo 523 del Código Judicial que el recurso de casación lo concede el Tribunal, lo que significa que el auto que tal resuelva ha de ser dictado por todos los magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión, en la pluralidad de sus componentes, y no únicamente el magistrado sustanciador. Faltando el requisito anotado, la Corte carece de facultad para conocer del recurso extraordinario informalmente concedido.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se observa que en el presente juicio ordinario de Justo Céspedes Neira contra Dámaso Almanza, el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia, le fue concedido en auto firmado únicamente por el Magistrado sustanciador y por el Secretario de la Sala.

Dice el artículo 523 del Código Judicial que el recurso extraordinario lo concede el Tribunal, lo que significa que el auto que tal resuelva ha de ser dictado por todos los magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión, siendo de lógica procesal que la única entidad que tiene inicialmente competencia para decidir lo procedente respecto de los recursos que ante ella se interpongan contra las providencias dictadas por la misma Sala, ha de ser ésta en la pluralidad de sus componentes y no únicamente el Magistrado sustanciador. Faltando el requisito anotado, la Corte carece de facultad para conocer del recurso extraordinario informalmente concedido, por lo cual cumple que regrese el proceso al Tribunal de origen para que se subsane el defecto anotado.

En consecuencia, devuélvase este proceso al **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio** para que, en relación con el dicho recurso de casación interpuesto por la parte actora, se proceda por el Tribunal de conformidad con la ley.

Notifíquese.

Gustavo Fajardo Pinzón. — Ricardo Ramírez L., Secretario.



DIVERSOS CARGOS, CON INVOCACION DE LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION, CONTRA UNA SENTENCIA QUE DECLARO LA CULPA CONTRACTUAL DE UNA EMPRESA DE TRANSPORTES Y CONDENO AL PAGO DE PERJUICIOS

1.—Resulta contradictorio postular un cargo por error de hecho manifiesto y simultáneamente afirmar que el fallador valoró la prueba; eso solo destruye la acusación y puede tomarse como razón suficiente para su rechazo. (Numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial).

2.—La disparidad conceptual entre el ligante y el fallador en el sentido de que éste, aunque tuvo en cuenta determinada prueba, no le dio sin embargo el valor demostrativo que pretendía el interesado, no constituye el error de hecho evidente que, de existir, quebrantaría la sentencia. (Numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial).

3.—Es antitécnico formular cargo por violación directa de la ley a través de medios probatorios. El error jurídico es independiente de consideraciones de ese orden. El impacto a la ley sustancial se cumple entonces por desvío del juicio en cuanto a la existencia, a la validez o sobre el significado de aquella y se concreta en la parte resolutiva de la sentencia sin mediar transgresión de leyes de comprobación. El cotejo analítico se verifica entre la sentencia y la norma. El recurrente, en esa hipótesis, acepta los hechos tal como los presenta el fallo; pero afirma, y debe demostrarlo, que los cánones legales se aplicaron a un hecho inexistente, o que no se aplicaron al hecho existente. (Numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial).

4.—Se le hace a la sentencia del Tribunal el cargo de haber violado, en forma directa, el artículo 494 del Código Judicial, por cuanto frente a la condenación en abstracto que hizo el juzgador A QUO (quien se limitó a ordenar la tramitación respectiva para fijar la cuantía de los daños sufridos), el Tribunal, sin haber mediado apelación del demandante, hizo condenación concreta, lo cual, en concepto del recurrente, constituye REFORMATIO IN PEJUS. La Corte considera que si bien es cierto que el agravio fija el ámbito de la apelación, no se puede afirmar en general, que una condenación concreta sea de suyo más grave que una en abstracto y que por eso solo pueda reformarse la sentencia cuando el acreedor no apeló.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, febrero trece de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente :Dr. Enrique Coral Velasco)

Se decide el recurso de casación propuesto por la parte demandada contra la sentencia de seis (6) de julio de 1959, pronunciada por el Tribunal de Bogotá, en el juicio civil por indemnización de perjuicios provenientes de culpa contractual de Samuel Lancheros frente a "Flota Ubaté—Luciano Pinilla & Cía.".

Antecedentes

Por escritura pública número 565 de 21 de febrero de 1939, de la Notaría 4ª de Bogotá, Samuel Lancheros, Luciano Pinilla C., Rafael Pinilla, José Flechas y Leonidas Pinilla, constituyeron la sociedad de transportes denominada "Flota Ubaté-Luciano Pinilla & Cía.". Al día siguiente Leo-

nidas Pinilla vendió su interés social a Samuel Lancheros, según escritura Nº 578 de 22 de febrero. Posteriormente, por medio de la escritura número 48 de 31 de enero de 1941, Samuel Lancheros, Rafael Pinilla y José Flechas vendieron a Luciano Pinilla todos sus derechos en la citada sociedad y en esa escritura se convino lo siguiente: "Presente el señor Luciano Pinilla C., dijo: ....y b) Que le reconoce al señor Samuel Lancheros un pasaje a su favor cuando necesite viajar en todos los buses de la Empresa en todas las líneas y aun cuando la Empresa cambie de nombre o pase a otros poderes. Este pasaje es vitalicio, personal e intransimisible y de primera clase y en caso de que sin causa justificativa no se le diera a Lancheros cumplimiento en dicho pasaje, él tendrá derecho a que la rsepectiva Empresa le pague los perjuicios que con el incumplimiento se le ocasionen".

En uso de esta atribución el demandante tomó pasaje en la Empresa el día lunes primero de febrero de 1945 para viajar de Bogotá a Ubaté en el bus número 18, marca Dodge, placa número 13135 de Zipaquirá. Conducía el vehículo Alfredo Calderón Hernández.

El bus salió retrasado porque Luciano Pinilla ordenó se le quitara una llanta nueva de atrás para utilizarla en otra máquina de la misma Empresa, dejando el vehículo de pasajeros con una llanta vieja.

Con esa deficiencia, recargado de peso con cajones, botellas y maletas se inició el viaje y empezaron las dificultades. En Cajicá estallaron dos llantas y el conductor se vio obligado a proponerle a otro de la misma Empresa que venía de Ubaté, el cambio de coches, lo que no fue aceptado, por lo cual tuvo que componer las llantas reventadas "careciendo de bomba, manivela, y demás herramientas, logrando arreglar una que fue puesta del lado derecho donde servía otra en malas condiciones, dejando con una sola o en sencillo la del lado izquierdo por falta de repuestos".

A eso de las siete y media de la noche, al acercarse al sitio "El Bujío", entre los kilómetros 87 y 88, el conductor quiso pasar a un camión que iba adelante; pero, al llegar a un puente sobre la quebrada de "San Telmo", un movimiento fuerte sobre el timón hizo parar el motor del bus, se produjo un "coleo" que dejó una de sus ruedas en el vacío y, en consecuencia, ocurrió el volcamiento que causó la muerte de Cenón Espinel y heridas o lesiones a varios pasajeros, entre ellos a Samuel Lancheros, de carácter tan grave que disminuyeron su capacidad de trabajo, la deformación para siempre por reducción de una pierna y el vivir en constante tratamiento médico.

Antes de iniciar este juicio, Lancheros promovió demanda contra Pinilla por la misma causa y obtuvo sentencia estimatoria en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá. Pero el Tribunal la revocó y declaró probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, pues, aún no se había fallado el juicio penal contra Alfredo Calderón Hernández y Luciano Pinilla, en cuya actuación se constituyó parte civil el actual demandante y en el que recayó sentencia condenatoria contra aquel.

Con fundamento en 26 hechos, cuya síntesis es la anterior, el actor solicita pronunciamiento de sentencia con las siguientes declaraciones y condenas: a) Que la parte demandada, personalmente y como único dueño de la Empresa "Flota Ubaté — Luciano Pinilla & Cía.", es civilmente responsable por culpa contractual del accidente de tránsito ocurrido el día lunes diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco en uno de los vehículos de propiedad de dicha Empresa; b) Que se condene a la parte demandada a pagar al demandante, todos los perjuicios, incluyendo los morales si fuere el caso y al pago de todas las prestaciones provenientes de esa causa y del incumplimiento de sus obligaciones con el demandante; c) Que el demandado es civilmente responsable del accidente, de sus consecuencias y del incumplimiento del contrato respectivo, por lo que debe pagar al demandante a título de indemnización el valor de los daños causados, teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones sufridas, su actual incapacidad, y los demás factores de daño emergente y lucro cesante que puedan ser apreciados, según fijación hecha por peritos y aprobada en una actuación judicial anterior, o el monto o fijación que se haga en el presente juicio, de conformidad con los datos contenidos en dichos dictámenes periciales, los que aparezcan en el expediente y los nuevos elementos de juicio sobre el daño ocasionado y su valor actual si ello fuere posible, o en forma abstracta, para que sean fijados por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.; y ch) Que el demandado debe pagar además las costas judiciales y los gastos que el demandante haya hecho para sostener esta actuación y la propuesta anteriormente.

No hubo contestación de la demanda.

En 27 de agosto de 1955 el Juez a-quo pronunció sentencia de acuerdo con las pretensiones del actor e hizo condenación en abstracto.

Apelada esa providencia por la parte demandada se tramitó la instancia y, en sentencia de segundo grado, impugnada ahora en casación, el Tribunal falló:

"1º—DECLARASE no probada la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción alegada de la parte demandada.

"2º — CONFIRMANSE los numerales primero (1º), segundo (2º) y cuarto (4º) de la parte resolutiva del fallo apelado, de fecha 27 de agosto de 1955, proferido por el señor Juez a-quo.

"3º—REFORMASE el numeral tercero (3º) de dicho fallo en el sentido de condenar, como en efecto condena, al demandado Luciano Pinilla Cañón en su carácter ya expresado de dueño único de la empresa de transportes "Flota Ubaté-Luciano Pinilla & Cía." de Bogotá, a pagar al demandante Samuel Lancheros, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de ONCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS ($ 11.491-00) m. l. valor a que ascienden los perjuicios materiales y morales sufridos por el actor Lancheros por culpa del demandado y suplicados en el libelo de demanda.

"4º—CONDENASE asimismo al demandado en las costas procesales del recurso de alzada. Liquídense".

En capítulos separados la sentencia acusada estudia los varios problemas presentados durante el juicio y, así, principia por el análisis de "La acción" que encuentra ajustada a derecho y concluye:

"Siendo la responsabilidad contractual la que proviene de la inejecución de una obligación preexistente, se tiene entonces que para su procedencia son necesarios estos elementos:

"1º—Un contrato, o por lo menos una obligación anterior;

"2º—Que el daño sea causado por una de las partes en perjuicio de la otra; y,

"3º—Que el daño provenga de la inejecución de ese contrato u obligación".

En desarrollo de esos principios analiza el Tribunal la existencia del contrato de transporte, tema largamente controvertido por el demandado, y, después de interpretar la demanda, la escritura número 48 y las posiciones absueltas por el demandante, concluye afirmando la existencia de un contrato de trasporte a título oneroso.

El fallador da por probado el cambio de puesto que Lancheros hiciera con el pasajero Ruiz, de lo cual pretende el demandado deducir causa exculpativa, y afirma:

"Al respecto, no acepta la Sala la alegación del apoderado del demandado al decir que el haber cambiado de puesto el actor Lancheros en el bus, es decir, el haber ocupado un asiento distinto al que le correspondía, según el número señalado en el tiquete, constituye una circunstancia exculpativa de la responsabilidad del reo, puesto que un hecho de tan escasa importancia y de diaria ocurrencia en el transporte de pasajeros en empresas públicas no está instituído en parte alguna por la Ley en causal eximente de responsabilidad del transportador. Y como corolario de esa responsabilidad, se desprende a cargo del demandado la obligación de reparar todo el daño sufrido por el actor en esta litis, debiendo por consiguiente prosperar las pretensiones del demandante suplicadas en las peticiones de la demanda".

En el capítulo sobre "Perjuicios" el fallador de segunda instancia estudia los causados a la víctima del siniestro, cuya prueba se trasladó de proceso anterior y, sostiene:

"Militan en favor de este medio de convicción las mismas razones que se tuvieron en cuenta al darle plena validez a las otras pruebas trasladadas o sea a las posiciones absueltas por el demandado y a los testimonios producidos en el primer litigio, razones que se omiten en gracia de la brevedad. De manera que el peritaje en cuestión puede servir de fundamento para establecer la cuantía de los perjuicios, desde luego que sí reúne los requisitos exigidos por los artículos 721 a 723 del C. J.".

El recurso

PRIMER CARGO—Invoca el recurrente la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial y compendia la acusación en estos términos:

"Incurrió, pues, el Tribunal en error de hecho manifiesto en la apreciación de las referidas posiciones (se refiere a las absueltas por Lancheros) y, como consecuencia, violó directamente las disposiciones sustantivas que relacionaré a continuación".

Esas disposiciones son: el artículo 1º de la Ley 95 de 1890; el 1.604, inciso segundo, y el 2.072 del C. Civil y los artículos 306 y 322 del C. de Comercio.

Para el recurrente "el caso de autos, según lo acabo de exponer, reúne todos los requisitos exi-

gidos por la ley para ser clasificado como caso fortuito o fuerza mayor. Y por demás está decir que al hablar aquí de caso fortuito o fuerza mayor, no me refiero al accidente de tránsito, en sí mismo considerado, sino a la circunstancia especial consistente en que el cambio de puestos, debido a un hecho del mismo demandante (señor Lancheros) y de un tercero (señor Ruiz) fue la causa inmediata de las lesiones sufridas por el primero".

Y agrega: "...el sentenciador no leyó las diligencias de posiciones a que me referí al principio de este capítulo; no tuvo en cuenta para nada esas pruebas; que si las hubiera considerado no habría calificado de **tan escasa importancia** el cambio de puesto, sino que habría llegado a la conclusión evidente de que sin ese cambio de puesto —que constituye un hecho de un tercero, y del mismo demandado (sic), en que no intervino para nada la empresa— fue la causa inmediata y evidente de las lesiones sufridas por Lancheros".

La Corte considera:

Resulta contradictorio postular el cargo por error de hecho manifiesto y afirmar que el fallador valoró la prueba, como ocurre con la censura anterior. Eso solo destruye la acusación y sería razón suficiente para su rechazo.

El Tribunal tuvo en cuenta la prueba demostrativa de cambio de asiento en el bus, hecho cumplido por el demandante con otro pasajero, pero si no le dio el valor pretendido por el recurrente, la disparidad conceptual entre éste y el fallador de instancia no constituye el error de hecho evidente que, de existir, quebrantaría la sentencia. La Corte reitera lo que con tanta insistencia ha dicho con relación a este error:

"El error de hecho a que se refiere el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., es de orden material, y consiste en dejar de estimar una prueba que existe en el proceso, o suponer que existe una que no hace parte del proceso; y además debe influír decisivamente en el fondo de la controversia, de suerte que en razón del error y sólo por él, se haya aceptado o negado la existencia de un hecho fundamental en la litis". (LXXIII, 2.147, pág. 887).

SEGUNDO CARGO.—Violación directa de los artículos 3 de la Ley 52 de 1919, 6, inciso segundo, y 1.523 del C. Civil y 2 de la Ley 50 de 1936.

Los razonamientos para sostener el cargo, se fundan en la interpretación de la cláusula de la escritura número 48. Para el recurrente se pactó allí un contrato gratuito de transporte, "una concesión graciosa, o poco menos, que en todo caso implica una concesión especial a uno de los clientes de la empresa", y por ser gratuito es nulo porque está prohibido por el artículo 3º de la Ley 52 de 1919, que determina que los contratos privados que con sus clientes celebren las empresas de transportes con el fin de concederles a aquellos descuentos o rebajas sobre las tarifas aprobadas por el Gobierno, carecerán de validez legal y, en consecuencia, esa nulidad ostensible, debió ser declarada de oficio por el Tribunal y, que como así no se hizo, hubo violación directa de los artículos 3º de la Ley 52 de 1919, 1.523 del C. Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

Se considera:

Es antitécnico formular cargo por violación directa de la ley a través de medios probatorios; es este caso la cláusula de la escritura número 48. El error jurídico es independiente de consideraciones de ese orden. El impacto a la ley sustancial se cumple por desvío del juicio en cuanto a la existencia, a la validez o sobre el significado de aquella y se concreta en la parte resolutiva de la sentencia sin mediar transgresión de leyes de comprobación. El cotejo analítico se verifica entre la sentencia y la norma. El recurrente, en esa hipótesis, acepta los hechos tal como los presenta el fallo; pero, afirma y debe demostrar que los cánones legales se aplicaron a un hecho inexistente, o que no se aplicaron al hecho existente.

Modelado el cargo sobre la significación de un contrato de transporte, se postula una cuestión de derecho por conducto de una prueba, posibilidad que excluye el ataque por violación directa.

Esencial condición para declarar la nulidad prevista por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, es su calidad ostensible en el acto o contrato, y no podría serlo lo que admite discusión frente a la ley.

La insistente controversia en las instancias sobre si el contrato de transporte celebrado por los litigantes fue gratuito, benévolo u oneroso, demuestra, eso sí, de manera manifiesta, que la nulidad alegada no es evidente.

No prospera el cargo.

TERCER CARGO. — "Violación directa del artículo 494 del C. Judicial".

El cargo de haberse violado la disposición mencionada, encuentra su fundamento en que el juzgador a-quo hizo condenación en abstracto, vale decir, tuvo por civilmente responsable al demandado de los daños sufridos por el demandante; pero, para fijar su cuantía ordenó la tramitación prevista por el artículo 553 del C. de Procedimiento Civil; el Tribunal, empero, sin haber mediado apelación del demandante, hizo condenanación concreta, lo que constituye una **reformatio in pejus** y, en consecuencia, violación del artículo 494 del C. Judicial.

La Corte considera:

Es cierto que el agravio fija el ámbito de la apelación, pero no se puede afirmar en general, que una condenación concreta sea de suyo más grave que una en abstracto, y que, por eso solo, no puede reformarse la sentencia si el acreedor no apeló.

La Corte ha interpretado el alcance del artículo 494 del C. J., así:

"Bien podía el Tribunal apartarse, como se apartó, del criterio del Juez para la fijación de los perjuicios materiales, sin que este cambio de criterio implicara un desmejoramiento de la situación procesal que había logrado la parte apelante a virtud del fallo de primera instancia, pues no puede decirse en forma absoluta, como lo afirma el recurrente, al sustentar su cargo en la demanda de casación, que una condena en concreto sea más gravosa que una condenación en abstracto, máxime cuando ella ha sido hecha, como en el presente caso, sin fijar norma, ni base, ni límite alguno, ya que se desconoce el monto del perjuicio y no hay por tanto punto de comparación con el que reconoce el Tribunal. Para que pudiera decirse que vino a crearse una situación procesal más desfavorable para el apelante, era menester que a éste se le hubiese impuesto una condena por una suma mayor a la fijada en el fallo apelado". (XC, págs. 29 y 30).

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de seis de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, pronunciada en el presente juicio ordinario de Samuel Lancheros contra la "Flota Ubaté-Luciano Pinilla & Cía.".

Condénase al recurrente al pago de las costas de este recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva al Tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Alejandro Bernate, Conjuez. — **Ricardo Ramírez L.**, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SE ACUSA DE ERRORES VARIOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA, UNA SENTENCIA QUE SE NEGO A DECLARAR SIMULADO UN DOCUMENTO PRESENTADO COMO TITULO EN JUICIO EJECUTIVO

1.—Quien confiesa ante el juez ser suya la firma en documento privado, reconoce también su contenido, le confiere el valor de escritura pública y releva de prueba al adversario acerca de las obligaciones consignadas a cargo del otorgante (artículos 638 y 642 del Código Judicial, y 1.761 del Código Civil). Es así como, después de admitida la autenticidad del escrito, las alegaciones tendientes a desconocer su validez y fuerza en derecho, deben ser probadas a plenitud por medios de recibo según la regulación legal.

2.—Cuando una persona después de firmar un papel se lo entrega a otra con el encargo de llenarlo según sus instrucciones y alega luego, con relación al contenido, que se cometió el abuso de firma en blanco, el examen jurídico de tal supuesto ha de partir de la base inmodificable de que quien hace esa entrega, ha tenido suficiente capacidad de prever para asumir los riesgos característicos inherentes a la operación, como ha de hacerlo una persona razonable y prudente para estar libre de culpa. Y como en materia de prueba literal se compromete el plano de confianza pública, no existe libertad de contraprobanza para obligaciones que surgen de escrito con nota de autenticidad. (Artículos 637 y 642 del C. J. y 1.761 del C. C.).

3.—En materia civil y entre las partes que han firmado un documento, es necesario que la contraprueba nazca de otro escrito prevaleciente, o de confesión judicial del acreedor, o al menos de un principio de prueba literal debidamente complementado por otros medios que permitan integrar plenitud probatoria que desvirtúe el contenido del documento, como serían los indicios o las declaraciones de testigos. (Artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, trece (13) de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Demandó Susana Angel a Salomón Fayad en juicio ordinario para obtener las declaraciones siguientes:

"a) Que la sentencia de excepciones de 27 de abril de 1953, proferida por el señor Juez 1º Civil de este Circuito en el juicio ejecutivo que allí le adelanta el señor Salomón Fayad a la demandante queda del todo infirmada y sin fuerza legal alguna;

"b) Que la sentencia de excepciones dictada por el H. Tribunal Superior de Bogotá, en ese mismo ejecutivo, con fecha 30 de julio de 1953, queda igualmente infirmada del todo y sin ninguna fuerza legal;

"c) Que la sentencia de pregón y remate proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá el 14 de junio de 1954 en ese mismo ejecutivo igualmente queda del todo infirmado y, en consecuencia, sin ningún valor legal;

"d) Que, en consecuencia, el documento privado del 14 de junio de 1948, en que aparece que la señora Susana Angel se declaró deudora de Salomón Fayad por la suma de $ 12.500.00 m. c.,

previas las cuentas hechas entre los dos hasta esa fecha, carece de todo valor legal por ser falso su contenido, carecer de causa la deuda que él relaciona, ser fruto de maniobras dolosas y haberse confeccionado sin que la demandante prestara su consentimiento para ello;

"e) Que, en consecuencia, el auto de embargo preventivo dictado el 25 de septiembre de 1950, con base en ese documento, por el Juzgado 1º Civil de este Circuito en las diligencias preventivas que el señor Salomón Fayad le inició a la señora Susana Angel, queda del todo sin valor por carecer de respaldo legal;

"f) Que el mandamiento ejecutivo proferido por el mismo Juzgado el 30 de noviembre de 1950 en que le ordenó pagar a la demandante la suma de $ 12.500.00 m. c., con intereses convencionales del uno y medio por ciento mensual desde su exigencia hasta el pago, a favor del señor Salomón Fayad, queda del todo sin valor, por carecer de respaldo legal;

"g) Que, en consecuencia, el juicio ejecutivo que el demandado le adelanta a la demandante en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, con base en ese título, carece de toda consistencia legal;

"h) Que el embargo preventivo decretado con base en el documento privado del 14 de junio de 1948 el 25 de septiembre de 1950 sobre los siguientes bienes de la ejecutada:... se levanta y se ordena su cancelación y, en consecuencia, así se oficie al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito para lo de su cargo;

"i) Que el demandado debe ser condenado en los perjuicios causados a la demandante con el juicio ejecutivo que le adelantó, con base en ese documento, tanto morales como materiales, en la cuantía que fuere establecida en este juicio;

"j) Que el demandado igualmente debe ser condenado en las costas causadas en el juicio ejecutivo que le adelanta a la demandante en el Juzgado 1º Civil de este Circuito y a devolverle a ésta todas las costas que le causó con él.

"k) Que el demandado sea condenado en las costas que cause este juicio, si se opone a él".

En subsidio pidió estas declaraciones:

"a) Que el documento privado del 14 de junio de 1948, en que la demandante declara deberle al señor Salomón Fayad la suma de $ 12.500.00 es absolutamente nulo por contener una obligación meramente facultativa;

"b) Que, en consecuencia, el juicio ejecutivo que el demandado le adelanta a la demandante en el Juzgado 1º Civil de este Circuito carece de toda consistencia legal y debe ordenarse el desembargo de los bienes trabados en esa litis y la cancelación del embargo decretado con fundamento en él, disponiendo se oficie en ese sentido al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este lugar, para los fines legales del caso;

"c) Que el demandado debe ser condenado en las costas y perjuicios que le causó a la demandante con ese ejecutivo, perjuicios tanto morales como materiales, en la cuantía que se demuestre en el juicio; y que el demandado sea condenado en las costas de este juicio, si se opone a las declaraciones impetradas".

Las afirmaciones de la actora se presentaron en treinta y cuatro hechos que en lo sustancial permiten este resumen:

Que desde el año de 1935 Susana Angel y Salomón Fayad hicieron vida de concubinato público y notorio hasta septiembre de 1950, salvo los intervalos en que Fayad estuvo en la cárcel. Que dentro de tales relaciones hubo mutua confianza, comprensión y ayuda, como la prestada por el varón en algunos negocios e intereses de la mujer, así como también de parte de esta última en el pago de honorarios de abogados que asistieron a Fayad cuando el mismo Fayad carecía de patrimonio. Que Fayad aprovechó los sucesos del 9 de abril de 1948 para evadirse de la cárcel hasta el 19 de octubre del mismo año, en que se presentó de nuevo a la Cárcel de Correccionales para quedar a las órdenes de la Dirección de Prisiones hasta el 19 de septiembre de 1950, cuando quedó en libertad por pena cumplida. Que Fayad tiene "abundante pasado judicial registrado en el Gabinete Central de identificación de esta ciudad, donde se le considera como un antisocial".

Que con base en documento del 14 de junio de 1948, donde aparecía que Susana Angel adeudaba a Fayad $ 12.500.00 en liquidación de cuentas, el mismo Fayad adelantó embargo preventivo y ejecución contra Susana. Que tal documento no es exacto, contiene una obligación "puramente potestativa y por tanto nula", y no exigible, si es que existe. Que Susana no consintió para la elaboración del documento, ni ha tenido con el demandado negocio alguno, ni es cierta la liquidación de cuentas, por lo que la deuda carece de toda causa o justificación. Que desde el mismo momento en que Susana fue citada para reconocer el documento, lo tachó de falso, por no haberlo otorgado, ni autorizado a persona alguna

para que lo confeccionara. Que "ese documento no lo podía elaborar sino la persona que tuviera íntima confianza con la demandante, ya que contiene detalles curiosos, como la fecha de la expedición de la tarjeta de identidad, que no podía conocer sino una persona de tal naturaleza (sic), porque sólo ésta podía estar al tanto de ellos". En fin: que Susana denunció penalmente a Fayad y el sumario finalizó por prescripción de la acción penal, "sin desconocer que el delito de estafa o de abuso de confianza en él imputado al demandado había dejado de tener realización".

En su respuesta al libelo inicial Salomón Fayad aceptó de los hechos los cinco primeros sobre la existencia del concubinato con la actora durante el tiempo a que se refieren, a través de confianza, comprensión y ayuda mutua, y concretamente el hecho de que Susana le pagara los honorarios a los abogados de su defensa, "porque el demandado (Fayad) carecía de patrimonio". Aceptó además los hechos 26, 27 y 28, y negó los restantes.

Tales hechos reconocidos por el demandado dicen así:

"1º—Más o menos desde el año de 1935, la demandada comenzó a vivir, en esta ciudad, maritalmente con el señor Salomón Fayad, de manera pública y notoria;

"2º—Esa convivencia marital entre la demandante y el demandado continuó desde entonces más o menos hasta el 25 de septiembre de 1950, salvo los intervalos en que éste estaba incapacitado para ello por estar detenido en la cárcel;

"3º—Mientras la demandante y el demandado estuvieron conviviendo maritalmente, éste le ayudaba a aquella en todos los menesteres de la casa, en la atención de uno que otro negocio y en la refacción y arreglo de uno que otro inmueble;

"4º—Durante ese tiempo las relaciones entre la demandante y el demandado eran las de marido y mujer, existiendo entre ellos toda la confianza y comprensión del estado de matrimonio y la mutua ayuda entrambos, por lo que respecta a las obligaciones recíprocas entre marido y mujer;

"5º—Mientras la demandante y el demandado estuvieron haciendo vida conyugal, varias veces éste fue detenido por cuenta de las autoridades y aquella le pagaba los honorarios a los abogados que le atendían los casos, porque el demandado carecía de patrimonio;

"26.—Mientras el demandado estuvo haciendo vida marital con la demandante carecía en absoluto de bienes de fortuna, hasta el punto que (sic) las defensas penales a que había lugar tenía que erogarlas la demandante;

"27.—La falsedad de ese documento fue propuesta como excepción en el juicio ejecutivo, que el demandado le adelanta a la demandante en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, pero el señor Juez del conocimiento no la decidió, porque 'constituye, cuando de documentos se trata, motivo de un incidente de tacha, que por sus consecuencias, es de especial y previo pronunciamiento', pero el H. Tribunal Superior de Bogotá, al revisar la sentencia de excepciones del señor Juez **a-quo**, con pretermisión de la primera instancia, la resolvió en desfavor de la ejecutada; y

"28. — La excepción sobre inexistencia de la obligación contenida en el documento referido fue propuesta pero no recibió ninguna solución en el fallo".

Puso fin a la primera instancia el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá por sentencia del 17 de abril de 1959, adversa en todo a las súplicas de la demanda, pronunciamiento que después del trámite en segundo grado recibió confirmación en el de fecha 28 de marzo de 1960 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Corresponde ahora a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

La sentencia acusada

Es conveniente transcribir los siguientes pasos de la motivación:

"Hacia el año de 1935 Salomón Fayad y Susana Angel iniciaron relaciones concubinarias, y en ellas vivieron pública y notoriamente hasta poco más o menos el 25 de septiembre de 1950, sin otras interrupciones que las correspondientes a los tiempos en que el primero estaba en la cárcel por disposición de las autoridades policivas. Entre tanto, desprovisto Fayad de toda clase de bienes de fortuna, según así lo reconoce, su compañera que sí los poseía, debió tomar a su cargo todos los gastos personales y comunes, ya para sostenerlo cuando estaba a su lado, o bien para auxiliarlo en su defensa cuando estaba detenido, sin que pudiera ofrecerle en cambio otra compensación material, que la de su particular ayuda en algunos de los negocios que ella realizaba, o la refacción y arreglo de sus propiedades.

"Fue así como al evadirse Fayad de la prisión con motivo de los trágicos sucesos del 9 de abril de 1948, resultó la señora suscribiendo a su favor, el siguiente documento:

" 'Hago constar por medio del presente documento que yo, Susana Angel, mujer viuda, mayor de edad, vecina del lugar y con tarjeta de identidad número 7.640, expedida en Bogotá el 12 de marzo de 1945, declaro salir a deber al señor Salomón Fayad Espinosa, previas las cuentas hechas hasta la fecha de hoy, la suma de DOCE MIL QUINIENTOS PESOS ($ 12.500.00) moneda colombiana, los cuales me comprometo a cancelar dentro del perentorio término de un año a partir de esta fecha. Por voluntad expresa del nombrado Fayad Espinosa no estoy obligada a reconocerle interés alguno durante ese tiempo, pero vencido el cual, si no hubiere hecho la cancelación, reconoceré en adelante el interés del uno y medio por ciento mensual (1½%), reservándome al mismo tiempo el derecho de hacer la cancelación de la deuda que por medio del presente contraigo a primera oportunidad que pueda o quiera hacerlo. Es entendido que para respaldar y garantizar el cumplimiento de esta deuda, respondo con mis bienes personales. Para constancia firmo en Bogotá y ante dos testigos, a catorce de junio de mil novecientos cuarenta y ocho. El testigo, (fdo.) firma ilegible.—(Fda.) Susana Angel. Testigo (fdo.) ilegible. Hay un sello que dice: Administración de Hacienda Nacional.—2 de julio 1948. En lápiz dentro del sello, $ 12.50. Jul. 2 — 48. 01130.—En National, $ 12.50.—Admón. Hda. Nal. Cundinamarca". (Fl. 8, C. número 1).

"Citada la señora dos años después para que reconociera este instrumento, aceptó ella la autenticidad de su firma, pero rechazó en cambio y de manera enfática la verdad del contenido, 'porque no es cierto que yo le deba a Salomón Fayad nada, yo le firmé un sello de papel en blanco y lo hizo sin mi consentimiento ni autorización mía, creo que lo hizo así, hasta hoy veo ese escrito y contenido del documento'. (Fl. 8 v. ibid.). Pero como según lo establecido por el artículo 642 del C. J., el simple reconocimiento de la firma por el deudor que la estampa, conlleva la certeza de las declaraciones contenidas en el instrumento, el suscrito por la señora a favor de Fayad le sirvió para fundar la ejecución que, luego promovió ante el Juzgado 1º Civil de este Circuito, y dentro de la cual la ejecutada propuso las excepciones de simulación, falsedad del documento, carencia de acción y compensación, que fueron denegadas en providencia de 27 de abril de 1953 (fs. 87 a 90 del cuaderno número 2), confirmada luego por este Tribunal en fallo de 30 de julio siguiente (fls. 90 v. a 93 v. ibidem). Como consecuencia, sobrevino más tarde, el 14 de junio de 1955, la correspondiente sentencia de pregón y remate (fls. 8 v. y 9 del c. número 1).

"Es mediante la revisión de estas providencias, o más concretamente, de las que decidieron adversamente las excepciones, que (sic) se demanda ahora la declaración de invalidez o nulidad del documento que sirvió de base al recaudo ejecutivo 'por fruto de maniobras dolosas y haberse confeccionado sin que la demandante prestara su consentimiento', todo de conformidad con lo previsto por el artículo 1.030 del Código de Procedimiento Civil, según el cual 'la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria'.

"Como primordial fundamento de las declaraciones revisorias pedidas en la demanda se alega, el que nunca la demandante intervino en la confección del documento contentivo de la obligación perseguida por Fayad, como que entre los dos no existieron otros negocios que el de la vida marital que llevaron (hechos 21, 23, 33 y 34 del libelo); ni el señor Fayad, durante el tiempo en que duraron aquellas relaciones, tenía bienes ningunos de fortuna (hecho 26). Por esto, agrega, en la pretendida obligación, no hubo consentimiento (hecho 18) y carece de causa (hecho 20), y falso el documento que la contiene (hecho 33).

"Es decir, que los medios defensivos que se proponen, antes que versar sobre hechos **independientes y autónomos**, de los cuales pudiera seguirse la **extinción** de la obligación, se encaminan directamente contra la **existencia misma del acto jurídico** que la constituye; y en ese concepto, su exactitud no puede ser balanceada sino a través de la restricción probatoria que consagran los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887 y 1.769 del Código Civil, o sea, de otra prueba escrita, un principio de prueba por escrito o por confesión del acreedor.

" 'No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, en cuanto (sic) en alguna de esas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos'. Se exceptúa de este principio

según lo previsto por el artículo 93 de la misma Ley 'los casos en que haya un **principio de prueba por escrito,** es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso; ..... o en que haya sido imposible obtener una prueba escrita y los demás expresamente exceptuados por la ley'. Pero, agrega el artículo 1.769 del Código Civil, 'La confesión que alguno hiciere en juicio por sí o por medio de apoderado, relativa a un hecho personal de la misma parte produce plena fe contra ella, y no se admitirá prueba contra tal confesión sino en el caso de que se justifique debidamente que la parte que la rindió sufrió un error de hecho, o que no estaba en completo uso de sus sentidos al tiempo de rendirla'.

"En el caso de que se trata, la actora no ha logrado producir, contra el contenido del instrumento en que consta la obligación que se le demandó, otra prueba escrita, ni establecido la imposibilidad en que hubiera estado para obtenerla, ni allegado un principio de prueba por escrito que haga verosímil la inexistencia de la obligación. Pues aun cuando a juicio de su apoderado 'no es concebible que cuanto se trata de un hecho delictuoso como el cometido por el demandado al llenar un sello de papel firmado previamente por el deudor presunto o supuesto, se tenga a la mano un principio de prueba por escrito que contradiga o le quite valor probatorio al texto del documento llenado en la forma indebida de que se viene hablando', esta consideración no prueba ese estado de excepción: Porque reconocida por la señora la autenticidad de su firma, la imposibilidad en que estuviera para procurarse la contraprueba escrita, habría de referirse a dicho acto, o, por lo menos, al momento en que le entrega a Fayad el papel con la firma en blanco, y no al en que posteriormente violara éste la confianza que le había dispensado, cambiando su destinación a través de un hecho delictuoso.

"Tampoco aparece la confesión judicial del demandado acreedor, que haga 'plena fe' contra él, o por mejor decir, contra el contenido del instrumento, conforme a lo previsto por el artículo 1.769 del Código Civil, que antes se copió, y que el señor apoderado de la actora ha creído encontrar en la siguiente declaración contenida en el escrito por medio del cual se contestó la demanda: 'De los hechos en que se funda la demanda, **sólo acepto** los cinco primeros, y los 26, 27 y 28; y los demás los niego por inexactos'. (Fl. 25, c. número 1). Pues si de acuerdo con el contenido del ordinal 26 aparece como confesando que 'mientras el demandado estuvo haciendo vida marital con la demandante **carecía en absoluto** de bienes de fortuna, hasta el punto de que las defensas penales a que había lugar tenía que erogarlas la demandante', y, por lo tanto, que el crédito de que se trata, constituído precisamente dentro de esa época, carecía de existencia jurídica en el patrimonio de Fayad', es lo cierto que la verdad de esta conclusión, aparece contradicha con los certificados de cuenta bancaria que figuran a los folios 41, 42 y 43 del cuaderno número 2, y que le acreditan, para determinadas fechas de la misma época (1942, 1947 y 1948) saldos por las sumas de $ 640.00, $ 3.000.00 y $ 180.00. Ellos demuestran no ser verdad, que en el tiempo en que duraron las relaciones de amancebamiento entre los dos, Fayad hubiera carecido en absoluto de bienes de fortuna; por lo cual tampoco puede lógicamente deducirse su intención de confesar en aquella respuesta, la inexistencia del crédito que ha venido persiguiendo. O, dicho en otras palabras, que está debidamente probado el error de hecho en que incurrió Fayad al hacer la expresada declaración, y por ello no puede ser recibida como prueba.

"En consecuencia, y por cuanto la acción probatoria del demandante aparece concretada a la presentación de indicios relacionados con la mala conducta social del acreedor-demandado, con las dificultades económicas en que él solía vivir, pero que no son incompatibles con la colaboración que le prestaba en el manejo de sus bienes y por la que exactamente resulta reconociendo el crédito de que se trata, etc., inadecuados por su naturaleza para comprobar los hechos en que se funda la acción revisoria propuesta, ésta debe ser desechada, como lo hizo el fallo de primera instancia".

La impugnación

Está aducida la primera causal de casación "por haber incurrido el sentenciador en **error de derecho** y en **error de hecho** que aparece de modo manifiesto en los autos"; y alude el recurrente a la que considera ser prueba de la simulación **inter partes** del contrato contenido en el documento del 14 de junio de 1948, por indicios, a saber: condena a Fayad a cinco años de relegación en colonia penal; detención del mismo con motivo de la denuncia formulada por la actora y por delito de abuso de confianza a propósito del referido

documento del 14 de junio de 1948; declaraciones de Arturo Amaya, Natividad Benavides de Amaya, Enrique Moreno Sierra y Milcíades Herrera acerca de que Fayad 'nunca ha tenido elementos pecuniarios, bienes propios u ocupaciones que le hubieran permitido ahorrar alguna cantidad de dinero que lo hubiera habilitado para hacer un préstamo como el que se afirma en el documento citado habérsele hecho por el demandado a la demandante; y un recibo de honorarios de abogado que pagara Susana Angel en lugar de Fayad.

Al respecto agrega el libelo:

"Todos estos indicios, demostrados ampliamente en el término probatorio de la primera instancia del juicio, constitutivos de la simulación del contrato de mutuo o préstamo de dinero contenido en el documento de que se ha hablado, fueron desechados por el Tribunal sentenciador en la sentencia recurrida, y esos mismos indicios, sumados a la prueba de confesión de que me ocuparé adelante, suministraban al juzgador de la segunda instancia elementos de convicción para poder decretar la simulación del contrato a que me vengo refiriendo.

"Como esos indicios están demostrados con pruebas irrefutables y se prescindió de ellos en la sentencia recurrida, el Tribunal incurrió, por ese solo aspecto, en error evidente de hecho en el fallo de que se trata, con violación de las disposiciones legales vigentes que atribuyen a tal prueba un motivo de convicción para el juzgador (artículos 593, 601 y 665 del C. J.) con la siguiente violación de la norma sustantiva contenida en los artículos 1.757 y 1.524 del Código Civil".

El recurrente afirma y repite varias veces que el sentenciador incurrió en error de derecho y en error de hecho por cuanto encontrara que no fue invocado modo alguno de extinción sino que se contradijo la existencia misma del acto jurídico de donde surgiera la obligación, por lo cual tuvo presente la restricción probatoria establecida por los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887. Y concreta su parecer así:

"El fundamento de la violación de aquellas normas legales estriba en que tratándose, como se trata, de la declaratoria de simulación de un contrato de mutuo o préstamo, en el que el presunto deudor (sic) y demandado afirma categóricamente carecer de causa real y verdadera, puesto que el presunto acreedor no le entregó al presunto deudor suma alguna de dinero, que estuviera obligado a restituírle o devolverle al prestamista, la prueba indiciaria que he mencionado anteriormente le suministra al juzgador una pauta muy segura y convincente para descubrir la verdad de lo acaecido, o sea, en el presente caso, que Salomón Fayad, por carecer de recursos en la época en que aparece firmado el documento de que se trata, estaba en imposibilidad física de suministrarle a la señora demandante una suma tan crecida para esa época y que hoy día equivaldría a una cantidad de cien mil pesos, por lo menos.

"Si Salomón Fayad durante la convivencia de quince o más años que tuvo con la señora Susana Angel no tenía bienes de fortuna algunos; si dicho señor se la pasaba la mayor parte del tiempo detenido, porque los funcionarios del órgano judicial y de la policía dictaban contra él sanciones que lo privaban de la libertad; si vivía a expensas de la demandante; y si ésta misma le suministraba dinero para pagar las defensas que algunos profesionales le hacían, no es posible concebir que ese señor tuviera capacidad para prestarle a la demandante la suma de $ 12.500.00 moneda corriente".

Cuanto a la admisión por el demandado de los hechos 1 a 5 y 26, 27 y 28 del libelo inicial, expresa el recurrente:

"Entre esos hechos se encuentra el señalado con el número 26, en el que la parte demandante afirma que el demandado Salomón Fayad hizo vida marital con Susana Angel y que 'carecía en absoluto de bienes de fortuna, hasta el punto de que en las defensas penales a que había lugar tenía que erogarlas la demandante'.

"Esta manifestación espontánea y categórica del demandado, al tenor de los artículos 606 del C. J. y 1.769 del C. C. constituyen prueba de confesión, sobre un hecho tan importante y fundamental para establecer la simulación del contrato de mutuo a que me he venido refiriendo".

Insisto en que el documento de 14 de junio de 1948 contiene un contrato de mutuo, y que Fayad en posiciones reconoció no haber estado en capacidad de hacer el préstamo en cuestión. Estima que el absolvente se contradice cuando después afirma que como administrador "que era al menos el sueldo que debía de pagarme fue lo que vino a tener como conclusión de nuestras cuentas finales". (Respuesta a la posición 10ª). Y agrega el recurrente:

"A través de las manifestaciones de Salomón Fayad, constitutivas de confesión, se concluye que en realidad de verdad el contrato contenido

en el documento que Fayad ha hecho valer como recaudo ejecutivo en el juicio que cursa en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá es un verdadero contrato **simulado**, que carece de **causa** real y verdadera, y que como tal puede ser declarado por el poder judicial, si no es que se quiere cometer una flagrante injusticia y una verdadera violación de la ley sustantiva".

Se extiende en las mismas consideraciones tendientes a demostrar simulación de mutuo y quebranto de los artículos 606 del Código Judicial y 1.769 del Código Civil, en relación con el 1.524 de este último, para presentar en seguida otro aspecto, a saber:

En realidad —dice el libelo— cuando **Salomón Fayad** en la contestación dada a la 10ª pregunta formulada en posiciones sostiene que la causa o fundamento del contrato contenido en el documento de 14 de junio de 1948 es el hecho de haberle servido a la demandante durante un lapso determinado o indeterminado, lo que hace es proponer una verdadera **excepción** perentoria, que debió haber demostrado con todos los elementos de prueba que la ley le brinda, para poder colocar al juzgador en situación y en capacidad de analizar el contrato oculto que alega a su favor y que constituye la esencia misma de la simulación del que ha querido hacer efectivo el demandado contra la demandante en el juicio ejecutivo que cursa en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, y con el fin de que el mismo juzgador pudiera analizar tal contrato y determinar su naturaleza, el alcance de las estipulaciones en él contenidas y las obligaciones y derechos recíprocos de los contratantes".

Se considera:

1.—Quien confiesa ante el juez ser suya la firma en documento privado, reconoce también su contenido, le confiere el valor de escritura pública, y releva de prueba al adversario acerca de las obligaciones allí consignadas a cargo del otorgante. (637, 642 C. J., 1.761 C. C.).

Es así como después de admitida la autenticidad del escrito, las alegaciones tendientes a desconocer su validez y fuerza en derecho, deben ser probadas a plenitud por medios de recibo según la regulación legal.

2. — Si el supuesto que se aduce en contrario consiste en el abuso de firma en blanco de instrumentos apenas incoados, el examen jurídico ha de partir de la base inmodificable de que quien, así firmado, entrega a otro un papel con el encargo de llenarlo según sus instrucciones, ha tenido suficiente capacidad de prever para asumir los riesgos característicos inherentes a la operación, como ha de hacerlo siempre una persona razonable y prudente para estar libre de culpa. Y como en materia de prueba literal se compromete el plano de confianza pública en la seguridad de los negocios, como base indispensable para el desarrollo de las transacciones, no existe libertad de contraprobanza para obligaciones que surgen de escrito con nota de autenticidad.

En materia civil y entre las partes es necesario que la contraprueba nazca de otro escrito prevaleciente, o de confesión judicial del acreedor, o al menos, de un principio de prueba literal debidamente complementado por otros medios que permitan integrar plenitud probatoria que desvirtúe el contenido del documento, como serían los indicios o las declaraciones de testigos.

3. — En el asunto litigioso la actora reconoció como suya la firma que exhibe el título de crédito exigido ejecutivamente por el demandado. Por lo mismo, admitió a su cargo la existencia de la deuda, causada no en contrato de mutuo, como afirma el recurrente, sino en liquidación de cuentas, como reza el escrito. Y si alegó Susana Angel desde entonces y en planteamiento inmodificable, el abuso de firma en blanco por el demandado Salomón Fayad, titular de la acreencia, no es por sí sola de recibo la prueba por indicios o por testigos para desconocer la comprobación plena que brota del pagaré autenticado por reconocimiento de la firma del otorgante. Ello basta para descartar cualquiera clase de error, de hecho o de derecho, en que el sentenciador incurriera, en sentir del recurrente, por no atender a los indicios y testimonios que la demanda valora y señala.

4.—Por cuanto el demandado Fayad admitiese los hechos 1 a 5 y 26, 27 y 28 del libelo inicial, se alega que existe allí contraprueba por confesión destructora del contenido del pagaré.

Pero como del hecho reconocido por Fayad de no tener recursos patrimoniales cuando vivía en concubinato con Susana Angel no se desprende necesariamente que no hubiera, entre ellos dos, cuentas por liquidar el día del documento, no estaba tampoco el sentenciador en la necesidad de ver allí confesión que desvaneciera el contenido del pagaré, y no es así susceptible de reparo por error en el campo probatorio.

Y si algunos antecedentes pueden suscitar dudas de hecho en el caso debatido, no deja de ser claro que en posición dubitativa no ha de fundarse el recurso extraordinario para declarar la quiebra del fallo de instancia.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 28 de marzo de 1960, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No aparecen costas causadas en el recurso.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — José Hernández Arbeláez. — El Secretario, Ricardo Ramírez L.

SE ACUSA UNA SENTENCIA QUE SE NEGO A CONDENAR AL PAGO DE CIERTAS SUMAS DE DINERO, CORRESPONDIENTES AL PRETENDIDO INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE EXPLOTACION DE MINAS DE ALUVION

Amplio análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 1.535, 2.011 y 1.602 del Código Civil. — Revaluación de las normas consagradas en los artículos 1.618 y siguientes del mismo Código, relativas a la interpretación de los contratos. — Nuevo alcance de las mismas en referencia con el recurso de casación.

1.—Para que la condición potestativa, consistente en la mera voluntad de la persona que se obliga, produzca el efecto de anular la obligación, en la hipótesis del primer inciso del artículo 1.535 del Código Civil, ha de ser suspensiva, puesto que entonces esa potestad toma a su arbitrio la formación del vínculo; pero no sería nula la condición resolutoria, porque en tal caso el vínculo ya está válidamente constituído.

2.—La Corte prohija de nuevo y ratifica la doctrina expuesta en 1941 (GACETA JUDICIAL, LII, 36 ss.), consistente en que las estipulaciones potestativas de renuncia de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que además ha recibido ejecución por parte y parte durante determinado tiempo, no pueden ubicarse dentro de las prohibidas por el primer inciso del artículo 1.535 del Código Civil, sino dentro de las permitidas por el inciso segundo.

3.—Es verdad que los preceptos de hermenéutica contenidos en los artículos 1.618 y siguientes del Código Civil, no regulan ningún contrato ni consagran derechos concretos, pero esta circunstancia no basta para justificar la tesis de que esas normas son meras reglas facultativas de lógica, tesis que conduce a reconocerle al juez la libertad de aplicarlas u omitirlas y de dar a las convenciones el sentido que mejor le parezca, con desconocimiento de la intención de las partes y menoscabo de la fuerza obligatoria de las mismas convenciones.

4.—Puesto que las normas de hermenéutica (artículos 1.618 y siguientes del Código Civil) revisten carácter obligatorio y su desconocimiento puede conducir al sentenciador a quebrantar preceptos sustanciales y a incurrir así en errores jurídicos, es obvio que en este supuesto, la infracción de esas reglas interpretativas puede dar lugar a un cargo en casación cuando a consecuencia de ella se produce también el quebranto de una ley sustancial.

5.—En materia de interpretación de contratos, la violación de la ley sustancial puede provenir no sólo del desconocimiento de los preceptos de hermenéutica (artículos 1.618 y siguientes del Código Civil), sino también de los errores de hecho o de derecho que se cometan en la apreciación de las pruebas referentes a la convención que se discute.

6.—La interpretación y la prueba no se confunden porque tienen funciones y finalidades diferentes. La primera consiste en desentrañar el sentido o el alcance de las declaraciones de voluntad o del comporta-

miento de las partes con el fin de determinar los respectivos efectos jurídicos. La prueba tiene otra función distinta, como es poner de manifiesto el acaecimiento y la existencia de determinados hechos, es decir, llevar al conocimiento del juez los supuestos fácticos, los elementos de hecho de la cuestión, caso o problema cuya solución se le pide.

7.—Obvio es que la prueba puede influir en la interpretación y en la determinación de los efectos jurídicos de un hecho o contrato, porque la presencia o la ausencia de ciertos elementos altera los supuestos de hecho y con ello las consecuencias que dimanan de los mismos. De aquí que, en punto de interpretación contractual, pueda ocurrir la infracción de la ley sustancial como consecuencia de los errores de hecho o de derecho que se cometan en la apreciación de las pruebas.

8.—En punto de interpretación de los contratos, es viable un cargo en casación en estos tres casos: 1º Por error jurídico: a) Cuando hay violación directa de la ley del contrato frente a los preceptos que regulan su naturaleza y sus efectos. b) Cuando la infracción se produce por consecuencia del quebranto de las normas de hermenéutica contractual. Estos dos supuestos están comprendidos en el inciso primero del ordinal primero del artículo 520 del C. Judicial. 2º Cuando hay violación indirecta de preceptos sustanciales por error manifiesto de hecho en el campo probatorio. 3º Cuando se infringe también indirectamente una disposición sustancial por causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso. Estos dos últimos casos se rigen por el inciso segundo del ordinal primero del citado artículo 520.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, D. E., febrero veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

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

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este juicio ordinario propuesto por la "Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí" contra la "Compañía Minera de Nariño, S. A.".

Antecedentes

Por la escritura número 33, extendida en la Notaría de Barbocoas el 13 de diciembre de 1933, los señores Julio, Samuel y Hortensia del Castillo, hablando el segundo en su propio nombre y a la vez como apoderado de Celia del Castillo y agente oficioso de Pedro Francisco del Castillo, celebraron un contrato con la Compañía Minera "Chocó Pacífico, S. A.", domiciliada en Istmina, en virtud del cual los nombrados del Castillo concedieron a la Compañía expresada el derecho de explotar diecisiete minas de aluvión ubicadas en los lechos de los ríos Magüí, Telembí y Patía, dentro de los Municipios de Payán y Barbacoas, del Departamento de Nariño. Las principales estipulaciones de este contrato que para los efectos del presente recurso conviene tener en cuenta son las siguientes:

"Tercera.—Los Castillos conceden a la Compañía el derecho exclusivo para explotar todas las minas determinadas en la cláusula primera, sobre las bases o estipulaciones de este contrato.

"Quinta.—La Compañía se obliga a pagar a los Castillos la suma de quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal, mensualmente como anticipación a buena cuenta de porcientaje (sic) que a los Castillos les corresponde en la exploetación de las minas.. El prim repago será verificado al firmarse la presente escritura y cada mes sucesivamente hasta que cualquiera de las minas principie a producir.

"Sexta.—El plazo de explotación de las minas será de veinte (20) años contados de la fecha de la presente escritura, pero este plazo será facultativo y no obligatorio para la Compañía, quien podrá suspender la explotación de una o más o todas las minas en cualquier momento en que la explotación no diere buenos resultados, sin derecho a reclamar las sumas que hubiere anticipado a los Castillos.

"Séptima. — La Compañía dará a los Castillos

como participación en la explotación de las minas, el cinco por ciento (5%) del producto bruto de los metales preciosos o cualquiera otra sustancia de valor extraído de las minas. Para imputar a esta participación la suma o sumas que como adelanto hubieren podido recibir los Castillos de acuerdo con lo estipulado en la cláulula quinta, los metales preciosos se estimarán al precio corriente que tengan en la plaza de Barbacoas. Después de reembolsadas estas sumas, el porcentaje será pagado en los mismos o sustancias extraídas de las minas.

"Octava.—Los Castillos no recibirán su participación del (5%) cinco por ciento mientras no hayan sido descontadas la suma o sumas que hubieren recibido anticipadamente por cuenta de esa misma participación sin cobrarles intereses.

"Décimaquinta—La Compañía se reserva el derecho de ceder el presente contrato a cualquier persona natural o jurídica en los términos y condiciones que a bien tengan pero sin apartarse de las estipulaciones del mismo contrato, el que será obligatorio también para los herederos, cesionarios o sucesores a cualquier título de los Castillos o de cualquiera de estos.

"Vigésima.—Si la Compañía resolviere suspender definitivamente la explotación de una o más minas, o de todas, deberá devolver inmediatamente a los Castillos la tenencia de aquellas que resolvieren (sic) no explotar. La devolución la efectuará poniéndolas a disposición de los Castillos por medio de comunicación escrita, y con respecto a ellas los Castillos quedarán en libertad para negociarlas con otra entidad".

Por la escritura número 53, otorgada en la misma Notaría de Barbacoas el 27 de diciembre de 1934, los nombrados señores del Castillo y la Compañía Minera "Chocó Pacífico S. A." decidieron aclarar el contrato que habían celebrado en diciembre anterior en el sentido de determinar la ubicación y los linderos precisos de las diecisiete minas que fueron objeto de la convención aludida. Además acordaron estas otras estipulaciones:

"Cuarto.—Que el derecho de explotar las minas que tiene la Compañía, no implica la obligación por su parte de emprender en el laboreo de todas. Ella irá explotándolas en el orden que determine o como lo determine. En otras palabras, los trabajos se harán en una mina, o en varias o en todas, y se podrán suspender en una o en varias y emprender en otra o en otras, como la Compañía lo tenga a bien. Si la Compañía resolviere no emprender en el laboreo de una mina o de varias o de todas, o suspender, definitivamente el laboreo de una, de varias o todas, esto es, suspenderlo para no volver a emprender en él, por no estimar que el laboreo dé o pueda dar buenos resultados. o por cualquier otro motivo, deberá hacer la restitución de la mina, de las varias minas o de todas, según el caso, prevista en la cláusula vigésima de la precitada escritura del contrato para su explotación.

"Quinto.—Que como queda expuesto, aclaran y adicionan este contrato".

Por la escritura número 71, pasada ante el Notario de Barbacoas el 10 de agosto de 1936, se constituyó la sociedad denominada "Compañía Minera de Nariño, S. A." y a ella aportó la Compañía Minera "Chocó Pacífico, S. A.", entre otros bienes, los derechos que había adquirido de los señores del Castillo para explotar las diecisiete minas en referencia. Esta cesión quedó sometida a las estipulaciones consignadas en las escrituras números 33 y 53, citadas antes, y se hizo con la aquiescencia de los propios señores del Castillo.

Por la escritura número 49, otorgada en la Notaría de Barbacoas el 20 de noviembre de 1940, los expresados señores del Castillo y la "Compañía Minera de Nariño, S. A.", cesionaria de los derechos de la "Chocó Pacífico", convinieron en "aclarar y adicionar el contrato de explotación o arrendamiento de las minas de los cauces de los ríos Telembí, Patía y Magüí" en los términos indicados en las cláusulas siguientes:

"Primero.—Por la escritura pública número 33, de 13 de diciembre de 1933, de esta Notaría, adicionada por la escritura pública número 53, de 27 de septiembre de 1934, de la misma Notaría, la Sociedad Ordinaria de las minas ubicadas en los cauces de los ríos Telembí, Patía y Magüí, cuya ubicación, determinación, títulos y linderos se relacionan en dichas escrituras, y cada uno de los socios que en esa fecha integraban la Sociedad, señores Julio, Samuel, Hortensia, Pedro Francisco del Castillo y Celia del Castillo de Pareja, celebraron un contrato de explotación o arrendamiento de dichas minas con la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., la cual cedió o traspasó su contrato a la Compañía Minera de Nariño, que es actualmente la arrendataria o titular de dicho contrato.

"Segundo. — Cuando la Compañía Minera de Nariño suspenda la explotación de las minas a que se contraen los contratos citados para explo-

tar otras minas de su propiedad o de propiedad de terceros en las vegas del Telembí y mientras estuviere explotando las vegas, dará mensualmente a la Sociedad Ordinaria, a buena cuenta, o como anticipo de la partición del 5% en la explotación de las minas de los cauces, una suma igual al promedio mensual de las cantidades líquidas que la Compañía Minera de Nariño hubiere entregado a la Sociedad Ordinaria durante los últimos tres meses de explotación de las minas del cauce, más una suma de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales a título de compensación y a fondo perdido para la Minera de Nariño, suma ésta que no tendrá el carácter ni se imputará a avances o anticipos sobre la participación. Las sumas que de acuerdo con esta cláusula reciba la Sociedad Ordinaria de minas serán repartidas entre los socios en las proporciones fijadas en la cláusula dieciseisava de la escritura número 33, de 13 de diciembre de 1933, atrás citada. Es entendido que estos pagos los hará la Compañía Minera de Nariño únicamente cuando suspendiere voluntariamente la explotación de los cauces y explotase minas en las vegas, pudiendo explotar los cauces, y las mensualidades se contarán a partir del día en que se diere principio a la explotación de la mina de la vega respectiva. La suspensión temporal de la explotación de las minas de propiedad de la Sociedad Ordinaria no implica en ningún caso renuncia de los derechos de la Compañía arrendatria o titular del respectivo contrato, ni obligación de restituír mina alguna a la Sociedad Ordinaria. Si al terminar la explotación de Santa Ana la Compañía Minera de Nariño, pudiendo explotar libremente los cauces, resolviere voluntariamente explotar otra vega de su propiedad o de propiedad de terceros, el promedio mensual de que habla la cláusula segunda de esta escritura, para determinar los avances que deben entregarse a la Sociedad Ordinaria, no se tomará de los tres últimos meses de explotación de la mina Telembí número 3, sino que servirá de base para todos los cómputos la producción de los tres últimos meses de Santa Ana, como si se tratara de una mina de los cauces, a fin de fijar el promedio mensual líquido que la Compañía habría entregado en tal hipótesis a la Sociedad Ordinaria; el promedio mensual líquido que en esta hipótesis habría recibido la Sociedad Ordinaria, previos los cómputos y deducciones rsepectivos, será el monto del avance mensual a que se refiere la segunda cláusula, durante la explotación de la nueva vega, sin perjuicio del pago de pesos mil mensuales a fondo perdido, previsto en dicha cláusula.

"Tercera.—Ha sido convenido que la Compañía Minera de Nariño suspenderá la explotación de la mina Telembí número 3 que actualmente explota para entrar a explotar la mina Santa Ana, de su propiedad, y que durante la explotación de ésta y mientras no se presente alguno de los eventos contemplados en la cláusula siguiente, entregará a la Sociedad Ordinaria la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) mensuales como avance o anticipo de la participación en la explotación de las minas de los cauces y además pagará la suma de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales a título de compensación y a fondo perdido para la Minera de Nariño. Igualmente se ha convenido en que la Compañía entregará a la Sociedad Ordinaria al firmarse esta escritura, la suma de nueve mil pesos ($ 9.000.00) para cubrirle anticipadamente los avances y pagos correspondientes a los tres primeros meses de explotación de Santa Ana.

"Cuarta.—Cuando por perturbación en la posesión o tenencia, juicios, embarazos, fuerza mayor, caso fortuito, daños en las maquinarias, traslado de la draga o hechos de terceros, la Compañía Minera de Nariño, no pudiere explotar libremente las minas de los cauces o suspendiere por una de esas causas la explotación de cualquiera mina, se reducirán las obligaciones de la Compañía Minera de Nariño a dar a la Sociedad Ordinaria únicamente quinientos pesos ($ 500.00) mensuales como avance o anticipo sobre futuras participaciones en la explotación de los cauces.

"Quinta. — La Compañía Minera de Nariño no podrá cobrar a la Sociedad Ordinaria ni a sus socios las sumas que como anticipos o avances de participación les hubiere entregado de acuerdo con las estipulaciones de esta escritura, en el caso de que renunciare al contrato, es decir, si resolviere dejar de explotar definitivamente la totalidad de las minas, como estaba previsto en la cláusula sexta de la escritura número 33, de 13 de diciembre de 1933, para los anticipos que se hicieren de acuerdo con el primitivo contrato. Sobre las sumas que como anticipos o avances entregare la Compañía a la Sociedad Ordinaria a buena cuenta de porcentaje o participación, de acuerdo con las estipulaciones de esta escritura, no correrán intereses, como está estipulado en la cláusula octava de la escritura número 33, de 13 de diciembre de 1933, para los anticipos verificados de acuerdo con la cláusula quinta de la misma".

Por la escritura número 51, extendida en la Notaría de Barbacoas el 10 de diciembre de 1942, los señores del Castillo formaron una sociedad bajo la razón social de "Sociedad Ordinaria de las Minas del Telembí, Patía y Magüí", a la cual aportaron todos los derechos que tenían en las diecisiete minas arrendadas a la Compañía Minera de Nariño.

El 15 de septiembre de 1947 el señor Genaro del Castillo Pérez, hablando como Presidente de la "Sociedad Ordinaria de las Minas Telembí, Patía y Magüí", dirigió una carta a la "Compañía Minera de Nariño S. A." con el objeto de formular a esta entidad varios reclamos referentes a la explotación de las minas. El principal de esos reparos consistió en que, según la carta dicha, la Compañía concesionaria no había explotado hasta entonces sino unas pocas minas del grupo Telembí y tenía sin laborar otras minas del mismo grupo y todas las ubicadas en los ríos Patía y Magüí, y en que la misma Compañía, habiendo resuelto no explotar estas minas, no había cumplido la obligación de restituír su tenencia a la Sociedad arrendadora. El señor del Castilo dijo además que esta Sociedad había recibido perjuicios por falta de la explotación de las minas sobredichas y por no haber obtenido que la Compañía arrendataria le restituyera su tenencia.

En notas del 18 de septiembre y de 7 de noviembre de 1947 la Compañía Minera de Nariño contestó la carta del señor del Castillo, diciendo que sus reclamos carecían de fundamento porque ella "ha cumplido cuidadosamente con las estipulaciones de los contratos".

El 28 de enero de 1949 el señor Gerente de la Compañía Minera de Nariño dirigió una nota al nombrado señor Genaro del Castillo, Presidente de la Sociedad Ordinaria de las minas Telembí, Patía y Magüí, en la cual le expresó que "el objeto de la presente consiste en anticipar a ustedes el aviso del propósito de cancelar nuestros contratos para la explotación de sus propiedades mineras de los ríos Telembí, Patía y Magüí, aproximadamente en los últimos meses del año en curso".

En carta de 15 de marzo de 1950, dirigida por el Gerente de la Compañía Minera de Nariño al Presidente de la Sociedad Ordinaria le dice aquel a éste que desde la fecha de tal nota "ha terminado definitivamente la explotación de las minas" a que se refieren los contratos de explotación de las mismas y que "en consecuencia de lo anterior deseamos, pues, manifestarle a usted que desde la presente fecha queda definitivamente cancelado el referido contrato"; "igualmente desde la presente fecha devolvemos a los dueños o poseedores de las citadas minas, la tenencia material de ellas de que hemos venido gozando por motivo del citado contrato".

EL LITIGIO

El 27 de junio de 1955 la "Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí", obrando por medio de apoderado, promovió ante el Juez del Circuito de Barbacoas un juicio ordinario contra la "Compañía Minera de Nariño, S. A." para que se hicieran diecinueve declaraciones, entre ellas las siguientes:

"Sexta.—Que debido a la no explotación de los grupos de minas 'Magüí', y 'Patía' y a la parcial explotación de las del 'Telembí' especificadas en los contratos escriturarios,y debido a que no fueron devueltas inmediatamente por parte de la Compañía Minera de Nariño, S. A., los Castillos dejaron de percibir entradas pecuniarias por concepto de participaciones, equivalentes por lo menos a la suma de setecientos mil pesos ($ 700.000), m. l. o la suma que se demuestre en el curso de este juicio, participación que así calcularon los Castillos, contando con la buena fe en la ejecución contractual y con una mediana diligencia laboral de todos los tres grupos de minas cedidas a la Compañía Minera de Nariño, y por la cual debe responder ésta mediante la condenación a pagarla que le pido.

"Doce.—Que por fuerza de la cláusula 2ª de la escritura número 49 de 20 de noviembre de 1940 aditiva y reformatoria de la cláusula 6ª de la escritura número 33 de 13 de diciembre de 1933 y de la 4ª de la escritura número 53 de 27 de septiembre de 1934, la Compañía Minera de Nariño S. A., como contratante directa y como cesionaria de la "Chocó Pacífico, S. A." quedó obligada a explotar durante el lapso de veinte años estipulados en el contrato todas las minas que la Sociedad Ordinaria le cedió, salvo que iniciada la explotación de una o de algunas de ellas no hubieren dado resultado económico comercial apetecible, en cuyo único evento podía devolverlas inmediatamente a sus dueños y quedar a paz y salvo de responsabilidades con ellos.

"Trece.—Que la Compañía Minera de Nariño, S. A. al prescindir voluntariamente de la explotación de las minas de los Castillos dentro del lapso de veinte años a partir de la escritura número 33, tenía la obligación de reconocer y pagar

a los Castillos todas las compensaciones y obligaciones así: las consagradas en las cláusulas 7ª de la escritura número 33; la de las cláusulas 2ª, 3ª de la escritura número 49 de 20 de noviembre de 1940, y todas las que dimanaban con calidad compensatoria a favor de los Castillos por la entrega o cesión que estos hicieron de sus minas.

"Catorce.—Que conforme al claro tenor de la cláusula 2ª de la escritura número 49, si la Compañía Minera de Nariño S. A. decidía explotar minas de su propiedad o de propiedad de terceros en las vegas del Telembí, mientras esa explotación en las vegas durara, si los veinte años estipulados en los contratos no se habían cumplido, estaba obligada la Compañía a reconocer el porcentaje estipulado hasta cumplir los veinte años puesto que en la misma cláusula 2ª se dijo que 'la suspensión temporal de la explotación de las minas de la Sociedad Ordinaria no implica en ningún caso renuncia de los derechos de la Compañía arrendataria o titular del respectivo contrato ni obligación de restituír mina alguna a la Sociedad Ordinaria...'.

"Quince.—Que por fuerza de la cláusula 2ª de la escritura número 49 la Compañía Minera de Nariño S. A. para escaparse al pago del porcentaje acordado en la cláusula 3ª de la escritura número 33 y de las estipulaciones de las cláusulas 2ª y 3ª de la escritura número 49 de 20 de noviembre de 1940, de la Notaría de Barbacoas, debió retirarse definitivamente de la explotación minera en las vegas del río Telembí, inhibiéndose de explotar en el lapso contractual de los veinte años la explotación de sus propias vegas o de terceros.

"Dieciseis.—Que la Compañía Minera de Nariño S. A. está en mora y debe por tanto a la Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí, representada en la actualidad por su Presidente, señor Genaro del Castillo P., o a quien la represente al decidirse esta demanda, los valores excedentes no arreglados hasta hoy relativos a: a) Gastos legales; b) Precios de la venta de los certificados de oro y de los certificados de cambio recibidos por la Compañía y vendidos por ella, con la demostración de que esos papeles fueron negociados con la mayor diligencia y cuidado respecto de precios en el mercado porque en las fechas que los negociaron estuvieron a los mejores precios en la bolsa; c) Sobre producción de metales y liquidaciones de participaciones en la explotación de los mismos metáles producidos, descontando los anticipos acordados contractualmente, valores estos que estimamos en la suma líquida de cincuenta y cinco mil pesos m. cte. ($ 55.000.00).

"Diecisiete.—Que la Compañía Minera de Nariño S. A. está obligada a pagar y debe pagar a la Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí, por compensaciones ocasionadas por la suspensión temporal de la explotación de las minas de propiedad de esta última, en el lapso comprendido entre el 15 de marzo de 1950 y el 13 de diciembre de 1953, todo conforme a la cláusula 2ª de la escritura número 49 de 20 de noviembre de 1940, armónica con la cláusula 6ª de la escritura número 33 de 13 de diciembre de 1933, la suma de un millón ochenta y cinco mil ciento veinticinco pesos ($ 1.085.125.00) que es la suma total en cuarenta y cinco meses correspondiente al promedio mensual que la Sociedad Ordinaria recibió durante cada uno de los tres últimos meses, a razón de veinticuatro mil ciento trece pesos con noventa y un centavos ($ 24.113.91) mensuales.

"Dieciocho. — Que al dar por terminada antes de cumplirse los veinte años, a partir del 13 de diciembre de 1933, la explotación de las minas, si la Compañía Minera de Nariño S. A. no emigraba del Municipio de Barbacoas con toda la maquinaria y el personal existente, era porque iba a explotar sus propias vegas o de terceros, generándose entonces a favor de los Castillos todas las prestaciones y compensaciones consignadas en la cláusula 2ª de la escritura número 49 de 1940 armónica de la 7ª de la escritura número 33 de 1933, prestaciones y compensaciones que debe pagar la Compañía desde que entró a elaborar sus propias vegas o de terceros, pago que será del 5% estipulado".

Fuera de las diecinueve súplicas principales, la Sociedad Ordinaria de las minas Telembí, Patía y Magüí, formuló tres peticiones subsidiarias en que impetra la declaración de que se condene a la Compañía Minera de Nariño a pagarle la suma de $ 700.000.00 por participación que aquella debió obtener en la explotación de las minas que la entidad demandada no explotó ni entregó durante el lapso del 15 de septiembre de 1947 al 15 de marzo de 1950.

La Sociedad demandante fundó las peticiones de su libelo en diecinueve hechos, cuyos enunciados principales y pertinentes pueden resumirse así: los señores del Castillo celebraron con la Compañía Minera "Chocó Pacífico, S. A." el contrato que se consignó en la escritura número 33,

de 13 de diciembre de 1933; dicho contrato fue adicionado por la convención que se hizo constar en la escritura número 53, de 27 de septiembre de 1934; la Compañía "Chocó Pacífico" cedió el contrato mencionado a la "Compañía Minera de Nariño, S. A." con la aquiescencia de los señores del Castillo; estos señores formaron una sociedad ordinaria de minas; tal sociedad concertó con la Compañía cesionaria la convención que fue consignada en la escritura número 49, de 20 de noviembre de 1940, por la cual se aclaró y adicionó el contrato contenido en los dos instrumentos anteriores, de tal modo que las relaciones contractuales entre las partes dichas quedaron regidas por las estipulaciones expresadas en las tres escrituras que se mencionan; la Compañía Minera de Nariño, una vez celebrados los contratos, se limitó a explotar unas de las minas del grupo Telembí y prescindió del laboreo de otras minas del mismo grupo y de todas las de los grupos Patía y Magüí, sin proceder a devolver a sus dueños las minas no explotadas e incumpliendo así la obligación de restituír inmediatamente tales minas; aunque los señores del Castillo reclamaron verbalmente por esta falta de explotación de todas las minas, la Compañía Minera nunca les dio razones satisfactorias; también esta Compañía, después de celebrado el contrato en referencia, se preocupó por adquirir para sí otras minas y vegas distintas de las pertenecientes a los señores del Castillo con el fin de explotarlas de manera preferente; alarmado por esta renuencia en el laboreo de las minas arrendadas, el presidente de la Sociedad Ordinaria dirigió a la Compañía Minera de Nariño la nota del 15 de septiembre de 1947, en la cual le reclamó por la falta de explotación de la mayoría de las minas y por la mora en entregar las no elaboradas a sus dueños y le previno sobre los considerables perjuicios derivados de tal causa; la Compañía nombrada contestó lacónicamente esta carta en notas de 18 de septiembre y 7 de noviembre de 1947, y más tarde, en carta de 28 de enero de 1949, anunció el propósito de cancelar el contrato de explotación de las minas; finalmente, el 15 de marzo de 1950, dicha Compañía envió otra comunicación a la Socieda Ordinaria, en la cual le manifestó que desde tal fecha daba por terminada definitivamente la explotación de las minas arrendadas; en esta forma la nombrada Compañía Minera de Nariño "creyó liquidada la relación contractual con los Castillos", sin darles importancia a las reclamaciones de estos sobre unos gastos, sobre el valor de las ventas de unos certificados de oro, sobre los perjuicios provenientes de la falta de entrega de las minas que no fueron laboradas y sobre las "compensaciones por la suspensión prematura de la explotación para laborar suś propias vegas". Agrega la parte demandante que "hasta hoy la Compañía Minera de Nariño, S. A., trabaja en el laboreo de minas de su propiedad en el Municipio de Barbacoas, a orillas del río Telembí, como lo estuvo también desde el 15 de marzo de 1950 hasta el 13 de diciembre de 1953".

La Compañía demandada dio respuesta al libelo anterior y en ella manifestó oponerse a las pretensiones de la parte actora, aceptó unos de los hechos, negó otros y propuso varias excepciones perentorias. Entre los hechos admitidos figuran los de que la misma Compañía había adquirido varias propiedades mineras en las vegas del río Telembí y de que, "desde el 16 de marzo de 1950 hasta la fecha, la Compañía Minera de Nariño ha venido trabajando en las vegas del río Telembí minas de propiedad de la Nación, previos contratos de concesión celebrados con el Gobierno Nacional; minas de propiedad de terceros, previos contratos con sus respectivos dueños, y también minas de su propiedad". La misma parte demandada narra muchos de los episodios acaecidos en el laboreo de las minas y dice que, si no explotó algunas de éstas, fue porque las condiciones de la industria minera no lo permitieron y porque tal explotación resultaba ruinosa.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Juez de primer grado desató la litis en sentencia de 29 de mayo de 1957, cuya parte resolutiva reza:

"1º — Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas.

"2º—Condénase a la Compañía Minera de Nariño, S. A., representada por su Gerente, doctor Juan M. Arbeláez M., a pagar a la Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí, representada en la actualidad por su Presidente señor Genaro del Castillo Pérez, la suma de un millón ochenta y cinco mil ciento veinticinco pesos ($ 1.085.125.00) m. l., por concepto de las prestaciones a que quedó expresamente obligada según cláusula segunda de la escritura número 49, de 20 de noviembre de 1940, de la Notaría de Barbacoas, armónica con la sexta de la escritura número 33, de 13 de diciembre de 1933, de la misma Notaría, por suspensión de la explotación de las minas de propiedad de esta última en el lapso

comprendido entre el 15 de marzo de 1950 y el 13 de diciembre de 1953, para trasladarla a las labores de las minas de las vegas de su propiedad o de propiedad de terceros, en las márgenes del río Telembí.

"3º—Niéganse las peticiones sexta y décimasexta del libelo, y, en consecuencia, se absuelve a la Compañía Minero de Nariño, S. A., de los cargos en ellas formulados.

"4º—No se declaran las demás súplicas.

"Costas comunes".

Apelado este fallo por ambas partes y surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto profirió la sentencia de cinco de agosto de 1958, en cuya parte resolutiva se dispone:

"Primero.—Confirma los ordinales 3º y 4º de la sentencia de primera instancia.

"Segundo.—Revoca los ordinales 1º y 2º de la misma sentencia y, en su lugar, absuelve a la parte demandada de los demás cargos del libelo de demanda.

"Tercero.—Las costas de las dos instancias del juicio son comunes a los litigantes".

Los fundamentos medulares de este fallo de segundo grado consisten: a) en que las tres escrituras anotadas no dan cuenta sino de un solo contrato celebrado entre las partes contendientes; b) en que ese contrato es innominado, participa de la disciplina jurídica del arrendamiento de cosas productivas y tiene además el carácter de bilateral, aleatorio y de tracto sucesivo; c) en que, no obstante que en el arrendamiento de cosas productivas la explotación se hace en beneficio recíproco de las partes, en el caso presente esa explotación se acordó como un derecho y no como una obligación de la Compañía arrendataria, de tal manera que ésta cumplía sus obligaciones explotando cualquiera de las minas, y en que la convención no puede interpretarse en el sentido de que impuso a dicha Compañía el deber de laborar todas las minas o una parte determinada o determinable de ellas; d) en que no hay elementos de juicio para considerar probados los perjuicios que la parte demandante dice haber recibido por la no explotación de unas de las minas y que por tanto no es posible condenar por este aspecto a la Compañía demandada; e) en que esta misma Compañía no incurrió en mora de decidir qué minas explotaría y cuáles no para restituír las últimas a la Sociedad arrendadora, toda vez que no se fijó plazo para ello y que tal Compañía no fue debidamente reconvenida; f) en que el término de veinte años que se estipuló como duración del contrato era facultativo y no obligatorio para la Compañía arrendataria, que en consecuencia ésta podía renunciarlo y que tal estipulación es válida; g) en que el 15 de marzo de 1950 la Compañía dicha puso término al contrato de explotación de las minas, lo que implica una renuncia de esa convención; h) en que la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940 no modificó la cláusula sexta de la escritura número 53 de 1934 en el sentido de convertir en obligatorio para la Compañía demandada el plazo final de veinte años acordado originalmente; i) en que la suspensión que prevé esa cláusula segunda es simplemente provisional y en que por lo mismo la Compañía podía renunciar al contrato de manera definitiva y sin obligación de cubrir en este caso las compensaciones estipuladas en la cláusula aludida; j) en que la Compañía Minera no estaba obligada a demostrar ante la Sociedad arrendadora que la explotación de las minas no daba buenos resultados; k) en que es válida la cláusula cuarta de la escritura número 53 de 1934, por la cual se confirió a la Compañía demandada la facultad de no elaborar unas minas, porque se trata tan sólo de una condición potestativa resolutoria y no suspensiva; l) en que la Compañía no cometió abuso alguno en el ejercicio de sus derechos en que no es procedente acumular las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual; m) finalmente, en que no hay pruebas que respalden las pretensiones señaladas en las súplicas sexta, décima y dieciseis de la demanda. Todos estos fundamentos vienen acompañados de las razones de orden jurídico y probatorio que los sustentan.

LA DEMANDA DE CASACION

Como está dicho, la parte demandante se alzó en casación contra el fallo anterior y, con base en la primera de las causales que consagra el artículo 520 del C. Judicial, formula contra dicha sentencia tres cargos, así: uno por violación de los artículos 1.546, 1.602 y 1.603 del C. Civil, otro por quebranto de los artículos 1.535, 1.546, 1.524, 1.602 y 1.603 ibidem y el último por infracción del artículo 1.602 del mismo Código.

Primer cargo

El recurrente acusa "el fallo por violación del artículo 1.602 del Código Civil, proveniente del

error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940. También quebrantó el fallo los artículos 1.546 y 1.603 del Código Civil por falta de aplicación". Agrega en seguida que "con base en las disposiciones legales citadas, el Tribunal ha debido condenar a la Compañía demandada al cumplimiento de las obligaciones señaladas en la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940".

Para sustentar este cargo se expresa así el impugnante: "Al relacionar los antecedentes del presente juicio me permití expresar que a la luz de las estipulaciones contenidas en las cláusulas pertinentes de las escrituras 33 de 13 de diciembre de 1933, 53 de 1934 y 49 de 1940, cláusulas que quedaron transcritas, resulta muy claramente que, habiendo suspendido la Compañía demandada en marzo de 1950 la explotación de las minas a que se refieren los contratos ya mencionados para dedicarse a explotar otras minas, de propiedad de dicha Compañía, ésta contrajo la obligación, que no ha cumplido, de hacerles a los señores Castillos, o a la Sociedad Ordinaria por ellos formada, los pagos a que se refiere la citada cláusula segunda de la escritura número 49 de 20 de noviembre de 1940.

"En efecto: desde la celebración del contrato contenido en la escritura de 1933 hasta la celebración del contenido en la escritura de 1934, que modificó la anterior, la Compañía demandada podía, en cualquier momento en que la explotación no estuviere dando buenos resultados, suspender definitivamente la explotación de las minas de los señores del Castillo para dedicarse a explotar sus propias minas o para llevarse la draga a otra parte o para dejar ésta inmovilizada.

"En la cláusula cuarta de la escritura número 53 de 1934 se estipuló que la Compañía podía suspender en cualquier momento y de manera definitiva el laboreo de las minas con la obligación de restituírlas a los propietarios.

"Pero, como ya se observó, el contrato de 1934 fue modificado por el de 20 de noviembre de 1940 que consta en la escritura número 49 de esa fecha.

"Por medio de la escritura últimamente citada se le introdujo una excepción fundamental a la facultad que tenía la Compañía de suspender en cualquier momento y de manera definitiva la explotación de las minas: tal excepción se refiere precisamente al caso de que la Compañía suspenda la explotación de las minas de los señores Castillos para dedicarse a la explotación de sus propias minas en las vegas o de minas de terceros.

"En otras palabras: a un hecho como el que ocurrió en marzo de 1950, consistente en que la Compañía abandonara la explotación de las minas del cauce del Telembí para dedicarse a explotar sus propias minas o minas de terceros en las vegas del mismo río —hecho no discutido en el juicio— no se le podía aplicar la estipulación contenida en la cláusula cuarta de la escritura 53 de 1934; era de forzosa aplicación, en tal caso, la estipulación contenida en la cláusula segunda de la escritura 49 de 20 de noviembre de 1940, que es especial, que es posterior y que establece una excepción a lo pactado en la citada cláusula cuarta de la escritura de 1934 precisamente para un caso como el que ocurrió en marzo de 1950, o sea el de suspensión de la explotación de las minas de los Castillos para explotar minas de propiedad de la Compañía.

"En consecuencia, de conformidad con la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940, la Compañía, al suspender la explotación de las minas de los Castillos para explotar las minas de las vegas en Telembí tenía que darles a los Castillos 'una suma igual al promedio mensual de las cantidades líquidas que la Compañía Minera de Nariño hubiera entregado a la Sociedad Ordinaria durante los últimos tres (3) meses de explotación de las minas del cauce más una suma de mil pesos mensuales ($ 1.000.00) a título de compensación y a fondo perdido para la Minera de Nariño'.

"La citada cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940 es una cláusula clara y precisa que el Tribunal, erróneamente, se abstuvo de aplicar, incurriendo así en violación de los artículos 1.602 y 1.603 del Código Civil. Ha dicho acertadamente la Corte que, en principio, la interpretación de una convención corresponde a los jueces de fondo, 'cuyas decisiones al respecto escapan en lo general a la censura de la Corte de Casación, a no ser que degeneren en una verdadera violación de la ley del contrato; lo cual no acontece sino cuando el Juez, so pretexto de interpretación, desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o pretermite al aplicar el contrato alguna estipulación terminante, o la sustituye por otra de propia invención'. (Casación, 23 de agosto de 1916. T. XXV, página 429)".

Sobre este cargo se considera:

Por la lectura atenta del motivo transcrito se ve que el recurrente analiza las estipulaciones contractuales entre las partes en forma de concluír —inequívocamente en su sentir— que la cláusula segunda del contrato de 1940, relativa a la no explotación de minas contratadas para dedicarse la Compañía demandada a laborar otras minas distintas en las vegas, modifica sustancialmente y para esta sola hipótesis la obligación que las venía ligando desde 1934, o sea la suspensión definitiva del laboreo con su consecuencia anterior de restituír dichas minas a sus propietarios. Más prácticamente, que en vez de surgir la consecuencia de restitución de las minas a sus dueños por la no explotación definitiva, nacía la de pagarles a estos cierta suma promedio de cantidades líquidas, sin que por ello se pudiese estimar terminado el contrato.

El hecho previsto en la cláusula segunda de la convención de 1940 fue precisamente el que ocurrió en marzo de 1950, esto es, el abandono definitivo del laboreo de las minas del cauce para consagrarse el explotador a minas suyas o de terceros en las vegas. La consecuencia allí prevista, pago de cierto promedio de dinero, según el recurrente, fue desconocida por el Tribunal mediante error manifiesto de hecho en la apreciación de tal cláusula segunda, con violación del artículo 1.602 del C. Civil, por ser ley del contrato, que se abstuvo de aplicar, y con quebrantamiento de los artículos 1.546 y 1.603 ibidem, también por falta de aplicación. Y, finalmente, a juzgar por la referencia que hace el impugnante al fallo de casación de 23 de agosto de 1916 (XXV, 429), la interpretación que le dio el sentenciador al contrato desnaturaliza abiertamente la convención de las partes, que quisieron que en el supuesto ocurrido en marzo de 1950 el explotador continuara pagando un porcentaje promedio por el resto del término del contrato.

Frente a esta posición del recurso de casación se ofrece la del sentenciador, quien distingue cuidadosamente entre casos de suspensión temporal de la explotación dentro del término de vigencia del contrato y casos de renuncia del concesionario al contrato mismo, es decir, al plazo convencional de veinte años. Y tras de razonar sobre el hecho cumplido en marzo de 1950, cuando la Compañía explotadora de las minas comunicó a los dueños de éstas que en forma definitiva le ponía fin al contrato, concluye que tal hecho se rige entonces por la cláusula quinta del mismo contrato de 1940, que prevé y regula la renuncia de la convención, y no únicamente por la cláusula segunda, que no excluye la terminación definitiva de la explotación por renuncia del contrato.

Una nueva transcripción de dichas dos cláusulas segunda y quinta del contrato de 1940 contribuye a mostrar con claridad el razonamiento de la sentencia frente al cargo que le hace el recurrente. Dice así en lo pertinente la cláusula segunda:

"Cuando la Compañía Minera de Nariño suspenda la explotación de las minas a que se contraen los contratos citados para explotar otras minas de su propiedad o de propiedad de terceros en las vegas del Telembí y mientras estuviere explotando las vegas, dará mensualmente a la Sociedad Ordinaria, a buena cuenta, o como anticipo de la participación del 5% en la explotación de las minas de los cauces, una suma igual al promedio mensual de las cantidades líquidas que la Compañía Minera de Nariño hubiere entregado a la Sociedad Ordinaria durante los últimos tres meses de explotación de las minas del cauce, más una suma de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales a título de compensación y a fondo perdido para la minera de Nariño, suma ésta que no tendrá el carácter ni se imputará a avances o anticipos sobre la participación...".

Mas en la misma convención de 1940 las partes previeron la hipótesis de la renuncia al contrato y hasta ilustraron el supuesto con esta frase aclarativa; "es decir, si resolviere dejar de explotar definitivamente la totalidad de las minas", estipulando lo siguiente en la cláusula quinta:

"Quinta.—La Compañía Minera de Nariño no podrá cobrar a la Sociedad Ordinaria ni a sus socios las sumas que como anticipos o avances de participación les hubiere entregado de acuerdo con las estipulaciones de esta escritura, en el caso de que renunciare al contrato, es decir, si resolviere dejar de explotar definitivamente la totalidad de las minas, como estaba previsto en la cláusula sexta de la escritura número 33, de 13 de diciembre de 1933, para los anticipos que se hicieren de acuerdo con el primitivo contrato...".

El juzgador de instancia estima que la expresada cláusula segunda sólo era aplicable al evento de suspensión temporal del laboreo de las minas durante la vigencia del contrato, es decir, sin perjuicio del derecho de renuncia, pues éste se previó y se rigió por la cláusula quinta, posterior y del mismo contrato. Y agrega textualmente:

"Ya se vio antes cómo la suspensión temporal de la explotación de las minas de los cauces, a que se refiere la cláusula 2ª de la escritura Nº 49, es cosa distinta de la suspensión definitiva o de la renuncia del contrato a que se refiere la cláusula quinta de la misma escritura y la cláusula veinte de la escritura 33. El texto mismo de las comunicaciones escritas de 28 de enero de 1949 y de 15 de marzo de 1950 demuestra, sin lugar a dudas o interpretaciones distintas, que la intención de la Compañía demandada no fue la de suspender temporalmente la explotación, sino la de terminar definitivamente la misma y cancelar o renunciar el contrato".

Cabe anotar aquí que las estipulaciones de las cláusulas segunda y quinta no son incompatibles entre sí, como lo cree el recurrente en el cargo segundo, íntimamente relacionado con el que se analiza, pues el convenio de 1940 prevé el evento de suspensión temporal del laboreo mientras corra el término de duración del contrato, no obstante lo cual puede éste ser renunciado. Según la cláusula quinta, cuando por la suspensión del laboreo, prevista en la cláusula segunda, estuvieren recibiendo los dueños de las minas anticipos o participaciones deducidas del promedio anterior y fuere renunciado el contrato y dejadas de explotar definitivamente dichas minas, el explotador no podrá repetir de aquellos dueños las sumas que durante la suspensión les hubiere anticipado, lo que era la misma estipulación convenida en el contrato de 1933, cláusula sexta, para los anticipos regulados por la convención primitiva. Lo cual quiere decir que la suspensión temporal no privaba al concesionario del derecho de renunciar definitivamente al contrato y, como también dice la cláusula quinta, de "dejar de explotar definitivamente la totalidad de las minas". Sólo que, en ese caso, perdía la Compañía Minera, al renunciar al contrato, lo que hubiera anticipado con motivo de la suspensión temporal del laboreo, en tanto que los dueños se apropiaban definitivamente el anticipo y no había acción de recobro, según se pactó también en la cláusula quinta.

De manera, pues, que el sentenciador, al relacionar entre sí los contratos de 1933, 1934 y 1940, y también las varias estipulaciones del último, observando que la segunda podía tener aplicación durante la vigencia del convenio, pero no después de su terminación por el evento previsto y regulado por las partes en la cláusula quinta, lejos de incurrir en error manifiesto de hecho, pero ni siquiera en simple error, veló por el cumplimiento de la ley del contrato y aplicó correctamente el artículo 1.602 del C. Civil.

Ya se vio por la transcripción de este cargo primero que la violación del citado artículo 1.602 se hace depender "del error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940", y agrega luego el recurrente: "También quebrantó el fallo los artículos 1.564 y 1.603 del Código Civil por falta de aplicación. Con base en las disposiciones legales citadas, el Tribunal ha debido condenar a la Compañía demandada al cumplimiento de las obligaciones señaladas en la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940".

Este es todo el planteamiento del recurso en relación con los artículos 1.546 y 1.603, citados. Se comprende que el impugnante piense en la violación del primero de estos preceptos por no haber el Tribunal ordenado al explotador el pago de la suma promedio anterior después de que éste se dedicó a laborar minas propias o de terceros en las vegas y no las del cauce del río Telembí, pues si de ello se tratare, el alegado habría sido el efecto de la cláusula segunda, al tenor del artículo 1.546; mas no siendo esta cláusula la aplicable, al relacionarla con la quinta y en concordancia con el hecho ocurrido en marzo de 1950, que fue lo que el Tribunal decidió acertadamente, según lo que viene expuesto, no hay lugar a considerar infringido dicho artículo 1.546, si el contrato no fue incumplido.

Respecto del artículo 1.603 no expone el recurso explicación alguna, fuera de su cita apareada con el 1.602.

Por lo expuesto, este primer cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Sostiene el recurrente que "el sentenciador, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho ya anotados cometidos en la apreciación de las cláusulas 4ª de la escritura número 53 y 2ª de la escritura número 49 de 1940, violó las disposiciones de los artículos 1.535, 1.546, 1.524, 1.602 y 1.603 del Código Civil, por falta de una correcta aplicación al caso del pleito". En desarrollo de este cargo afirma su autor que la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940 era la aplicable al caso por ser posterior y especial; que si la Compañía arrendataria hubiere suspendido por cualquier motivo el laboreo de las

minas de los señores del Castillo, podría hablarse de la aplicación de la cláusula cuarta de la escritura número 53 de 1934, pero que, como aquella Compañía suspendió la explotación de tales minas para dedicarse a laborar otras minas de su propiedad o de terceros en las vegas del Telembí, es obvio que la estipulación aplicable es la de la cláusula segunda de la escritura número 49; que esta cláusula no habla de suspensión temporal ni definitiva, sino simplemente de suspensión; que, por otra parte, la cuestión no consiste en saber si la cláusula expresada se refiere tan sólo a suspensión temporal, sino en que ella prevé la hipótesis de que la Compañía suspenda el laboreo de las minas para consagrarse a explotar otras minas y le asigna a esa hipótesis, "para el caso que ella ocurra, una consecuencia que es incompatible con la extinción de los derechos, o sea con lo que la Compañía llama "cancelación de los contratos"; que esta consecuencia es la de que la misma Compañía continúe pagando a los señores del Castillo la regalía estipulada; que, ocurriendo la sobredicha hipótesis, la Compañía "no podía cancelar los contratos y dar por extinguidos los derechos de los señores Castillos"; que si a la cláusula cuarta, citada, se le pudiera dar el alcance de que a la Compañía le era posible, en cualquier momento y por su sola voluntad, dejar de laborar las minas de los señores del Castillo, las obligaciones contraídas por estos carecerían de causa, ya que el móvil que los indujo a celebrar el contrato fue que sus minas se explotasen para poder obtener la correspondiente regalía, y además que esa cláusula sería nula, conforme a lo estatuído por el artículo 1.535 del C. Civil. En resumen dice el recurrente: "Resolver, como lo hace el Tribunal, que no era el caso de darle aplicación a lo estipulado en la cláusula 2ª de la escritura número 49 de 1940, porque de acuerdo con la cláusula 4ª de la escritura 53 de 1934 la Compañía demandada le puso término el 15 de marzo de 1950 a los contratos, con el fin de extinguir todos los derechos de los Castillos, significa:

"a)—Hacer prevalecer sobre una cláusula especial, o sea la citada cláusula 2ª de la escritura 49, una cláusula de carácter general contenida en un contrato anterior, o sea el de 1934. Esto implica violación de la ley contractual.

"b)—Decidir que un derecho puede extinguirse en virtud de una condición dependiente exclusivamente de la voluntad del deudor, contra lo dispuesto en el artículo 1.535 del Código Civil.

"c)—Interpretar un contrato en el sentido de que la obligación de una de las partes carezca de causa, o sea quebrantar el artículo 1.524 del Código Civil.

"d) — Desconocer el artículo 1.603 del Código Civil conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella".

Se considera:

Como se ve por el resumen anterior, el recurrente insiste en que el Tribunal incurrió en "manifiestos errores de hecho" al interpretar los contratos (uno en tres escrituras) y que erró al concluír que "la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940 se refería al caso de suspensión temporal de la explotación y no al caso de suspensión definitiva; que la cláusula aplicable al evento ocurrido en marzo de 1950 era, por lo mismo, la cláusula cuarta de la escritura número 53 de 1934, que contempla, entre otros, el caso de suspensión definitiva de la explotación, y que suspendido definitivamente el laboreo, de conformidad con la referida cláusula cuarta, no habría lugar a las prestaciones de que habla la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940 en el caso de suspensión temporal". Lo transcrito es la base fundamental contra la cual arguye luego el recurrente por considerar que ese pensamiento del fallador es la consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación del contrato, que lo llevaron a violar, por falta de "correcta aplicación", los artículos 1.535, 1.546, 1.524, 1.602 y 1.603 del C. Civil.

En este segundo cargo no hay de nuevo sino la afirmación de que, además del artículo 1.602, el Tribunal quebrantó por falta de aplicación los demás preceptos que ahora añade el recurrente. En relación con el artículo 1.602 es uno mismo el cargo en dos capítulos: en el primero, por violación directa proveniente de error manifiesto de hecho al interpretar el Tribunal la cláusula segunda de la escritura de 1940; en el segundo, se supone el mismo manifiesto error "por falta de una correcta interpretación" de las cláusulas del contrato. La presentación del cargo varía ligeramente en la redacción, pero no en el fondo. Mas no habiendo existido error, ni menos manifiesto, según queda visto, en que el sentenciador, sin dejar de analizar las escrituras y las cláusu-

las respectivas, echara de ver que la estipulación quinta del contrato de 1940 prevé y regula el derecho de renuncia al contrato y a la explotación definitiva de las minas del cauce del Telembí, en el mismo acto en que se prevé la hipótesis de la cláusula segunda sobre suspensión temporal mientras el contrato no fuera renunciado, y mostrado que la convención era susceptible de renuncia definitiva, no habiendo por tanto lugar a aplicar exclusivamente la segunda, como lo quiere el recurrente, la conclusión de la Corte no puede ser distinta de la anterior, esto es, que el artículo 1.602 no fue infringido. Y vale la pena anotar en atención a la insistencia del recurrente que, en tanto que la sentencia acusada lleva a su estudio la cláusula quinta del contrato de 1940 para relacionarla con la segunda de la misma convención y con la cuarta del contrato de 1934, y para ver en ella una reiteración del derecho del explotador a renunciar dicho contrato, aditivamente explicado así: "es decir, si resolviere dejar de explotar definitivamente la totalidad de las minas", el mismo recurrente olvida la expresada cláusula quinta como si ella no hubiese sido un supuesto notorio, hecho o razón del análisis decisivo del fallador. Para el recurso no son sino dos las cláusulas dignas de apreciación para la prevalencia que ve en la del contrato de 1940, pero para el sentenciador son esas dos mismas cláusulas, más una tercera, señalada con el número quinto del citado acto de 1940. Este soporte fue pretermitido en las consideraciones del mismo recurso.

En este segundo cargo se trae a cuento el artículo 1.603 del C. Civil, que se estima quebrantado por falta de una correcta aplicación y a consecuencia del supuesto error manifiesto de hecho en la interpretación de la cláusula segunda del contrato de 1940, por cuanto emana de la naturaleza de la convención laborar las minas "a menos que la explotación se haga imposible o resulte antieconómica". El recurrente afirma que esta consideración —implícita desde luego— fue olvidada por el fallador. El cargo no es admisible, porque más que de la naturaleza de un contrato que tuvo por objetivo primordial la explotación de unas minas, ésta fue el fin mismo de él, sujeta por tanto a las estipulaciones acordadas por las partes, y no sólo por una vez, sino por tres sucesivas, desde 1933 hasta 1940. Antes, pues, que acudir a obligaciones implícitas, propias de la naturaleza del contrato, el Tribunal examinó esas mismas obligaciones, pero no por ser de su naturaleza, sino de voluntad expresa y detalladamente reglamentada por los contratantes. Esas obligaciones inherentes a la explotación fueron discutidas por estos y dilucidadas por el sentenciador por varios aspectos, de bulto unos, sutiles otros. Nada quedó en el terreno de lo implícito que pudiera imputarse a la naturaleza del contrato.

En cuanto a la violación del artículo 1.546 del C. Civil "por falta de correcta aplicación al caso del pleito" y como consecuencia de "los manifiestos errores de hecho ya anotados, cometidos en la apreciación de las cláusulas", ya la Corte expresó la inadmisibilidad del cargo cuando anotó que el cumplimiento de la cláusula segunda del contrato de 1940 no era procedente, o sea el pago a los dueños de las minas del cauce del río Telembí de un promedio mensual tomado de las cantidades antes devengadas, si el contrato no había sido incumplido, toda vez que la expiración del mismo prevaleció sobre la suspensión temporal del laboreo.

El quebrantamiento "por falta de correcta aplicación" del artículo 1.535 del C. Civil y como consecuencia de un manifiesto error de hecho en la apreciación de las cláusulas cuarta del contrato de 1934 y segunda del de 1940, lo resume así el recurrente:

"Resolver, como lo hace el Tribunal, que no era el caso de darle aplicación a lo estipulado en la cláusula segunda de la escritura número 49 de 1940, porque de acuerdo con la cláusula cuarta de la escritura 53 de 1934 la Compañía demandada le puso término el 15 de marzo de 1950 a los contratos, con el fin de extinguir todos los derechos de los Castillos, significa:

"Decidir que un derecho puede extinguirse en virtud de una condición dependiente exclusivamente de la voluntad del deudor, contra lo dispuesto en el artículo 1.535 del Código Civil".

Aquí el impugnante pone en duda la validez de la estipulación que autoriza a uno de los contratantes ligados bilateralmente para renunciar al contrato o al término previsto para su duración. Las cláusulas que en este caso consignan esa estipulación son la sexta de la escritura de 1933, la cuarta del contrato de 1934 y la segunda del de 1940, transcritas todas en los antecedentes de esta providencia. Mas también se refiere a la facultad de renunciar al contrato la cláusula quinta de la escritura de 1940, que el Tribunal tuvo en cuenta en forma reiterada y que el recurrente olvidó, lo cual excluiría la pertinencia de un cargo de vio-

lación de ley sustantiva si éste se hace depender de la apreciación errónea de determinada prueba, pues las cláusulas contractuales como pruebas mal apreciadas no serían unas mismas para el recurrente y para el sentenciador.

Considerado el reparo como falta de aplicación de ley sustantiva, cabe observar:

a)—La condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, para que anule la obligación en la hipótesis del primer inciso del artículo 1.535 del C. Civil, sería la suspensiva, porque entonces esa potestad toma a su arbitrio la formación del vínculo; pero no sería nula la condición resolutoria, porque en tal caso el vínculo ya estaría válidamente constituído. Como bien lo dice Alessandri Rodríguez, "si es resolutoria es válida, porque la obligación ha podido formarse y producir todos sus efectos, ya que la condición resolutoria no afecta a la existencia de la obligación sino únicamente a su extinción". (Derecho Civil. Teoría de las obligaciones, pág. 173. Chile, 1934).

En este criterio se informa el artículo 2.011 del C. Civil, que dispone: "Si se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes, y **voluntario para las otras**, se observará lo estipulado, y la parte que puede hacer cesar el arriendo **a su voluntad**, estará, sin embargo, sujeta a dar la noticia anticipada que se ha dicho". (Subraya la Corte).

Sobre este particular existe también jurisprudencia. En casación de tres de septiembre de 1941 (LII, 1.977, 36 y ss.) se da cuenta de la discusión jurídica planteada acerca de unas estipulaciones contractuales que conferían a una compañía dedicada a la exploración y explotación de minerales e hidrocarburos el derecho de dar por terminado el contrato, entre otros eventos, "si sobreviene otra causa que implique para la compañía inconveniente o perjuicio en la continuación del contrato, **todo ello a juicio de la compañía**"; otra de las estipulaciones del mismo contrato disponía que ninguna de las cláusulas de éste se interpretará como "restricción o limitación del derecho que la compañía tiene **para darlo por terminado en cualquier tiempo**, quedando así libre de cualquiera obligación, según se estipuló en la cláusula vigésima primera".

El sentenciador de ese tiempo y caso declaró válida la cláusula de renuncia por parte del explotador, concepto que fue atacado en casación no sólo por quebranto del artículo 1.535 del C. Civil, sino también por la institución doctrinaria del abuso del derecho, "por el rompimiento inmotivado del contrato **por obra de su sola voluntad**..., y de ser ella **el dueño de conceptuar al respecto**".

Acerca de esa potestad dijo entonces la Corte que "si fuera a colocársela dentro del artículo 1.535 del C. C., no le correspondería el inciso primero, según el cual son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, puesto que no es este el caso; se la colocaría en el inciso segundo, según el cual, si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá".

Y en cuanto al abuso del derecho, consistente en que una de las partes exija y la otra acepte ser el dueño de conceptuar sobre la renuncia, expuso la Corte estas reflexiones que, no por referirse a una acusación ahora inadmisible, o sea por violar la figura jurídica del abuso del derecho, ya que la casación se ha propuesto aquí por infracción de preceptos legales sustantivos, deja de ser pertinente en relación con el artículo 1.535, citado, y por la índole de las actividades del explotador de entonces y del de hoy: "Ya se vio que la condición de que tanto se ha hablado no consiste en la mera voluntad de la Compañía. Cuanto al abuso del derecho, se tiene que si es doctrina sana y salvadora de la justicia en sus casos, no puede darse por extendida, con todos los efectos a que aspira aquí el recurrente, a un contrato como el de que se trata en el que, si las dos partes contratantes se vinculan entre sí con prestaciones recíprocas que, libremente determinadas por personas **sui generis**, demuestran que él es oneroso y conmutativo, al propio tiempo que, por lo que mira a su objeto, es en éste aleatorio. Una y otra de las partes se enfrentan a una contingencia, a un hecho futuro de la más señalada incertidumbre que a ambas producirá o no los favores que ambas buscan, según se halle o no lo buscado por ellas. La exploración de terrenos tenidos por petrolíferos y la explotación de sus elementos caso de hallárseles, es labor en que culmina lo contingente y que requiere esfuerzo arduo e inversión de dinero, a que es muy natural en la vida de los negocios que no se obligue, la parte que tal se propone, en forma de no poderse retirar en un momento dado en el curso de la explotación, durante la exploración y aun antes de emprenderlas.

"Ello es que en el contrato de estudio la Compañía hoy demandada exigió como requisito para contratar que se le facultara en tales sentidos; al

menos la escritura contiene esa facultad reiteradamente y se cierra con la cláusula 29 ya transcrita. Sobre este pie y en vista de la clase y finalidades y circunstancias del contrato, a algunas de las cuales brevemente acaba de llamarse la atención, no le sería dado al sentenciador desoír esas estipulaciones y condenar a la Compañía por haber terminado el contrato, a pretexto de aplicar o hallar aplicable la doctrina del abuso del derecho que el recurrente invoca".

La Corte prohija de nuevo y ratifica la doctrina expuesta en 1941, consistente en que las estipulaciones potestativas de renuncia de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que además ha recibido ejecución por parte y parte durante largo tiempo, no pueden ubicarse dentro de las prohibidas por el primer inciso del artículo 1.535 del C. Civil, sino dentro de las permitidas por el inciso segundo.

Tercer cargo

Se dirige este cargo a acusar el fallo por violación de la ley del contrato, o sea, por quebrantamiento del artículo 1.602 del C. Civil, acogiéndose a la doctrina francesa, que para el caso apoya el expositor Claro Solar, diciendo que allí se admite que una decisión judicial puede ser infirmada cuando desnaturaliza el sentido de una cláusula clara y precisa de un contrato, hasta el punto de modificar o destruír los efectos que le corresponden. Recuerda el recurrente que ni en Francia ni en Chile puede la Corte juzgar sobre el fondo del negocio, pero que no obstante se admite la infirmación de la sentencia "porque infrinje la **ley del contrato** y consecuencialmente el artículo 1.545 (igual al 1.602 nuestro) que atribuye a los contratos fuerza de ley entre las partes, si su conclusión importa, no una simple interpretación de la voluntad de los otorgantes, sino su desnaturalización". La demanda de casación se funda en este pensamiento del mismo Claro Solar:

"Este último fallo resuelve en forma clara, y que estimamos definitiva, la cuestión sobre violación de la ley del contrato... Para aplicar el contrato a la cuestión sometida al fallo del Tribunal es indispensable interpretar sus cláusulas o estipulaciones a fin de dar a la ley que las partes se han dictado su debida aplicación; y por lo mismo, se viola la ley del contrato no sólo cuando se le atribuye una calificación y efectos distintos de los que legalmente le corresponden, sino cuando se deja de aplicar una de sus cláusulas legalmente convenida, o se atribuye a esta cláusula efectos diversos de los que las partes han tenido la voluntad de asignarle. La violación del contrato no es únicamente el desconocimiento de una ley privada; ella importa la violación del principio fundamental que atribuye plena fuerza al concurso de las voluntades que dan nacimiento a toda convención y que ha consignado el artículo 1.545 del Código Civil". ("Explicaciones de Derecho Civil Chileno", t. XI, número 1.033).

Se considera:

Ciertamente las Cortes de Francia, Alemania, Suiza y Chile han debatido con amplitud el problema de sus poderes de crítica como jueces de casación sobre la interpretación de los negocios jurídicos realizada por los falladores de instancia. Han dicho que la institución del recurso de casación no se ha establecido porque el Estado se interese en la interpretación uniforme de los actos jurídicos con que los particulares resuelven sus negocios individuales y concretos, sino con el fin primordial de unificar la jurisprudencia del derecho objetivo, o sea, de normas que por su índole general, abstracta e hipotética, puedan extenderse a casos futuros fuera del proceso con cuyo motivo se pronuncia la Corte. En tanto que la ley se dicta para todos, el contrato como ley no liga sino a las partes. El problema de fondo envuelto en él culmina con el fallo del juez de mérito y sólo puede llevarse a casación en cuanto ese asunto, por violación de ley sustantiva, interese a la integridad de la propia ley.

No es, pues, por la "fuerza de ley" que conlleva el contrato por lo que éste se somete a la censura de la Corte de casación, ya que él, como negocio jurídico, no vincula sino a las partes. De ahí que la institución del recurso de casación haya luchado por evitar la tendencia a aproximar su sistema a la tercera instancia mediante una nueva interpretación, como juzgamiento de fondo, del acto jurídico. Por eso la doctrina, y con ella la jurisprudencia, velando porque no se desnaturalice el recurso dicho, ha venido sentando normas que le permiten examinar el fondo del negocio jurídico sin desvirtuar la estructura y finalidad de la casación, es decir, sin regresar a la instancia. Excepcionalmente admite la impugnación del fallo por error de hecho, si éste reúne la calidad de manifiesto, verbigracia, cuando la interpretación del contrato efectuada por el Tribunal atribuye a una declaración de voluntad un significado **categóricamente contrario** a la intención resultante de

las palabras que componen la declaración. (Calamandrei, "La Casación Civil", t. II, número 121).

Toma también el documento como prueba del acto jurídico, que el Tribunal ha apreciado erróneamente o ha dejado de valorar, pero exige, de acuerdo con el inciso segundo del ordinal primero del artículo 520 del C. Judicial, "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos" y que, como consecuencia, se haya violado la ley sustantiva por falta de aplicación, por interpretación errónea o por aplicación indebida.

Además la Corte puede avocar la interpretación de los actos jurídicos, sin que por ello se desnaturalice la institución, cuando la sentencia relativa a esa interpretación contenga en sí los elementos de un error jurídico. Según la síntesis del propio Calamandrei (ob. y lug. citados), este supuesto puede ocurrir cuando el juez, al determinar el sentido de la declaración de voluntad, viola una norma de hermenéutica y, como secuela de ello, le da al negocio jurídico, debidamente comprobado, una calificación errónea o le atribuye efectos que no le corresponden, con quebranto simultáneo de preceptos sustanciales. Sin pretender que sólo en la hipótesis de esta doble violación quepa el error jurídico, sí encuentra la Corte pertinente la formulación de un cargo en casación cuando tal supuesto se realiza.

Con esta doctrina cabría pensar si en la convención que aquí se examina constituiría un error jurídico afirmar que sea, en primer lugar, un contrato innominado, y en tal caso, que pueda regirse por las normas del arrendamiento de cosas, entre ellas el artículo 2.011 del C. Civil, fundamento determinativo de la decisión del Tribunal cuando, conformándose a él, encontró legítima la renuncia del plazo, o sea, la terminación definitiva del laboreo de las minas del cauce del río Telembí.

Como la interpretación de los contratos está sujeta a normas legales que le señalan al juez los factores y la pauta que debe tener en cuenta y seguir para determinar la intención de las partes y el significado exacto de la declaración de voluntad, se ha planteado el problema de definir si el quebranto por aquellas reglas puede o no dar lugar a un cargo en casación. Inspirada en la doctrina y en la jurisprudencia francesas, surgió en esta materia la teoría de que los preceptos de hermenéutica no tienen carácter imperativo, sino que son meros consejos o reglas facultativas de lógica que se le dan al juez para interpretar los negocios jurídicos. Más tarde se sustentó otra tesis sobre la base de que esos cánones de interpretación no son simples facultades discrecionales del juzgador, sino verdaderas normas jurídicas que éste debe cumplir en su tarea exegética y cuya inobservancia puede ser censurada en casación. Sobre estos particulares se ha pronunciado varias veces la Corte en los términos siguientes:

En casación de 16 de octubre de 1943 se dijo: "Por lo demás, las disposiciones de los artículos 1.618 y 1.620 a 1.625 del Código Civil, que el recurrente señala como violadas por el Tribunal, no dan base, como jurisprudencialmente lo tiene establecido la Corte, al recurso de casación por el motivo primero del artículo 520, porque tales preceptos no consagran derechos y contienen simplemente reglas o consejos para una acertada interpretación contractual en busca de la verdadera intención de las partes que es la norma predominante, en forma que a su quebranto no puede llegarse sino a través del desconocimiento de otros textos de la ley". (LVI, 2.001-2.005, 211).

En casación de 21 de septiembre de 1954 se dijo por vía de doctrina "que las disposiciones legales sobre interpretación de los contratos son, como en otras ocasiones lo ha dicho la Corte, reglas de lógica jurídica, o medios aconsejados a los jueces para inquirir la voluntad de los contratntes, pero que tales disposiciones no establecen ningún derecho preciso en forma tal que su desconocimiento pueda servir de base a un cargo en casación". (LXXVIII, 2.146, 641).

En casación de 17 de marzo de 1955 se expresó así la Corte: "Si, pues, las normas del Título 13 del Libro 4º del Código Civil no son sino simples reglas dadas a los jueces en materia de interpretación de contratos, su inobservancia no puede dar lugar al recurso de casación... En resumen: las reglas que contienen los artículos 1.618 a 1.625 del Código Civil, son apenas orientaciones que la ley da al juez, cuando se trata de interpretar los contratos; no consagran ningún derecho y por lo tanto su infracción, suponiendo que exista, no da lugar al recurso de casación y éste tampoco puede prosperar cuando se alega infracción directa o indebida aplicación de las normas sustantivas contenidas en los artículos citados por el recurrente, pero al través de la infracción de las citadas disposiciones. (LXXIX, 2.151, 761 y 762).

Y en casación de 24 de marzo de 1955 repitió la

Corte: "Por último observa la Sala que el recurrente cita como violadas por el sentenciador las disposiciones de los artículos 1.618 y 1.622 del C. C. La Corte en constante jurisprudencia ha sostenido que las normas contenidas en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil no son preceptos imperativos, sino simples reglas generales u orientaciones dadas a los jueces para la acertada interpretación de los negocios jurídicos en busca de la verdadera intención de las partes, que es el principio predominante, normas cuyo desconocimiento por sí solo no puede dar lugar a casación. (LXXIX, 2.151, 801).

Las transcripciones anteriores dejan ver que la Corte ha prohijado la teoría de que las reglas de interpretación de los contratos son simples criterios de lógica y no disposiciones de carácter imperativo cuyo desconocimiento pueda ser la base de un cargo en casación.

En realidad los preceptos de hermenéutica contenidos en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil no regulan ningún contrato ni consagran derechos concretos, pero esta circunstancia no basta para justificar la tesis de que esas normas son meras reglas facultativas de lógica, tesis que conduce a reconocerle al juez la libertad de aplicarlas u omitirlas y de dar a las convenciones el sentido que mejor le parezca, con desconocimiento de la intención de las partes y menoscabo de la fuerza obligatoria de las mismas convenciones. Antes que todo, dichas normas son disposiciones de orden legal, esto es, preceptos positivos de observancia obligatoria. La ley no da consejos, sino que establece normas de conducta, bien para los particulares, ora para los funcionarios encargados de aplicarla. En segundo término, no están sólo destinadas a encauzar la actividad mental del juzgador en la exégesis de las convenciones, sino que van también dirigidas a los particulares, quienes tienen el deber de precisar sus relaciones contractuales en la forma que responda mejor a los fines prácticos o económicos que con la contratación persiguen. En tercer lugar, no son simples normas formales ,sino preceptos que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas, "función augusta que toca con las más altas prerrogativas humanas". (LXXVII, 2.138-2.139, 150). Dichos cánones no consagran en verdad derechos concretos, pero sí indican las circunstancias que el intérprete debe considerar en el proceso lógico de puntualizar cuáles son esos derechos en cada caso particular. Por esta razón la Corte calificó alguna vez esas reglas como "un tratado sobre interpretación de los contratos, que se distingue por su unidad y sabiduría". (XLII, 1.899, 343). Todo lo cual tiende a demostrar que las normas de hermenéutica revisten carácter obligatorio y que su desconocimiento puede conducir al sentenciador a quebrantar preceptos sustanciales y a incurrir así en errores jurídicos. En este supuesto es obvio que la infracción de esas reglas interpretativas puede dar lugar a un cargo en casación cuando a consecuencia de ella se produce también el quebranto de una ley sustancial, como antes se anotó.

No huelga recordar que, en materia de interpretación de contratos, la violación de ley sustancial puede provenir no sólo del desconocimiento de los preceptos de hermenéutica, como viene explicado, sino también de los errores de hecho o de derecho que se cometan en la apreciación de las pruebas referentes a la convención que se discute. La interpretación y la prueba no se confunden porque tienen funciones y finalidades diferentes. La primera consiste en desentrañar el sentido, la significación o el alcance de las declaraciones de voluntad o el comportamiento de las partes con el fin de determinar los efectos jurídicos de aquellas o de éste. Es una función lógica que busca establecer las relaciones de derecho que nacen de una declaración de voluntad o de la conducta de una persona. La prueba tiene otra función distinta, como es poner de manifiesto el acaecimiento y la existencia de determinados hechos; demostrar que ha ocurrido un suceso, que se ha producido una declaración de voluntad, que se ha observado cierta conducta, es decir, llevar al conocimiento del juez los supuestos fácticos, los elementos de hecho de la cuestión, caso o problema cuya solución se le pide. La prueba pone de relieve los hechos, las expresiones orales o escritas de los contratantes, el comportamiento de una persona, y la interpretación analiza estos elementos, desentraña su significado y su alcance e infiere las consecuencias que producen en el campo jurídico. Obvio es que la prueba puede influír en la interpretación y en la determinación de los efectos jurídicos de un hecho o de un contrato, porque la presencia o la ausencia de ciertos elementos altera los supuestos de hecho y con ello las consecuencias que dimanan de los mismos. De aquí que, en punto de interpretación contractual, pueda ocurrir la infracción de la ley

sustancial como consecuencia de los errores de hecho o de derecho que se cometan en la apreciación de las pruebas.

Tratando de estas mismas cuestiones la Corte sintetizó así su doctrina en casación de 24 de marzo de 1955: "En consecuencia, la interpretación de un contrato por el Tribunal de instancia, es motivo de casación, con base en el inciso primero del ordinal 1º del artículo 520 del C. Judicial, cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inciso segundo del ordinal 1º del citado artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico". (LXXIX, 2.151, 797).

En desarrollo de la doctrina anterior aparece, pues, que, en punto de interpretación de los contratos, es viable un cargo en casación en estos tres casos: 1º Por error jurídico: a) Cuando hay violación directa de la ley del contrato frente a los preceptos que regulan su naturaleza y sus efectos. b) Cuando la infracción se produce por consecuencia del quebranto de las normas de hermenéutica contractual. Estos dos supuestos están comprendidos en el inciso primero del ordinal primero del artículo 520 del C. Judicial. 2º Cuando hay violación indirecta de preceptos sustanciales por error manifiesto de hecho en el campo probatorio. 3º Cuando se infringe también indirectamente una disposición sustancial por causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso. Estos dos últimos casos se rigen por el inciso segundo del ordinal primero del citado artículo 520.

Volviendo al caso en estudio y recordando la Corte las doctrinas anteriores, no se descubre que el sentenciador de instancia hubiera violado la ley del contrato consagrada por el artículo 1.602 del C. Civil. Está dicho que la sentencia no incurrió en ningún error manifiesto de hecho al apreciar las pruebas del contrato. Tampoco aparece demostrada la desnaturalización del mismo contrato basada en haberle atribuído a sus cláusulas un sentido contrario a lo que ellas expresan. El Tribunal consideró en forma armónica las diversas estipulaciones contractuales, incluso la cláusula 5ª del contrato de 1940 que el recurrente dejó en olvido, y llegó a la conclusión de que la Compañía Minera de Nariño conservó e hizo uso del derecho de poner término a la explotación de las minas y de que en tal supuesto no estaba obligada a continuar pagando a la Sociedad Ordinaria ninguna participación por el laboreo de las minas de las vegas. Esta conclusión no quebranta ninguna regla de hermenéutica ni desnaturaliza la convención, como se expresó al analizar los cargos anteriores, y no se ve por tanto que se haya infringido el precepto que atribuye al contrato fuerza de ley entre las partes que lo celebraron. De consiguiente el cargo es infundado y no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este juicio ordinario de la "Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí" contra la "Compañía Minera de Nariño, S. A.".

Condénase a la parte recurrente a pagar las costas del recurso.

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

Con salvamento de voto, **José J. Gómez R.** — **José Hernández Arbeláez.** — **Arturo C. Posada.**— **Antonio Rocha,** Conjuez. — **Ignacio Gómez Posse,** Conjuez. — **Enrique López de la Pava.** — **Ricardo Ramírez L.,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

RESUMEN. — La tesis expuesta en la sentencia, según la cual la infracción de las reglas de interpretación de los contratos, contenidas en el Título 13, Libro IV del Código Civil, da lugar a la casación cuando tal infracción conduce al quebranto

de textos legales sustantivos, equivale a erigir una causal de casación no prevista en el artículo 520 del Código Judicial, sin que se explique cómo cabría adicionar esta disposición esencialmente taxativa. Desde otro punto de vista, se adopta una solución cierta en un problema incierto, que carece aún de cauces definitivos en la doctrina contemporánea, solución explicable en otros países por el ámbito restringido que en ellos tiene la casación, mas no en el nuestro donde la jurisprudencia nacional es tan amplia que esta nueva causal carece de objeto.

He firmado la sentencia que antecede, salvando el voto con muchísima pena frente a mis ilustres colegas y los no menos ilustres Conjueces doctores Ignacio Gómez Posse y Antonio Rocha. Mas, no respecto al fondo de la controversia, sino en lo tocante a la tesis expuesta al tratar del tercer cargo, tesis según la cual la infracción de las reglas de interpretación de los contratos, contenidas en el Título 13, Libro IV del C. C., da lugar a la casación, cuando tal infracción conduce al quebranto de textos legales sustantivos.

Nuestra jurisprudencia ha sostenido lo contrario, esto es, que el quebranto de dichas normas no puede originar, directa o indirectamente, la infirmación de la sentencia de instancia. No por haberlo reiterado así de manera uniforme la Corte Suprema, sino por la revaluación efectuada ahora de dicha jurisprudencia, se ve cómo perduran vivas su raíz y sus razones en la casación colombiana, y es esto lo que me ha movido a separarme en este punto, del muy autorizado concepto de la mayoría de la H. Sala.

El nuevo rumbo expresado —todavía muy vago e incierto, si bien explicable en algunos países por el ámbito restringido que en ellos tiene la casación— carece de fundamento en Colombia, porque según nuestra doctrina, la interpretación de los contratos hecha por el Tribunal de instancia, puede ser atacada en el recurso extraordinario, **por error de hecho, por error de derecho y por simple error jurídico,** con apoyo en la **causal primera** de casación, sin que sea menester acudir a un nuevo motivo indirecto de impugnación de las sentencias.

Me referiré a los puntos siguientes, para sustentar mi voto:

I.—El fallo no fue acusado en casación por haber violado ninguna de las normas sobre interpretación de los contratos.

II.—La sentencia erige una nueva causal de casación no prevista en el artículo 520 del C. J.

III.—Las razones del fallo.

IV.—La jurisprudencia nacional es tan amplia al respecto del control en casación sobre la interpretación de los contratos, que realmente esta nueva causal es inútil.

- I -

El fallo no fue acusado en casación por violación de ninguno de los artículos del Capítulo 13, Libro IV del C. C.

1.—Reza así el cargo tercero de la demanda de casación:

"De conformidad con la doctrina expuesta, admitida en Francia lo mismo que en Chile, podría limitarme a acusar el fallo por violación de la ley del contrato, o sea por quebrantamiento del artículo 1.602 del Código Civil.

"En Colombia, dada la amplitud de nuestra legislación en lo que concierne a la causal de casación consistente en la violación de la ley sustantiva, la cuestión sobre procedencia del recurso por desconocimiento de la ley contractual no presenta la menor duda. En consecuencia hago uso de los términos empleados en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil para expresar que el sentenciador, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho ya anotados cometidos en la apreciación de las cláusulas 4ª de la escritura número 53 de 1934 y 2ª de la escritura número 49 de 1940, violó las disposiciones de los artículos 1.535, 1.546, 1.524, 1.601 y 1.603 del Código Civil, por falta de una correcta aplicación al caso del litigio".

2.—De la enunciación inserta se sigue que ninguna de las disposiciones que componen el capítulo 13 del Libro IV del C. C. —artículos 1.618 a 1.624— fue señalada en la demanda como infringida por la sentencia de segundo grado. Sin embargo, el fallo dice: "En realidad, los preceptos de hermenéutica contenidos en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil no regulan ningún contrato ni consagran derechos concretos... Todo lo cual tiende a demostrar que las normas de hermenéutica revisten carácter obligatorio y que su desconocimiento puede conducir al sentenciador a quebrantar preceptos sustanciales y a incurrir así en errores jurídicos. En este supuesto es que la infracción de esas reglas interpretativas puede dar lugar a un cargo en casación, cuando a conse-

cuencia de ella se produce también el quebranto de una ley sustancial".

Por consiguiente, no habiéndose alegado en la demanda introducida ante la Corte, violación de ninguna de las normas sobre interpretación de los contratos, no podía la H. Sala —dicho sea con todo respeto— tratar de la materia, y menos aún proceder a modificar radicalmente, la respectiva jurisprudencia nacional. Admito que la Corte ejerza su misión docente aun cuando no sea del todo indispensable en un caso dado, pero no que reforme una reiterada doctrina por fuera de la materia del recurso.

- II -

La sentencia erige una causal de casación no prevista en el artículo 520 del C. J.

4.—El artículo 520 del C. J. trae siete causales de casación. Sobra agregar que se trata de una enumeración taxativa.

La causal primera consiste en la **violación de la ley sustantiva.** Dice así el ordinal 1º de dicho artículo, que la **consagra:**

"1º Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, 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 por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Este ordinal consta de dos incisos y divide la violación de la ley en dos especies: **directa** (inciso primero) e **indirecta** (inciso segundo).

5.—La violación **directa** se produce de un golpe, en línea recta, y asume, según dicho primer inciso, tres formas: directa específica, indebida aplicación e interpretación errónea.

La primera —directa específica o directa propiamente dicha— tiene lugar cuando la sentencia no aplica el texto legal conforme al cual en derecho debe resolverse la litis. Fue la llamada **expresa** en los orígenes de la casación.

La segunda —**indebida aplicación**— cuando la resuelve con apoyo en un texto ajeno al asunto controvertido. Y

La tercera —**interpretación errónea**— cuando a un precepto legal le atribuye un sentido, un alcance o un efecto contra derecho, y de acuerdo con dicha interpretación decide el litigio.

6.—La violación **indirecta** se produce en línea quebrada. por contra golpe, debido a dos causas únicamente: **error de hecho** en que incurra el Tribunal de instancia en lo referente a los hechos, al suponer una prueba que no existe en el proceso, dando por probado el hecho, o pasar inadvertida una prueba que sí figura, negando en consecuencia la existencia del hecho; o **error de derecho** sufrido en el mismo campo de los hechos, al atribuír a una prueba un valor que no tiene, o al negarle el que tiene, quebrantando una norma referente a la tarifa de las pruebas o a la manera de aducirlas en juicio, y con ello con el necesario reflejo sobre los hechos de la litis. Si no comete el Tribunal de instancia error en relación con las pruebas, no habrá violación alguna de la tarifa, ni tampoco de precepto legal sustantivo.

De modo que la violación de la ley sustancial, para configurar la causal primera de casación, **ha de ser: o directa, en la triple forma expuesta; o indirecta, según la doble causa dicha, de errores de hecho o de derecho cometidos en lo atinente a las probanzas.**

7.—**Por tanto, el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. no reconoce otro tipo de violación indirecta, que aquel que se basa necesariamente en un error de hecho o de derecho en el emplazamiento probatorio por parte del Juez de mérito.**

Ahora bien:

La sentencia a que me refiero ha creado una nueva clase de violación indirecta: "Todo lo cual —dice— tiende a demostrar que las normas de hermenéutica revisten carácter obligatorio y que su desconocimiento **puede conducir al sentenciador a quebrantar preceptos sustanciales** y a incurrir así en errores jurídicos. En este supuesto es obvio que la infracción de esas reglas interpretativas **puede dar lugar a un cargo en casación, cuando a consecuencia de ella se produce también el quebranto de una ley sustancial".** (Subraya el suscrito).

Según este concepto, se puede llegar al agravio de una disposición legal de carácter sustantivo, como efecto de la inobservancia de una regla de interpretación de los contratos, es decir, de una disposición cuyo quebranto por sí solo no puede generar la casación del fallo. No hay duda, por consiguiente, de que se trata de una infracción indirecta, pero no de la especie única prescrita en el ordinal 1º del artículo 520, o sea, la que funciona a través de errores de hecho o de derecho en el tratamiento del material probato-

rio, sino de una clase enteramente distinta no contemplada en este ordinal, ni en ningún otro del artículo 520.

Al circunscribirse dicho ordinal (inciso primero) a la violación directa, sin intervención de error alguno relacionado con las pruebas; y a la **indirecta**, que es la que se cumple precisamente por tal intervención, es evidente que no está prevista en el citado artículo 520 ninguna forma de violación **indirecta** que dependa del quebranto de una regla sobre hermenéutica de los actos jurídicos, como vehículo que conduzca a la violación de un precepto sustancial.

Es por esto por lo que me he atrevido a sostener que el fallo en referencia ha creado una nueva causal de casación.

Huelga agregar que lo que no está contenido o prescrito en el artículo 520, le es extraño, porque se trata de disposición taxativa, que no admite, por lo mismo, interpretación extensiva o analógica.

- II -

Las razones del fallo

¿Qué razones da la sentecia para introducir este nuevo motivo de casación?

A)

8.—La sentencia cita las repetidas doctrinas de la Corte sobre el alcance de las disposiciones del Título 13, Libro IV del C. C., doctrinas según las cuales se trata de guías y orientaciones del juzgador en la interpretación del negocio jurídico, cuyo quebranto no funda la casación. Y comenta el fallo:

"Las transcripciones anteriores dejan ver que la Corte ha prohijado la teoría de que las reglas de interpretación de los contratos son simples criterios de lógica y no disposiciones de carácter imperativo cuyo desconocimiento pueda ser la base de un cargo en casación.

"En realidad los preceptos de hermenéutica contenidos en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil no regulan ningún contrato ni consagran derechos concretos, pero esta circunstancia no basta para justificar la tesis de que esas normas son meras reglas facultativas de lógica, tesis que conduce a reconocerle al juez la libertad de aplicarlas u omitirlas y de dar a las convenciones el sentido que mejor le parezca, con desconocimiento de la intención de las partes y menoscabo de la fuerza obligatoria de las mismas convenciones. Antes que todo, dichas normas son disposiciones de orden legal, esto es, preceptos positivos de observancia obligatoria. La ley no da consejos, sino que establece normas de conducta, bien para los particulares, ora para los funcionarios encargados de aplicarla. En segundo término, no están sólo destinadas a encauzar la actividad mental del juzgador en la exégesis de las convenciones, sino que van también dirigidas a los particulares, quienes tienen el deber de precisar sus relaciones contractuales en la forma que responda mejor a los fines prácticos o económicos que con la contratación persiguen. En tercer lugar, no son simples normas formales, sino preceptos que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas, función augusta que toca con las más altas prerrogativas humanas'. (LXXVIII, 2.138-2.139, 150). Dichos cánones no consagran en verdad derechos concretos, pero sí indican las circunstancias que el intérprete debe considerar en el proceso lógico de puntualizar cuáles son esos derechos en cada caso particular. Por esta razón la Corte calificó alguna vez esas reglas como 'un tratado sobre interpretación de los contratos, que se distingue por su unidad y sabiduría'. (XLII, 1.899, 343). Todo lo cual tiende a demostrar que las normas de hermenéutica revisten carácter obligatorio y que su desconocimiento puede conducir al sentenciador a quebrantar preceptos sustanciales y a incurrir así en errores jurídicos. En este supuesto es obvio que la infracción de esas reglas interpretativas puede dar lugar a un cargo en casación cuando a consecuencia de ella se produce también el quebranto de una ley sustancial, como antes se anotó".

9.—Dos conceptos se destacan en lo que acaba de copiarse:

1º Que por el hecho de tratarse de meras pautas facultativas, es por lo que se le reconoce al Juez "la libertad de aplicarlas u omitirlas y de dar a las convenciones el sentido que mejor le parezca, con desconocimiento de la intención de las partes y menoscabo de la fuerza obligatoria de las mismas convenciones". A lo cual me permito argüir:

Por el hecho de que la infracción de tales disposiciones no caiga en el campo de la casación, no quiere decir que el Juez esté facultado para

desconocerlas. Esto no lo ha dicho la Corte. Son centenares los preceptos de la ley que no obstante ser infringidos por los jueces de mérito, no fundan un cargo en casación. La inobservancia de las reglas adjetivas del artículo 1.394 del C. C., sobre deberes del partidor, por parte del Tribunal que aprueba la partición, jamás se ha proyectado en los fueros de la casación, según jurisprudencia uniforme; empero, no se ha sostenido que por ello el partidor está en libertad de aplicarlas u omitirlas y el Juez en la de aprobar o improbar arbitrariamente la partición que se haga con desconocimiento de las mismas. Son normas legales dispositivas, cuya obligatoriedad, por lo mismo, es una de sus características esenciales; mas, por esto, su desconocimiento no da lugar a acusar la sentencia en casación.

Bueno es recordar que los jueces gozan de libertad para aplicar o no aplicar un texto legal; pero, de una libertad condicionada a la razón. Es la "livre recherche scientifique" de Geny; la "persuasión racional" del artículo 21 de nuestra Ley de Tierras; el mismo principio en cuya virtud desde 1896, un juez inferior puede separarse de la doctrina de la Corte, por reiterada que sea, sin mengua de sus deberes, y sin que por ello pueda acusarse el fallo en casación.

Los artículos del Título 13 deben ser observados por el Juez, precisamente porque son leyes; por ello, no puede interpretar el contrato desnaturalizándolo o desconociendo la intención obvia de las partes; ni dejar de preferir el sentido en que una cláusula produce efectos, a otro en que no los produce; ni desatender el conjunto del acto para fijar el alcance de una estipulación; ni tampoco dejar de interpretar las cláusulas ambiguas en favor del deudor. Mas, si se aparta de tales ordenamientos, ninguna consecuencia se habrá producido en el ámbito del recurso. Este es el sentido de la jurisprudencia de la Corte, el mismo de la doctrina francesa: no es que los jueces puedan hacer caso omiso de tales normas, como si no existieran en el código; no es tampoco que el Juez pueda darle a la convención el sentido que le parezca, con criterio arbitrario, abusando de su libertad de juzgador, porque al fin y a la postre son reglas de derecho, obligatorias de suyo, o como dice el fallo: "Son disposiciones de orden legal, esto es, preceptos positivos de observancia obligatoria"; sino que, en el caso de no ser observados, ello no puede repercutir en casación, porque no tienen carácter sustantivo y nunca la violación de normas adjetivas fue razón de este recurso extraordinario.

2º Del hecho de tratarse de "preceptos que señalan las nociones, factores y conceptos que el Juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas", no se sigue que su infracción pueda ser materia de censura en el expresado recurso. Son innumerables las normas formales y los preceptos que determinan factores y acciones que el Juez debe cumplir en el proceso, sin que por desatenderlas se abra la vía de la casación. Precisamente, un punto en que las legislaciones están de acuerdo, es el del **carácter de la ley**, en tratándose de errores **in iudicando**. Es la ley **sustantiva**, que hoy se llama con más propiedad **sustancial**, la única cuyo quebrantamiento impulsa la casación. Y es irrefragable que los ordenamientos sobre interpretación de los contratos, están muy lejos de constituír reglas sustanciales, cuya inobservancia pueda autorizar un cargo ante la Corte. La propia sentencia dice que "no regulan ningún contrato ni consagran derechos concretos".

B)

10.—Hace referencia el fallo a la tendencia que hay en la doctrina, encaminada a ampliar la órbita de este medio de impugnación de las sentencias, agregando la inobservancia de las referidas normas de interpretación contractual.

Cita a Piero Calamandrei, cuya obra sobre la Casación Civil viene iluminando e iluminará por muchos años las actividades e investigaciones forenses sobre tan importante materia.

Este ilustre tratadista dice en el número 121 del Tomo II de su obra: "La tendencia a alejar la casación de sus finalidades institucionales, se revela típicamente en el debate, que se enciende en la práctica y en la doctrina cada vez que se intenta determinar con precisión cuáles son los poderes de crítica del Juez de casación **sobre la interpretación de los negocios jurídicos**, realizada por el Juez de mérito". En el número 219 del Tomo I, volumen 2º, afirma que "el desacuerdo de la doctrina alemana al resolver este problema de carácter general, aparece más patente cuando se examinan las soluciones dadas a las múltiples cuestiones singulares en las cuales se divide el problema. Característica es, por ejemplo, la **multiplicidad de oposiciones** que aparece en los au-

tores y en los fallos alemanes para decidir **si el Tribunal de revisión** (léase casación) **puede proceder al examen de la interpretación de los negocios jurídicos** llevada a cabo por el Juez de apelación". Dice que el problema se ha discutido igualmente en Italia, especialmente en relación con la "alteración", "con que se suele actualmente por tradición significar, de acuerdo con la Corte de Casación de Turín, la errónea interpretación de un negocio jurídico, realizado por un Juez de mérito al atribuír a una declaración de voluntad un significado categóricamente contrario al resultante de las palabras que componen la declaración", errónea interpretación que no puede ser denunciada en casación "sino cuando contenga en sí los elementos de un error de derecho, lo que puede ocurrir en dos casos:

"1º Cuando el Juez al determinar el significado de la declaración de voluntad haya violado una regla legal de interpretación; y 2º Cuando el Juez haya dado al negocio jurídico correctamente acreditado una calificación jurídica errónea". Lo que adiciona con la nota 28:

"Hay una notable tendencia a considerar las reglas legales de interpretación como criterios meramente facultativos para el Juez, la violación de las cuales no puede ser denunciada en casación. (Así entre nosotros Mattirolo, trattato IV, número 143; y en Alemania Rocholl, en "Z", X p. 312, Stahl, en "C. A." LXVII, p. 147)". Y agrega: "Sigo la tendencia opuesta (cita algunos autores), puesto que también las reglas legales de interpretación son leyes en el sentido del artículo 517, número 3, y como tales obligatorias.... En fin, estas reglas funcionan de un modo análogo a las normas sobre las pruebas legales".

11.—De manera que para Calamandrei, la infracción de dichas reglas, sitúa el problema en casación como si se tratase de las disposiciones legales sobre pruebas. La sentencia de que me he permitido disentir sigue esta opinión; pero, no explica el funcionamiento de esta causal; no enseña cómo podría darse la inobservancia de tales normas, de las cuales unas son imprecisas, otras generales y todas ellas sujetas al criterio lógico del Juez, en razón de su propia naturaleza; ni cómo podría su incumplimiento servir de vehículo que condujera al desconocimiento de un texto sustancial; ni cuál es la semejanza o paralelismo que ve el renombrado autor, entre las normas sobre los medios de prueba, sobre la tarifa, y los preceptos sobre hermenéutica contractual; ni menos aún cómo podría adicionarse una disposición que es esencialmente taxativa, como es el artículo 520 del C. J., con una nueva causal de impugnación de las sentencias, de tipo indirecto, diferente al consagrado allí para el caso de errores de hecho o de derecho en la estimación de los hechos.

12.—El paralelo de Calamandrei entre las normas de interpretación contractual y los ordenamientos sobre la tarifa probatoria, no puede convencer de que las primeras sean escalón para el quebrantamiento de la ley sustancial, porque el paralelo no es posible.

En efecto: cuando a una prueba se le otorga un mérito de que carece, o se le niega el que tiene, según esa tarifa, hay un factor cierto, categórico: la tarifa, en la que cada medio probatorio tiene su casilla y en ésta su valor, casilla que el Juez, por ello mismo, no puede desconocer sin alterar ese valor. Si a la confesión hecha ante Juez competente, el fallo le niega el mérito legal de plena prueba, se habrá infringido una disposición legal que le señala precisamente este valor. Si a una escritura sin registro la sentencia le concede valor de prueba de la propiedad raíz, se habrá quebrantado un precepto que le atribuye sólo al instrumento registrado ese alcance probatorio. Es decir, cuando hay violación indirecta de preceptos sustantivos por error de derecho en la estimación de las pruebas, es porque se quebranta alguna de las disposiciones concretas sobre los medios probatorios. No así en el campo de la interpretación del acto jurídico: las reglas tocantes a ella son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces, pero, no tienen la precisión, la fuerza perentoria ni los contornos de una norma sobre la tarifa de pruebas, y por ello mismo su aplicación se encomienda de manera particular al criterio del juzgador de instancia, incontrolable por otro Tribunal —el de casación— a menos que se haya incurrido en errores de hecho o de derecho o en error jurídico, de acuerdo con la más reciente doctrina de la Corte. Veremos en seguida que en materia de interpretación de los contratos nuestra doctrina es riquísima en medios de que dispone la Corte para controlarla.

13.—No hay duda de que la tendencia existe en no pocos autores y aún en tribunales; pero, ello tiene lugar en países, como Italia, en donde, por lo restringido del texto sobre la violación de la ley, la doctrina ha tratado de ampliar el campo del recurso, con la infracción de normas interpretativas.

Por lo demás, al paso que Calamandrei considera que la infracción de normas interpretativas

es simple medio que puede llevar a la violación de reglas sustanciales, como si se tratase de una violación indirecta, a través de errores en la apreciación de las pruebas, otros autores la consideran directa, por cuanto en su concepto los ordenamientos sobre interpretación del acto jurídico son de tal sustancia que su quebranto es objeto de la casación. Así puede verse en Emilio Betti ("Teoría del Negocio Jurídico", números 41, 42 y 43. Trad. de Martín Pérez. Madrid); en E. Danz ("La Interpretación de los Negocios Jurídicos". Parágrafo 21. 3. ed. 1955); en Luigi Cariota Ferrara ("El Negocio Jurídico", número 160. Trad. de Manual Albáladejo. Ed. Aguilar, 1956).

Carneluti da un vistazo general al estado de la cuestión, así:

"Sigue prevaleciendo en la jurisprudencia forense la opinión de que las disposiciones del Código Civil relativas a la interpretación de los contratos contienen simples normas directivas, sobre cuya aplicación no puede ejercitar su control la Corte de Casación: cfr., últimamente, Casación de Turín de 30 de octubre de 1920... Esta era la opinión dominante también en doctrina hasta hace unos quince años (Mattirolo, Dir. giud. civ. 5ª ed. IV, pág. 941; Giorgi, Teoría dell obbl. 8ª ed., IV, pág. 199; Lomonaco. Delle obbligazioni e dei contratti in genere, págs. 223 y siguientes); luego los teóricos han comenzado a dar señales de reacción, pero siempre, por una u otra razón, más bien remisamente: el densísimo estudio de Messina (La interpretazione del contratti, Macerata, 1906) ha quedado por desgracia interrumpido; Mortara, al hablar de la falsa interpretación afirma ciertamente que 'si una obligación hubiese sido interpretada contra quien la contrató poniendo por base el principio de que en la duda debe ser preferida esa interpretación, habría en ello una manifiesta violación del artículo 1.137 del Código Civil', (Comentario, III, pág. 558), pero no prosigue la demostración; Chiovenda, después de sostener que se puede recurrir en casación también por violación de las máximas generales de experiencia, no tiene motivo para tratar en particular del problema que nos ocupa (Principi di diritto processuale civile, 3ª ed., pág. 1.027); y hasta el mismo Calamandrei, que nos ha dado una monografía tan extensa y notable sobre la casación, **lo toca de pasada y, a mi modo de ver, sin una visión segura** (La Cassazione civile, II, pág. 369, nota 3). ("Estudios de Derecho Procesal", II, pág. 423. Trad. de S. Sentis Melendro. Buenos Aires. 1952). (Subraya el suscrito).

En seguida el nombrado expositor hace una serie de disquisiciones sobre temas relacionados con el problema, de las cuales nos parece que confiere a las normas de interpretación fuerza propia bastante a producir la casación si los jueces de fondo las desatienden. Y la misma impresión nos produce Giuseppe Stelfi ("Teoría del Negocio Jurídico", parág. 65. Trad. de Jaime Santos Briz. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959).

De lo cual se sigue que el debate está apenas abierto, sin que se haya llegado a soluciones siquiera probables; que ha cobrado mayor vigor en países como Alemania e Italia, en donde el dominio de la casación es sumamente limitado, y que un punto realmente oscuro, pero que es básico en esta materia, es el de saber si las disposiciones sobre interpretación de los contratos **tienen carácter sustantivo,** esto es, si la infracción basta por sí misma para que la casación se produzca, o si al estilo de las normas sobre el valor de las pruebas y formas de allegarlas al juicio, su inobservancia no es sino el camino que puede llevar a la transgresión de la ley sustantiva. Al respecto de los autores citados, sólo Calamandrei afirma la segunda tesis, estableciendo el referido paralelismo entre las reglas interpretativas y las concernientes a las pruebas. Los demás que he consultado, atribuyen a aquellas, una fuerza tal que basta su desconocimiento para herir la ley sustancial. Esta es una disparidad tan honda que resta a la tendencia aludida mucho de su importancia y no poco de su futuro.

De modo que la sentencia de que he me distanciado adopta una solución ya cierta en un problema incierto, que aún carece de cauces claros y definitivos, solución explicable —repito— en otros países, mas no en el nuestro, en donde la jurisprudencia reconoce a la Corte un amplio control en materia de interpretación de los contratos.

- IV -

La jurisprudencia nacional es tan amplia que esta nueva causal de casación carece de objeto.

14.—La doctrina de la Corte, siempre, invariablemente, hasta 1955, había dicho: 1º Las reglas legales de interpretación contractual no son sustantivas y su infracción no cae, por tanto, en el terreno de la casación; y 2º pero, si los jueces de instancia desnaturalizan o deforman el contrato o le desconocen sus efectos jurídicos, o lo

califican erróneamente, so pretexto de interpretarlo, hay lugar al control en casación, **por error manifiesto de hecho** y excepcionalmente de derecho.

En consecuencia, no es que la jurisprudencia nacional haya negado la censura en casación respecto de las sentencias en las cuales se interpreta el contrato; no es que haya entregado a los jueces de mérito la potestad de interpretar soberanamente, sin limitación alguna, el negocio jurídico, al punto de que ahora la sentencia de que me he separado, se vea obligada a volver por los fueros de un razonable control en casación. Este se ha ejercido hasta 1955, en los casos de desnaturalización del contrato o desconocimiento de sus efectos jurídicos, pero no por agravio de las disposiciones sobre interpretación contractual, sino por implicar ello, en muchos casos, errores de hecho manifiesto en el examen de las pruebas del acto jurídico y de las circunstancias que lo rodean.

Pero, en casación de 24 de marzo de 1955 (LXXIX, 2.151, 796), la Corte amplió y puntualizó su doctrina, ubicando la interpretación de los contratos, no sólo en el campo del **error de hecho** y **excepcionalmente en el de derecho,** como venía consagrándolo, sino también en el de la violación directa de la ley, o dicho en otra forma, **por errores de carácter jurídico.**

Dice así el fallo citado:

"La jurisprudencia francesa, que también con una serie de oscilaciones, ha mantenido como norma general la soberanía de los juzgadores de instancia en la interpretación de los contratos, acepta sin embargo el control de la Corte en dos eventualidades:

" '1º—El Tribunal, tras de haber reconocido la existencia de determinada convención, de una venta por ejemplo, le atribuye una naturaleza y unos efectos distintos de aquellos que le asigna la ley; entonces la decisión del Tribunal cae bajo la censura de la Corte en casación, porque en este caso, lo violado no fue solamente la convención, sino principalmente la ley que atribuye a esa convención efectos distintos de los que le dio el Tribunal; y es inadmisible que dicho Tribunal pueda despojar de sus efectos legales y de sus consecuencias jurídicas necesarias las convenciones cuya existencia ha reconocido como probada;

" '2º—Los tribunales no pueden desnaturalizar un contrato, so pretexto de interpretarlo; si una cláusula es clara y nítida no pueden desconocerla ni transformarla; no pueden contrahacer el acto; en todos estos casos la Corte Suprema deberá intervenir para asegurar el respeto de aquel gran principio de derecho según el cual el contrato es ley de las partes. En aplicación de este principio la Corte de casación se reserva el derecho de controlar la naturaleza y la denominación legal de las convenciones, de calificarlas, decidiendo, por ejemplo que determinada cláusula debe entenderse como una constitución de prenda más bien que como una venta con ciertas modalidades; o reconociéndose el poder de apreciar si determinado elemento de un contrato tiene un carácter esencial o sólo accidental'. (L. Josserand. Cours de Droit Civil Positif Francais, T. II, número 242, pág. 128).

"Según esta doctrina, la interpretación de los negocios jurídicos constituye una cuestión de derecho cuando las partes, hallándose conformes sobre el sentido de los documentos y demás pruebas aportadas en lo concerniente al hecho de las estipulaciones materia del debate, disienten sobre la calificación legal de la convención y sus efectos jurídicos. Trátase entonces de una cuestión esencialmente jurídica, a saber: la aplicación de la ley a las estipulaciones contractuales cuya demostración aparece en el juicio. El juicio del Tribunal de instancia puede ser revisado en casación, al demostrarse que la sentencia en ese particular ha violado la ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.

"En términos generales es función privativa del tribunal de instancia, interpretar un contrato y fijar el alcance de sus cláusulas mediante el descubrimiento de la intención y propósitos de las partes, cuando entre éstas se han suscitado dudas sobre su cabal inteligencia o sobre su verdadero objeto, teniendo en cuenta los hechos que han precedido a la convención, el conjunto de circunstancias concomitantes y los hechos subsiguientes sobre su cumplimiento o ejecución. Solamente **un notorio y ostensible error de hecho,** o **un error de derecho,** en la apreciación de la prueba sobre tales circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes, que hayan servido de base para la interpretación del contrato por el sentenciador, puede dar lugar a una censura viable en casación. Bien se comprende además que a menudo el Tribunal de instancia, escudriñando la intención y propósitos de los contratantes, empleará principalmente la prueba indiciaria en cuya apreciación es soberano, alejándose la po-

sibilidad de patentizar ante la Corte un evidente error de hecho.

"En consecuencia, la interpretación de un contrato por el tribunal de instancia es motivo de casación, con base en el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., cuando el sentenciador **ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos**, o, con base en el inciso 2º del ordinal 1º del citado artículo, **cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho**, en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico.

"En esta forma la Sala precisa y señala el alcance de la actual doctrina de la Corte".

15.—De suerte que a partir de esta decisión, puede acusarse la sentencia ante la Corte: **por error de hecho o por error de derecho** en lo que respecta a la apreciación del contrato o de sus circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes, o sea la **causal primera** de casación en su aspecto **indirecto; o por error jurídico, esto es, violación directa específica, aplicación indebida o interpretación errónea**, o sea la misma causal primera en su faz **directa**. De manera que la interpretación de un contrato puede censurarse en casación, según la doctrina vigente, por errores **in iudicando**, en todas las formas consagradas en el ordinal 1º del artículo 520, sin que para ello sea menester acomodar una nueva causal en este precepto, no prevista en la ley.

Debo agregar que la doctrina francesa se mantiene en su ley, conservando, por una parte, a las aludidas reglas de hermenéutica contractual, su intrascendencia en el recurso, y por otra, el control de los fallos de instancia si se desnaturaliza o contrahace el acto o se le niegan sus efectos jurídicos o se desatienden cláusulas claras. (V. "Extract Enciclopédic Juridique Dalloz. Répertoire de Procédure Civil et Commerciale", por Antonio Besson, 1955).

Bogotá, 23 de febrero de 1961.

José J. Gómez R.



DIVERSOS CARGOS, CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION, CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION DE UNA HERENCIA

1.—El complejo de actividades que el proceso civil supone para llegar a la sentencia, hace necesario el fenómeno de la preclusión, sin cuya presencia, en vez de método y orden, el proceso sería arbitrariedad y caos. (Artículo 366 y siguientes del C. J.).

2.—En el juicio de sucesión, una vez hecho el inventario y avalúo, la ley brinda la oportunidad, suficientemente amplia, para que se formulen, sustancien y decidan las objeciones a que haya lugar, como también para que se solicite fundamentación, explicación, ampliación o aclaración del dictamen. (Artículos 40 y 41 de la Ley 63 de 1936). Pero pasada en silencio esa etapa, o si los reparos no triunfaron, ya no es posible en el incidente de objeciones a la partición —otra etapa del juicio—, atacar el avalúo hecho en el inventario. Este adquirió firmeza y constituye base inmodificable para la distribución y adjudicación de las especies, salvo convenio legítimo de los adjudicatarios.

3. — No hay posibilidad de atacar legalmente la sentencia aprobatoria de la partición, cuando quiera que los cargos contra ella formulados se basan en no haberse tenido en cuenta, para la adjudicación de bienes, un avalúo distinto al cumplido en la diligencia de inventario prevista para el juicio de sucesión por el artículo 1.392 del Código Civil y por el capítulo III del Título XXX del Código Judicial.

4.—Si contra la sentencia aprobatoria de la partición se hace un cargo que no aparece formulado en el escrito de objeciones a la misma, constituye medio nuevo, inaceptable en casación, porque se invoca en el recurso extraordinario sin que de él tuviera conocimiento el Tribunal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente Dr. Enrique Coral Velasco)

Antecedentes

Por petición de interesado, el Juez Civil del Circuito de Ramiriquí, declaró abierto y radicado en ese Juzgado el juicio de sucesión intestada de Consejo Mancipe de Arias, fallecida el 20 de julio de 1952 y disuelta la sociedad conyugal formada por la causante con Santos Arias. A medida que lo solicitaron se reconoció como herederas a las tres únicas hijas: Praxedis, Bárbara Pía y María del Tránsito.

Bárbara Pía murió el 17 de febrero de 1955 y el Juzgado, previa petición, declaró a Santos Arias "heredero de la causante por la asignación hereditaria que a aquella le corresponde por ley, en su condición de hija legítima de éste, con beneficio de inventario y sin perjuicio de terceros".

Realizados los inventarios sin observación alguna, pagados los derechos fiscales, etc., los herederos solicitaron la partición. Esta se hizo, pero fue blanco de objeciones de distinta índole, unas de las cuales fueron aceptadas y otras se declararon no probadas. Al fin, después de vicisitudes procesales en que se agotaron todos los recursos posibles en esta clase de tramitaciones, se aprobó la partición rehecha por cuarta vez, en sentencia del Juzgado de 24 de julio de 1958 que, apelada por el objetante, recibió confirmación del Tribunal de Tunja, por sentencia de 6 de noviem-

bre de 1958, materia del recurso de casación que ahora se resuelve. En el incidente de objeciones a la partición se hizo nuevo aforo de los bienes ya inventariados, del cual resultaron con distinto precio.

Objeciones a la partición

El consorte sobreviviente, en esa calidad y en la de heredero de su hija legítima Bárbara Pía, formuló cinco objeciones a la partición. La primera y la tercera se declararon probadas, no así la segunda, la cuarta y la quinta. Dicen éstas:

"SEGUNDA OBJECION. — El partidor invadió una órbita que no le corresponde, como es la de fijar los honorarios de los abogados que intervinieron en el juicio. Para tal objeto apreció en el pasivo una suma de consideración, que afecta igualmente la hijuela del cónyuge sobreviviente...".

"CUARTA OBJECION.—El inmueble destinado para lote de gastos, vale mucho más, posiblemente el doble de la apreciación que se le asignó, con lo cual se perjudica también la hijuela del cónyuge supérstite, toda vez que para ello fue preciso adjudicar para completar el valor de la hijuela de éste, un globo de tierra que en ningún caso responde al valor que se le asignó. Se impone señalar un lote de menos valor cuyo precio satisfaga apenas el pago del verdadero pasivo. En este sentido debe reformarse la partición".

"QUINTA OBJECION. — Al cónyuge sobreviviente ha debido adjudicársele por separado bienes para pagarle su hijuela por concepto de gananciales; y bienes para cubrirle su hijuela por razón de la hija que falleció y a quien por tal motivo hereda. El artículo 1.398 del C. C., parece así determinarlo. Al hacer el nuevo trabajo, debe pagarse cada una de tales hijuelas por separado".

Realizado el postrer trabajo de partición, Juzgado y Tribunal, encontraron subsanados los errores denunciados en las objeciones transcritas y, ambos, en su oportunidad, aprobaron la partición como queda dicho.

La sentencia impugnada

Dijo el Tribunal:

"El fundamento de la adjudicación y distribución de bienes sucesorales debe buscarlo el partidor en la diligencia misma de inventario y avalúos. Su misión consiste en adjudicar todos los bienes inventariados y distribuírlos teniendo en cuenta el valor que los peritos hayan fijado. Esa consideración de precio no puede hacerse caprichosamente por quien distribuye los bienes.

"En el caso de autos, se anota la existencia de seis (6) partidas en el activo inventariado.

"De acuerdo con constancia que aparece en la partición, el pago del impuesto de lazareto (sic) fue hecho por los interesados, en forma voluntaria, y, por consiguiente, el partidor no tuvo necesidad de incluírlo en la hijuela de deudas y gastos.

"Para el pago de la hijuela del cónyuge sobreviviente Santos Arias, por concepto de gananciales y cuota hereditaria de su hija Bárbara Pía Arias, en cantidad total de veintisiete mil ochocientos ochenta y un pesos con doce centavos ($ 27.881.12) se adjudicó el bien que figura en la partida primera del inventario, avaluado por la cantidad de quince mil pesos y una cuota de diez mil quinientos ochenta y un pesos con doce centavos ($ 10.581.12) del bien que figura en la partida tercera y el bien que figura en la partida sexta por el valor de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00)".

Y concluye:

"Se observa alguna irregularidad en la adjudicación de un lote en común de la partida cuarta, lote éste que no se había adjudicado en la primera partición y que dio ocasión a declarar fundada una de las excepciones (sic) propuestas. Pero como este bien está adjudicado ahora a quienes en verdad corresponde, sin lesionar el derecho del cónyuge sobreviviente, porque a éste no se le hizo adjudicación en relación con los bienes de la partida cuarta del inventario, no habría fundamento para rechazar la partición.

"Desde luego, las reglas que señala el Código Civil no son tan rígidas como para que el partidor no pueda cumplir su misión con cierta flexibilidad".

La impugnación

"**Cargo primero.**—El fallo de segunda instancia dictado por el H. Tribunal del Distrito Superior de Tunja, es violatorio del artículo 1.394 del C. C., ordinales 3, 7, 8 y 9, por haberse hecho caso

omiso de lo que allí se prescribe. Tal disposición sustantiva, textualmente reza: 'En la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos'. De acuerdo con este texto legal puramente sustantivo estaba obligado el partidor a adjudicar a cada cointeresado bienes de la misma naturaleza y calidad y como así no lo hizo, el Tribunal fallador al aprobar el trabajo presentado en desacuerdo con dicha norma legal, violó directamente el precitado artículo 1.394 del C. C., máxime si se tiene en cuenta, que al respecto se le llamó la atención al partidor en forma reiterada tanto por el Juez del conocimiento como por el mismo Tribunal. No se adjudicaron a todos los interesados bienes de la misma calidad y semejanza, como lo dispone esa disposición civil, si se tiene en cuenta que de acuerdo con el avalúo que se dio a los bienes adjudicados por medio de peritos nombrados en forma legal, los bienes o inmuebles que se adjudicaron a las coherederas Tánsito y María Praxedis Arias, valen mucho más del precio porque fueron adjudicados, en tanto que al cónyuge supérstite se le adjudicaron inmuebles por un valor superior del que en realidad tienen según el mismo avalúo pericial, apreciación pericial que se hizo en la diligencia de inspección ocular que se practicó durante el término probatorio del incidente de objeciones a la partición y que corre a folios 17 a 21 del cuaderno 2.

"Tampoco hubo semejanza, porque a esos coherederos se les adjudicó únicamente inmuebles, en tanto que al cónyuge sobreviviente, se le adjudicó toda la partida de semovientes, partida que ciertamente no fue apreciada en el acta de alistamiento, toda vez que no se presentaron dada la circunstancia de que no existían. En tales circunstancias el H. Tribunal de instancia, no ha debido aprobar semejante trabajo de partición y en su lugar lo procedente hubiera sido, infirmar el fallo que fue objeto de la apelación. Estas las razones para afirmar que se violó directamente el precitado artículo 1.394 del C. C., en cuya virtud este cargo es procedente. También se violó directamente el artículo 1.392 del mismo texto sustantivo, por cuanto a que en la partición que se aprobó, no se tuvo en cuenta el avalúo que se hizo por medio de peritos nombrados en forma legal dentro del respectivo juicio sucesorio y de que da razón la precitada diligencia que se practicó el 11 de febrero de 1956, avalúo dado por los expertos designados señores Patrocinio Jiménez, Julián Cepeda y Plinio José Jiménez Mendoza".

En párrafos posteriores, el recurrente desarrolla el mismo pensamiento e increpa error al Tribunal, por haber aprobado la partición en la que, como valor de los bienes se tuvo el fijado en el inventario respectivo y no el que se practicó en el incidente de objeciones a la partición.

"**Cargo segundo.**—El fallo recurrido es también violatorio de la ley sustantiva por aplicación indebida en atención a las siguientes razones:

"Se limitó el Tribunal de Tunja, en el fallo que se revisa, a verificar una detallada confrontación de las partidas relacionadas en el acta de alistamiento de bienes, confrontación que se hizo con este sugestivo preámbulo: 'El fundamento de adjudicación y distribución de bienes sucesorales debe buscarlo el partidor en la diligencia misma del inventario y avalúo. Su misión consiste en adjudicar todos los bienes inventariados y distribuírlos teniendo en cuenta el valor que los peritos hayan fijado. Esa consideración de precio no puede hacerse caprichosamente por quien distribuye los bienes'.

"Hubo aquí una interpretación indebida y por consiguiente errónea de lo que al respecto dispone el artículo 1.392 del C. C., por cuanto a que esta disposición de carácter sustantivo, no ordena de manera restringida, que sea el avalúo dado en la diligencia de inventario el que debe tenerse en cuenta por el partidor, como erradamente lo sostiene el Tribunal, sino que establece de modo abstracto, el deber de tenerse en cuenta el avalúo dado por peritos, el cual, como en el caso cuestionado, no puede ser otro que el dado por peritos nombrados en forma legal para ratificar o rectificar el valor dado en la aludida diligencia de alistamiento de bienes. Y si el último avalúo pericial, difiere sustancialmente del primero, no es este sino aquel, el que de acuerdo con la citada disposición debe tenerse en cuenta o servir de fundamento para la liquidación y consiguiente adjudicación. De esto surge necesariamente la errada interpretación que le dio el Tribunal sentenciador del Distrito Judicial de Tunja, al referido artículo 1.392 del C. C.

"Si dicha entidad falladora hubiera tenido en cuenta esta recta interpretación de tal disposición, se habría abstenido de confirmar el auto aprobatorio de la partición y como así no lo hizo, quebrantó ese texto sustantivo por errónea interpretación y por ello debe casarse bajo este aspecto la sentencia acusada, improbándose el simulacro de partición que se presentó, para que

se verifique en un todo de acuerdo con las normas que la ley sustantiva consagra al respecto".

"**Cargo tercero.**—Igualmente en el fallo recurrido se violó la ley sustantiva por interpretación errónea, en cuanto a que se hizo una mala apreciación de las pruebas que constan en el expediente, como por haber dejado de apreciar otras".

Después de insistir en la misma argumentación respecto a la prueba pericial obtenida en el incidente de objeciones que dice debe prevalecer sobre el avalúo practicado al hacerse el inventario de bienes, termina el cargo con la afirmación que el fallo recurrido violó "de manera indirecta la ley sustantiva por quebrantamiento del artículo 1.393 del C. C., en armonía con el 1.016 ibidem", no sin antes afirmar que por desconocimiento del valor probatorio del avalúo dado por los peritos en el incidente de objeciones a la partición, el Tribunal, infringió el artículo 721 del C. Judicial.

Se considera:

a)—Los cargos transcritos, de suyo, revelan su ineficacia. El complejo de actividades que el proceso civil supone para llegar a la sentencia, hace necesario el fenómeno de la preclusión, sin cuya presencia, en vez de método y orden, el proceso sería arbitrariedad y caos. En el juicio de sucesión, de etapas tan visibles, una vez hecho el inventario y avalúo, se da en traslado a los interesados y al Recaudador de Impuestos, por tres días. Dentro de este plazo se pueden formular las objeciones del caso. El incidente se tramita como una articulación. Igualmente dentro de esos tres días del traslado se puede pedir también, por una sola vez, que cualquiera de los avaluadores o todos ellos funden, expliquen, amplíen o aclaren su dictamen dentro del término prudencial que el juez les fije.

b)—Pasada en silencio esa etapa, o si los reparos no triunfaron, ya no es posible en el incidente de objeciones a la partición —otra etapa del juicio—, atacar el avalúo hecho al inventario. Este adquirió firmeza y constituye base inmodificable para la distribución y adjudicación de las especies, salvo convenio legítimo de los adjudicatarios.

c)—Relieva lo anterior, la imposibilidad de atacar legalmente la sentencia aprobatoria de la partición, cualesquiera sean los cargos contra ella formulados, cuando, como en la demanda que se resuelve, se los basa en no haberse tenido en cuenta para la adjudicación de bienes un avalúo distinto al cumplido en la diligencia de inventario prevista para el juicio de sucesión por el artículo 1.392 del C. Civil y por el Capítulo III del Título XXX del C. Judicial. Ni es de recibo la censura involucrada en el cargo tercero por "equivocada apreciación de las pruebas que figuran en los autos al aceptar o reconocer el pasivo" del inventario, error que según el recurrente condujo a la violación "indirecta de la ley sustantiva por quebrantamiento del artículo 1.393 del C. C. en armonía con el 1.016 ibidem", porque, como viene dicho, la oportunidad de atacar el inventario pasó definitivamente.

Se desechan los cargos.

"**Cargo nuevo.** — En el primer trabajo que se presentó y que fue objetado, no se incluyó un inmueble que los peritos avaluaron en la suma de $ 800.00. Tal inmueble, como era lógico, jurídico y equitativo, ha debido adjudicarse a todos los cointeresados de acuerdo con el valor de sus hijuelas, como lo dispone claramente el artículo 1.406 del C. C., esto es, la mitad para el cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los herederos. No se hizo así, y en cambio con pasmosa frescura, se adjudicó, no a todos los coherederos, sino a las dos herederas que en la actualidad apodera el citado doctor Molano Osorio y a éste también.

"El Tribunal sentenciador, nada observó al respecto, luego también violó de modo directo el referido artículo 1.406 del C. C. en armonía con los 1.402 y 1.405 de la misma obra".

"Al adjudicar para lote de gastos parte de ese fundo, se quebrantó el precepto del artículo 1.393 del C. C., como quiera que según tal disposición la obligación del partidor es destinar bienes no litigiosos pertenecientes a la sucesión. El terreno de la partida tercera, tiene el carácter de bien litigioso, porque al tiempo de verificarse la diligencia de depósito de los bienes relictos, hubo oposición y el señor Juez, lo dejó en poder de los opositores como terceros poseedores de buena fe".

"En distintas formas reclamé para que el partidor tuviera en cuenta todas las consideraciones que me he permitido relacionar en todo el contexto de este alegato, luego la sentencia dictada por el H. Tribunal Superior de Tunja, es acusable por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por uno de los litigantes. (Ordinal 2, artículo 520 del C. J.)".

Se considera:

Acierta el recurrente al denominar su ataque de "cargo nuevo". Y lo es porque no aparece formulado en el escrito de objeciones a la partición. Por tanto, constituye medio nuevo, inaceptable en casación porque se invoca en el recurso extraordinario, sin que de él tuviera conocimiento el Tribunal.

La incongruencia que como consecuencia de este cargo se pretende deducir, es impertinente.

RESOLUCION

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia aprobatoria de la partición en este juicio de sucesión de Consejo Mancipe de Arias, proferida por el Tribunal de Tunja el 6 de noviembre de 1958.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva al Tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

INTERPRETACION ERRONEA, EN UNA SENTENCIA SOBRE FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA, DEL ORDINAL 4º, ARTICULO 4º, DE LA LEY 45 DE 1936

Amplio estudio, a la luz de los antecedentes, la jurisprudencia y la doctrina, sobre el alcance de esta disposición legal.

1.—La fidelidad de la mujer para con su amante se considera como un signo de concubinato o permanencia del nexo sexual. El parágrafo del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 presume esa fidelidad en las relaciones sexuales, estables y notorias, al permitirle al amante probar que su manceba tuvo trato carnal con otro varón o se comportó de manera disoluta durante la época de la concepción. Es, pues, dicha fidelidad un factor que no debe subestimarse en la valoración de esas relaciones.

2.—Lo que caracteriza el concubinato es la estabilidad y la notoriedad de las relaciones, vivan o no juntos los concubinos, trátense o no socialmente como esposos, vea o no vèa económicamente el amante por la mujer. Y éste es sin duda el criterio del ordinal 4º, artículo 4º, de la Ley 45 de 1936, que no quiso hablar de concubinato notorio, como dice la ley francesa en que se inspiró la colombiana, ni de concubinato sin especificación, ni de tratamiento marital para con la mujer, según la fórmula primitiva del proyecto, sino de relaciones sexuales estables y notorias, habiendo agregado, para fijar mejor su pensamiento y evitar dudas, que no es menester que haya comunidad de habitación.

3.—La estabilidad resulta de la frecuencia y de la regularidad del trato sexual, pero estos dos últimos conceptos son de suyo relativos y cambian de unos casos a otros. En aquellos en que existe comunidad de habitación, están comprendidos naturalmente en la vida común, sin interrupción. Mas de otro modo ocurrirá si no existe dicha comunidad: si el varón vive con sus padres, o con su esposa legítima y sus hijos o con otra manceba, o cuando las relaciones apenas se iniciaron poco antes de los 180 días anteriores al nacimiento.

4.—Lo que quiere oponer la ley a lo frecuente, a lo regular, esto es, a lo estable, es lo esporádico, lo fugaz, lo momentáneo. El ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 excluye los tratos sexuales de esta clase, haciendo prevalecer el criterio de que, con fundamento en la presunción consagrada en este ordinal, no puede llegarse a declarar la paternidad sin extremar la valoración de unas relaciones que estén lejos de ser efímeras.

5.—La notoriedad es concepto que se opone a lo secreto, como lo momentáneo a lo estable. De la misma manera que la ley no contempla, como base de presunción de paternidad, los contactos eventuales, tampoco admite los ocultos, por razón de los abusos que ello podría acarrear. Por estables que sean, ningún sentido tendrían en el sistema de presunciones del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, si son secretos.

6.—Sin duda, la notoriedad admite grados. Uniones irregulares hay de una evidencia pública general; otras, cuya fama llega a traspasar los límites del vecindario y la comarca, ya por la comunidad de habitación, ya por la calidad económica y social de los amantes o por causa de su prolongación en el tiempo; otras en cambio, sin comunidad de habitación, sin vida en común, sin trato aparente de cónyuges, procuran proceder sin ostentación, de modo que el conocimiento no pase de los amigos y relacionados; otras no se harán tan visibles por circunscribirse a la época de la concepción o parte de ella.

7.—Tanto la estabilidad como la notoriedad, exigidas por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, deben aparecer de hechos de los cuales el juzgador infiera la presencia de tales caracteres en el trato sexual. Mas, si no hay comunidad de habitación, ni tratamiento marital, como ocurre con frecuencia, no puede pretenderse que la estabilidad y la notoriedad surjan de estas circunstancias —que la ley no demanda— sino de aquellas que en el caso concreto configuraron la especie particular de relaciones.

8. — Pretender que el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 exige la condición de que el presunto padre y la madre hayan tenido comunidad de habitación, o vivido como marido y mujer, implica una interpretación errónea de dicha disposición legal.

9.—En tratándose de acreditar los hechos indicativos del trato sexual a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no pueden desarticularse unos de otros. Es menester unir los hechos diversos, relacionarlos, como si se tratase de hilos de una sola tela en cuya trama radica su resistencia. La vida no preconstituye los testigos para registrar simultáneamente todos los pasos de los amantes, ni los presencian con la previsión de que sobre ellos irán a declarar mañana.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio ordinario de filiación natural y petición de herencia: Bertha Lenis contra María Elena Becerra de Soto.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 9 de diciembre de 1959.

Recurrente: la actora.

Antecedentes

1.—Bertha Lenis, como madre natural de Carmenza Lenis B. y en ejercicio de la patria potestad demandó ante el Juez del Circuito de Buga, a María Elena Becerra Domínguez de Soto, en su nombre, y en representación de Saulo Becerra Domínguez, Laura Domínguez de Becerra, Ligia y Cecilia Becerra Domínguez, para que se declare: a) Que Carmenza Lenis B. es hija natural de Saulo Becerra Domínguez, ya fallecido; b) que en tal virtud es heredera abintestato de éste, y por transmisión, de Laura Domínguez de Becerra y Cilia Becerra Domínguez; y c) que es nula absolutamente la partición y la sentencia aprobatoria de la misma efectuada y proferida en el juicio mortuorio de Luis Domínguez S.; y se condene a María Elena Becerra de Soto a restituír a Carmenza Lenis B. y para la sucesión ilíquida de Saulo Becerra Domínguez: a) los bienes que correspondían al mismo señor Becerra Domínguez en la sucesión del señor Luis Domínguez, con todas sus mejoras y frutos; y b) los derechos hereditarios correspondientes a Saulo Becerra D. en las sucesiones ilíquidas de Laura Domínguez de Becerra y Cilia Becerra Domínguez.

2.—Como hechos constitutivos de las acciones incoadas expuso los que así sintetiza el fallo de segunda instancia:

"1º—La existencia de relaciones sexuales estables de su mandante con el señor Saulo Becerra Domínguez 'durante los años de 1947 a 1949', iniciadas en el hotel 'Lusitania' de esta ciudad y proseguidas hasta el fallecimiento del último; 2º el nacimiento de Carmenza Lenis, ocurrido el 2 de mayo de 1948, 'durante el tiempo' de dichas 'relaciones sexuales'; 3º el conocimiento público y notorio que el vecindario tuvo de dichas relaciones y nacimiento; 4º el suministro de todo lo necesario a Bertha Lenis e hija, por parte de Sau-

lo, que no cesó del todo con el fallecimiento de éste, pues su familia siguió velando por la niña; 5º el haber sido encargado Marco A. Lenis, por Becerra Domínguez para el registro e inscripción del nacimiento de la menor y haberle servido de madrina a la última la señora Matilde Domínguez de Fina, por elección de Ligia Becerra Domínguez, hermana de Saulo Becerra Domínguez; 6º la adjudicación que se le hizo a Elena y Ligia Becerra Domínguez en el juicio de Luis Domínguez S., de la cuota correspondiente a Saulo Becerra Domínguez sin que se hubiera levantado el juicio de sucesión de éste; 7º el fallecimiento de Ligia Becerra Domínguez, cuyo juicio tampoco se adelantó, quedando radicado su derecho en María Elena Becerra de Soto; y 8º el fallecimiento de Laura Domínguez de Becerra y Cilia Becerra Domínguez, madre y hermana legítimas respectivamente, de Saulo Becerra Domínguez, fallecidas antes que él, cuyas sucesiones tampoco se levantaron, correspondiéndole al últimamente nombrado los derechos de una y otra, radicados en una casa ubicada en Buga".

3.—Con la oposición de la parte demandada se siguió el juicio, cuyas instancias terminaron con sentencia desfavorable a la actora, quien recurrió en casación de la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 9 de diciembre de 1959.

LA SENTENCIA ACUSADA

4. — Apoyada la acción de investigación de la paternidad natural en la presunción cuarta de las prescritas en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el fallo niega que se hayan probado los elementos constitutivos de tal presunción, esto es, que las relaciones fueran estables y notorias y que el nacimiento hubiese acaecido después de los ciento ochenta días a contar de la iniciación de aquellas.

El fallo hace el examen de las declaraciones de testigos aducidas por la parte actora, desde ese triple objetivo de las relaciones con calidad de estables y de notorias y del tiempo en que comenzaron.

Después se expresa así:

"De la anterior exposición se deduce: 1º Que los testigos Emilia Potes, Fanny Hernández, Ismaelina Bejarano, Guillermo Corrales, Celsa Montalvo no pudieron darse cuenta de que Becerra y la Lenis vivieron maritalmente en forma estable, porque visitaban muy poco la casa de ella, o iban allí sólo de vez en cuando, o durante el día; 2º Que Jaime Delgado García, Marco Agudelo, Ernesto Quintero, Carlota Pino Torres, Ana Julia Campos, Marco A. Lenis y José Ricardo Rojas, sólo se percataron de hechos aislados, esporádicos, tales como ver a Becerra entrar en la casa de la Lenis, encontrarlo allí conversando con ella, andar ambos de parranda, haber pagado unos muebles con destino a Bertha y a su hija, etc., hechos estos que a lo sumo permiten inducir la existencia de una unión eventual, más o menos sostenida, pero sin los caracteres que requiere la que trae la ley para que opere la presunción de paternidad.

"Solamente Pedro María Concha Rengifo quien asegura que, como vecino de la Lenis, veía salir todas las mañanas a Becerra de la casa de la última; María Escobar, quien asegura, y al ratificarse lo sostiene que Becerra vivía permanentemente en casa de Bertha, que allí almorzaba, comía y pernoctaba; y Luis Carlos González que dice constarle que Becerra dormía allí porque infinidad de veces fue a buscarlo por la noche y allí lo encontró, parecen aportar un mejor contingente probatorio; porque en verdad el hecho de residir una persona en casa de su amante de una manera fija, continua y prolongada a través del tiempo, es grave indicio de una relación sexual más aquilatada que la meramente ocasional.

"Ocurre sin embargo, que estos testimonios tampoco suministran la prueba requerida. Porque está demostrado —por el decir de otros— que Becerra no vivía permanentemente en casa de la Lenis ni allí pernoctaba habitualmente, sino en ocasiones, máxime si se tiene en cuenta, como lo apuntan algunos declarantes, que él tenía su residencia en otro lugar de la ciudad. Menos aún los que, como el de Trinidad Guzmán y Martha Campo, reseñan tan sólo manifestaciones aisladas que algunos parientes de Saulo Becerra le hicieron a la niña Carmenza Lenis".

Luego revisa los testimonios referentes al suministro de dinero y vituallas para el sostenimiento de Bertha Lenis, y las encuentra deficientes.

Y en lo que respecta al comienzo de las relaciones, halla igualmente sin mérito la prueba testimonial.

EL RECURSO

Se formula así la acusación: Error de derecho

en la apreciación de las pruebas, motivada, en parte, por una interpretación errada del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y en parte, por infracción del artículo 697 del C. J., con la violación consiguiente, por falta de aplicación, de los artículos 1º, 4º y 20 de la Ley 45 de 1936 y 1.321 a 1.323 del Código Civil.

Se sigue de lo anterior que la acusación está compuesta, por una parte, del cargo de interpretación errónea del ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936; y por otra, de infracción-medio del artículo 697 del C. J. y la final de aquel mismo precepto y otros del C. C.

Interpretación del ordinal 4º, artículo 4º, Ley 45 de 1936.

Se estudia ante todo lo referente al cargo de errónea interpretación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

5.—Sobre la **estabilidad** del trato sexual el fallo sintetiza así su concepto:

"Unos testigos no pudieron darse cuenta de que Becerra y la Lenis, vivieran maritalmente en forma estable, porque visitaban muy poco la casa de ella; otros sólo se percataron de hechos aislados, esporádicos, hechos que permiten inducir la existencia de una unión eventual, más o menos sostenida, pero sin los caracteres que requiere la que trae la ley para que opere la presunción de paternidad. Y los restantes tampoco suministran la prueba requerida, porque está demostrado al decir de otros, que Becerra no vivía permanentemente en casa de la Lenis, ni allí pernoctaba habitualmente, sino en ocasiones".

El recurrente dice al respecto:

"A propósito de la estabilidad, también negada por el Tribunal, es pertinente recalcar la forma como los declarantes se refieren a las relaciones entre Saulo Becerra y Bertha Lenis: comenzaron por amores, a raíz del regalo de la navidad de 1946, en mayo y junio de 1947, visitaron de una a dos veces por semana el Hotel Lusitania, siguieron los paseos a Paloblanco para mediados del año, y luego vivieron en la casa de la Lenis, allí dormía con frecuencia Saulo Becerra, allí se veía durante la noche su camioneta, por la mañana salía, le veían traer comestibles que descargaba con destino a la familia de su querida, con ella almorzaba y comía, con ella y con la niña salió posteriormente, con ella estuvo hasta el momento de su trágica muerte.

"La estabilidad no exige, repito, el concubinato; se trata solamente de puntualizar el hábito en las relaciones, opuesto a lo fugaz u ocasional. Pero en este caso la reflexión sobra, pues resulta indubitable la convivencia de la madre y el presunto padre de Carmenza Lenis entre 1947 a 1949, concluída sólo por el fallecimiento de éste".

6. — Como la sentencia afirma que la prueba testimonial no demuestra "que Becerra y la Lenis vivieran maritalmente", ni que está demostrado "que Becerra no vivía permanentemente en casa de la Lenis", el recurrente replica:

"En punto a notoriedad y oportunidad del comercio carnal entre la Lenis y Becerra se presenta equivocación de parte del Tribunal en el examen de la prueba, y en lo tocante a su estabilidad se incurre, además, en una desorientación de criterio al interpretar los alcances de la norma.

"Es repetir lo consabido afirmar que nuestro legislador se apartó de la doctrina prevaleciente al considerar como razón de paternidad la relación sexual estable en vez del concubinato. Son demasiado nítidas la exposición de motivos que acompañó a la Ley 45, la relación de los debates a que dio lugar en el Congreso, la argumentación de los comentarios del estatuto y, por último, el razonamiento prolongado de la Corte en cerca de un cuarto de siglo que lleva estudiando y aplicando la norma, para olvidar las consecuencias de la distinción entre "relaciones estables" y "concubinato" y adoptar una mentalidad que lleve, a propósito de los requisitos de la prueba sobre la materia, a exigir concubinato en vez de estabilidad de relación para poder declarar la paternidad afirmada.

"Si me detengo en este aspecto es porque observo que el análisis probatorio del Tribunal estuvo influído por una interpretación descarriada de la ley, pues anduvo en búsqueda de concubinato, donde debía bastarse con la sola estabilidad; pues asimiló los dos conceptos, dándole a la relación estable los alcances y características del concubinato, y por ese motivo desestimó las pruebas aportadas, tildándolas de insuficientes.

"Realmente no se acreditó el concubinato, ni siquiera se inténtó probarlo. Se alegó y demostró una relación sexual estable. Pero como el Tribunal no distinguió entre una y otro, para él la relación estable para llenar la aspiración legal resultó deficiente para el juzgador.

"Más directamente: El extremo probatorio requerido por el Tribunal no es el mismo que la ley reclama. Por eso, fuera de otras fallas, denuncio aquella que cometió al demandar la existencia de un hecho por encima de los requerimientos normativos, para así estar en condiciones de precisar si los testimonios aportados conforman la previsión legal desprovista de la deformación interpretativa".

Se considera:

- I -

7.—Debe saberse ante todo si el ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, al erigir las relaciones sexuales en presunción de paternidad, requiere que varón y mujer se traten socialmente como casados o tengan una morada común.

De acuerdo con los antecedentes de la Ley 45 de 1936, el legislador evitó emplear la voz "concubinato", así como la expresión usada en el primitivo proyecto: "Respecto del hombre que haya vivido maritalmente con la madre...". Y ello, separándose de la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, en la cual se inspiró y cuyo texto habla de "concubinato notorio".

El proyecto originario decía: "Artículo 4º. La paternidad natural se presume: ...3º Respecto del hombre que haya vivido maritalmente con la madre del hijo de que se trata", lo cual era un modo de referirse al concubinato.

Esta fórmula fue reemplazada en el artículo 4º de la ley por la siguiente: "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables". El legislador no sólo dejó de usar dichas expresiones, sino que, para reiterar su voluntad en contrario, juzgó conveniente agregar estas palabras: "aunque no hayan tenido comunidad de habitación".

Es probable que hubiese influído en el ánimo del legislador, para no valerse ni de las palabras del texto francés, ni de la locución del proyecto, la definición que el Código Civil traía en su artículo 329, según la cual se requería la vida en común y la calidad de solteros o viudos de ambos concubinos: "Para los efectos del artículo anterior no se tendrá como concubina de un hombre sino a la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos"; así como también el concepto tradicional de concubinato, que coincide con dicha definición; y además, la elasticidad que hoy señala la doctrina a dicha figura, distinguiendo entre concubinato perfecto, concubinato notorio y aun simple concubinato. (V. **Humberto Pinto Rogers,** "El Concubinato y sus Efectos Jurídicos", números 12 y ss. Edit. Nascimiento, Santiago de Chile, 1942).

El doctor Gustavo A. Valbuena dice, refiriéndose a este punto de la ley colombiana:

"Pero nótese que la disposición que se comenta (ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45), no exige concubinato o amancebamiento en el sentido estricto de los vocablos, para fundar la presunción de paternidad, porque para que éste se produzca no es preciso que se llene la plenitud de los elementos que aquellos suponen: bastan las relaciones sexuales estables, aunque sin comunidad de habitación ni vida marital".

"La Comisión del Senado, la de la Corte, los representantes que intervinieron en la discusión del ordinal 4º y el que esto escribe, pusieron especial esmero en su redacción, y todos estuvieron de acuerdo, después de examinar el alcance restringido de la expresión **vida marital** que llevaba el proyecto, como también las de concubinato y amancebamiento, en sustituírla por la de **relaciones sexuales estables,** porque se pensó que aquellas palabras tienen su significado jurídico definido, hasta el cual no era preciso que llegaran las relaciones para que la presunción fuera fuerte y digna de tenerse en cuenta.

"En efecto, concubinato, en su sentido restricto, implica la cohabitación de una mujer con un hombre como si éste fuera su marido, pero encontrándose los dos en estado de poder contraer entre sí válidamente matrimonio. **Amancebamiento,** según nuestras leyes penales, designa a las personas que sin ser casadas hicieren vida como tales, en una misma casa, de manera pública y escandalosa, y **marital** expresa idéntica o semejante idea".

El autor explica este último concepto en la siguiente nota:

"Estas observaciones se refieren a la legislación civil anterior sobre la materia, en concordancia con la penal de entonces; pero como se sabe, esta última fue totalmente reformada por el Congreso en 1936 y en la nueva ley no se cataloga como delito el amancebamiento entre dos personas jurídicamente aptas para contraer matrimonio".

Y continúa:

"Pero, como para que haya hijos no se necesita

la vida de matrimonio y para que se presuma quién es el padre en un caso dado, basta, según se ha demostrado, que se sepa que el hombre a quien se le impute la paternidad haya tenido relaciones sexuales estables con la madre del hijo de quien se trata y que ésta le haya guardado fidelidad, no era preciso llevar las cosas a extremos que podrían seguir amparando con la impunidad a muchos padres.

"Piénsese por un momento en la infinidad de hombres casados que a la vez son padres fuera del matrimonio! Si la ley exigiere para la declaración judicial de paternidad que se demostrara la vida marital en una misma casa, de manera pública y escandalosa, fácilmente podría probar el hombre así demandado que su comunidad de habitación era con quien estaba casado y no con la otra mujer, pues que no tenía el dón de ubicuidad para poder convivir a la vez en dos hogares. Con la fórmula adoptada se evitan alegaciones como esa y se orienta la ley con mayor fijeza hacia la realidad.

"Claro está que si con la sola comprobación de que entre el presunto padre y la madre han existido de manera notoria relaciones sexuales estables, se puede obtener la declaración judicial de paternidad, mayormente procederá decisión favorable si se demuestra el amancebamiento, la vida marital, el concubinato; porque cualquiera de estos fenómenos lleva consigo aquellas relaciones estables, pero no el contrario: tales relaciones no alcanzan a implicar ninguno de los otros tres fenómenos". ("Derecho de los Hijos Naturales", p. 268 y ss. Talleres de Mundo al Día. Bogotá, 1936).

- II -

8.—La Corte dijo en casación de 16 de octubre de 1943 (LVI, 2.001, 205):

"El legislador de 1936 que se inspiró en la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, fruto de dilatado estudio y técnicamente configurada, se apartó de esta parte de dicha ley, que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio.

"Este concepto es más preciso y exacto, que el empleado por el legislador colombiano, quien sienta al respecto un principio más amplio y elástico y que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular, se explica, porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos o incestuosos, al terminar con esas mismas diferencias el legislador colombiano, diferencias que existían en el Código Civil, al variar el concepto clásico de hijo natural, que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad, a los hijos habidos de toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto.

"El concubinato se presenta en la generalidad de los casos como un matrimonio de apariencia e implica una vida continua entre los concubinos, aunque forzosamente no implica la vida en común. Pero sí es necesario, como lo apunta Josserand, que las relaciones fuera del matrimonio sean continuas, frecuentes, regulares y notorias y sobre esas bases ha configurado al respecto su jurisprudencia la doctrina francesa.

"Las relaciones sexuales estables, y de manera notoria, a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º citado, entrañan un concepto más amplio que el concubinato, tal como se le ha considerado siempre.

"Pero el legislador colombiano parte de la base de que estas relaciones estables, aun cuando no configuren el concubinato, que como lo dice el expositor citado, es ignorado por la ley, la madre haya guardado una conducta relativamente moral, o sea que fuera de la unión irregular con un hombre, no se haya unido con otros durante el tiempo en que pudo verificarse la concepción".

9.—Sin embargo, posterior sentencia enseña que "las relaciones sexuales estables y notorias a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, han de configurar **socialmente un estado de concubinato en su más amplia acepción**; que las referidas relaciones tienen "características semejantes, en cuanto a la firmeza y publicidad, **a las que rodean el matrimonio**", y agrega que "al emplear la ley la expresión que viene comentándose **describió exactamente el concubinato público**". (Cas. 10 de febrero de 1947, LXIII, 2.057, 687).

10.—La doctrina jurisprudencial francesa ha interpretado con criterio de amplitud la expresión empleada por la ley de 16 de noviembre de 1912. Los hermanos Mazeaud dicen que "la jurisprudencia se muestra bastante liberal en cuanto a las condiciones del concubinato: no exige la comunidad en la habitación, sino tan sólo relaciones suficientemente estables para permitir presumir la

fidelidad de la mujer para con su amante". (**Lecciones de Derecho Civil.** Primera parte. Vol. 3º, número 967, p. 471. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo. 1959). Josserand: "Se ha juzgado que el concubinato no implica **la vida común;** los concubinos no viven necesariamente como marido y mujer; no constituyen siempre un falso hogar. Basta que las relaciones sean: 1º **continuas, frecuentes, regulares;** 2º **notorias:** un ligamento secreto no cabe en los términos de los artículos 340-4º; 3º que se sitúen dentro del término de la concepción". (Cours I, número 1.220. 3ª ed. 1932).

Planiol, Ripert y Boulanger:

"La admisión de este caso de investigación de la paternidad da lugar en la práctica a reales dificultades que han sido resueltas por la jurisprudencia en el sentido más favorable al hijo.

"1º — Puede haber concubinato sin que haya **cohabitación.** Se ha entendido contemplar aún el caso en que la concubina no habite en el domicilio particular de su amante y se ha rechazado una enmienda que exigía que el concubinato tuviera lugar 'en la habitación del pretendido padre'. Ha habido, por tanto, vacilaciones en la jurisprudencia; pero, la Corte de Casación ha puesto fin estatuyendo en el sentido indicado. (Aquí las citas de las respectivas sentencias).

"2º—No es necesario que haya relaciones continuas entre la madre y el pretendido padre; bastan relaciones **frecuentes** y **regulares,** constitutivas del estado de concubinato" (otras citas de fallos).

"Estas relaciones deben ser a menudo caracterizadas por una cierta conducta de la mujer, que manifiesta la dedicación a su amante y una apariencia de fidelidad.

"Pero, es necesario admitir la existencia de un concubinato notorio, en el sentido del artículo 340, aun cuando el concubino hubiera tenido en el mismo tiempo, otra unión irregular. En materia de concubinato se admite una especie de poligamia.

"3º—En fin, no es necesario que el concubinato haya tenido lugar durante la época en que se presume la concepción, no obstante que el texto del artículo 340 parece decir lo contrario, de modo que el abandono de la concubina desde el principio del embarazo no es óbice a la investigación. El Juez debe investigar **si había concubinato** en la fecha probable de la concepción, determinada por indagaciones o peritazgo (aquí la cita de las sentencias correspondientes)". (**Traité élémentaire de Droit Civil.** I, número 1.511, 5ª ed. 1950).

La fidelidad de la mujer para con su amante se considera como un signo de concubinato o permanencia del nexo sexual. "Es una presunción (las relaciones sexuales) que no tiene valor sino en cuanto puede ser cierta la fidelidad de la concubina". (Planiol y Ripert. Traité Practique, II, número 967). Porque donde hay dedicación a un hombre exclusivamente, hay una situación firme, ya que la mujer no se entrega por entero sino cuando esa situación logra una cierta seguridad. El parágrafo del artículo 4º presume esa fidelidad en las relaciones sexuales, estables y notorias, al permitirle al amante probar que su manceba tuvo trato carnal con otro varón o se comportó de manera disoluta durante la época de la concepción. Es, pues, dicha fidelidad un factor que no debe subestimarse en la valoración de esas relaciones.

Ni la sociedad ni el Estado pueden a esta hora desentenderse de las uniones irregulares, désignense con el nombre de "concubinato" o de "relaciones sexuales", a pesar de tratarse de formas ilegítimas de entendimiento sexual entre varón y mujer, y ello especialmente por razón de los hijos, siempre en número creciente. (V. **Einrich Lehman.** Tratado de Derecho Civil. V. IV, 39), cuyo carácter de seres humanos tampoco pueden ignorar. En el mundo está consagrada la libertad de investigación de la paternidad natural, con restricciones en algunos países como el nuestro; de manera irrestricta en otros; en algunos, como servicio público a poco del alumbramiento o en lapsos perentorios limitados, para que la realidad de los hechos no sufra mengua al verse sometida a las vicisitudes del tiempo. Y fuera de las normas de derecho que han logrado estas conquistas positivas, la interpretación de los jueces trata de abrir más generosos caminos a tal empeño, que tiene de justicia como de humanidad y de simple organización social.

11.—Se observa el criterio de amplitud con que los tribunales franceses vienen interpretando la reforma de 1912. Hay en las referidas doctrinas manifiesto afán de favorecer a quien ejercita el elemental derecho natural de identificar legalmente a su padre. Lejos están de exigir los elementos que generalmente componen, o componían cuando la ley fue expedida, el estado de concubinato notorio; ni comunidad de habitación, ni trato marital; ni siquiera que las relaciones sean **continuas** (a juzgar por las últimas doctrinas citadas por Planiol, Ripert y Boulanger en la edición de 1950, contra las que Josserand menciona

en la suya de 1932), sino simplemente **frecuentes y regulares;** ni que sea obstáculo la circunstancia de que el amante hubiese atendido a otras relaciones del mismo jaez, como si se tratase de una especie de poligamia en punto de amancebamiento: y además, a pesar de las voces del texto, subsiste la presunción de paternidad aun cuando el amante hubiese abandonado a la mujer antes de expirar el lapso de la concepción, pero ya aquella en estado de gravidez. El estatuto se humaniza más todos los días.

12.—En cierto modo, dos disposiciones distintas han sido interpretadas, no en forma distinta, que habría sido lo lógico, sino inversa, que es lo extraño: mientras el texto francés, que es el riguroso, se dilata, el colombiano, que es el espacioso, se restringe. Y es necesario, a efecto de juzgar el cargo de errónea interpretación del ordinal 4º, que el recurrente formula a la sentencia, precisar las condiciones requeridas en dicho precepto, porque algo se propuso el legislador al negarse a trasladar del estatuto francés la voz "concubinato", y del proyecto original esta expresión: "respecto del hombre que haya vivido maritalmente con la madre...". Significativo cambio en un país cuya procreación extramatrimonial representa no pequeña parte de la población, y donde el concubinato, bajo un mismo techo y con trato social de marido y mujer, no es el que predomina, particularmente en algunos Departamentos, razón por la cual el precepto amplio de nuestra legislación debe aplicarse dentro de sus propios límites.

13.—No se ha precisado en la doctrina general el concepto de concubinato: En realidad reina una gran disparidad de criterio tanto en la legislación, jurisprudencia y doctrina acerca de los elementos constitutivos del concubinato, precisamente porque ellos no están definidos y caracterizados por la ley. Así, para unos la cohabitación es indispensable; para otros no, bastando la comunidad de vida; hay quienes exigen, además de ésta, la comunidad de techo; ciertos autores y fallos hacen hincapié en la notoriedad del concubinato, manifestada por su estabilidad y duración mínimas, y por último, hay quienes exigen, además de estos elementos materiales, otros de carácter moral: la fidelidad y el tratamiento.

En el tomo II —"La Familia"— de la obra extensa de Planiol y Ripert, ed. de 1952, bajo el número 904, dicen estos tratadistas con la colaboración de André Rouast, después de referirse al debate habido en los tribunales franceses, a partir de 1912, sobre las acepciones, restringida una y lata otra, de "concubinato": "Esta tesis no ha triunfado sin embargo, y en la Corte de Casación ha prevalecido la definición amplia de concubinato, declarando inútil la comunidad de habitación de las personas que tienen relaciones íntimas".

- III -

ESTABILIDAD Y NOTORIEDAD DE LAS RELACIONES

14.—Pero, hay una piedra angular en esta noción de la **estabilidad** y la **notoriedad** del entendimiento sexual. De estas calidades la primera puede resultar de la circunstancia de que los amantes viven juntos, bajo un mismo techo, con tratamiento entre sí de marido y mujer y aún con el propósito de encubrir la unión irregular con todas las apariencias de un verdadero matrimonio. O bien, sin este propósito, pero con comunidad de habitación y demás manifestaciones propias de la unión legítima. Se trata en estos casos de concubinato propiamente dicho, el que definía el artículo 329 del C. C., para el cual pedía, además, el requisito de que los amantes fuesen solteros o viudos. O bien las relaciones sin comunidad de habitación, pero con el trato de esposos; o en fin, las solas relaciones sin comunidad de habitación y aun sin trato social de marido y mujer, en aquellos casos, por ejemplo, en que a cualquiera de los amantes interesa que sean ignoradas del hogar legítimo o de la casa paterna. "Es necesario tener en cuenta las condiciones de la vida social que impiden con frecuencia a dos amantes, estrechamente unidos y muy fieles, tener una casa común". (Planiol, Ripert y Rouast, ob. cit. número 904).

De modo que en último análisis lo que caracteriza hoy el concubinato, es la estabilidad y la notoriedad de las relaciones, vivan o no juntos los concubinos, trátense o no socialmente como esposos, y en otro orden de cosas, vea o no vea económicamente el amante por la mujer, si bien la afirmativa es lo ordinario y acentúa la prueba de la firmeza del conocimiento sexual. Y este es sin duda el criterio de la ley colombiana, que no quiso hablar de **concubinato notorio,** como dice la ley francesa, ni de concubinato sin especificación, ni de tratamiento marital para con la mujer, según la fórmula primitiva del proyecto, sino de relaciones sexuales estables y notorias, habiendo

agregado, para fijar mejor su pensamiento y evitar dudas en una materia un tanto imprecisa, que no es menester que haya comunidad de habitación. Está, pues, comprendida en el texto colombiano la gama expresada de matices, condiciones y modalidades, bajo la denominación de concubinato.

15.—La estabilidad resulta de la **frecuencia** y de la **regularidad** del trato sexual, como enseña la más reciente doctrina francesa. Mas, la frecuencia y la regularidad son de suyo conceptos muy relativos, que cambian de unos casos a otros. En aquellos en que existe comunidad de habitación, están comprendidas naturalmente en la vida común, sin interrupción. Mas, de otro modo ocurrirá si no existe dicha comunidad: si el varón vive con sus padres, o con su esposa legítima y sus hijos o con otra manceba, o cuando las relaciones apenas se iniciaron poco antes de los 180 días anteriores al nacimiento.

16.—Lo que quiere oponer la ley a lo frecuente, a lo regular, esto es, a lo estable, es lo esporádico, lo fugaz, lo momentáneo. El ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 excluye los tratos sexuales de esta laya. No los desecha el ordinal 1º; si de violación o rapto se trata, basta que coincidan tales hechos con la época de la concepción, hubiese habido contactos esporádicos o frecuentes y regulares. Fuera de estos casos, las relaciones sexuales por sí solas no fundan la presunción de paternidad sino cuando son estables, además de notorias. La repudiación que la ley hace del trato sexual ocasional, como base de presunción de paternidad, indica que en la apreciación de la frecuencia y la regularidad de las relaciones que contempla el ordinal 4º, ha de prevalecer el criterio que excluya la posibilidad de que esa clase de tratos pueda llevar a la declaración de paternidad, sin extremar la valoración de unas relaciones que están lejos de ser efímeras.

17.—La notoriedad es concepto que se opone a lo secreto, como lo momentáneo a lo estable. De la misma manera que la ley no contempla, como base de presunción de paternidad, los contactos eventuales, tampoco admite los ocultos, por razón de los abusos que ello podría acarrear. Por estables que sean, ningún sentido tendrían en el sistema de presunciones del artículo 4º, si son secretos.

Sin duda, la notoriedad admite grados. Uniones irregulares hay de una evidencia pública general; otras, cuya fama llega a traspasar los límites del vecindario y aun de la ciudad y la comarca, tanto por la forma de las relaciones, v. gr., con comunidad de habitación, como por la calidad económica y social de los amantes y el factor tiempo, cuya mayor duración propaga e incrementa ese conocimiento; otras, en cambio, por circunstancias especiales, sin comunidad de habitación, sin vida en común, sin trato aparente de cónyuges, procuran proceder sin ostentación, evitando lo más posible la publicidad, de modo que el conocimiento no pase de los amigos y relacionados; otras, al circunscribirse a la época de la concepción o parte de ella, no se harán tan visibles como aquellas que llegan a cubrir largo tiempo o la vida. Todo lo cual marca modalidades en el criterio estimativo de la visibilidad o apariencia de los mismos nexos.

Cualesquiera que sean los matices de tales uniones, la notoriedad, como la estabilidad, deben aparecer de hechos de los cuales el juzgador infiera la presencia de tales caracteres en el trato sexual. Mas, si no hay comunidad de habitación, ni tratamiento marital, como sucede en el caso de autos, no puede pretenderse que la estabilidad y la notoriedad surjan de estas circunstancias —que la ley no demanda— sino de aquellas que en el caso concreto configuraron la especie particular de relaciones.

18. — Se sigue de lo anterior que la sentencia acusada, al afirmar que la prueba aducida por la parte actora no demuestra que Becerra y la Lenis **vivieran maritalmente**, ni que el primero hubiese vivido **en forma permanente en casa de la última**, atribuye al citado ordinal 4º del artículo 4º, la condición de que el presunto padre y la madre hayan tenido comunidad de habitación, o vivido como marido y mujer, lo que implica, por las razones antes expuestas, una interpretación errónea de dicha disposición legal, suficiente para casar la sentencia.

- IV -

19. — En instancia la Sala hace las siguientes consideraciones:

1ª—Despojadas en este caso las relaciones, de los dos factores, unidad de habitación y tratamiento marital, que el fallo echa de menos, cuando la ley no lo exige, en razón de la errónea interpretación del estatuto precitado, la prueba aducida demuestra la existencia de aquellas en la época en que debió cumplise la concepción de Carmenza Lenis.

La prueba testimonial, sin ser muy prolija en hechos, inspira confianza, primero, porque los declarantes son los amigos, relacionados y vecinos de la casa de la madre de Bertha Lenis, y después porque en sus declaraciones discrimanan entre unos y otros hechos, asintiendo estos, negando aquellos y manifestando no saber de otros, de manera que son declarantes que disciernen y no se someten al cartabón del interrogatorio, aparte de que fueron todos ellos repreguntados.

Se tiene en cuenta que según doctrina de la Corte, en tratándose de acreditar los hechos indicativos del trato sexual, no pueden desarticularse unos de otros: "Si se considera cada uno por separado podrían no revestir entidad suficiente para deducir la existencia de las relaciones sexuales; pero sí permite afirmarla el conjunto de esos múltiples hechos cuya ocurrencia no podría atribuírse a mera casualidad", dice la casación de 29 de julio de 1946 (LX, 2.034, 782). Es menester unir los hechos diversos, relacionarlos, como si se tratase de hilos de una sola tela, en cuya trama radica su resistencia. La vida no preconstituye los testigos para registrar simultáneamente todos los pasos de los amantes, ni los presencian con la previsión de que sobre ellos habrán de declarar mañana.

Los testimonios de Pedro María Concha Rengifo (f. 49 v. 1º y 15 2º), José Ricardo Rojas (f. 23 v. 1º y 23 2º), Marco A. Lenis (f. 17 v. 1º y 29 2º), Ismaelina Bejarano (f. 44 1º y 29 v. 2º), Celsa Montalvo (f. 40 v. 1º y 33 v. 2º), Fanny Hernández (f. 45 v. 1º y 35 2º) y Luis Carlos González (f. 42 ib.), prueban, según la regla del artículo 697 del C. J., determinados hechos indicativos de aquellas calidades de las relaciones.

Pedro María Concha Rengifo, afirma que las relaciones de que se trata comenzaron en julio de 1947, y lo sabe porque viviendo a la diagonal de la Lenis, veía salir a Becerra frecuentemente, por las mañanas, de la casa de Bertha.

José Ricardo Rojas dice que las relaciones sexuales comenzaron también en 1947, mayo o junio, porque al hotel de su esposa, iban a pasar la noche por algún tiempo, dos veces a la semana Becerra y la Lenis.

Marco A. Lenis atestigua que hizo la inscripción de la niña Carmenza Lenis, en el Registro Civil, por mandato de Becerra y que las relaciones se iniciaron en 1947, habiendo presenciado entregas de dinero y de víveres que Becerra le hiciera a la Lenis, antes y después de haber nacido la niña Carmenza.

Ismaelina Bejarano declara que en varias ocasiones halló a Becerra en la pieza de Bertha (en la casa de la madre de la misma).

Celsa Montalvo presenció, como vecina de la Lenis, que en 1947 y 1948 Becerra visitaba la casa de ésta, en donde comía y pernoctaba, habiendo provenido de tales relaciones la niña que tuvo Bertha en 1948.

Fanny Hernández afirma que algunas veces, al visitar la casa de la Lenis, presenció que Becerra comía y dormía allí y que ello ocurrió en 1946 y 1947; que a poco resultó Bertha encinta, y agrega que ésta "fue durante ese tiempo —el de las relaciones con Becerra— una mujer ejemplar como hay muy pocas".

Luis Carlos González da testimonio de que en infinidad de veces fue a buscar en la horas de la noche a Becerra, a quien halló siempre en casa de Bertha Lenis.

Estos hechos, como otros a que se refieren algunos deponentes más (Jaime Delgado García, Marco Argüello, Ernesto Quintero, Carlota Pino Torres, Ana Julia Campos), en conjunto contribuyen a robustecer la prueba de la estabilidad y notoriedad del trato sexual que Becerra y la Lenis mantuvieron no sólo en los meses de julio a octubre de 1947, lapso de la concepción, sino también después hasta la muerte del primero.

Los testimonios a que se ha hecho referencia, prueban con base en el citado precepto del C. J., tanto la estabilidad como la notoriedad de las relaciones.

2ª — Nacida Carmenza Lenis el 2 de mayo de 1948, la concepción debió cumplirse, no antes de 180 días, ni más de 300, a contar de esa fecha hacia atrás, es decir, dentro de los 120 días comprendidos entre los 300 y los 180 días; las relaciones debieron haberse realizado, en consecuencia, entre los meses de julio y octubre de 1947.

De los testimonios sobre este punto, unos señalan el comienzo de las relaciones en 1947, sin determinar el mes, motivo por el cual hace bien el fallo en no admitirlos. Otros, a mediados, junio o julio. Estos son Ana Julia Campos (f. 14, 2º) y Pedro María Concha Rengifo (f. 15 ib.). La primera dice "entre junio y julio", porque presenció que por entonces comenzaron Becerra y Bertha Lenis a visitar la finca de don Carlos Quintero llamada "Palo Blanco", en donde la testigo trabajaba desde febrero de dicho año. El segundo, "de julio en adelante", porque "siempre o frecuentemente, lo veía salir en las primeras horas de la mañana de dicha casa" (la de Bertha), lo

que le consta porque "yo vivo y he vivido siempre en una casa situada a la diagonal a la en que vive doña Bertha". Lo cual es prueba suficiente del principio de las relaciones.

3ª—No es muy extenso el radio de publicidad de las relaciones que aparece de los testimonios producidos; pero, ello se debe, en primer lugar, a que se realizaron, en su mayor parte, en la propia casa de la madre; en segundo lugar, a que los amantes no hicieron vida en común, y en tercer lugar a que entre ellos no hubo trato social de casados. Becerra continuó viviendo en la casa de su tía. Pero, la notoriedad probada es bastante a demostrar que por ningún concepto se trataba de contactos secretos ni momentáneos.

4ª — Según algunos testigos, las relaciones se iniciaron en forma de noviazgo en 1946, lo que revela, no obstante tener ya Bertha Lenis a la sazón una hija natural, que conservó una conducta que la preservaba de un fácil comercio carnal. No hay un solo dato que tienda a insinuar que fuera mujer de vida libre.

5ª — Algunos testigos, Jaime Delgado García (f. 25, 2º); Carlota Pino Torres (f. 20 v. ib.); Marco Agudelo (f. 27 ib.) y Guillermo Corrales (f. 43 v. ib.), afirman que Saulo Becerra les manifestó tener relaciones o estar viviendo con Bertha Lenis, lo cual corrobora los antedichos testimonios directos. De igual manera los declarantes Celsa Montalvo (f. 41, 1º y 53 v. 2º), Guillermo Corrales (f. 43 v. 2º) y Luis Carlos González (f. 42 ib.), afirman que Saulo Becerra les manifestó que la niña Carmenza Lenis era hija de él. Otros deponentes dicen haber sido invitados al bautizo por el propio Becerra, y Marco A. Lenis afirma haber sido encargado por éste, para hacer la inscripción de la recién nacida en el Registro Civil, quien al ser repreguntado acerca de los motivos por los cuales no lo hiciera el padre, da esta contestación: "Me imagino que los inconvenientes serían el apellido y la posición, porque los ricos siempre esquivan denunciar los hijos personalmente, cuando son naturales".

6ª—Con respecto a las peticiones del libelo se considera lo siguiente:

A) Ejerce la demandante, en representación de su hija natural Carmenza Lenis, menor de edad, la acción de investigación de paternidad natural, en relación con el señor Saulo Becerra Domínguez y la dirige contra la heredera de éste, María Elena Becerra Domínguez, su hermana legítima. Sus demás hermanas, Ligia y Cilia, murieron, así como sus ascendientes, y Saulo falleció sin dejar descendencia legítima. Las actas de estado civil aducidas al proceso prueban plenamente los parentescos aludidos. Por las razones expuestas en el curso del presente fallo, será despachada favorablemente la petición primera del libelo.

B) Impetra en la segunda la declaración de que la dicha menor tiene la calidad de heredera abintestato de su padre natural, declaración que apenas es consecuencia de la primera y base indispensable para el ejercicio de la acción de herencia a que se refieren otras peticiones.

C) En la tercera pide que se declare que "la menor Carmenza Lenis, es heredera por derecho de transmisión de la señora Laura Domínguez de Becerra y la señorita Cilia Becerra Domínguez".

Si el derecho de transmisión, según el artículo 1.014 del C. C., confiere al asignatario la facultad de aceptar o repudiar la asignación que, por muerte, no aceptó ni repudió el sucesor inmediato, no concurre en este caso tal fenómeno en relación con la herencia de Laura Domínguez de Becerra, correspondiente a su hijo Saulo, porque éste recogió su legítima efectiva en la sucesión de aquella, según consta en certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Buga, fechado el 12 de enero de 1957 (v. f. 47 v. cuaderno 2º).

Con respecto a la herencia de Cilia, hermana legítima de Saulo, muerta el 25 de abril de 1949, se observa que Carmenza Lenis ha aceptado tal herencia al incoar la acción de que se trata, en relación con Cilia, herencia respecto de la cual no aparece que su mencionado padre hubiese ejercitado el derecho de opción.

D) La cuarta petición se encamina a que se condene a la demandada a restituír a la menor Carmenza Lenis y para la sucesión de su padre natural "los bienes que le correspondían al mismo señor Saulo Becerra D. en la sucesión del señor Luis Domínguez y de que trata el hecho 13º de esta demanda, con todas sus mejoras, frutos, presentes y futuros".

Luis Domínguez Sanclemente murió soltero el 7 de septiembre de 1949. En su juicio mortuorio fueron reconocidos como interesados Saulo, María Elena y Ligia Becerra Domínguez, llamados a recibir herencia por representación de su madre legítima Laura Domínguez de Becerra. Cilia

había muerto antes, el 25 de abril del mismo año. Pero, al efectuarse la partición (febrero 28 de 1951), ya muerto Saulo (2 de noviembre de 1949), los partidores "de común acuerdo con los interesados, previa licencia y autorización de ese despacho", resolvieron adjudicarles a María Elena y Ligia, la cuota de un tercio correspondiente a Saulo en la herencia de la estirpe. En tal virtud le fue elevada en $ 20.889.35 la cuota de cada cual, ya que la de Saulo era de $ 41.778.70, y se les cubieron los aumentos con bienes del patrimonio hereditario (f. 9 y ss. cuaderno 1º).

Declarada la filiación de Carmenza Lenis en relación con Saulo Becerra Domínguez, con efecto a partir de su nacimiento (2 de mayo de 1948), tiene derecho a la herencia que a su padre se le había deferido antes de morir, proveniente de Luis Domínguez Sanclemente, fallecido el 7 de septiembre de 1949, por haberla aceptado el mismo asignatario Saulo Becerra Domínguez, quien no recibió los correspondientes bienes por haber muerto mientras se surtía la mortuoria del mismo.

La cuota que corresponde hoy, por este concepto, a la sucesión de Saulo, está representada por la suma de $ 41.778.70, o sea la tercera parte de $ 125.336.11, monto de la asignación para "los hijos de Laura Domínguez de Becerra".

Como dicha cuota fue distribuída por partes iguales entre Laura y María Elena, y para cubrírselas les fueron adjudicados los bienes que figuran en las dos hijuelas (fs. 9 y ss. cuaderno 1º), la restitución impetrada debe despacharse en forma indivisa sobre esos bienes, a cargo de la demandada, ya que ésta vino a ser la única sucesora por muerte de Ligia (f. 49 y ss. C. 2º).

B) En la petición quinta se solicita la restitución, a cargo de la misma demandada y a favor de la sucesión de Saulo Becerra Domínguez, de los derechos hereditarios que a él correspondían en las sucesiones ilíquidas de Laura Domínguez de Becerra y Cilia Becerra Domínguez.

Con la adjudicación de bienes a Saulo, en pago de su legítima efectiva, en la sucesión de Laura Domínguez de Becerra (f. 48 vt. cuaderno 2º), no se ve qué derecho hereditario puede estar poseyendo hoy la demandada, que pertenezca a la universalidad de aquel en la sucesión de Laura Domínguez de Becerra. Si es que alguno o algunos bienes no fueron inventariados entonces, es obvio que la hija natural puede ,obrando para la mortuoria de su padre, someterlos a distribución ulterior.

En lo tocante a Cilia, no aparece que la demandada esté en posesión de derechos hereditarios pertenecientes a la sucesión de Saulo en la mortuoria de Cilia, fallecida el 25 de abril de 1949; motivo por el cual no puede condenarse en este juicio a María Elena, a restituír derechos herenciales procedentes de la sucesión de Cilia.

F) La partición verificada en el juicio mortuorio de Luis Domínguez Sanclemente, en cuanto adjudicó a María Elena y Ligia Becerra Domínguez la cuota que a Saulo Becerra Domínguez correspondía en esa misma sucesión, no es oponible, y no perjudica, por tanto, a la hija natural del último, ausente de ese juicio, ya que aún no había sido reconocido su carácter de tal. Por ello, no es procedente la petición sexta del libelo sobre nulidad de la partición, siendo suficiente al respecto la condena de restitución a la sucesión del mismo Saulo Becerra Domínguez, en cuyo nombre ejerce la hija natural la acción de petición de herencia ,restitución que debe efectuar la demandada, todo como antes se expuso.

Y por esta misma razón no es el caso de ordenar la cancelación del registro de la susodicha partición, ni el de sentencia aprobatoria de la misma.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio de filiación natural iniciado por Bertha Lenis, en nombre de la menor Carmenza Lenis, contra María Elena Becerra de Soto, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero.—Revócase la sentencia fechada el diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), proferida por el Juez Primero Civil del Circuito de Buga, en el juicio de filiación natural iniciado por Bertha Lenis, en representación de su hija menor Carmenza Lenis, contra la señora María Elena Becerra de Soto.

Segundo.—Declárase que la menor Carmenza Lenis, nacida de Bertha Lenis el día dos (2) de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), es hija natural del señor Saulo Becerra Domínguez, fallecido el dos (2) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

Tercero. — Declárase que, en consecuencia; la nombrada Carmenza Lenis es heredera abintestato de su padre natural Saulo Becerra Domínguez.

Cuarto. — Declárase que la misma menor tiene derecho a la cuota herencial de su padre Saulo Becerra Domínguez en la sucesión de Cilia Becerra Domínguez, por transmisión de aquel. En cuanto a la herencia de Laura Domínguez de Becerra, no es el caso de declarar a la demandante heredera de la misma, por transmisión de su padre Saulo Becerra Domínguez por constar en el juicio que éste aceptó e hizo suya tal herencia.

Quinto.—Condénase a María Elena Becerra de Soto a restituír, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, a la menor Carmenza Lenis, hija natural de Saulo Becerra Domínguez y en su calidad de heredera de éste:

a) Una cuota proindiviso equivalente a la suma de veinte mil ochocientos ochenta y nueve pesos con treinta y cinco centavos ($ 20.889.35), en relación con un valor de ciento veinticinco mil trescientos treinta y seis pesos con once centavos ($ 125.336.11) en que, como heredera aparente de Saulo Becerra Domínguez, le fueron adjudicados bienes a la misma demandada, en la sucesión de Luis Domínguez Sanclemente, según partición aprobada por el Juez Civil del Circuito de Buga, con fecha primero (1º) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), e inscrita, junto con la sentencia aprobatoria, en las oficinas de Registro de Buga y Tuluá, como consta en la escritura de protocolización de la misma mortuoria número mil setecientos setenta y ocho (1778), de quince (15) de octubre del citado año de mil novecientos cincuenta y uno (1951), de la Notaría primera (1ª) del Circuito de Buga; y

b) Los bienes que la demandada hubo en la sucesión de Ligia Becerra Domínguez y que ésta recibió como heredera aparente de Saulo Becerra Domínguez, en la sucesión de Luis Domínguez Sanclemente. En la mencionada mortuoria de Ligia le fueron adjudicados a la demandada, como única heredera, los bienes de su causante, mediante sentencia de doce (12) de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), del Juez Civil del Circuito de Buga.

Sexto.—La restitución ordenada en el punto anterior comprende los frutos correspondientes a la cuota y bienes mencionados y que hayan sido percibidos o que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a partir de la notificación de la demanda del presente juicio.

Séptimo.—No se hacen las demás declaraciones solicitadas, ni se pronuncia condena en las costas causadas en las instancias.

Sin costas en la casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.



SALA DE CASACION PENAL

NULIDAD DE UN PROCESO EN QUE SE INCURRIO EN EL ERROR DE CALIFICAR COMO INCENDIO UN DELITO DE NATURALEZA DIFERENTE

1.—Los presupuestos de la prueba de indicios se resumen en estos tres verbos: observar, suponer y verificar. Porque lo primero es conocer objetiva y directamente los hechos mediante las pruebas directas de la inspección ocular, la prueba testimonial, los dictámenes periciales, etc.; luego viene el formular y poner en juego las distintas hipótesis que puedan explicar los sucesos, para discriminar cuál de ellas encuentra mejor respaldo en los autos; por último se ha de proceder a la verificación de las mismas, a fin de eliminar las que no sirvan a ese objetivo y hallar el camino que conduzca a la aceptación racional de una sola y última, como la más conducente y cierta.

2.—El delito de incendio exige estos cuatro elementos: Que se prenda fuego a una cosa; que esa cosa sea mueble o inmueble; que tal cosa, mueble o inmueble, sea ajena, y el peligro inherente a la acción del fuego. (Artículos 251 y 252 del Código Penal).

3.—Según la autorizada opinión del Maestro Carrara, el elemento intencional debe estar específicamente establecido: "No basta la intención IN GENERE de incendiar, la cual fácilmente surge del hecho material. Para imputar como tentado o consumado el delito de incendio de casa habitada, es preciso probar específicamente que el culpable quería incendiar precisamente la casa. Una cosa es la intención de incendiar el edificio y otro distinta puede ser la intención de quemar un mueble". Y el mismo Carrara aconseja, para este examen, atender al valioso criterio de la causa para delinquir y también que en caso de duda el Juez deberá presuponer la falta de dolo.

4.—Si alguien, prendiendo fuego a bienes muebles de su propiedad los destruye en todo o en parte sin ocasionar daño al inmueble que los contenía, no se configura el delito de incendio en el grado de consumado, por faltarle a la cosa el requisito de ser ajena; ni tampoco como delito imperfecto, en relación con el inmueble ajeno, sino sólo en el caso de que se establezca que la intención específica del agente alcanzaba esa ulterior finalidad.

5.—Si quien prende fuego a los bienes muebles de su propiedad no ocasiona daño alguno al inmueble ajeno en que se encontraban, y la investigación no logra establecer la específica intención de incendiar el edificio, sino que comprueba que el móvil para delinquir no fue otro que el de cobrar un seguro que amparaba los muebles y enseres, lo que revela que el propósito se concretaba a la incineración de estos, el delito que se configura no es el de incendio, sino el que contempla el artículo 417 del C. Pe-

nal, comprendido en el Título del Abuso de Confianza y otras defraudaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL. — Bogotá, enero treinta de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

Vistos:

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha 28 de marzo de 1960, por medio de la cual reformaba la dictada por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, en el sentido de aumentar la pena de ocho (8) a diez y seis (16) meses de prisión e incorporales anexas a Félix Mesa Rendón, este mismo procesado interpuso el recurso de casación.

Concedido el recurso por el Tribunal y admitido posteriormente por la Corte, corresponde a ésta su decisión, ya que se han cumplido los trámites de rigor que son procedentes en esta clase de recursos.

Historia procesal

A través de las distintas versiones allegadas al expediente, tanto del denunciante Edgar Libreros, el Juez Instructor, el Inspector de Permanencia, los defensores del procesado y algunos testigos, se ha logrado establecer como base de la acusación, los siguientes hechos:

El 22 de septiembre de 1957, en las primeras horas de la madrugada, se presentaron ante el Oficial de Guardia del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de la ciudad de Buga, algunos ciudadanos que denunciaron la presencia de fuego, a juzgar por la humareda que salía de la parte baja de la puerta del inmueble señalado con el número 15-39 de la calle 8ª de la mencionada ciudad. Comprobadas tales aseveraciones por el oficial de guardia, señor Leonel A. Viera, quien personalmente acudió al apartamento de donde provenía el fuego, que ocupaba el sindicado Félix Mesa Rendón, procedió a enviar una máquina que en corto tiempo logró sofocar la iniciación del incendio. Los bomberos regresaron de inmediato a su sede, situada a media cuadra de la casa incendiada; al mismo tiempo, se hizo presente en el lugar de los hechos el señor Tulio Martínez, Inspector de Permanencia de la ciudad, quien pudo verificar que el tendido de la cama se encontraba empapado de gasolina o petróleo; que una bombilla que pendía a poca altura del lecho, también se hallaba llena del mismo combustible, por medio de un forámen abierto en la parte superior de la misma; igualmente encontró que unos recipientes puestos a manera de adornos de la pieza, contenían el mismo líquido inflamable, del que también estaban impregnados algunos residuos de madera o aserrín que podrían servir de combustión y que fueron encontrados en el cielo raso, habiendo sido colocados allí por medio de un forámen abierto para tal efecto.

En auto de fecha octubre 10 de 1957 (fs. 53), el Juez Segundo Municipal de Buga, después de estudiar y analizar las distintas pruebas que presentara el denunciante Libreros contra Mesa Rendón, ordenó contra este último la detención preventiva, como también el secuestro de los muebles hallados en su habitación, como responsable del delito de incendio.

Del anterior auto de detención fue solicitada revocatoria y libertad condicional para el acusado por su apoderado doctor Alvaro Mena Delgado, con fecha octubre 11 de 1957 y que obra a fs. 68 y siguientes.

El Juez Segundo Municipal se negó a revocar su auto de 10 de octubre del citado año, negativa que fue dada a conocer por medio de resolución fechada el 22 de octubre de 1957 (fs. 74 y ss.).

Ante esta negativa, el apoderado del sindicado, solicitó del Juez Segundo Municipal la libertad provisional para su apoderante, acogiéndose a los términos del artículo 418 del C. de P. P. La anterior solicitud fue negada también por el mencionado funcionario quien igualmente y en la misma fecha (23 de octubre de 1957), considerando vencido el término de instrucción pasó el negocio al Juzgado Superior (reparto) para lo de su competencia (fs. 80 a 82).

En memorial que obra a fs. 83, el apoderado del sindicado apeló de la negativa de libertad provisional, ante el Juez Penal del Circuito, y para tal caso, el Juez Municipal (fs. 83 vto.) concedió en efecto devolutivo dicho recurso de apelación, y en consecuencia ordenó compulsar las copias de lo conducente y remitirlas a su inmediato superior.

Puesto el negocio en conocimiento del señor Juez del Circuito, ante él se dirigió el apoderado del reo en extenso libelo solicitando para éste la

libertad incondicional, considerando que el informativo no arrojaba suficientes méritos para su detención. En consecuencia pedía la revocatoria de todos los autos dictados por el Juez Segundo Municipal.

El Juez Penal del Circuito de Buga, dio traslado del negocio al Personero Municipal para que éste emitiera concepto. El señor Agente del Ministerio Público conceptuó que eran suficientes las pruebas existentes en el proceso para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 379 del C. de P. P. se mantuviera vigente el auto de detención contra Mesa Rendón (fs. 55, 59).

Nuevamente el apoderado del reo se dirige al Juez Penal del Circuito exponiendo sus puntos de vista respecto a la opinión del Agente del Ministerio Público, e insiste en la petición de libertad incondicional para su apoderante (fs. 61 a 67).

En extenso proveído que figura de folios 69 a 78, el Juez Penal del Circuito consigna su parecer respecto del delito por el cual fue sindicado Mesa Rendón, como también de las peticiones elevadas por su apoderado. Se manifiesta así el Juez, en un aparte que figura a fs. 76:

"A juicio pues, de este Despacho hasta el momento no se reúnen los requisitos de que habla el artículo 429 y por consiguiente será aplicable la disposición invocada por el doctor Mena Delgado, en el caso de que no esté suspendida, para lo cual es procedente una revisión de las distintas y decretos proferidos con posterioridad".

Esta confrontación llevó al funcionario a la siguiente decisión, cuya parte resolutiva en lo pertinente es del siguiente tenor:

1.—NO REVOCAR el auto de detención dictado por el señor Juez Segundo Municipal contra el sindicado Félix Mesa Rendón, por estimar que se reúnen los requisitos del artículo 379 del Código de Procedimiento Penal;

2.—CONCEDER la libertad provisional del mismo sindicado Félix Mesa Rendón...".

La anterior decisión agotó esta etapa del procedimiento.

Mas como el auto del Juez Segundo Municipal que dio ocasión a los incidentes ya relacionados, disponía también pasar el proceso al Juez competente, esto es, al Juzgado Superior de reparto, éste correspondió al Juez Segundo Superior de Buga, quien con fecha 7 de noviembre de 1957 dictó el auto en virtud del cual se declaró cerrada la investigación por cuanto la encontró completa, al mismo tiempo que ordenaba correr traslado al señor Agente del Ministerio Público.

El representante del Ministerio Público, en su vista fiscal, hizo un amplio y detenido análisis de las pruebas allegadas al proceso, llegando a la conclusión de que Mesa Rendón era responsable en forma que no admitía dudas. Se expresa así el señor Fiscal en la parte final de su concepto:

"Establecido como ha sido la causa dolosa del incendio y que únicamente tuvo acceso en la tarde del sábado veintiuno de septiembre al apartamento, su morador, Mesa Rendón, con fundamento en esos indicios se llega a la conclusión lógica de que el autor de esos hechos delictuosos no es otro que el sindicado quien los ha hecho más evidentes, más nítidos a la razón humana por sus actitudes realizadas con anterioridad y posterioridad a ellos.

"Las anteriores consideraciones permiten a esta Fiscalía conceptuar que en el proceso obra la prueba requerida por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, para una vocación a juicio contra el indagado Félix Mesa Rendón por el delito de incendio previsto en el artículo 252 del Código Penal (fs. 89 a 99).

Vuelto de nuevo el negocio a manos del Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga, éste se mostró acorde con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, y procedió después de pesar las distintas pruebas del recaudo procesal, con fecha mayo 25 de 1959, a declarar abierta causa criminal de oficio contra Félix Mesa Rendón, y como consecuencia de ello, a cancelar el beneficio de libertad provisional otorgada al mismo incriminado. Contra esta disposición no recurrió en apelación su apoderado.

En fecha 8 de octubre de 1959, se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública en la que fue interrogado por el señor Fiscal el acusado Mesa Rendón, quien no aportó pruebas en su favor distintas de las que había venido sosteniendo su apoderado. El Fiscal solicitó al Juez que la sentencia fuera condenatoria por considerar que todas las pruebas evidenciaban la responsabilidad del sindicado. Este no fue asistido en la audiencia pública por su apoderado, pero se le aceptó la lectura de un alegato en su nombre, en el cual se manifiesta inconforme con la petición del Fiscal, alegando la ninguna peligrosidad de su defendido, y atribuyendo al hecho de haberse marchado Mesa Rendón antes de ocurrido el incendio a la circunstancia de ser perseguido por personas a quienes él nunca había hecho daño. Huelga de-

cir que en su alegato el abogado defensor sostiene que no existe prueba alguna que permita al Juez pronunciar una sentencia condenatoria, y que en el supuesto de existir ésta, admitiría serías dudas en cuanto a su credibilidad o consistencia jurídica, dudas que deben ser absueltas en forma favodable, al tenor de claros y precisos mandatos legales.

El 24 de octubre de 1959, el Juzgado Segundo Superior de Buga, dictó sentencia condenatoria contra Félix Mesa Rendón consistente en la pena de ocho meses de prisión, como responsable del delito de "incendio imperfecto en el grado de frustrado", dando en esta forma aplicación a lo dispuesto en el artículo 251 del C. P. En la misma providencia se le suspendió la ejecución de la pena principal por el término de dos años, gracia de la cual se beneficiaría a cambio de buena conducta.

Contra el fallo anterior recurrió en apelación el defensor del procesado ante el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial de Buga. La interposición de este recurso fue admitida, y en consecuencia se remitió el proceso al Tribunal Superior, quien a su vez dio traslado al Fiscal para que emitiera su concepto.

La Fiscalía del Tribunal Superior de Buga, consideró que el incendio fue provocado sobre bienes inmuebles de propiedad del sindicado, lo cual no permitía dar aplicación al artículo 251 del C. P. Dice así el señor Fiscal:

"Por tanto, en concepto de esta Fiscalía, el yerro en que incurrió el Juzgado es yerro que expresa una falta de consonancia entre la realidad y los conceptos, dándose como conclusión la existencia en autos de una nulidad, al tenor de lo expresado en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P., nulidad, por lo demás, que, al ser declarada, habrá de arrancar del auto de proceder en adelante".

Por su parte el Tribunal Superior de Buga, en providencia de 28 de marzo de 1960, reformó la sentencia de primera instancia en el sentido de aumentar la pena de ocho a diez y seis meses de prisión contra el sindicado Félix Mesa Rendón, como también de revocar el beneficio de condena condicional con que fue favorecido el reo.

Así las cosas, como ya queda dicho, el procesado interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, ante la Corte Suprema de Justicia, la cual entra ahora a decidir sobre el proceso en mención.

El abogado doctor Carlos H. Morales, en su extensa demanda de casación ante esta Corporación, invoca como tutelares de sus derechos, las causales segunda, primera y cuarta, que pasa a exponer de la siguiente manera:

"**Causal segunda.**—.....Se ha desechado como prueba el testimonio de Horacio Carvajal, ciudadano reconocidamente honorable, con base en una pretendida amistad íntima con Félix Mesa Rendón, amistad íntima no demostrada en el proceso, pues de la circunstancia de que hubiera estado acompañándolo en la tarde del 21 de septiembre, y del hecho de que lo hubiera acompañado a Armenia, no se deduce forzosamente la intimidad. Además, las afirmaciones de Carvajal y de Mesa están comprobadas por Rafael Rivera, y por el chofer Antonio Herrada, quien los condujo hasta la estación del Ferrocarril, y a quien Mesa le hizo una oferta tendiente a conseguir que le hiciera el viaje expreso hasta la ciudad de Armenia".

Aduce luego el demandante el artículo 224 del C. de P. P., que habla de la habilidad de las personas para rendir un testimonio y que éste se les tenga en cuenta. Continúa así su argumentación sobre esta causal segunda de casación.

"Según este precepto legal, el señor Carvajal es persona hábil para rendir testimonio. Y en contra del que rindió en este proceso no se ha aducido ninguna causal de tacha, aparte de la apreciación muy imaginativa del Tribunal de ser Carvajal amigo íntimo de Mesa, y de que la defensa no se hubiera preocupado por aducir testimonios de la ciudad de Armenia que demostraran la verdadera presencia allá del señor Mesa.

"...Si el testimonio de Carvajal es suficiente para demostrar que hasta las cinco de la tarde del 21 de septiembre no se habían realizado actos preparatorios para la consumación del incendio; y si ese mismo testimonio es suficiente para acreditar que desde las seis y media de la tarde Mesa se ausentó de Buga, esos hechos cuya prueba se demeritó sin causa por el Tribunal en la sentencia recurrida, desvirtúa la responsabilidad de Mesa y sólo su denegación fue determinante de la responsabilidad.

"Por consiguiente, procede impugnar la sentencia por esta causal.

"**Causal primera.**—El artículo 251 del C. P. sanciona a qnien prenda fuego **a una cosa mueble ajena**, y el artículo 252 sanciona a quien prenda **fuego en cosa inmueble ajena.** Aún en el evento de que se considerare demostrada la responsabi-

lidad de Félix Mesa, a éste no se le podría atribuír la comisión de ninguno de los hechos allí previstos.

"Porque si se considera que prendió fuego en cosas muebles, éstas no eran ajenas, pues está suficientemente acreditado en el proceso que eran de su propiedad, es decir, de la propiedad de Mesa; de tal manera que al prenderles fuego no estaba infringiendo lo dispuesto en el artículo 251 del C. P., y, en el peor de los casos podría atribuírsele la infracción que define el artículo 417 ibidem, puesto que el móvil que se ha atribuído al delito es el de cobrar un seguro que amparaba esos muebles de su propiedad.

"En ningún momento se ha dicho en este proceso que el autor del reato hubiera puesto fuego —objetivamente— a cosa inmueble ajena; pues, como puede apreciarse en las primeras diligencias, el contacto con las llamas se hizo directamente sobre enseres que tienen esencialmente la calidad de muebles. Pero el Tribunal sostiene que como tales enseres se encontraban dentro de un inmueble, era fácilmente presumible la destrucción de éste, por acción del fuego, de tal manera —se sostiene— que se transgredió la norma del artículo 252 del C. P. y no la del 251.

"...Luego cuando el Tribunal aplicó las sanciones previstas en el artículo 252 del C. P., produjo una sentencia violatoria de la ley penal por indebida interpretación de la misma, toda vez que los bienes sobre los cuales se produjo fueron muebles, y no ajenos sino de propiedad del procesado.

"**Causal cuarta.**—Tanto la sentencia de primera instancia, como la de segunda, consideraron que Félix Mesa, al poner fuego a los muebles de su apartamento, lo hizo para beneficiarse con el valor del seguro que los amparaba, superior al de los mismos muebles. Esta misma consideración se hizo en el auto de vocación a juicio.

"Y con fundamento en este razonamiento que se adujo como un indicio de responsabilidad y no como la estructuración de una nueva forma de delito, se hizo a Mesa la imputación del delito de incendio.

"Pero ocurre que si los muebles eran de propiedad de Mesa, no podía existir el delito específico de incendio contemplado por la ley penal colombiana, sino el de abuso de confianza y otras defraudaciones definido por el artículo 417 del C. P.

".....Si se admite que Félix Mesa fue quien produjo el incendio a que se contrae este proceso, forzosamente hay que llegar a la conclusión de que se consumó el delito definido en la norma transcrita y no el de incendio. Y entonces, cuando se le llamó a responder en juicio por ese delito, se incurrió en la nulidad a que se refiere el artículo 198, numeral 8º del C. de P. P. Consecuencialmente, el fallo recurrido es violatorio de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

"...De manera que es procedente la impugnación del fallo con fundamento en la causal cuarta del artículo 567 del C. de P. P."

Finalmente y como conclusión, solicita el recurrente la absolución para su defendido, e igualmente la devolución del proceso al Tribunal de origen para que se reponga el procedimiento.

Concepto fiscal

Enviado el proceso por la Corte a la Procuraduría General de la Nación, ésta a través del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, conceptuó que el demandante en casación no podía invocar la causal cuarta, puesto que el incendio como acto ilícito está obviamente evidenciado, estaba encaminado no solamente a destruír los bienes muebles de propiedad del sindicado sino también los inmuebles, como era la edificación donde se provocó el incendio y las que la rodeaban, agrega que "los actos preparatorios destinados a quemar los dichos muebles iban a tener como consecuencia directa la quema de ellos y la del lugar en que se hallaban. En el culpable existió la intención de cometer el delito de incendio, puso en práctica y realizó todos los medios adecuados para lograrlo, y si factores imprevistos lo impidieron, bien está el que fuera condenado por un delito imperfecto de tal índole".

Agrega además el Procurador, respecto a la mencionada causal, que ésta fue alegada extemporáneamente, por no haber sido propuesta en la oportunidad procesal, haciendo concordar este punto de vista con reiterada doctrina de la Corte a este respecto.

En lo tocante a la causal segunda de casación, la Procuraduría manifiesta que la imputabilidad de Mesa Rendón se construyó a base de pruebas indiciarias, respecto de lo cual dice que "Si se pretende que esta responsabilidad no está penalmente demostrada es, apenas lógico, que se escarmenen y puntualicen todos y cada uno de los indicios que obraron en su contra, y, no, sim-

plemente que se afirme que es verdad no desvirtuada en el proceso que Mesa Rendón permaneció ausente de su habitación el día, o mejor, la noche en que se sucedieron los hechos .

"El juego de los elementos indiciarios permite negar enfáticamente la participación de terceras personas en el ilícito que se comenta.

"...No se ha desechado por el Tribunal el testimonio del señor Horacio Carvajal tendiente a probar que Mesa Rendón viajara en su compañía a Armenia el día de los hechos. Lo que acontece es que esa Corporación en forma nada ligera, sino muy juiciosa y jurídica, le concede a su dicho el valor que posee sin llegarlo a entender como prueba definitiva que exonere de toda responsabilidad al citado Mesa. De la misma manera tampoco el Tribunal desechó o ignoró, o negó lo afirmado por el mismo procesado pero, sí, avaluó su dicho a la luz de los indicios que por otro lado obraban en el expediente".

Finalmente comenta la Procuraduría la causal cuarta de la siguiente manera:

"La interpretación del artículo 252 hecha por el Tribunal no transgrede en forma alguna, ni erróneamente asimila el concepto jurídico que comporta —delito contra la salud e integridad públicas—, ni mucho menos, fija la pena de manera equivocada para el delito que sanciona.

"Desechada como fue la nulidad propuesta sobre la base del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (numeral 8º) y siendo esta causal primera de índole típicamente consecuencial, las razones que se tuvieron para la primera determinación encuentran resonancia y adecuación perfectas para concluír que tampoco esta última ha sido formulada y demostrada viablemente, y que, en consecuencia, debe encontrarse como no probada".

Las anteriores consideraciones del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, le sirven para conceptuar y por tanto tolicitar de la Corte Suprema, qu eno case la sentencia materia de la impugnación.

Se considera:

Como puede verse de las transcripciones anteriores de la demanda, los motivos de impugnación los alega el recurrente señalando implícitamente el orden de las causales que considera viables para el logro de sus pretensiones, comenzando por la segunda, primera y luego la cuarta. La Corte no las estudiará por separado, tal como las plantea el libelo, toda vez que por fuerza de las circunstancias mismas que presenta el proceso, al tratar la causal cuarta se comprenderá por qué razones las demás causales aducidas al no prosperar permiten y exigen la preeminencia de la ya últimamente mencionada. De aquí que en este estudio la Sala se contraerá al análisis conjunto de los motivos de impugnación, para ver si de tal apreciación global surgen consecuencias que incidan en la procedencia de la causal cuarta.

Este proceso por la índole misma de su naturaleza, como que al ilícito que se atribuyó al incriminado Mesa Rendón se le dio por todos los funcionarios que en él han intervenido la denominación jurídica de INCENDIO, en la categoría de imperfecto, necesariamente no podía presentar como elementos de juicio para demostrar la responsabilidad penal del acusado prueba distinta de la circunstancial o indiciaria, única de que podía disponer la justicia para establecer si efectivamente Mesa Rendón había comprometido su responsabilidad en el hecho delictuoso que se le imputa.

De allí que la valoración de esta prueba sea el más importante aspecto del contenido de la sentencia impugnada y por tanto de la casación que se estudia. Como base para ello, conviene apuntar los motivos que el Tribunal presenta como generadores de hechos establecidos que por vía de inferencia indiciaria llevan a demostrar que el procesado ha incurrido en un ilícito penal, cuya denominación jurídica precisa, si bien ya ha sido señalada en las instancias, tendrá que ser revisada por la Corte para saber si ella corresponde a los hechos que constituyen la incriminación.

"Félix Mesa, en efecto, era la única persona que tenía acceso al mentado apartamento y la única que poseía las llaves del mismo; fue él quien estuvo allí hasta algunas horas antes de producirse el incendio y nadie, que se sepa, penetró a esa habitación después de que él salió, a las seis de la tarde para dirigirse, como dice, a la ciudad de Armenia; no puede afirmarse, sin prueba absolutamente ninguna, pero ni siquiera sugerirse, que fue la señora Olga Sánchez o su esposo quienes perpetraron el atentado quizá con el ánnimo de causarle un daño al molesto inquilino, porque los primeros en sufrir las tremendas consecuencias hubieran sido ellos; y ellos eran los únicos, aparte de Mesa, que podían haber entrado por el interior a esa habitación. Y lo más importante de todo, el móvil de ese delito está de

bulto, se ve, casi que se palpa: el seguro que amparaba los enseres del señor Mesa, muy superior al precio real de los mismos. ¿A quién más podía interesar su cobro?

"La sola experiencia nos pone de presente que muchos incendios son provocados por el desorbitado afán de hacerse al valor del seguro con el que se ha protegido el bien mueble o inmueble, no importan las consecuencias que el maquiavélico sistema pueda causar. En el caso que se estudia no es posible, ni forzando la imaginación, creer que exista una persona distinta a Félix Mesa que hubiese cometido el hecho materia de este proceso, porque nadie, fuera de él, tenía interés alguno en semejante evento. La única razón era la de que alguien que lo odiara profundamente hubiera querido hacerle el daño de quemarle sus pertenencias, pero para ello debía haverse convencido primero de que no estaban aseguradas, y ya se vio cómo las únicas personas que habrían podido entrar eran Olga Sánchez o su marido y ellos jamás podrían haberlo hecho sin haber desocupado primero la residencia que habitaban. Y no se diga que se está ante el imposible de que Mesa Rendón hubiese estado en Armenia y en Buga al mismo tiempo para haber cometido el delito; porque en este expediente la única declaración que respalda la coartada suya es la de su amigo íntimo Horacio Carvajal. ¿Por qué la defensa no trató de probar, con testigos de Armenia, que el procesado se hallaba en esa ciudad cuando se consumó el delito? Y si se acepta, en gracia de discusión, que Horacio Carvajal ha dicho la verdad, forzosamente debe concluírse que se empleó algún medio de acción retardada para provocar el fuego; pero en ningún caso se puede inferir que Mesa Rendón no fue el autor de esa maniobra, porque ello sería destruír la lógica misma y desconocer la dinámica natural de las cosas humanas. Todo en este proceso indica, desde la primera página hasta la última, que fue el sindicado Mesa Rendón el que preparó y provocó el incendio del apartamento de la calle 8ª con carrera 15 y 16. Y con ese acto violó, en grado de frustración, no el artículo 251 del Código Penal, sino el 252 ibidem, porque tal acto de suyo atentaba contra la cosa inmueble ajena; y no puede ser el artículo 251 el que se ha trasgredido porque él habla muy claramente de "cosa mueble ajena" y ya está visto que los enseres que se pretendieron destruír eran de la exclusiva propiedad del acusado...".

Está, pues, claro que todas las argumentaciones del Tribunal, así como las de los distintos funcionarios que en el proceso han intervenido, se fundamentan para deducir la responsabilidad, en la prueba indicial, que se ha considerado suficiente para conducir a una sentencia condenatoria. La Corte encuentra que este análisis probatorio conduce a concretar esa responsabilidad, comoquiera que la índole del hecho investigado no podía producir elementos de juicio distintos del indicio para su esclarecimiento, y, además, el proceso lógico que esta categoría de pruebas exige de manera esencial lleva por modo indispensable apreciaciones que ratifican la convicción legal de que a Mesa Rendón es necesario atribuírle alguna responsabilidad, desde luego se cumplen en el caso los presupuestos que aquel medio probatorio conlleva, siguiendo los principios de la lógica jurídica, los que se predican en estos tres verbos: observar, suponer y verificar; es a saber: primero, porque es preciso conocer el hecho mediante las pruebas directas que pudieron recogerse durante la investigación, inspección ocular, prueba testifical, dictámenes periciales, los que el proceso contiene en orden a facilitar este primer conocimiento objetivo y directo de los hechos; luego, suponer, indica que hay que poner en juego la formulación de las distintas hipótesis que puedan explicar los sucesos, para discriminar cuál de ellas encuentra mejor respaldo en las constancias procesales, a fin de llegar a la última etapa de este proceso, que no es otra que la verificación de las mismas, con el objetivo de eliminar aquella o aquellas que no sirvan a esa finalidad, para el efecto de que una vez realizada esta indispensable valoración, quede una sola y última como la más conducente y cierta, que lleve a la aceptación racional del hecho conocido como causa o explicación del hecho desconocido que se trata de comprobar.

Siguiendo este orden de ideas, puede concluírse que del examen enunciado, sometida a ese proceso la prueba allegada a los autos, se desprende una responsabilidad criminal para el procesado. Pero surge aquí este interrogante: ¿cuál es ella? ¿La que han pretendido encontrar en el proceso los funcionarios que en él intervinieron, esto es un incendio en cosa mueble o inmueble ajena u otra que le dé otro título al delito y lo coloque en un plano jurídico distinto de aquel por el cual fue juzgado y condenado?

El delito de incendio exige estos cuatro ele-

mentos constitutivos: Que se prenda fuego a una cosa; que esta cosa sea mueble o inmueble; que tal cosa mueble o inmueble sea AJENA y el peligro inherente a la acción del fuego. Este último elemento da ocasión a la doctrina para elucubraciones concernientes al momento constitutivo del ilícito; si se admite grados de imperfección y en qué momento pueden surgir estos para la tentativa y la frustración, aspecto éste de sumo interés y complejidad que aunque se consideró presente en el caso, no se verá impelida la Corte a intentar su estudio, porque las conclusiones a que habrá de llegar lo hacen innecesario.

En este orden de ideas precisa estudiar si en este caso existen todos los elementos constitutivos del delito de incendio o alguno de ellos falta que impida darle al hecho atribuído al sindicado tal categoría de infracción. La prueba de cargo, como ha sido analizada a través de las distintas etapas que ha corrido el proceso, puede conducir a la convicción legal de que efectivamente se ha violado la ley penal y que el reo es responsable. Con todo, un vacío es notable en la apreciación de aquellos elementos que tipifican el ilícito de incendio. tal como lo estructura el Código Penal, porque si bien se prendió fuego a una cosa que comprendía bienes muebles, como los enseres que constituían el menaje del apartamento, la verdad es que ninguna de las providencias desconoce que ellas fueran de exclusiva propiedad de Mesa Rendón. El mismo Tribunal afirma enfáticamente que "ya está visto que los enseres que se pretendía destruír eran de la exclusiva propiedad del acusado". Luego, por lo menos el elemento cosa ajena falta para comprender todo el cuadro jurídico que se precisa para el delito de incendio, pues el peligro inherente al fuego, si bien no puede desestimarse, el hecho es que en el presente caso la misma circunstancia de no haber cumplido su finalidad los elementos combustibles preparados para avivar el fuego, ya que ellos fueron encontrados intactos, como lo demuestra la inspección ocular practicada en el lugar de los sucesos y la misma prueba pericial, amén de la presencia del cuerpo de bomberos a solo media cuadra del apartamento, aquel peligro apenas imaginario no puede tener virtualidad suficiente como para dar a los hechos carácter distinto del que realmente tienen y que es por cierto el único que encuentra comprobación en los autos, ya que no en balde el indicio de mayor gravedad, de más categoría, que obra contra el delincuente, lo constituye la presunción de que su acto no tuvo motivación distinta de cobrar un seguro de $ 20.000.00 sobre los mismos muebles que se pretendió destruír por medio del fuego.

Se quebraría el razonamiento que fundamenta el cobro del seguro, si apenas se le tiene como indicio grave de responsabilidad, pero se desconoce el carácter de que fueron cosas propias muebles las que intentaron destruírse por el incendio. La relación de causalidad indispensable para dar el carácter de prueba indicial o circunstancial a aquel hecho quedaría desintegrada, de tal manera que los dos hechos no tendrían causalidad adecuada, quedando uno de los dos en el vacío desintegrando también con ello toda la estructura lógica que es indispensable para producir alguna consecuencia jurídica.

No basta afirmar, como lo hace el Tribunal en la sentencia recurrida en casación, que el peligro inherente al incendio conlleva a establecer que con la acción de agente pudo incendiarse también el edificio donde está situado el apartamento en que se llevaron a efecto las maniobras incendiarias, apreciación errada que llevó a la Corporación hasta el extremo de cambiar la disposición aplicada por el juzgador de primer grado, el artículo 251, es decir en cosas muebles, a otra de mayor entidad como es el artículo 252, que refiere la infracción a cosas inmuebles y aumenta pena por mayor cantidad de dolo y peligro que este caso comporta en relación con el anterior.

Vale para destruír el error jurídico de la sentencia la muy autorizada opinión del Maestro Carrara, que disipa todo entendimiento equivocado sobre la naturaleza del acto intencional que es preciso tenga el incendio para merecer estructurarse como delito de tal categoría y no en otra. Dice así:

"Estas observaciones sobre el elemento material (materiale) de la tentativa o de la consumación, nos obliga a volver un momento sobre el elemento intencional para considerar una distinción que es sutilísima, pero que prácticamente resulta fundamental tanto en el incendio consumado como en el tentado. Preestablecido que desde el punto de vista del elemento material, el fuego excitado en los muebles colocados en una casa habitada representa el delito ya consumado de incendio de casa habitada, tal regla debe siempre entenderse bajo la condición de que el elemento intencional esté, por su lado, específicamente establecido. No basta la intención in genere de incendiar, la cual fácilmente surge del

hecho material. Para imputar como tentado o consumado el incendio de **casa habitada**, es preciso probar especialmente que el culpable quería incendiar precisamente la casa. Una cosa es la intención de incendiar el edificio y otra distinta puede ser la intención de quemar un mueble. (Las subrayas son del texto. Programa número 3.087, parte especial, Volumen VI, págs. 188 y 189. Edición en español dirigida por el Profesor Sebastián Soler).

El mismo Carrara (obra citada, número 3.075, página 175), afirma como un hecho comprobado por la experiencia que "los procesos por incendio se embarazan a menudo en la investigación del cuerpo del delito y de la intencionalidad". Aconseja al respecto que en tales casos "el Juez deberá atender el más valioso criterio, para ese examen, de la **causa para delinquir**, que es siempre un poderoso argumento —sea cuando falte, sea cuando concurra— en las indagaciones intencionales; debiéndose decir también que en cualquier estado de duda, el Juez deberá siempre presuponer la falta de dolo, si poderosos indicios no lo afirman y si las circunstancias del hecho verosímilmente lo excluyen".

Conformando el criterio a tan sabio consejo, oportuno en el caso particular de este proceso, se advierte de inmediato que ni las circunstancias del hecho excluyen la verosimilitud de que fuera el incriminado ni existen indicios graves de que su conducta estuviera dirigida a producir por el medio empleado consecuencias distintas de orden económico radicadas en un seguro, pero sin ulteriores y más graves perjuicios, porque la intencionalidad para producirlos no está demostrada.

Un análisis, con criterio frío y desprevenido del proceso, permite establecer que mediaron contingencias ilícitas, con el fin de producir determinados hechos, susceptibles de causar consecuencias favorables con el beneficio del pago de un seguro sobre las cosas mismas en que recayó la acción del fuego, para pretender destruírlas y conseguir por ese medio lo que se perseguía. Por ello mismo, el prudente consejo carrariano encuentra en el proceso amplio respaldo, pues conduce a que la causa para delinquir establecida en él sea precisamente un argumento de poderosa fuerza para comprometer al sindicado.

Pero esto mismo lleva también a valorar ese criterio de certidumbre frente a los autos, para descartar el delito que ha venido atribuyéndose al procesado, asignándole a los elemenos de juicio que se conocen un valor distinto para aquel efecto, a fin de colocarlos en el justo lugar que les corresponde.

Porque si en verdad el proceso no demuestra sino que el incendio se intentó producir con un fin ilícito, como un medio dañoso para causar un fraude y cobrar un seguro, que es lo que mejor alcanza a demostrar la prueba recogida durante la investigación, otro es el título del delito y por consiguiente se ha producido una nulidad absoluta, que la misma demanda acepta, al invocar como causal de impugnación contra la sentencia la cuarta del estatuto procesal- con base en el ordinal 8º del artículo 198.

No existe en el código penal vigente disposición alguna que castigue el incendio de cosa mueble propia, sin que ello implique impunidad por tal hecho cuando se configure con los propósitos específicos de una disposición que lo coloca en la categoría de fraude y así lo sanciona, pues el título en que está previsto gira bajo el rubro "Del abuso de confianza y otras defraudaciones".

En efecto, el artículo 417 del C. P. dice:

"El que con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro u otro provecho ilícito, destruya, oculte o deteriore objetos asegurados de su propiedad, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de veinte a dos mil pesos".

No se opone a esta conclusión lo que afirma el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el sentido de que la nulidad por error en la denominación jurídica del delito no fue propuesta en las instancias en la oportunidad debida y por tanto es extemporánea. Ello podría predicarse sólo para las relativas, pero no para las absolutas, carácter que tiene la del ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P. Esto de una parte. De otra, el artículo 201 de la misma obra, determina que "dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrá alegar (las nulidades) sino en el recurso de casación".

Corresponde, pues, a la Corte, por mandato del artículo 570 del estatuto procesal, letra b), invalidar el fallo y disponer que se reponga el procedimiento a partir del auto de proceder, toda vez que la causal cuarta alegada, prospera.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

RESUELVE:

INVALIDAR la sentencia objeto del recurso de casación y disponer al mismo tiempo que se reponga el procedimiento a partir del auto de proceder, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SE INHIBE LA CORTE DE CONOCER DE UN PROCESO PENAL CONTRA UN CONSEJERO DE ESTADO Y DISPONE REMITIR LOS AUTOS A LOS SEÑORES JUECES SUPERIORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

1.—Es evidente que el artículo 102 de la Carta no comprende a los Consejeros de Estado, pero de allí no puede deducirse la no existencia de fuero para ellos, pues tal omisión no sólo fue suplida por la ley, sino que otros textos de la Constitución, tales como como los artículos 51 y 62 entre otros, indican claramente la facultad de las disposiciones ordinarias para consagrarlo.

2.—Ha entendido la Sala que el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal está vigente. Por esta disposición se da competencia a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, para conocer "de las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional". La referencia con que finaliza la disposición transcrita, no hace relación a hechos delictuosos en concreto sino al procedimiento que debe seguirse, según se trate de delitos comunes o de delitos de responsabilidad u oficiales, materia ésta que reglamenta el C. de P. P. en el Capítulo I, Título V, del Libro 3º.

3.—Cuando hay lugar a un proceso criminal en las condiciones fijadas en el ordinal 3º del artículo 97 de la Carta, el procedimiento a seguir impone: a) Acusación de la Cámara de Representantes ante el Senado de la República; b) Admitida la acusación, tratándose de delitos comunes, "el Senado se limitará a declarar si hay lugar o no a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema", y c) Seguimiento de la causa ante la Corte.

4.—La competencia de la Corte para juzgar a los altos funcionarios, entre ellos a los Consejeros de Estado, como Juez de única instancia, está necesariamente condicionada a una actuación previa del Congreso, lo que significa que no puede asumir esa competencia por sí y ante sí. Por tanto, al resolver la H. Cámara que no hay fuero para los Consejeros de Estado y que respecto de ellos es incompetente para ejercer su función acusadora, no sólo inhibe al Senado como Juez, sino también a la Corte.

5.—Si la Cámara de Representantes, considerando que las atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes para acusar ante el Senado a los altos funcionarios del Estado, no comprenden a determinada categoría de ellos, y en consecuencia decide, en un caso dado, abstenerse de hacer uso de tal atribución; la resolución que adopte en esta materia no puede ser objeto de colisión de competencias, ya que por tratarse del ejercicio de una facultad constitucional no sujeta a entidad ninguna, no podría ser modificada o rectificada sino por la misma entidad que la dictó.

6.—Si de conformidad con el ordinal 5º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal tiene la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, competencia para conocer de las CAUSAS que se sigan contra los altos funcionarios allí enunciados sin hacer distinción entre delitos COMUNES y OFICIALES, y allí mismo se hace referencia a los

casos del artículo 97 de la Constitución, lo preceptuado en el inciso final del artículo 29 del Código Judicial conserva su vigencia, pues la modificación se limitó a fijar en la Sala Penal la competencia que correspondía antes, conforme a este mismo artículo, a la Sala Plena.

7.—Llegado el caso de que en relación con un alto funcionario del Estado, la Cámara de Representantes se declare sin competencia para ejercer su función acusadora, inhibiendo en consecuencia tanto al Senado como a la Corte, y no siendo admisible llegar al absurdo de dejar sin juez a la persona justiciable, forzosamente las normas de competencia tienen que aplicarse en su forma ordinaria, siguiendo las pautas establecidas en el Código de Procedimiento Penal en los Capítulos II y III del Libro Primero, ya que en ausencia del fuero, que en tal supuesto se niega a reconocer la Cámara de Representantes, son precisamente ellas las que proceden.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL. — Bogotá, febrero dos de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

Vistos:

El Juzgado Once de Instrucción Criminal (Comisión Especial), por auto de 30 de enero último, dispuso enviar "el presente informativo, con los anexos correspondientes al señor Presidente de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia —máximo Tribunal— con el objeto de que dicha Corporación decida lo que estime conveniente". Ello, "considerando este despacho que la comisión que le fue conferida por el Ministerio de Justicia terminó con la remisión del informativo, y que en esta etapa procesal se ha planteado un conflicto de colisión de competencias para el juzgamiento del sindicado originado en el hecho de que el señor doctor Andrés Augusto Fernández Monroy, en la época de la ocurrencia de los hechos desempeñaba el cargo de Presidente del Consejo de Estado, conflicto éste que ha paralizado la instrucción sumarial".

Antecedentes

Contra el doctor Andrés Augusto Fernández Monroy, Presidente del Consejo de Estado, se inició el 25 de diciembre de 1960, por el Juez remitente, una investigación criminal por el delito de homicidio, recaído en la persona de su legítima esposa, doña Cecilia Garay de Fernández.

Para el 26 de los mismos mes y año, el señor Ministro de Justicia dirigió al Presidente de la Corte el oficio número 45.752 en el que solicitaba procediera "a convocar inmediatamente la Sala Penal de la corporación", en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 53 del C. J. La convocatoria tenía por objeto el que la Sala Penal asumiera el conocimiento del proceso contra el doctor Fernández Monroy por ser de su competencia, en concepto del señor Ministro, quien en su nota hizo las siguientes consideraciones:

".....

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, numeral 5º, la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de las causas que se sigan contra los Consejeros de Estado en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional, y esta disposición de la Carta se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, a indignidad por mala conducta y a delitos comunes, uno de los cuales, el homicidio, se atribuye al doctor Andrés Augusto Fernández.

"Que los funcionarios citados en el numeral 5º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal gozan de fuero, cualquiera que sea el delito que se les impute, y no sólo en las causas que por motivos de responsabilidad se les promuevan, fue la opinión predominante en la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal, posteriormente convertida en precepto legal por el Congreso de 1938. Y es ésta la interpretación que aceptaron y patrocinaron en sus libros y comentarios los tratadistas Timoleón Moncada y García Herreros. Además, el doctor Aníbal Cardoso Gaitán en su obra 'Responsabilidad y juzgamiento de los altos funcionarios', dice textualmente: 'Pero podría preguntársenos, ¿y quién juzga a los consejeros de estado? Respondemos: mientras los textos constitucionales y legales no se modifiquen, la Corte Suprema es la entidad competente'.

"Por otra parte, de acuerdo con lo estatuído en el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, cuando se trate de delitos cuyo conocimiento en primera instancia esté atribuído a la Corte

Suprema de Justicia o al Tribunal Superior del Distrito Judicial, el magistrado ponente será el funcionario instructor, lo que significa, en concepto del suscrito, que el fuero cobija al procesado no sólo durante la causa sino en la etapa sumarial del proceso.

Esta interpretación sobre la extención del fuero concuerda también con el punto de vista de la mayoría de los miembros que integraron la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal y con el espíritu que informa la totalidad del estatuto y, especialmente, los artículos 51 y 580 del mismo.

"Todas estas razones me llevan al convencimiento de que a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde el juzgamiento del doctor Andrés Augusto Fernández y a uno de sus magistrados la instrucción del sumario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 133 del Código Judicial sobre jueces comisionados".

La Sala Penal de la Corte atendió la convocatoria hecha por el señor Presidente para dar respuesta al oficio referido y fue así como elaboró la nota que obra en copia a fls. 122 y ss. del informativo.

Sostuvo la Corporación, en síntesis, con fundamento en tradicional y reiterada jurisprudencia de la Corte, que su competencia, de acuerdo con los textos constitucionales y legales que regulan el fuero de los altos funcionarios del Estado, está condicionada procesalmente por la previa actuación de la H. Cámara de Representantes y el H. Senado de la República, en la forma prevenida en los artículos 96 y 97 de la C. N. y 579 del C. de P. P.

Al efecto, en respaldo de su concepto, hizo cita de algunas doctrinas que ahora se transcriben y complementan, dada su importancia para el mejor entendimiento de la materia:

Así en providencia del 12 de septiembre de 1947 (G. J. Tomo LXIII, números 2.055-2.056, páginas 451 y ss.) expresó:

"La Corte carece de competencia para juzgar a los Consejeros de Estado, porque las acusaciones contra estos funcionarios deben ser presentadas por la Cámara ante el Senado, previa la denuncia que ante la primera entidad puede hacer cualquier ciudadano (artículo 579 del C. de P. P.). La Corte, en Sala Penal, no puede conocer de las causas contra los Consejeros de Estado, sino cuando, por merecer pena distinta de la destitución del empleo o la suspensión o privación de los derechos políticos, los ponga el Senado a su disposición. Así se deduce de lo preceptuado en los artículos 46 de la Ley 167 de 1941 (C. de lo Contencioso Administrativo), 20 del C. J. y concordantes de ellos".

En desarrollo de esta doctrina, y para fundamentarla, la Corte expresa:

"Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado, ni a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue derogado expresamente por el Acto Legislativo número 1º de 1945.

"Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 26, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados.

"Pero se dirá que al incluír la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Consejeros de Estado, significa la exclusión de estos últimos. A lo cual se contesta que si la inclusión de unos significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indica, pero no cuando ella lo rechace desde todo punto de vista, como aquí acontece.

"En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado, mediante acusación de la Cámara, la de los Ministros, por ejemplo, sino varias: el Presidente de la República, los Ministros, el Procurador, los Magistrados de la Corte, en una palabra, los altos funcionarios del Estado. Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata— no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el Constituyente para no extenderla a otro caso en que se contemplen iguales condiciones.

"En segundo lugar, los Consejeros de Estado deben tener las mismas calidades que los Magistrados de la Corte (artículo 139 de la Constitución) lo que implica que deben gozar de los mismos derechos y prerrogativas que estos (artículo

45 de la Ley 167 de 1941), entre los cuales debe entenderse el de ser juzgados por la misma entidad que conoce de las causas contra los dichos Magistrados".

En auto de 11 de marzo de 1954, la Corte sostuvo respecto de la misma materia:

"El caso de competencia planteado a la Sala por el ilustrado director del Presupuesto Nacional no ofrece, en concepto de la misma, dificultad de ninguna especie, ya que al respecto existen normas claras, categóricas y perfectamente concordantes las unas con las otras, así en la Carta Fundamental de la República como en los Códigos Judicial y de Procedimiento Penal. Del conjunto de ellas se desprende que cuando un ciudadano —hállese o no al servicio del Estado— se considera lesionado en sus derechos por actos cumplidos por determinados altos funcionarios, entre ellos el Procurador General de la Nación, y desea instaurar contra el responsable una cualquiera acción penal, el procedimiento a que debe ajustarse es el siguiente: 1ª la presentación de la denuncia o querella que fuere del caso ante la Cámara de Representantes (artículo 579, inciso 2º C. P. P.), la cual debe estudiarla, y, si hallare mérito, formular la correspondiente acusación por parte del Senado (artículo 96 C. N.), con el inmediato efecto —en caso de ser admitida— de la **suspensión en el desempeño del cargo** del funcionario de que se trate (artículos 97, ordinal 1º C. N. y 593 C. de P. P.); 3º instruído el sumario en el Senado pueden presentarse cuatro eventualidades: a) el Senado no encuentra que haya mérito para llamar a juicio y, en ese caso, ordena archivar el proceso; b) el Senado sí encuentra mérito para llamar a juicio pero sólo por **delitos comunes**. En ese caso pone proceso y sindicado a disposición de la Corte; c) el Senado encuentra mérito para llamar a juicio 'por infracciones cometidas **en ejercicio de funciones públicas** o so pretexto de ejercerlas'. En ese tercer caso se continúa el juicio, dentro del Senado, hasta su culminación en sentencia de condena o absolutoria. (El artículo 594 C. P. P. contempla estos tres casos); y d) el Senado encuentra mérito para llamar a juicio, conjuntamente, por infracciones cometidas **en ejercicio de funciones públicas**, y además, por delitos comunes. Y, en este último caso, el Senado debe continuar el juicio hasta su terminación, no pudiendo 'imponer otra pena que la destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, y enviar en seguida reo y proceso a la Corte Suprema, para los efectos del juicio y sanción de los **delitos comunes** en que el inculpado hubiere incurrido o podido incurrir (artículo 97, ordinal 2º C. N.)".

"3º—Si la tesis de competencia sostenida por el doctor Lascarro fuera aceptada por la Corte, no solamente se incurriría en usurpación jurisdiccional por parte de la misma, sino también en usurpación de funciones de acusación que son privativas de la Cámara de Representantes, por parte del propio doctor Lascarro. ¿Sería esto aceptable?".

En posterior decisión (19 de abril de 1954, G. J. Tomo LXXVII, número 2.140) de la cual fue ponente, como de la anterior, el doctor Carlos Arango Vélez, se reafirmó ampliamente esta doctrina haciendo énfasis en la tesis de que la Corte sólo puede asumir el conocimiento de un proceso contra un alto funcionario revestido de fuero, en primer término ante el Congreso, por mandato de la Constitución o de la ley, son absolutamente indispensables las condiciones de procedibilidad de acusación previa de la Cámara y declaración jurisdiccional del Senado de que haya lugar a seguimiento de causa.

En vista del contenido del oficio enviado al señor Ministro de Justicia con relación al caso de autos el funcionario instructor ordenó en proveído de 7 de enero del año en curso remitir el proceso a la H. Cámara de Representantes (fls. 212). El señor Presidente de ésta puso el expediente a órdenes de la Comisión de Acusación, la cual rindió el informe que aparece de folios 256 a 291, suscrito por cinco de sus miembros, y con el salvamento de voto del H. Representante Jacinto Rómulo Villamizar Betancourt, contenido del folio 292 al 313.

El informe de la Comisión de Acusación fue aprobado por la H. Cámara de Representantes en la sesión del 25 de enero último, por noventa y ocho votos afirmativos contra siete negativos, y acogida por la Corporación, en consecuencia, la proposición con que dicho informe termina, a saber:

"La Cámara de Representantes

RESUELVE:

"1º—Declarar que no es competente para intentar acusación ante el Senado de la República contra el señor doctor Andrés Augusto Fernández Monroy, por los hechos de que trata el expedien-

te remitido a esta Corporación por el señor Juez 11 de Instrucción Criminal;

"2º—Devolver el proceso al Juzgado de origen, y

"3º—Agregar al expediente copia del concepto rendido por la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes". (Fls. 314 a 315).

Fundamentos de la resolución anterior

Importa para los fines de la resolución que va a adoptar la Sala, hacer un breve examen de los razonamientos hechos por la Comisión de Acusación para definir su incompetencia respecto al caso **sub-judice**.

Son, en resumen:

1º—No es competente la Cámara de Representantes para acusar ante el Senado de la República al doctor Fernández Monroy porque las disposiciones constitucionales que consagran el fuero, en particular el artículo 102, no comprenden a los Consejeros de Estado, funcionarios que la H. Cámara considera excluídos, dada la enumeración taxativa del acotado artículo.

Luego de un examen de las distintas reformas que la Carta ha sufrido hasta el año de 1945 y de las vicisitudes a que ha sido sometido el Consejo de Estado en nuestro sistema institucional y legal, la Comisión sintetiza así su criterio sobre el punto enunciado:

"1º—En el artículo 102 de la Constitución de 1886 se le atribuía a la Cámara la facultad de acusar ante el Senado a los Consejeros de Estado.

"2º—El Consejo de Estado fue suprimido por el Acto Legislativo de 1905.

"3º—El artículo 102 de la Constitución de 1886 fue modificado por el artículo 20 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (cuando no existía Consejo de Estado), modificación que consistió en quitar a la Cámara de Representantes la facultad de intentar acusación ante el Senado contra los Consejeros de Estado.

"4º—En 1914 se restableció el Consejo de Estado y se facultó al legislador (artículo 5º del Acto Legislativo) para que determinara lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado.

"5º—En virtud de esa autorizacion se consagró en la Ley 105 de 1931 la misma facultad a la Cámara de Representantes.

"6º—Pero luego vino la reforma constitucional de 1945 (Acto Legislativo número 1), que al derogar expresamente el artículo 136 de la anterior codificación, que correspondía al 5º del Acto Legislativo del 14, suprimió la facultad que el constituyente de 1914 había dado a la ley para determinar la responsabilidad y competencia en los caso de delitos cometidos por los Consejeros de Estado".

2º—Tampoco existe para los Consejeros de Estado el fuero con fundamento en la ley, que llenara el vacío constitucional, pues en concepto de la Comisión, los textos atinentes del Código Judicial (artículos 20 y 174); Código de Procedimiento Penal (artículo 42) y Código Contencioso Administrativo (artículos 45 y 46), quedaron derogados al expedirse el Acto Legislativo número 1 de 1945, porque expresamente así lo dispuso el artículo g) que dejó sin vida el 136, correspondiente al 5º del Acto Legislativo de 1914, el cual había facultado al legislador para determinar la responsabilidad y competencia en los casos de delitos cometidos por los Consejeros de Estado. Para sustentar este aserto se invocan los artículos 9º y 3º de la Ley 153 de 1887.

3º—La Comisión, por último, afirma su incompetencia para acusar ante el Senado al doctor Fernández Monroy, haciendo una distinción, no muy firme, en cuanto al fuero cuando se trata de delitos **comunes** o de delitos **oficiales**, es decir los cometidos en ejercicio de funciones públicas o so pretexto de ejercerla. Para los primeros el fuero constitucional sólo ampara al Presidente de la República o al Encargado del Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 131 de la Carta; los demás "altos funcionarios" enunciados en el artículo 102 ibidem tienen fuero constitucional y les son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 96 y 97 de la Carta únicamente cuando la acusación se refiere a delitos oficiales o de responsabilidad.

En desarrollo de su tesis la Comisión expone lo siguiente:

"La cuestión se presenta un poco difícil en cuanto se trata de DELITOS COMUNES. ¿Por qué razón consideró el constituyente que los **delitos comunes** cometidos por los funcionarios públicos de que trata el artículo 102, debían ser ventilados ante el Senado de la República? La respuesta no es fácil.

"Antes de entrar a responder el interrogatorio que nos planteamos, conviene establecer nítidamente que, la excepción de que los delitos comunes sean ventilados ante el Senado no es, a nuestro entender, una norma que se aplique indistintamente a los funcionarios de que trata el artícu-

lo 102, por lo siguiente: porque el artículo 131 de la Carta fijó expresamente y solamente para los casos de responsabilidad del Presidente de la República o para el encargado del Poder Ejecutivo, que por ningún motivo sea juzgado, sino por los trámites de acusación de la Cámara y posterior aceptación de esa acusación por el Senado. Para el Presidente y para el encargado del Poder Ejecutivo, la Constitución no hizo distinción entre 'delitos cometidos en ejercicio de funciones' o 'delitos comunes'; cualquiera que sea la infracción que se les impute siempre deberá seguirse juicio ante el Parlamento.

"Si la Constitución hizo esa excepción terminante, en cuanto al Presidente, es entonces lógico que ella no se puede aplicar a los otros 'altos funcionarios' y que, consiguientemente, no SIEMPRE por delitos comunes deberá seguirse juicio ante el Senado, cuando el sindicado es, por ejemplo, un Ministro o un Magistrado de la Corte.

"La razón para que el procedimiento por delitos comunes, que es especial y que es además aplicación del fuero, no es otra que la necesidad de autotutela por parte del Estado. Si ese fuero no existiera, y fuera necesario aplicar el procedimiento ORDINARIO a un alto funcionario sindicado de una infracción penal, llegaríamos al caso aberrante de que cualquier enemigo del Gobierno podría provocar la detención del Gabinete, con la sola condición de acompañar la prueba que la ley exige, para que el Juez se viera precisado a dictar auto de detención, prueba que podría consistir en un testimonio falso.

"De tal suerte que, para evitar esos casos aberrantes que no sería raro se presentaran, es a la Cámara a quien le compete la calificación de la infracción denunciada, y solamente mediante un examen de la situación, podrá la misma Corporación acusar o dejar le hacerlo, salvaguardiando en esta forma la seguridad del Gobierno. Pero aún así, no parece lógico que la competencia de la Cámara para acusar, como consecuencia del fuero, puede entenderse como un PRIVILEGIO concedido a la persona para cualquier acto de su vida PRIVADA o PUBLICA. Eso sería aberrante, y significaría, ni más ni menos, que la Ley y la Constitución amparan a los funcionarios por el solo hecho de estar ocupando un cargo público, otorgándoles así una especie de patente de corso, y autorizándolos, implícitamente, para que cometan toda clase de desafueros, con la seguridad de que el proceso habrá de ventilarse por los trámites del Parlamento, con garantías, en algunos casos suficientes, para conseguir su exculpación. Ese no puede ser el sentido de la norma. Es necesario buscar una interpretación que conjugue los intereses de la justicia y los que atañen a la seguridad del Estado.

"A nuestro entender, cuandoquiera que se trate de DELITOS COMUNES, en cuya comisión haya intervenido un alto funcionario, de los que trata el artículo 102 y cuandoquiera que exista alguna duda sobre la vinculación del delito con la CALIDAD DE FUNCIONARIO, deberá la Cámara intervenir para aclarar la situación que puede originarse; pero, como ocurre en el caso que nos ocupa, se ve nítidamente, sin que sea necesario hacer un examen profundo de la cuestión, que el HECHO QUE SE IMPUTA AL DOCTOR ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ, NADA TIENE QUE VER, NI REMOTAMENTE, CON LA FUNCION DE CONSEJERO DE ESTADO QUE PARA LA EPOCA DE LA COMISION DE LOS HECHOS DESEMPEÑABA, no existe razón alguna, repetimos, para que el Parlamento se ocupe de un caso particular en que están en juego intereses que el Congreso y la propia justicia deben tutelar y defender, cosa que no se logrará en manera alguna, si se somete su juzgamiento a un juicio público ante el Parlamento".

Consideraciones de la Sala:

1ª—En la nota de respuesta al señor Ministro de Justicia la Sala Penal de la Corte tuvo oportunidad de reafirmar una doctrina que ha entendido ajustada a la Constitución y a la ley. Es evidente que el artículo 102 de la Carta no comprende a los Consejeros de Estado, pero esa omisión en que tanta fuerza puso la H. Cámara para declarar la no existencia del fuero en el caso a estudio, no sólo fue suplida por la ley sino que otros textos de la Constitución indican claramente la facultad de las disposiciones ordinarias para consagrarlo, entre otros los artículos 51 y 62.

2ª—Ha entendido la Sala que el artículo 42 del C. de P. P. está vigente. Por esta disposición se da competencia a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, para conocer "De las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional".

"Los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional" es una expresión que no

hace relación a hechos delictuosos en concreto sino al procedimiento que debe seguirse, según se trate de delitos comunes o de delitos de responsabilidad u oficiales, materia ésta que reglamenta el Código de Procedimiento Penal en el Capítulo I, Título 5º del Libro 3º.

3ª—Cuando hay lugar a un proceso criminal en las condiciones fijadas en el ordinal 3º del artículo 97 de la Carta, el procedimiento a seguir impone:

a) Acusación de la Cámara de Representantes ante el Senado de la República;

b) Admitida la acusación, tratándose de delitos comunes, "el Senado se limitará a declarar si hay lugar o no a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema", y

c) Seguimiento de la causa ante la Corte.

Todo esto con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal ya citadas.

En resumen: **La Corte sólo puede usar de su atribución constitucional y legal cuando el Senado, previa acusación de la Cámara e instrucción del proceso, ha declarado que hay lugar a seguimiento de causa.**

Este criterio halla respaldo en el pensamiento de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, como puede verse en los Trabajos Preparatorios, Tomo VIII, pág. 242.

4ª—Todo lo hasta aquí expuesto está indicando que la competencia de la Corte para juzgar a los altos funcionarios, entre ellos a los Consejeros de Estado, como Juez de única instancia, está necesariamente condicionada a una actuación previa del Congreso, lo que significa que no puede asumir esa competencia por sí y ante sí. Por tanto, al resolver la H. Cámara de Representantes que no hay fuero para el Consejero de Estado a quien se sindica en estas diligencias y que las disposiciones legales que dan competencia a la Corte están derogadas, para concluír que es incompetente esa Cámara en lo que respecta a ejercer su función acusadora, no sólo inhibió al Senado como Juez, sino también a la Corte.

5ª — La determinación de la Cámara de Representantes en esta materia no puede ser objeto de una colisión de competencias, ya que se trata del ejercicio de una facultad constitucional no sujeta a entidad ninguna que pueda modificarla o rectificarla, como no sea por la misma que la dictó.

6ª—Si de conformidad con el ordinal 5º del artículo 42 del C. de P. P. tiene la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, competencia para conocer de las **causas** que se sigan contra los altos funcionarios allí enunciados, sin hacerse distinción alguna en cuanto a la naturaleza de los delitos, es decir, que sean **comunes u oficiales,** distinción que sí aparece de modo expreso en los ordinales 6º y 7º de la misma disposición, resulta obvio que, haciéndose referencia en el acotado artículo 5º a los casos del artículo 97 de la Constitución, lo preceptuado en el inciso final del artículo 29 del Código Judicial conserva su vigencia. En otros términos, la competencia de la Corte continúa sujeta a las condiciones de procedibilidad allí establecidas, o sea, que:

"Para que la Corte conozca en los casos mencionados en este artículo, es preciso que haya precedido acusación de la Cámara de Representantes, que la acusación haya sido públicamente admitida y que el Senado ponga al acusado a disposición de la misma Corte".

La fuerza de este mandato legal subsiste, pues la única modificación se refiere a fijar la competencia en la Sala Penal, que conforme al artículo 29 del Código Judicial correspondía antes a la Sala Plena.

7ª—Así las cosas, como por falta de esa actuación previa del Congreso, la Corte, sin usurpar jurisdicción no puede avocar el conocimiento del proceso contra el Consejero doctor Fernández Monroy, ni podría llegarse al absurdo de dejársele sin juez, forzosamente las normas de competencia tienen que aplicarse en su forma ordinaria siguiendo las pautas establecidas por el Código de Procedimiento Penal en los Capítulos II, y III, Título II del Libro Primero, en particular el artículo 45, precisamente porque en ausencia del fuero, que se abstuvo de reconocer la H. Cámara de Representantes, son ellas las que proceden.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DISPONE REMITIR este proceso a los señores Jueces Superiores del Distrito Judicial de Bogotá (reparto).

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo.—Salvo el voto, **Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León** L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTR ADO DOCTOR HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ

SINTESIS. — **La inhibición de la Cámara de Representantes para presentar acusación ante el Senado en contra del Consejero de Estado, doctor Andrés Augusto Fernández, lleva al absurdo de que no habría juez competente para ocuparse de este proceso. Porque, de una parte, la competencia que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia está condicionada a la previa actuación del Congreso, y de otra, la ausencia de esa condición de procedibilidad mal puede otorgar facultades de juzgamiento, dentro de la justicia ordinaria, a un juez que la ley no ha señalado para hacerlo. De consiguiente, el proceso debe ser enviado a la Honorable Cámara de Representantes para que, dentro de un nuevo examen de la situación jurídica planteada, disponga llevar a cabo, si lo tiene a bien por existir justa causa, la mencionada acusación.**

La estabilidad de las instituciones y la misma dignidad de la Nación, explican que la Carta y las leyes señalen particulares formas de procedimiento y especiales competencias en el juzgamiento, por delitos, de los altos funcionarios del Estado.

En guarda de ese supremo interés, que no en defensa de un supuesto privilegio de la persona que ocupa alguna de esas altas dignidades de la República, la Carta de 1886 precisó que el juzgamiento de los altos funcionarios de la Nación se lleve a cabo por la Corte Suprema de Justicia, pero luego de cumplidos los trámites de su acusación por la Cámara de Representantes y de la declaración del Senado de haber lugar a seguimiento de causa.

Refiriéndose Eugenio Florián ("Elementos de Derecho Procesal Penal") a ciertos presupuestos particulares que rigen el proceso penal, los cuales denomina **condiciones de procedibilidad,** manifiesta lo siguiente:

"La denominación es adecuada a la naturaleza de tales requisitos, ya que en ciertos casos son los que hacen posible el ejercicio de la acción... En efecto, en el sistema de los códigos vigentes (penal y procesal), la querella, la instanza, etc., son considerados desde el punto de vista del derecho penal como condiciones de las que depende la punibilidad del delito (condiciones de punibilidad) ...y desde el punto de vista del procedimiento penal como condiciones que determinan el ejercicio de la acción penal (condiciones de procedibilidad...)".

Y luego de examinar lo concerniente a la **querella** (o petición de quien está facultado legalmente para presentarla), a la **instanza** (o acto por el cual la persona ofendida pide que se adelante el proceso para reprimir un delito cometido en el extranjero) y a la **richiesta** (o demanda de ciertas autoridades, sin la cual la acción penal, en determinados delitos, no puede adelantarse), se ocupa de la **autorización,** de la cual expresa que "es el permiso que están llamadas a dar ciertas autoridades en algunos casos para el ejercicio de la acción penal".

El Código de Procedimiento Penal colombiano, cabe anotar, en sus artículos 9º (querella), 18 y 19 (autorización), y el Código Penal de la República en los ordinales 1º y 3º del artículo 7º (demanda del Procurador General de la Nación) señalan condiciones de procedibilidad a las cuales Florián se refiere en la obra citada.

También la Carta establece condiciones de procedibilidad en el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, consistentes en que, como se dejó dicho, la Corte Suprema de Justicia sólo

puede conocer de los procesos por delitos comunes o por delitos oficiales de que se les sindique, si ha precedido acusación de la Cámara de Representantes ante el Senado y declaración de esta última Corporación legislativa de haber lugar a seguimiento de causa, a saber:

"Artículo 96.—Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra los funcionarios de que trata el artículo 102 inciso 4 (hoy atribución 5ª de la codificación)".

"Artículo 97.—En los juicios que se sigan ante el Senado se observarán estas reglas:

".....

"2ª—Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena;

"3ª—Si la acusación se refiere a **delitos comunes,** el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema".

.....

Distingue la última disposición transcrita entre delitos cometidos en ejercicio de funciones y delitos comunes, para indicar diferentes trámites ante el Senado según que se trate de unos u otros.

Y ninguna dificultad ofrece estimar que son delitos comunes aquellos que no son cometidos en ejercicio de funciones públicas, esto es, las violaciones punibles que, según las palabras del doctor Samper, "se cometan contra el común de los individuos o contra el orden social, sin que la ejecución atente a los derechos del Estado o dependa del ejercicio mismo de las funciones públicas"; o como anota Wesley De Benedetti ("Enciclopedia Jurídica Omeba", Tomo VI, págs. 256 y 257), "...los que pueden ser cometidos por cualquier persona..." y "...en que el hecho delictuoso no está específicamente determinado por la calidad o posición del agente", como ocurre en el Prevaricato, el Abuso de Autoridad, etc.

Ahora bien:

Respecto de los delitos comunes, solamente en tratándose de los altos funcionarios del Estado cuya acusación intente la Cámara de Representantes es pertinente el procedimiento previo a su juzgamiento señalado en la regla 3ª del artículo 97 de la Carta, lo cual se explica en la necesidad de defensa de esos supremos intereses de la estabilidad de las instituciones y de la dignidad de la Nación, que pueden resultar injustamente comprometidos ora ante una denuncia temeraria, ya frente a la posibilidad de que, por caso, un Inspector de Circulación y Tránsito ordene y obtenga la encarcelación preventiva de un Ministro del Despacho, o del Procurador General de la Nación, o de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, o de un Consejero de Estado, por un caso de lesiones personales debido a culpa en la conducción de su automóvil.

No ocurre lo mismo en relación con otros funcionarios del Estado, respecto de los cuales sólo la consideración del servicio público que desempeñan explica el fuero o competencia especial de su juzgamiento, para quienes lo indica la Constitución o la Ley únicamente en tratándose de delitos cometidos en el ejercicio del cargo, competencia especial que no está sometida al cumplimiento previo de las condiciones de procedibilidad de acusación por la Cámara de Representantes y declaración del Senado de haber lugar a seguimiento de causa. En esta situación se encuentran, por ejemplo, los funcionarios que mencionan las atribuciones 2ª y 3ª del artículo 151 de la Carta; el Registrador Nacional del Estado Civil, quien "es responsable ante la Sala de lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia por sus actos u omisiones en el ejercicio del cargo...", de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 89 de 1948; los Jueces Superiores y los Jueces de Circuito, quienes son juzgados en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito, "en las causas de responsabilidad que se les sigan", como lo prevé el ordinal 1º del artículo 44 del C. de P. P.

Pertinencia de las condiciones de procedibilidad señaladas en la Carta y competencia de la Sala Penal de la Corte, en el juzgamiento de los Consejeros de Estado, por delitos comunes.

En el año de 1866 previó el Constituyente, en el artículo 102 de la Carta, lo que pasa a transcribirse:

"Son atribuciones de la Cámara de Representantes:

".....

"4ª—Acusar ante el Senado, cuando hubiere

justa causa, al Presidente y al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, a los Consejeros de Estado, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema".

Habiendo sido suprimido el Consejo de Estado por el Acto Legislativo número 10 de 1905 (artículo 1º), era lógico que la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa reunida en el año de 1910 prescindiera de mencionar a los Consejeros de Estado entre los altos funcionarios cuya acusación corresponde a la Cámara de Representantes (artículo 20 del Acto Legislativo número 3 de 1910).

Restablecido el Consejo de Estado en 1914, en el Acto Legislativo que de ello se ocupó se dijo (artículo 5º), que "la ley determinará... las reglas relativas a su nombramiento, servicio y responsabilidad".

En desarrollo de este mandato del Constituyente, la Ley 56 de 1914 (artículo 1º) dispuso que "la Corte Suprema de Justicia, como Corte Plena, conocerá... de los negocios indicados en los ordinales 1º, 2º, 3º y 6º del art. 40 del Código Judicial...", disposición esta última que dice lo siguiente, en su ordinal 3º:

"La Corte Suprema conoce privativamente y en una sola instancia:

"3º—De las causas criminales por **delitos comunes** cometidos en cualquier época por individuos que al tiempo que deba decidirse del mérito del sumario tuvieren alguno de los empleos mencionados en los números que preceden...". En el numeral 2º de dicho artículo **se habla de los Consejeros de Estado**, además de otros altos funcionarios de la República.

"Para que la Corte conozca en los casos mencionados en los tres números anteriores, **es preciso que haya precedido acusación de la Cámara de Representantes;** que la acusación haya sido públicamente admitida, y que el Senado ponga al acusado a disposición de la misma Corte". (Se subraya).

Comentando la disposición transcrita expresa el doctor Aníbal Cardoso Gaitán (pág. 190 de su obra sobre "Responsabilidad y Juzgamiento de los altos funcionarios") que "ella no da, en manera alguna, atribución a la Cámara de Representantes para acusar a los Consejeros; la jurisdicción no se adquiere sino por disposición expresa del legislador, y así, una referencia lejana como ésta, a la competnecia del Senado, no puede darle atribución de fallar...", si bien antes manifiesta que este artículo "evidencia la facultad de la Corte Suprema para conocer en los juicios contra los Consejeros de Estado y otros altos funcionarios, previa intervención de las Cámaras del Congreso".

Y debe estarse por la última opinión del doctor Cardoso Gaitán, pues nada más expreso (sin que tenga nada de lejano) que esa referencia a la intervención de la Cámara de Representantes para acusar, por delitos comunes, a los Consejeros de Estado y a la intervención del Senado para poner al procesado a disposición de la Corte, hecha en el citado artículo 40 del Código Judicial.

Así las cosas, en el año de 1923 el Congreso debió ocuparse del juzgamiento de un Consejero de Estado. Y no obstante los argumentos presentados para considerar a estos funcionarios excluídos del fuero señalado en la Constitución Nacional, el Senado de la República, en resolución de 21 de noviembre del citado año (Anales del Senado números 104 y 105), declaró que esa Corporación legislativa "tiene jurisdicción para conocer de las acusaciones de la Honorable Cámara de Representantes contra los Consejeros de Estado", apoyándose en los siguientes argumentos:

"Que según el informe de la Comisión de Justicia, hay un vacío constitucional en cuanto al procedimiento para juzgar a los Consejeros de Estado, debido a que el artículo 20 del Acto Legislativo número 3 de 1910 suprimió entre las facultades de la Cámara de Representantes la de acusar a dichos funcionarios, por estar suprimido entonces el Consejo de Estado;

"Que el artículo 62 de la Constitución dejó al legislador la facultad de fijar los casos de responsabilidad de los funcionarios y la manera de hacerla efectiva;

"Que este artículo no modificó el fuero especial que por razón de su alta categoría dio la Constitución en su artículo 102 a ciertos funcionarios, entre ellos a los Consejeros de Estado;

"Que tal fuero, en cuanto constituye una garantía constitucional para tales empleados, no pudo quedar derogado por el referido acto legislativo número 3;

"Que el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 dispone que cuando no haya ley exactamente al al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho;

"Que el ordinal 4º del artículo 102 de la Constitución no sólo regula una materia semejante,

sino que debe considerarse subsistente en cuanto al fuero especial concedido por el mismo estatuto de manera expresa a favor de los consejeros de Estado".

Luego de este importante precedente, los Códigos Judicial, de Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo precisaron para el juzgamiento de los Consejeros de Estado la intervención previa del Congreso, aún en el caso de delitos comunes, a saber:

Artículo 20 del C. J.—"...son atribuciones del Senado en el ramo judicial:

".....

"4ª — Ejercer las atribuciones asignadas a los funcionarios de instrucción hasta declarar si hay lugar a proceder por **delitos comunes** contra los referidos funcionarios y pasar la causa a la Corte Suprema, si se decreta el enjuiciamiento". (Se subraya).

Es lógico que el Senado sólo puede ejercer esta atribución si la Cámara de Representantes presenta la acusación del alto funcionario (artículo 96 de la Carta). En consecuencia, la facultad de esta última Corporación legislativa para acusar a los Consejeros de Estado surge como una necesidad de la función que debe realizar el Senado de la República. De otra parte, el ordinal 4º del artículo 20 del Código Judicial hace alusión a los altos funcionarios del Estado que en el ordinal 2º de la misma disposición se citan, entre los cuales están los citados Consejeros de Estado.

Artículo 42 del C. de P. P.—"La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de los asuntos siguientes:

"5º—De las causas..." (esto es, de los procesos, sin distinguir entre delitos comunes o delitos oficiales)... "que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los **Consejeros de Estado, en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional**". (Se subraya).

Artículo 46 del C. Contencioso Administrativo. "**Los Consejeros de Estado** serán juzgados de la manera prevista en los artículos 20 y 29 del Código Judicial, y concordantes de estos textos". (Se subraya).

Por último, el artículo 579 del C. de P. P. dispone que "el juzgamiento de los funcionarios públicos que, de acuerdo con la constitución nacional, son justiciables por el Senado, se hará siempre mediante acusación de la Cámara de Representantes, que en tal caso actúa como fiscal".

Ahora bien:

a)—¿Puede aceptarse que esa intervención del Congreso, previa al juzgamiento por la Corte de los altos funcionarios del Estado respecto de delitos comunes, solamente es pertinente en relación con el Presidente de la República y el Encargado del Poder Ejecutivo, por razón de lo que señala el artículo 131 de la Carta?

Debe estimarse que ello no es así, si se considera:

El artículo citado dice que "el Presidente de la República durante el período para que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados **por delitos**..." (no se distingue entre delitos oficiales y comunes)..., "sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa".

Si bien esta norma existió en la Constitución Nacional de 1843 (artículo 106), la Carta de 1886 no la reprodujo, lo que sólo vino a hacerse por el Acto Legislativo número 3 de 1910 (artículo 31), con la clara finalidad de hacer retroactivo el fuero, por toda clase de delitos, respecto del Presidente de la República y del Encargado del Poder Ejecutivo, habida consideración a que la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa reunida dicho año... estableció la responsabilidad ilimitada del Jefe del Estado (artículo 29), que antes, en la Constitución de 1886, estaba restringida (artículo 130), a los siguientes casos:

"1º—Por actos de violencia o coacción en elecciones;

"2º—Por actos que impidan la reunión constitucional de las Cámaras Legislativas, o estorben a éstas o a las demás corporaciones o autoridades públicas que establece esta Constitución, el ejercicio de sus funciones, y

"3º—Por delitos de alta traición".

Se comprendió, entonces, que el Presidente de la República o el Encargado del Poder Ejecutivo bien podrían, al establecerse su responsabilidad ilimitada, ser sindicados de delitos comunes u oficiales cometidos antes de ser elegidos, aquel, Presidente de la República, o de encargarse del mando el Encargado del Poder Ejecutivo, delitos que, precisamente por no haber sido consumados durante el ejercicio de esa elevada Magistratura no quedaban sujetos al fuero previsto en la Constitución (pues el fuero y el procedimiento se determinan en el momento mismo de la consuma-

ción del delito), respecto de los cuales, entonces, podían ser perseguidos y juzgados sin la intervención del Congreso y por los jueces ordinarios, con perjuicio de la estabilidad de las instituciones y de la misma dignidad de la Nación.

Fué, por tanto, necesaria una norma como la contenida en ese artículo 31 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (actual artículo 131 de la Carta), para hacer retroactivo el fuero constitucional en el juzgamiento del Jefe del Estado, siendo éste el único alcance de la disposición comentada.

Deducir del mencionado artículo 131 de la Constitución Nacional la exclusión del fuero, por delitos comunes, previsto en la misma Carta respecto de los demás altos funcionarios del Estado, sería aceptar una actitud contradictoria del Constituyente de 1910, que mantuvo la intervención del Congreso en el juzgamiento, por tales violaciones punibles, de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Consejeros de Estado.

b)—¿Puede admitirse que están derogadas, respecto de los Consejeros de Estado, las leyes que se dictaron con fundamento en la facultad que al legislador señaló el artículo 5º del Acto Legislativo de 1914, ya transcritas, conforme a las cuales en el juzgamiento, por delitos, de los Consejeros de Estado, debe intervenir la Cámara de Representantes para acusarlos ante el Senado, y esta última Corporación legislativa para declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa?

Ciertamente, el artículo g) del Acto Legislativo número 1 de 1945 dice que "quedan derogados los artículos... 136... de la Constitución, y sustituídos o reformados los que sean contrarios al presente Acto Legislativo". Y el artículo 136, citado, es el mismo artículo 5º del Acto Legislativo de 1914.

Pero la derogatoria de las facultades señaladas al legislador y que éste ejercitó al proferir el artículo 1º de la Ley 56 de 1914, el 20 del Código Judicial, el 42 (ordinal 5º) del Código de Procedimiento Penal y el 46 del Código Contencioso Administrativo, solamente cabe entenderse que, para el futuro, el legislador carecía de esas atribuciones, no pudiendo, en consecuencia, indicar nuevas formas de juzgamiento de los Consejeros de Estado.

Esa disposición facultativa (artículo 136 de la Carta) era, para el año de 1945, innecesaria, pues las atribuciones allí señaladas ya habían cumplido su objeto.

¿O es que podría aceptarse que el Constituyente de 1945 se propuso que los Consejeros de Estado, cuya categoría es igual a la de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, fuesen juzgados, aún en el caso de delitos de responsabilidad, por funcionarios de inferior categoría?

¿Puede, acaso, considerarse que en la reforma constitucional de 1945 se estimó necesario que los Consejeros de Estado fuesen juzgados por los Jueces Superiores, aun en el evento de delitos oficiales, y, en cambio, los Jueces Penales de Circuito y los Jueces Superiores, respecto de violaciones punibles cometidas en ejercicio del cargo, lo fuesen por el Tribunal Superior de Distrito y por la Corte Suprema de Justicia?

Esta Sala, en autos de 14 de octubre de 1946 (G. J. Tomo LXI, pág. 512) y de 14 de noviembre de 1950 (G. J. Tomo LXVIII, pág. 610), dijo que "la Corte tiene competencia para juzgar a los Magistrados de lo Contencioso Administrativo (artículos 151 de la Constitución Nacional; 42, ordinal 6º, del C. de P. P., y 45 de la Ley 167 de 1941). El precepto que les dio a esos Magistrados la misma categoría que a los Tribunales Superiores, encierra la jurisdicción y competencia necesarias para juzgarlos por responsabilidad, de acuerdo con dicha categoría". ¿Sería, entonces, aceptable que los Consejeros de Estado, en cambio, fuesen juzgados por los Jueces Superiores, respecto de delitos oficiales?

En auto de 12 de agosto de 1946 (G. J. Tomo LXI, pág. 168), expresó esta Sala que "si de conformidad con el artículo 142 de la Constitución Nacional los fiscales de los Tribunales Superiores deben llenar las mismas condiciones que los Magistrados de los Tribunales para ser nombrados, se sigue que tienen la misma categoría y que, correspondiendo a la Corte el juzgamiento de estos, también le corresponde la de aquellos. En consecuencia, los Fiscales de los Tribunales Superiores no pueden ser juzgados por un juez superior, que no tiene la categoría de aquellos".

No se puede, entonces, estimar como contrarias a la letra y al espíritu de la Constitución las disposiciones legales que señalan la intervención del Congreso y de la Corte Suprema de Justicia en el procesamiento de los Consejeros de Estado, pues, antes bien, se acomodan a la misma razón y a los mismos fines que explican la existencia de ese fuero respecto de los demás altos funcionarios de la Nación. En cambio, esa discordancia con el espíritu de la Carta es indiscutible, si se acepta que el artículo g) del Acto Legislativo nú-

mero 1 de 1945, al derogar las facultades que señaló al legislador implícitamente derogó lo que hizo en razón de esas atribuciones.

La derogación de la facultad por la cual se obra no implica (salvo que lo diga expresamente el Constituyente o el Legislador) la revocatoria de lo cumplido en razón de esa facultad. Así, encontramos que los contratos, empréstitos o enajenaciones de bienes nacionales que el Gobierno haga en virtud de la facultad que el Congreso le otorgue, de acuerdo con el ordinal 11 del artículo 76 de la Carta, no quedan revocados por el hecho de que se derogue la autorización. Ni tampoco pueden entenderse derogados los decretos leyes que el Presidente de la República profiera, al ser revestido de las facultades pro témpore a que alude el ordinal 12 del mismo artículo, sólo porque el término de su ejercicio feneció, o porque el Congreso disponga derogar esa autorización. En cambio, pero por mandato expreso del Constituyente, los decretos legislativos que el Presidente de la República dicte de acuerdo con las atribuciones que le señala el artículo 121 de la Carta, "dejarán de regir..." una vez restablecido el orden público.

Pues bien:

Las anteriores consideraciones y las que la Sala hace en la providencia en que salvo el voto, permiten concluír que la Sala Penal de la Corte es la competente para conocer del proceso que se sigue al Consejero de Estado, doctor Andrés Augusto Fernández.

Pero como el conocimiento de dicho negocio por esta Corporación está condicionado a que, previamente, la Honorable Cámara de Representantes presente acusación ante el Senado de la República y este último declare que hay lugar a seguimiento de causa, es evidente la necesidad de esa intervención del Congreso para que el juzgamiento pueda adelantarse.

La inhibición de la Honorable Cámara de Representantes para presentar, en el presente asunto, acusación ante el Honorable Senado de la República, lleva al absurdo de que no habría juez competente para ocuparse de este proceso. Y la ausencia de esa condición de procedibilidad mal puede otorgar facultades de juzgamiento, dentro de la justicia ordinaria, a un juez que la ley no ha señalado para hacerlo.

De consiguiente, el proceso debe ser enviado a la Honorable Cámara de Representantes para que, dentro de un nuevo examen de la situación jurídica planteada, disponga llevar a cabo, si lo tiene a bien por existir justa causa, la acusación del Consejero de Estado, doctor Andrés Augusto Fernández, ante el Senado de la República, por el delito de que se le sindica.

Bogotá, febrero 2 de 1961.

Humberto Barrera Domínguez.

SE CONFIRMA LA PROVIDENCIA POR LA CUAL UN TRIBUNAL SUPERIOR SE NIEGA A ACEPTAR EL IMPEDIMENTO PROPUESTO POR UN CONJUEZ

Si habiendo fracasado el incidente de recusación contra un funcionario, el interesado lo incita a que se declare impedido con fundamento en el pretexto que motivó la infundada recusación, el impedimento propuesto en estos términos no es aceptable. Pues con este sistema el funcionario, aunque de buena fe, le haría el juego al recusante en su propósito de lograr, por cualquier medio y aún sin motivo legal, su propósito de buscar juez a su acomodo, con mengua de la administración de justicia y funesto resultado para la autoridad moral de los encargados de juzgar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL. — Bogotá, febrero tres de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

Vistos:

Mediante providencia de 29 de agosto de 1960, esta Sala de la Corte decidió sobre la recusación de que fue objeto el Conjuez del Tribunal Superior de Cartagena, doctor Aníbal Pérez Sotomayor, por parte del doctor Antonio Hermes Luján, apoderado de Humberto Martínez Orozco en un proceso en el cual se le sindicaba de homicidio.

Las razones alegadas por el apoderado del procesado, no fueron aceptadas por el Conjuez Pérez Sotomayor, quien no se declaró impedido para conocer del negocio del sumario levantado contra Martínez Orozco, a la vez que procedió a poner en conocimiento del asunto al doctor Rodrigo Caballero González, también sorteado Conjuez en el mismo proceso, para que éste decidiera sobre su legalidad.

El Conjuez Caballero González tampoco encontró circunstancias que motivaran suficientemente la recusación hecha por aquél, y, por tanto, decidió que siguiera en sus "funciones de ponente".

Conocedor de la anterior providencia, el doctor Luján, interpuso contra ella el recurso de apelación, que le fue concedido por el Conjuez Caballero González, aduciendo para ello razones que se dejaron ampliamente estudiadas en la ya mencionada providencia de la Corte. En dicha oportunidad esta Corporación, por no ser legal este recurso, en incidentes de tal clase, dispuso lo siguiente:

"...devolver al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena las anteriores diligencias, porque carece de atribución legal para decidir respecto a ellas por recurso de apelación".

Vuelto el negocio al Tribunal y en cumplimiento de lo anterior, fue puesto a disposición nuevamente del Conjuez Pérez Sotomayor, para su conocimiento, quien a fls. 90 del cuaderno 2º y con fecha 22 de octubre de 1960, se declaró, esta vez, impedido, alegando lo siguiente:

"Como con posterioridad a las actuaciones del suscrito en este proceso, el señor doctor Antonio Hermes Luján ha estado insistiendo en que me declare impedido y lo que es más, intentó una recusación en otro negocio del que conoce como ponente el H. Magistrado doctor Martín J. Esquivel, decidí entonces aceptar la graciosa enemistad que me brinda, y, en consecuencia, me declaro impedido para conocer, y se ordena pasar el expediente al H. Conjuez doctor Rodrigo Caballero González para lo de rigor".

Así las cosas, el Tribunal Superior de Cartagena, en providencia de 12 de diciembre del pasa-

do año, se negó a aceptar el impedimento propuesto por el doctor Pérez Sotomayor, por considerar que "la causal que ha invocado no alcanza el grado de 'grave' que exige la regla 5ª del artículo 73 del C. de P. P.", y en consecuencia ordenó la remisión del proceso, de conformidad con el artículo 74 del estatuto procesal penal, a la Corte Suprema, para que éste decidiera lo pertinente.

Considera la Corte:

Con el sistema aquí seguido el funcionario —de buena fe sin duda— le haría juego al recusante, quien como ya fue declarado en otra oportunidad (fs. 83), no consiguió su pretensión de separar a aquél del conocimiento del negocio, llegándose con ello a idénticos resultados, con mengua de la administración de justicia, que sufriría, así, fuera de las demoras inherentes a tal procedimiento, como es el caso, a la grave resultante de que por cualquier medio y aún sin motivo legal, la parte interesada en buscar Juez a su acomodo, lograría su propósito, lo que es a todas luces inconveniente y a más de ello funesto para la autoridad moral de los encargados de juzgar.

El hecho real es que de seguirse este procedimiento, las partes recusarían, aún sin fundamentos legales, seguros de que esto mismo crearía una razón nueva para que el Juez o Magistrado se considerara obligado o al menos compelido a declarar un impedimento, tomando como pretexto la misma recusación que fue desechada, lo que no es admisible, sobre todo cuando en ninguna de las causales consagradas en el artículo 73 del C. de P. P., y menos en la de enemistad grave, cabe colocar el motivo de inhibición que se pretende.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por medio de la cual declaró infundado el impedimento manifestado por el Conjuez del mismo Tribunal, doctor Aníbal Pérez Sotomayor, para conocer del sumario adelantado contra Humberto Martínez Orozco por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

DE NULIDAD CONSTITUCIONAL Y OTROS VICIOS SE ACUSA UNA SENTENCIA CONDENATORIA DE HOMICIDIO, RECAIDA EN UN PROCESO TRAMITADO DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 0012 DE 1959

La impugnación que pretende que se invalide el fallo condenatorio, con fundamento en que el Decreto 0012 de 1959, bajo cuyas normas se tramitó y falló el proceso, priva al acusado, en concepto del recurrente, del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta e impone la aplicación del 215 de la misma, no prospera. Es notorio, sin duda, que tal Decreto limita y hace precario el derecho de defensa; pero siendo propio de la ley, no de la Constitución, determinar "la plenitud de las formas propias de cada juicio", la Corte excedería su potestad juzgadora si en fallo de casación fuera a ejercer una función que sólo le compete en los términos y condiciones señalados en el artículo 214 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

Por providencia de 25 de enero del año próximo pasado, el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga, dispuso "SOBRESEER TEMPORALMENTE, en favor de los procesados Pablo Díaz y Pablo Emilio Díaz Roa, de condiciones civiles y personales conocidas en sus diligencias de indagatoria, por el delito de homicidio, y ordenó reabrir la investigación para el perfeccionamiento de la sumaria. Por tratarse de un proceso sometido a las normas especiales del decreto legislativo 0012 de 1959, la resolución del señor juez del conocimiento subió en consulta ante el Tribunal Superior del nombrado distrito, y éste, en Sala de Decisión, por fallo de 11 de marzo de 1960, revocó el sobreseimiento para en su lugar condenar a los procesados, como responsables del delito de homicidio, calificado de asesinato a la pena principal de 16 años de presidio, aparte de las accesorias correspondientes.

Contra esta sentencia recurrieron en casación los dos acusados, recurso que ha sufrido el trámite que le es propio y sobre el cual procede a decidir la Corte a fondo, pero sólo en lo que respecta a Pablo Emilio Díaz Roa, representado por el doctor Manuel Cortés Martínez, quien en oportunidad formuló la demanda de casación, y no en cuanto al acusado Pablo Díaz, cuyo apoderado presentó el escrito de demanda fuera del término legal, según constancia visible a folios 66 y vuelto del cuaderno número 2.

Hechos:

El grave homicidio, cuya comisión se atribuye a los procesados, tuvo su cumplimiento en las circunstancias que resume en su vista el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, así:

"Mientras los encargados de la recolección del café de la finca denominada 'La Siberia', situada en jurisdicción de la Inspección Departamental de Policía de Miravalles, municipio de La Victoria, Departamento del Valle, el 17 de octubre de 1959 almorzaban en el propio lugar de sus ocupaciones, el señor Enrique Piedrahita Flórez, sub-mayordomo de la finca, quien se hallaba por los mismos contornos, fue atacado por dos sujetos, uno de los cuales, a tiempo que él se agachaba para recoger unos costales, le disparó con

un revólver hiriéndolo gravemente. (Fl. 3, cuaderno 1º correspondiente a la denuncia formulada por el lesionado).

"Ocurrido el expresado ataque, la víctima fue llevada por sus compañeros de trabajo a la ciudad de Cartago e internado allí, en la clínica de los Seguros Sociales, donde a pesar de las debidas atenciones médicas que recibió, falleció en las horas de la mañana del siguiente día.

"La investigación la inició el señor Inspector Departamental de Policía de Miravalles y la adelantó en forma tal que al ser remitido el expediente a las autoridades judiciales correspondientes, el Juzgado Primero Superior de Buga, al cual correspondió el reparto, de acuerdo con el Decreto Legislativo número 0012 de 1959, la declaró cerrada. (Fl. 8, cuaderno 1º)".

Demanda de casación

Como ya se expresó, la Sala sólo ameritará la presentada por el doctor Manuel Cortés Martínez, quien apodera al acusado Pablo Emilio Díaz Roa, pues en lo que toca al otro recurrente procede en este fallo declarar desierto el recurso, como lo dispone el artículo 565 del C. de P. P.

Cuatro son las causales de casación invocadas por el demandante, a saber:

a)—Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación de la misma; (corresponde a la causal 1ª de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P.);

b)—La 2ª en el mismo orden de la disposición, y que el señor apoderado hace consistir "en que el Juzgador ha interpretado erróneamente los hechos en la sentencia atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen";

c)—La causal 5ª, porque "la sentencia del Tribunal de Buga, no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que considera probados", y

d)—Nulidad, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que el acusado "fue condenado sin haber sido ni oído, ni vencido en juicio". Corresponde esta causal a la 4ª en el orden de la disposición procedimental antes citada.

Como lo observa el señor Procurador Delegado el orden de las causales adoptado por el recurrente no tiene necesariamente que ser adoptado para la decisión, y por razones de técnica procesal en el recurso de casación, así como por las consecuencias que se derivarían de aceptar la causal cuarta, se hace preciso examinar ésta en primer término.

Causal cuarta. — Aunque el señor apoderado hace cita en su demanda del artículo 22 de la Carta para referirse a las garantías procesales que inspiran el régimen institucional colombiano, la disposición a que de cierto hace relación es a la del artículo 26, que consagra los principios fundamentales sobre la legalidad del delito y del juicio.

El motivo de impugnación por este aspecto del proceso lo hace depender el demandante del régimen de excepción en el trámite y juzgamiento del hecho, pues el Decreto Legislativo 0012 de 1959 aplicado al caso es, en opinión suya, inconstitucional porque desconoce las formas propias del juicio y priva del derecho de defensa al acusado. Anota, además, que en este proceso mal podía su poderdante "defenderse de una sentencia que se le pronuncia, cuando sólo esperaba que ese sobreseimiento fuera sometido a la simple consulta del Tribunal".

El conflicto entre la Constitución y la Ley a que alude el recurrente quiere que le sea resuelto por la Corte con la aplicación del artículo 215 de la Carta, y acepte así que el fallo se produjo en un proceso viciado de nulidad por violación de las garantías consignadas en el artículo 26 ibidem.

Es notorio que el decreto 0012 de 1959, que rige únicamente para los Departamentos donde subsiste el estado de sitio, limita y hace precario el derecho de defensa, pero siendo propio de la ley, no de la Constitución, determinar "la plenitud de las formas propias de cada juicio", la Corte excedería su potestad juzgadora si en fallo de casación fuera a ejercer una función que sólo le compete en los términos y condiciones señalados por el artículo 214 de la Constitución.

Es atinente la respuesta que sobre este motivo de impugnación da a la demanda el señor Procurador Delegado:

"A no dudarlo, la disposición contenida en el artículo 7º del decreto 0012 a que se refiere el demandante, coloca al procesado sobreseído temporalmente en una situación mucho más desventajosa que la que le corresponde afrontar al procesado que ha sido condenado en primera instancia, pues al paso que dicho sobreseimiento es susceptible de revocatoria al ser consultado con el Superior, pudiendo ser reemplazado de plano por una sentencia condenatoria según las previsiones del parágrafo del mencionado artículo, contra la

condena de primera instancia en cambio sí es procedente la apelación, la cual da lugar a la apertura de un período de prueba y a su sustentación mediante la presentación del consiguiente alegato.

"Mas sin embargo de ser evidente esta desigualdad que emerge de los mandatos del legislador de emergencia, es lo cierto también que las normas en cita, son de ineludible aplicación mientras no sea declarado inconstitucional dicho estatuto. Y si ello es así, forzoso es concluír que la alegación hecha por el demandante no es pertinente, por cuyo motivo consideramos que la causal cuarta alegada no puede prosperar y debe ser desechada por la H. Corte".

Lo dicho es suficiente para desechar el recurso fundado en la causal cuarta de casación.

Causal segunda. — "Hago consistir esta causal —dice el señor apoderado— en que el juzgador ha interpretado erróneamente los hechos en la sentencia atribuyéndoles un valor exclusivamente o mejor de modo exclusivo, en las afirmaciones del herido señor Piedrahita Flórez, dado por sentado que hubo un reconocimiento perfecto y completo por parte de éste en la diligencia practicada en el Hospital (sic) del Seguro Social en la ciudad de Buga, y anteriormente en llamada 'declaración instructiva' del mismo Flórez".

Todo lo que se alega para fundar la causal segunda, como puede leerse de folios 30 a 34 del mismo cuaderno segundo, se concreta a la tacha de la prueba de reconocimiento de los sindicados, diligencia que tuvo lugar en la Clínica del Seguro Social en la ciudad de Cartago, no en Buga como se afirma en la demanda.

Es innegable que ese reconocimiento de que da cuenta el oficio visible a folios 4 del cuaderno principal, suscrito por el Inspector de Policía y Tránsito del municipio de La Victoria (Valle), no constituye prueba que pueda legalmente ameritarse, dado que no se practicó en la forma prevenida en el artículo 371 del C. de P. P.

Resulta claro que el funcionario de Policía puso a los procesados en presencia del ofendido y que éste los reconoció como sus agresores, pero si de ese ilegal reconocimiento dependiera la condenación, es obvio que la sentencia habría que invalidarla, con base en la causal segunda. Mas ocurre que no es en esa irregular prueba en la que descansa el fallo del Tribunal, sino en otros elementos de convicción no afectos de tacha alguna.

Como en otro punto de la demanda, al invocar la causal primera, el recurrente endereza su crítica a la mayoría de los elementos probatorios que obran en los autos para tratar de demostrar el error de derecho en la sentencia, la Sala, dentro del estudio de la causal segunda, se referirá a esas pruebas, pues si se entiende que la alegación del error en la aplicación de la ley, es subsidiaria y consecuencial al error de hecho, preciso es examinar los elementos de juicio tenidos en cuenta por la instancia para proferir el fallo condenatorio.

No es verdad que en este juicio el Tribunal haya tenido únicamente en cuenta el irregular reconocimiento a que antes se hizo mérito. Varios son los testimonios que obran en el proceso tendientes a demostrar de modo fehaciente que los incriminados eran sujetos conocidos en la región, que días antes estuvieron trabajando, por breve término, en la finca de la cual era mayordomo el occiso, y a la fecha del homicidio eran asalariados de una hacienda vecina. Esos testigos no tenían un conocimiento exacto de los nombres de los acusados pero los identificaron como "Los Pablos" o "Los tripas", de tal manera que cuando la víctima del delito fue auxiliada y socorrida por varios de los trabajadores, pudo informar a éstos quiénes habían sido sus agresores.

Importa destacar en este aspecto de la prueba lo que consigna el fallo del Tribunal en uno de sus resultandos:

"Sobre la autoría y consiguiente responsabilidad de los procesados Pablo Emilio Díaz Roa y Pablo Díaz (a. Los Tripas), entrará la Sala en materia, para clarificar su situación jurídica, frente a las pruebas de cargo que obran en el expediente. Veamos:

"Luis Enrique Piedrahita, en su instructiva, rendida ante el Inspector de Policía de La Victoria, 17 octubre de 1959, afirmó: 'Resulta que como yo trabajo en la finca llamada 'La Siberia'..., hoy me encontraba como a eso de las 12 del día en uno de los cafetales... cuando en esa arrimaron dos sujetos y me dijeron que si había cogida de café y que si les daba trabajo y cuando me decían eso yo me agaché para recoger unos costales, uno de ellos me disparó con un revólver hiciéndome gravemente...'—'...yo los conozco de vista; al uno no le sé el nombre, y el otro se llama Mauro, cuyo apellido no sé'.—'...Mauro tiene una edad más o menos de treinta ños y el sujeto que lo acompañaba era más joven que él'.

"Piedrahita recientemente lesionado, al recibir

atenciones de algunas personas de la región en donde sucedieron los hechos, al preguntarle sobre sus heridores les expresó en forma categórica que los conocía de vista, y como por la filiación se cayera en cuenta que se trataba de 'Los Pablos', valga decir de Pablo Emilio Díaz Roa y Pablo Díaz, lés fue explicando a esos testigos que le escuchaban

"A Fidel Jaramillo Lotero, fls. 20 y 21, 'Fueron esos tipos que trabajaron conmigo la semana pasada o antepasada... se llama Pablo Díaz y el otro Pablo que trabajó con él y otro tipo que no sé quién será... Y al interrogarlo el testigo cuál de los tres le había disparado, le dijo: 'Ese Pablo el más viejo...'.

"Anastasio Vacares refiere: '...llegué a la casa; estaba acostado en la cama (Piedrahita), entré y le pregunté qué era lo que le había pasado, me contestó que los 'tripas' o los Pablos lo habían herido. Este testigo, como el anterior, afirma cómo conoció a los sindicados Díaz, como trabajadores por cortísimo tiempo en 'La Siberia', a órdenes de Piedrahita, trabajaron en compañía del exponente, pero no les notó actividades sospechosas.

"Jesús Lotero Marín afirma que oyó de labios de Piedrahita: 'Muchachos, me mataron, y le preguntamos nosotros quién fue y entonces nos dijo esos dos tipos qúe trabajaban aquí la semana pasada y nosotros le preguntamos cuál de ellos fue el que le disparó y entonces nos dijo: 'Pablo el más viejo', y le pregunté yo, Enrique, quiénes más andaban con esos Pablos y me dijo otro tipo forastero, ese tipo no lo conozco yo, y me dijo Enrique: 'Libardo, el que me disparó fue Pablo el más viejo...' y me repitió que Pablo el más viejo era el que le había hecho los disparos. Este declarante, además, hace una aclaración de vital importancia para la identificación pretendida por el occiso, de sus agresores. Efectivamente a fls. 24 explica: 'Señor Inspector, los tipos trabajaron en 'La Siberia' uno o dos días a órdenes de Enrique Piedrahita que era el patrón de corte; resulta señor Inspector que como todos los días a horas de las comidas se les mide el café a los trabajadores por latas, ese día que estaban trabajando los nombrados individuos, Enrique les midió el café y yo le dije a uno de ellos: PABLO, vos sí que cojés café y entonces me dijo: 'Yo acaso me llamo Pablo, YO ME LLAMO ES MAURO y entonces yo le dije: 'pa qué te ponés a bobiar si vos te llamás es Pablo, acordate que donde don Emilio Rodríguez te conocí yo y entonces volvió y me dijo: 'no, YO ME LLAMO ES MAURO'. La trascendencia de este testimonio no es solamente en lo relativo a aclarar qué razón tenía Piedrahita para aseverar que los Pablos, bien podían, al menos uno de ellos, el más viejo, el de unos cuarenta años de edad, hacerse llamar Mauro, cuando mejor le convenía. Y en el día o los dos días que trabajó a órdenes del occiso, según Lotero, se hizo figurar entre los trabajadores como Mauro, lo que no era óbice para que también le dijesen o le distinguiesen por Pablo, como a su compañero de menos edad. Sino que también, como ya se vio, se justifica que Piedrahita, de la mejor buena fe, al declarar afirmara que apenas conocía de vista a esos individuos, a los Pablos, porque al otro individuo que les acompañó en el asalto, no lo conocía con antelación.

"Rubén Solano, fls. 24 vto. a 26 vto., declara: Señor Inspector, a mí no me consta, yo no estaba ese día ahí, ya que ese día en las horas de la mañana me fui para Armenia... En épocas pasadas sí los conocí (a Pablo Emilio Díaz Roa y Pablo Díaz, 'Los Tripas') en 'La Siberia' hace más o menos cinco años que por apodo les decían 'tripas', los Pablos, y yo no sé cuál será el propio nombre de ellos'. Luego explica cómo fue el que solicitando trabajo a Enrique Piedrahita, lo hizo también para los Díaz. Que ellos habían sembrado en una sementera de plátano y que 'hasta por cierto trabajaron un día no más y nosotros los trabajadores no nos dimos cuenta por qué se fueron ese miércoles siete del presente, cuando salimos del trabajo. 'Los Tripas' ya se habían ido. Con este testimonio se clarifica aún más que los Díaz no fueron vistos por el occiso sino en forma demasiado fugaz. Y que la actitud de tales procesados fue bastante sospechosa en lo que se relaciona con su estada en la hacienda en donde trabajaba Piedrahita como patrón de corte, porque apenas se demoraron mientras se orientaban de lo que podía interesarles, y luego, con cualquier disculpa se marcharon sin que siquiera sus amigos o compañeros de labores se enteraran de ello.

"Jesús Blandón Flórez, fs. 28 vto. a 29 vto., después de dar pormenores de su concurrencia con otros trabajadores en la cogienda de café en 'La Siberia', explica cómo se enteró de haber afirmado Piedrahita ante diferentes personas de los que le atendían, que sus heridores habían sido 'Los Pablos o Tripas'. En ello lo corroboran entre otros Gerardo Antonio Vega, fs. 27 vto. a 28. Pero lo que más se debe tener en cuenta en relación

con lo declarado por este testigo, Vidal de Jesús Blandón Flórez, es lo que en forma espontánea le informó al funcionario instructor, cuando aseveró: 'Tengo para decirle al señor Inspector que el día que ellos (los Díaz) llegaron a trabajar a 'La Siberia', estuve conversando con Pablo el más viejo y me dijo que estaba recién salido de la cárcel de Versalles que por un revólver que le habían quitado la autoridad...'. Y se relieva esta circunstancia, porque precisamente uno de los Díaz, a fls. 11 vto., en su indagatoria, afirmó: 'Yo no sé señor, qué puedo saber yo de esas cosas y yo no cargo arma de fuego ni una navaja siquiera pues no tengo segundos pantaloncillos'.

"José Fernando Blandón Flórez, fs. 26 vto. a 27, después de manifestar que había dejado sus labores al oír disparos de arma de fuego, y al llegar hasta donde ya llevaban a Piedrahita herido... 'y yo le pregunté rápido que quién lo había herido y me dijo que los Pablos, que 'Los Tripas'. Luego hace constar que no había motivos para que ese crimen se consumara, pero que talvez sería porque 'ellos le desobedecieron en el corte siendo el patrón y por eso los liquidó, no fue más el motivo'. Ya esta declaración pone de manifiesto que los Díaz tuvieron como móvil para odiar a Piedrahita y de venganza, el haberlos retirado del trabajo, casi de inmediato, porque no le satisfizo su método de trabajar o sus hábitos.

"Jeremías Rodríguez Solano, fls. 30 a 31, corrobora lo afirmado por Rubén Solano, de haber sido éste quien les ayudó a obtener trabajo de Piedrahita en 'La Siberia', y afirma que fue verdad que apenas se demoraron allí de un día a otro. Luego el occiso, ciertamente, no tuvo mayores oportunidades para distinguir bien a esos individuos, y cerciorarse que tenían por costumbre hacerse distinguir con los nombres de Pablo, y uno de ellos como Mauro, siendo que por tal motivo se justifica que diera el nombre últimamente citado, y luego expresara para aclarar mejor la identidad de sus agresores, que eran dos Los Tripas, o lo que es lo mismo, los Pablos, de que hablaban todos los trabajadores de la hacienda.

"Libardo Echeverri Cardona, fls. 31 vto. a 32 vto., también suministra otra información muy significativa, que consiste en la hora en que los Díaz se marcharon de 'La Gloria' (fundo rural de propiedad de la señora madre del exponente, doña Ascensión); este testigo sostiene que desde las tres y media de la mañana más o menos, de la fecha en que el crimen se consumó, esos trabajadores emprendieron su viaje, se madrugaron, explica el deponente, porque desde el día anterior habían pedido su liquidación. Y sucede que los Días, en su indagatoria pretenden que su salida de 'La Gloria', la efectuaron ya entradas las horas de la mañana de la dicha fecha, 17 de octubre de 1959. Ello hace más sospechosa la actitud de los procesados.

"Y, Luis Felipe López Aristizábal, fls. 36 a 37, quien hacía la función de 'garitero', hace relato de la forma como se dio cuenta del estado de Piedrahita, quien exhibió lesiones después de haberse escuchado detonaciones de arma de fuego en los cafetales de 'La Siberia', a eso del medio día, cuando estaba recogiendo los trastos en que había repartido los alimentos a los peones, yendo en seguida hacia el herido, quien le habló diciéndole: 'Luis me hirieron' y yo le pregunté que si había conocido a los tipos y me dijo que sí, que habían sido los Pablos (a. Los Tripas), y me dijo que arregláramos para sacarlo ligero y así se hizo. No es más lo que sé'. Luego, respondiendo a preguntas del instructor explicó que se había enterado que esos individuos, los Díaz, obtuvieron trabajo de Piedrahita, en la cogienda de café, pero que habiéndoles llamado la atención éste porque no hacían la faena bien, pidieron que los liquidara, y por ello no estuvieron en 'La Siberia' sino un día, y luego se enteró que habían estado otros días en 'La Gloria'. Atendiendo a lo declarado por este testigo, no se remite a duda qué los procesados sí tuvieron motivos de resentimiento con el occiso, y tanto se contrariaron con él por las reprimendas que les hizo respecto a su impericia o desidia en la cogienda, que prefirieron pedir la liquidación. Y no volvieron a verse por allí, hasta cuando el mismo Piedrahita afirma que le salieron en los cafetales, y aprovechándose de su distracción para recoger unos costales, le dieron de balazos, luego de haberle manifestado que si les daba nuevamente trabajo. Y como no lo podían obtener, por los antecedentes ya dichos, procedieron a ejercer venganza".

Otros indicios, de los cuales también se ocupa ampliamente la sentencia, vienen a completar la prueba de cargo contra los acusados hasta hacerla suficiente, de acuerdo con el sistema legal-moral que establece el C. de P. P., para asentar el fallo condenatorio.

Con razón se expresa así, para refutar los fundamentos de la causal segunda, el señor Procurador Delegado:

"Una atenta lectura que se haga de los motivos

de hecho en que se apoya la sentencia condenatoria acusada, pone de manifiesto que el fallador, para llegar a la conclusión de que había mérito para condenar a los procesados de apellido Díaz, no solamente apreció justamente las pruebas contradichas por el demandante, asignándoles el valor que realmente tienen, sino que también tuvo en cuenta otras probanzas que acreditan igualmente la equidad de las penas impuestas".

"Finalmente, para considerar, como en efecto considera el suscrito, que la causal en estudio no debe prosperar, es el caso de recordar el criterio adoptado por la H. Corte en relación con la valoración que el juzgador de instancia haya hecho de la prueba consignada en los autos y, más precisamente, en relación con la calidad o naturaleza que debe ser propia del error de interpretación denunciado como cometido al proferirse la sentencia acusada, para concluír, en una u otra oportunidad, en que es o no viable la causal segunda invocada.

"Tenemos por entendido que al valorar el acervo probatorio, el Juez en lo penal debe recurrir al sistema del convencimiento legal-moral. Esto quiere decir que el sistema de la tarifa legal de pruebas, conforme al cual cada medio probatorio tiene asignado a priori un cierto y determinado valor, no se aplica en materia criminal de una manera tan estricta y rigurosa que impida al juzgador apelar a su íntima convicción, a lo que su conciencia le señale para decidir sobre la culpabilidad de quien haya sido incriminado por la comisión de un hecho. Y si esta armonización que entra en juego, constituye al fin y al cabo la pauta o regla que preside el juicio que se haga en torno a una conducta sometida a la decisión de la justicia penal, deberá también reconocerse que únicamente el error grave, el error manifiesto, la equivocación protuberante en que se incurra por el juzgador al apreciar las pruebas, justificará que prospere la causal segunda de casación.

"Y de ahí que la H. Corte reiteradamente haya preceptuado sobre la cuestión que nos ocupa, lo que en seguida se copia:

" 'Errar en la interpretación de los hechos, atribuírles el valor probatorio que no tienen o negarles el que sí tienen, son, en general, los motivos de la causal segunda. Y como estos errores afectarían el juzgamiento, que es labor de los jueces, para cumplir la cual tuvieron que apreciar los diversos elementos de juicio que obran en el proceso, es indispensable demostrar con mejores razones que la conclusión judicial es equivocada, bien porque son falsos los presupuestos que le sirvieron de base, o bien porque se les dio un entendimiento que en realidad no tenían. Y en casos de estimación de prueba, ha dicho la Corte refiriéndose a esta causal, su función se limita a aquellos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad. Porque de otro modo, se repite, y si se tratara tan sólo de oponer a un criterio otro distinto, y además interesado, el Juez estaría siempre expuesto a ser corregido si se atiende a que no todos razonan con la misma brillantez con palabras de mucha sonoridad, expresando sus ideas con la misma elegancia gramatical o con igual claridad, no pueden explicar sus tesis o los motivos de su convicción de igual manera. Y si el convencimiento debe ser razonado, ello no quiere decir que haya obligación de indicar de qué naturaleza deben ser las razones creadoras de esa certidumbre. Lo que interesa es que no se contraríen los principios filosóficos que presiden el discernimiento y que las consecuencias que se deduzcan de un determinado hecho o de un supuesto no rompan el sentido común o la lógica.

" 'Aplicadas estas teorías al caso en estudio, se tiene que el Tribunal sí tuvo medios adecuados para llegar a la certeza de la responsabilidad de Luis Enrique Galvis Ordóñez. (Véase G. J. Tomo LXXXI, págs. 845 y 846)' ".

Lo anteriormente expuesto lleva a la Sala, lógicamente, a la conclusión de que no puede prosperar la causal segunda de casación.

Causal primera.—Se invoca por el demandante este motivo de casación y hace consistir el error de derecho en la violación por el Tribunal del artículo 203 del C. de P. P., relacionándolo con el 207 ibidem y 597 del C. J. Pero, como ya lo expresó la Sala, toda la argumentación del recurrente se concreta al mérito dado por la instancia a las pruebas de cargo que obran en los autos, es decir, examina los mismos aspectos procesales aducidos para fundar la causal segunda.

No aceptada ésta por las razones ya expuestas, la causal primera pierde todo mérito, pues su aceptación, en la forma invocada, dependería de un error de derecho resultante de una mala o indebida apreciación de los elementos probatorios

por parte del fallador. De ahí por qué la Sala para desechar esta causal acoja la opinión del señor Procurador Delegado:

"Algunos otros conceptos que aparecen escritos por el demandante, podrían transcribirse. Sin embargo, no lo hace el suscrito, en gracia de la brevedad y porque además juzga que los ya copiados, claramente hacen ver que la causal primera de casación, se invoca como subsidiaria o consecuencial de la causal segunda, también propuesta. Y si no lo ha sido, entonces tendríamos que todas las argumentaciones hechas al alegar el primer motivo de impugnación del artículo 567 del C. de P. P., no vienen a cuento, por referirse únicamente al segundo motivo del citado texto.

"Ahora bien: si la causal segunda de casación, ya examinada, no puede prosperar y debe desecharse, a nuestro juicio, indudablemente que igual cosa debe suceder con la primera. Situación distinta se confrontaría si la segunda tuviera asidero, porque entonces el error cometido al apreciar la prueba, estaría envuelto o comprendido por el error de derecho previsto en la causal primera de casación".

Causal quinta.—Afirma el demandante que la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, causal de casación que es la prevista en el ordinal 5º del artículo 567 del C. de P. P.

La acusación, por este aspecto, no tiene en la demanda argumento alguno que merezca ser considerado por la Sala, pues el señor apoderado se limita a volver sobre sus conceptos acerca del mérito de la prueba tenida en cuenta para el fallo condenatorio, es decir, insiste en las mismas razones alegadas al invocar la causal segunda.

Una simple lectura del fallo proferido por el Tribunal demuestra que el proveído de instancia se ajusta a las exigencias procedimentales y que en él aparecen, en cada "resultando" claramente enunciados los hechos que la instancia estimó probados.

Conclusión:

No habiéndose demostrado por el recurrente ninguna de las causales de casación invocadas, tal recurso no puede prosperar, y así lo resolverá la Sala en este fallo, en un todo de acuerdo con el Ministerio Público.

En cuanto al recurso interpuesto por el otro acusado, Pablo Díaz, como la demanda fue presentada fuera de término, procede a declararlo desierto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—NO SE CASA la sentencia recurrida a que se ha hecho mérito, en relación con el acusado Pablo Emilio Díaz Roa;

2º—DECLARASE DESIERTO el recurso de casación en relación con el acusado Pablo Díaz, representado por el doctor Augusto Samper y Diago, y condénase en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gústavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — El Secretario, Pioquinto León.



CONCEPTUA LA SALA QUE NO ES EL CASO DE CAMBIAR LA RADICACION DE UN PROCESO POR DELITO DE HOMICIDIO

La medida excepcional del cambio de radicación de procesos penales, que autoriza el C. de P .P. en el artículo 58, ha de subordinarse a las conveniencias de una recta administración de justicia. Por esto ha sostenido la Corte, que al emitir sus conceptos sobre esta materia, se ha inspirado en el propósito de conseguir la intangibilidad del buen nombre del poder judicial a la vez que la remoción de cualquier motivo perturbador; y que no se requiere que los comprobantes de que habla la ley tengan el carácter de prueba plena y perfecta, sino que basta que a través de ellos se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL. — Bogotá, febrero seis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

Vistos:

Para el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia, con oficio de fecha 20 de diciembre del año pasado, ha remitido a la Corte la solicitud del doctor Enrique Romero Rincón, apoderado de la parte civil, tendiente a obtener el cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio en la persona de Miguel Jácome, se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo contra Antonio Barón Jaime.

En dicha solicitud se expresa:

"Soy apoderado de la parte civil en el proceso que en el Juzgado Primero Superior de este Distrito Judicial cursa contra el señor Antonio Barón Jaime por la muerte violenta del señor Miguel Jácome en hechos ocurridos en la población de Boavita.

"Mediante certificación que me permito acompañar, compruebo que los familiares del procesado han desarrollado toda suerte de actividades destinadas a obtener de antemano el favor de los Jurados sorteados en dicha causa, lo que motivó el inmediato cambio de los ciudadanos que integraban el Jurado de Conciencia.

"Como estas maquinaciones van contra la recta administración de justicia ya que atacan la soberanía del Jurado y su independencia, es que con fundamento en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, muy comedidamente solicito el cambio de radicación de dicho proceso al Distrito Judicial que señale el Gobierno.

"Como en el proceso se ha señalado la fecha del 13 de diciembre próximo para que tengan lugar las audiencias públicas, solicito atentamente, se me envíe certificación de que se está tramitando el cambio de radicación del negocio, con el objeto de impedir nuevas interferencias y maquinaciones ante los jurados".

El doctor Romero Rincón acompañó a su solicitud, únicamente una certificación expedida por el Fiscal del Juzgado en el que se adelanta el proceso, y cuyo contenido es del tenor siguiente:

"A petición del doctor Enrique Romero Rincón representante de la parte civil, en el sumario iniciado contra Antonio Barón Jaime por el delito de homicidio en la persona de Miguel Jácome, hechos sucedidos el primero de enero del presen-

te año, en la población de Boavita, y en mi carácter de Fiscal me permito

"CERTIFICAR:

"1º—Que por informes de la señora Alba Luz v. de Jácome, que insinuaban cierta presión de parte del padre del sindicado para con los jurados, solicité ante el señor Juez Municipal de esta localidad la recepción de las declaraciones de los ciudadanos Cenén Mejía y Pedro Rincón, que para los fines consiguientes puse a disposición del señor Juez Primero Superior.

'2º—Que una vez enterado el señor Juez, de las anteriores declaraciones, ordenó un nuevo sorteo de jurados, actuación corroborada por petición del señor apoderado del sindicado.

"3º—Que el nuevo sorteo se verificó y está señalado el día 13 de diciembre del presente año para verificar la audiencia pública".

Se considera:

La medida excepcional del cambio de radicación de procesos penales, que autoriza el Código de Procedimiento Penal, ha de subordinarse a las conveniencias de una recta administración de justicia. Por esto ha sostenido esta Corporación que "La Corte, al conceptuar sobre cambios de radicación, se ha inspirado en el alto propósito de conseguir simultáneamente dos objetivos: la intangibilidad del buen nombre del poder judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente"; que "no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales basa la Corte su concepto, tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que además, por naturaleza de las cosas resultarían en muchas ocasiones imposibles de probar", y que "basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso a otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados". (XLIV, 555).

Del contenido de la certificación expedida por el señor Fiscal del Juzgado, como se dijo, es el único documento acompañado a su petición de cambio de radicación hecha por el apoderado de la parte civil, claramente se deduce que el motivo alegado para lograr dicho cambio, o sea, "que los familiares del procesado han desarrollado toda suerte de actividades destinadas a obtener el favor de los jurados sorteados en dicha causa" fue removido al ordenar el Juez de la Causa, en vista de las declaraciones que aquel funcionario hizo recepcionar, el nuevo sorteo de jurados, no justificándose ya, por esta razón, adoptar la medida extraordinaria del cambio de radicación de este proceso. De acuerdo con dicha certificación, también se concluye que el cambio de radicación sería sin duda innecesario, por cuanto la audiencia pública, que es donde concluye la actuación de los jurados, se debió verificar el 13 de diciembre del año pasado, es decir, cuando las diligencias aún no habían sido enviadas a la Corte.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— conceptúa que no es el caso de cambiar de radicación el proceso que en el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo se adelanta a Antonio Barón Jaime, por el delito de homicidio en la persona de Miguel Jácome.

Cópiese, y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

INFRACCION DIRECTA DE LA NORMA "NON BIS IN IDEM" (ARTICULO 37 DEL C. P.) EN SENTENCIA RECAIDA EN UN PROCESO POR VIOLENCIA CARNAL

1.—Prevé el Código de Procedimiento Penal, entre las distintas causales de nulidad, la que consiste en incurrir en error relativo al nombre o apellido de la persona ofendida por el delito (artículo 198, numeral 8º). Pero no es esto lo que ocurre, porque el supuesto es diferente, cuando siendo conocida y mencionada la persona indistintamente con dos nombres, el Juez no la nombra en su providencia sino con uno de ellos; sobre todo cuando los otros medios de identificación concurren a descartar por completo la posibilidad de que la acción del delito hubiera recaído sobre diferente sujeto pasivo.

2. — No siempre resulta tarea sencilla y fácil desentrañar el verdadero valor de convicción que determinada prueba ofrece. En la generalidad de los casos la prueba en un proceso penal se encuentra diseminada en distintas formas, cuyo valor demostrativo para conducir a la certeza legal surge apenas del conjunto de todas las que la legislación procesal autoriza para tal efecto. Solamente en casos de muy restringida ocurrencia, la demostración de la responsabilidad del acusado surge mediante una sola y única categoría de prueba.

3.—La invalidación de la sentencia acusada con fundamento en la causal 2ª del artículo 567 del C. P. P., sólo es posible cuando se demuestre que el fallador de instancia incurrió en un abierto y ostensible error en la apreciación de la prueba. No sería procedente que en la revisión que conlleva el recurso de casación se desconociera la facultad discrecional que la ley otorga a los jueces, con riesgo de desvertebrar el principio en que se fundamenta la libre apreciación, atemperada por la tarifa legal, siempre que dentro de ésta se encuentren bases para hacer viable el criterio de la verdad legal-moral en que aquella se sustenta.

4. — Es principio de derecho probatorio que la confesión sólo puede ser individua cuando los hechos favorables que la constituyen tienen al menos verosimilitud.

5.—Le sobra razón al recurrente para invocar la causal primera de casación como motivo para que se invalide la sentencia por error de derecho, consistente en imponer al reo una pena que excede a la que legalmente le corresponde, desde luego que al individualizarla involucró circunstancias de mayor peligrosidad con los elementos tipos del delito, con violación del artículo 37 del Código Penal, que claramente dispone que solamente se pueden tener en cuenta aquellas cuando no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente Dr. Angel Martín Vásquez A.).

Vistos:

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 17 de marzo de 1960, por medio de la cual se con-

denó al procesado Ernesto Tavera Rosales a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, revocatoria de la del Juez Penal del Circuito de Garzón, que absolvió al sindicado de los cargos que se le imputan, interpuso el recurso de casación el defensor del mismo.

Concedido el recurso por el Tribunal y admitido posteriormente por la Corte, corresponde a ésta su decisión, ya que se han cumplido los trámites de rigor que son procedentes dentro de esta clase de recursos.

Hechos:

Al despacho del Corregidor Municipal de La Jagua, Municipio de Garzón, se presentó Betty Cuenca de Castro, con el objeto de formular denuncia criminal contra Ernesto Tavera Rosales, por el delito de abuso carnal en su persona y violación de domicilio.

Llegado el proceso al conocimiento del señor Alcalde Municipal de Garzón, después de apreciar las diferentes diligencias que instruyó el Corregidor Municipal de La Jagua, ordenó la detención preventiva del acusado Tavera Rosales, así como también el embargo y secuestro de los bienes de propiedad del sindicado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto extraordinario número 3.347 de 1950, el negocio pasó al conocimiento del Juez Penal del Circuito de Garzón, por ser de su competencia, quien al proferir la providencia calificadora, relata los hechos que motivaron el denuncio, de la siguiente manera:

".....Ernesto Tavera Rosales, a quien sindica (la ofendida) de haber llegado como a eso de las diez de la noche a la casa de la denunciante que estaba en ausencia de su marido entregada al sueño a llamarla por la ventana con el propósito de que le abriera la puerta de la habitación para penetrar en ella a satisfacer un deseo eróticosexual que lo impulsaba con vehemencia impostergable, ofreciendo dinero al efecto, ante los oídos sordos de la querellante que permaneció incólume en su lugar escuchando la inmoral propuesta de su antaño y lascivo conocido Tavera, que no conforme con sus promesas introdujo billetes por la rendija de la ventana y después abordó el patio de la casa abriéndose paso por un cerco de lata de guadua que la encierra, hasta llegar al lugar donde se encontraba acostada, no sin antes haber ejercido violencia contra la puerta de entrada a la alcoba. Una vez, en el cuarto y junto a la cama —continúa acusando la denunciante— procedió a ejecutar el coito sin que mediara su consentimiento, y salió por la puerta principal de la casa, llevándose consigo el dinero que había puesto en la ventana cuando trató de inducirla voluntariamente al acceso carnal, y, habiéndola coaccionado para que guardara el más absoluto silencio frente a los hechos ocurridos. Ante el fundado temor de que su denunciado nuevamente regresara —agrega— salió a la calle a llamar a su vecino Pedro Chavarro cuando en ese momento fue sorprendida con la presencia de Gregorio Naranjo, que acercándose a ella le manifestó que no callara lo sucedido con Tavera porque él había visto y oído que el acusado Tavera no la había forzado sino que ella espontáneamente se le había entregado prestando para ello su total asentimiento y, que ante esto, precipitadamente llamó al citado Chavarro, le contó lo sucedido a éste, a Edelmira Trujillo y a Ismael Polo, quienes escucharon sus posteriores llantos y, allí pernoctó".

Actuación procesal

El Juez Penal de Garzón después de analizar el extenso alegato dirigido por el apoderado del sindicado, doctor Alvaro López Reyes, llegó a la conclusión de que no había responsabilidad alguna por parte de Tavera, y por tanto resolvió absolverlo, por medio de providencia fechada el 19 de noviembre de 1959, que obra fls. 78 a 96 del primer cuaderno.

La denunciante, por medio del doctor Eduardo Ramírez Macías, se constituyó en parte civil, la que apeló ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a donde fue remitido el expediente una vez notificado el fallo de primera instancia y admitida la interposición del recurso.

El Tribunal Superior dio al referido negocio la tramitación legal de que trata el Decreto extraordinario Nº 0012 de 1959, en su artículo 19, y en providencia de 17 de marzo de 1960, revocó la sentencia absolutoria proferida por el Juez Penal del Circuito de Garzón en lo que respecta al procesado Tavera Rosales, alegando que "en estudio inteligente, el Tribunal encuentra que el análisis científico de las pruebas, estructura la comisión de dos delitos por parte de Tavera: la violación de domicilio y la violencia carnal".

Por los delitos anteriormente mencionados, el Tribunal condenó al procesado Ernesto Tavera

Rosales a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión.

Contra la sentencia anterior el defensor del procesado interpuso el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, la cual entra ahora a decidir sobre el negocio en mención.

El abogado defensor doctor Helí Rodríguez, en su extensa demanda de casación ante esta Corporación invoca para sustentar la misma, las causales segunda, cuarta y primera de que trata el artículo 567 del C. de P. P., que, resumidamente, expone de la siguiente manera:

Causal segunda.—Considera el demandante que esta causal debe prosperar puesto que la apreciación de los hechos ha merecido un valor probatorio que no tienen, dado que —según él— no se halla demostrada plenamente la existencia del cuerpo del delito. A este respecto sostiene lo siguiente:

"Es más, porque la parte civil, en su memorial que se ve a folio 6 del cuaderno respectivo, provocó otro dictamen del doctor Artunduaga que le fue también adverso, el de folio 49 del primer cuaderno, donde el legista señaló los tipos físicos de ofensor y ofendida afirmando que el que dio el otro médico legista "es impreciso en cuanto a los signos de violencia y ellos los limita a disquisiciones sobre el supuesto acto sexual". Palabras estas últimas que corroboran mi afirmación de la necesidad de establecer, por cualquiera de los medios que indican la medicina legal y la ley, la consumación de la cópula, por la introducción en la vagina del asta viril, puesto que de no, se ofrece otra infracción completamente distinta que aquella que se contiene en el enjuiciamiento".

"...Sentado, pues, que no se demostró la existencia del cuerpo del delito, en su elemento principal y caracterizante de la infracción, se deduce que el Tribunal, por error evidente de hecho, puesto que dio por establecido un hecho que no lo está, por aplicación indebida o infracción directa, violó disposiciones sustantivas del Código de Procedimiento Penal, como son el artículo 272, que pide que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito; el artículo 429, en cuanto exige que para dictar auto de proceder "aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito", auto que es la base de la sentencia y que, por ello, se tiene que analizar en la exigencia que hace, al dictar el fallo correspondiente; el artículo 268 que enseña que el dictamen del perito no es por sí plena prueba, que es la que solicitan los preceptos citados antes, sino que debe ser apreciado por los funcionarios, "quienes para acogerlo o rechazarlo, ya en todo, ya en parte, deben expresar clara y precisamente los hechos y las razones en que se fundan.

"...Como resultado de todo esto, el Tribunal violó el artículo sustantivo 224 del Código de Procedimiento Penal... La violación que acabo de anotar condujo a la aplicación indebida del artículo 316 del Código Penal, porque se tomó por violencia carnal algo que no se tipifica como tal".

Hace alrededor de la prueba amplias y eruditas disquisiciones para tratar de establecer que el proceso no contiene elemento de juicio suficiente para dictar sentencia condenatoria. A través del examen que del recurso hará la Sala se discriminarán los más importantes argumentos que sirven al recurrente para sustentar sus puntos de vista.

Causal cuarta. — Invoca esta causal el demandante y para tal efecto alega lo siguiente:

"En efecto, el denuncio fue presentado por Betty Cuenca de Castro y a través de todas las diligencias se le designa con este nombre y también con el de Denis Castro. Hay testigos que la señalan con el primero de esos nombres, otros con el segundo. El procesado la conoció con el de Denis Castro, como que así figuró en las listas de un bazar. De esta suerte se ignora todavía cuál es el nombre verdadero de la supuesta ofendida, que así queda oculta en su personalidad real.

"....Por consecuencia de todo lo anotado, se incurrió en la nulidad de que habla el numeral octavo del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, pues se incurrió en error acerca del nombre de la persona que se dijo ofendida".

Como última causal invoca la primera del artículo 567 del C. de P. P. En lo tocante a ésta, la demanda de casación sostiene entre otros argumentos, el siguiente:

"En cuanto al lugar, menos acertado anduvo el Tribunal, porque la casa de la víctima era precisamente el menos indicado para perpetrar una violencia carnal. Allí pesaba la amenaza de que el marido regresara en cualquier momento y la pretensa ofendida disponía de medios de precaución o de defensa. Hasta la circunstancia de que

ella estaba con sus niños impedía cualquier forcejeo y aún el acto consentido y normal. Bien dijo Tavera Rosales que no hizo "ningún escándalo pues en la habitación había dos o tres niños durmiendo". Confirmado esto por Gregorio Naranjo y Lisandro Calderón, que apenas oyeron una conversación corriente y que sonaba la cama. El propio hogar o habitación es el sitio menos propicio para un delito como el aquí imputado. Otra cosa es que se sorprenda a la víctima fuera de allí, en lugar despoblado.

"El modo de ejecución del delito, afirma el Tribunal, pero no dice cuál fue. Mera suposición. ¿Vio alguien cómo ejecutó Tavera la posesión de Betty? ¿Será acaso porque le hizo violencia física? Pero cualquiera cosa que fuera, la posesión, esas violencias, claro que se trata de integrantes del delito y no es legal tomarlo dos veces en cuenta, ya que todo mediano jurista sabe que tiene vigencia el aforismo aquel de **non bis in idem**".

Finalmente, concluye el defensor del acusado sosteniendo que:

"Del estudio que voy a terminar se desprende que el sentenciador, por error de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, porque a unas dio valor que no tienen y a otras les negó el que sí tienen, violó preceptos sustantivos del Código de Procedimiento Penal y, como consecuencia de todo eso, infringió los artículos que he citado del Código Penal".

Concepto del Procurador

Llegado el proceso a la Corte, y enviado por ésta a la Procuraduría para su concepto, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un análisis exhaustivo de las causales invocadas por el recurrente, para concluír que no se casa la sentencia en cuanto se refiere a la segunda y cuarta, por cuanto considera que las pruebas que comprometen al acusado tienen virtualidad bastante para llegar a las mismas conclusiones del Tribunal Superior. Sólo en lo referente a la causal primera hace observaciones tendientes a propiciar una modificación del fallo de instancia, pues considera que la forma como el Tribunal aplicó la ley penal contiene errores de apreciación sobre las circunstancias de mayor peligrosidad que influyeron en el cómputo de la penalidad y por lo tanto en este aspecto la sentencia es casable parcialmente.

Considera la Corte:

La demanda no otorga prevalencia a los motivos de impugnación que presenta y las aduce, para usar sus propios términos, en el orden ya antes enunciado, o sea, segunda, cuarta y primera. Pero como lo anota el señor Procurador, la circunstancia de no solicitar de modo expreso el orden en que invoca aquellas causales, indica que resulta más adecuado y conforme a la lógica y ceñido a la jurisprudencia y la técnica misma del recurso, atender a la importancia jurídica de cada una de las causales invocadas, lo mismo que los efectos que cada una de esas mismas causales puedan producir sobre el fallo acusado.

Dentro de este orden de ideas, la Sala iniciará el estudio de la demanda por la causal cuarta, como quiera que despeja la impugnación en lo tocante a si el proceso está o no afectado de nulidad, resulta más expedito el camino para analizar las otras causales y establecer hasta dónde ellas son viables para sustentar las pretensiones del recurrente.

Causal cuarta.—"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado sobre un juicio viciado de nulidad".

Como se ve, la demanda se refiere concretamente al numeral 8º del artículo 198 del Código Procesal Penal, en lo que respecta a error en "el nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido".

En efecto, dice así la demanda en lo pertinente, después de sostener que la ofendida presentó denuncio con el nombre de Betty Cuenca de Castro, con el que la señalan algunos testigos, pero que el sindicado la conoció con el de Denis Castro. Respecto a lo dicho, el demandante agrega:

"...Se ignora todavía cuál es el nombre verdadero de la supuesta ofendida, que así queda oculta en su personalidad real. Porque el nombre es el medio de identificar una persona, es el que le da entidad en sus relaciones sociales, en su propia existencia, la que la distingue en (sic) el conglomerado de gentes de todo el mundo. A donde quiera que esté o vaya, así sea a los más lejanos países, debe la persona estar marcada, por así decirlo, con un nombre inconfundible. Por eso los pasaportes y visas, etc., a fin de conocer, en cualquier momento y lugar, el sujeto a quien se extiende.

"Ante esa confusión y uso indiferente de nom-

bres especialmente porque Tavera entendió entrar a la casa de Denis Castro y no a la de Betty Cuenca, los funcionarios han debido identificar perfectamente a la mujer, lo que no intentaron hacer".

Se responde:

Las apreciaciones del recurrente son sin duda valederas en lo que concierne a la significación que el nombre de una persona tiene en la vida de relación con sus semejantes y en el papel que desempeña en las distintas actividades que esa relación social conlleva en lo tocante con la identidad personal. Pero de ello a implicar un error sustancial que conduzca a la propia nulidad absoluta, prevista en la ley procesal, hay completa diferencia. Error en el nombre de la ofendida no es lo mismo que usar o ser conocida una persona con nombres distintos con los cuales es indistintamente mencionada aquélla. En el proceso muy claro aparece que a la ofendida de autos se la conoce con los nombres de Benis o Betty y como tal fue correctamente identificada en el informativo, sin que por otra parte aparezca duda alguna sobre su verdadera identidad, que sería lo único susceptible de producir nulidad, ni menos que fuera persona distinta de la que los autos señalan como víctima o agente pasivo del ilícito. No existe la menor sombra de duda a este respecto y como lo esencial en este particular es que se pueda lograr la identidad física de la persona ofendida, cuando quiera que ella se consiga, aunque se la conozca por dos o más nombres, sin perjuicio de aquella identidad reconocida por otros medios, pues el nombre es uno de estos medios, más no único, el presupuesto de la nulidad cae por su base, ya que no existe ni siquiera la posibilidad remota de que otra sea la víctima o que la acción del delito haya recaído sobre distinto sujeto pasivo. La circunstancia de ser conocida o usar distintos nombres la ofendida encarna cuando más una irregularidad de carácter meramente adjetivo o formal que nada influye para que se tenga como verdad procesal en este caso que Denis o Betty es la misma mujer que denunció violencia contra su persona para poseerla carnalmente sin su consentimiento y la misma a que hacen referencia todos los elementos de prueba que pudieron recogerse en el proceso, sin discrepancia alguna que cree confusión o duda, como lo pretende el recurrente.

Lo anterior es bastante para que se concluya que la causal cuarta alegada sobre nulidad del juicio no puede prosperar.

Causal segunda.—Siguiendo el orden de la demanda en lo que respecta a las demás causales alegadas, corresponde el estudio a la que en el libelo se invoca como primera, la cual dentro de los términos de la impugnación viene a ser la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, "cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos", circunstancias todas éstas que al decir del recurrente "se refieren a elementos constitutivos del delito, determinantes o eximentes o modificadores de la responsabilidad o señalamiento de la sanción". De allí por qué el demandante invoca como "aplicable, por separado, a los distintos hechos del proceso, en razón de lo cual, la fundo —dice— en otros tantos apartes o capítulos".

El primero de estos capítulos lo destina a señalar los elementos constitutivos del delito de violencia carnal, según el artículo 316 del C. P., los que indica así: "a) Acceso carnal a otra persona; b) falta de consentimiento de ésta; c) empleo de violencia física o moral. Son estos —agrega— los presupuestos que, para el caso, requiere el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, como base de la comprobación del cuerpo del delito y que determinan el tipo de éste, en cuanto a la actividad delincuente realizada y que se debe perseguir, el que tiene que estar plenamente comprobado para que se pueda dictar auto de enjuiciamiento, al tenor del artículo 429 del código procedimental citado, pieza aquélla la más importante del proceso. Si se carece de la plena comprobación de cualquiera de los constitutivos del cuerpo del delito, éste no aparece con la plenitud que exige la ley, y todo lo que en la investigación y en la causa se edifique sobre el tipo mutilado del delito es deleznable y queda impregnado de violación evidente de la ley".

En este capítulo todo el fundamento de la crítica a la sentencia sobre la base de la inexistente comprobación del cuerpo del delito, lo sintetiza el recurrente en el siguiente aparte del mismo capítulo:

"En los delitos de violencia carnal, precisamente por el acto constitutivo principal que con-

curre a formarlo y que es, al mismo tiempo, la finalidad perseguida por el delincuente, es decir, el acceso carnal, se procura no practicarlo en presencia de nadie, a menos de tratarse de exhibicionista extremo y repugnante. No hay, en lo ordinario, testimonios directos del acto sexual; y por eso, es esencial el dictamen pericial acerca de las huellas precisas e inconfundibles que deja la consumación del ilícito. Prueba testimonial sobre circunstancias inductivas a tal elemento indispensable, otros indicios derivados de otras fuentes, la inspección del lugar del hecho, las afirmaciones de la víctima, cuyo valor muy relativo habré de recordar adelante, aún reunidas y menos cada prueba por sí sola, nunca pueden conducir a la certidumbre de la realización de la cópula carnal. A lo más que alcanzan es a reforzar la experticia indispensable, cuya necesidad la impone la misma naturaleza de uno de los integrantes de la consumación".

Y como para reafirmar más el anterior concepto, dice enfáticamente: "La demostración de la cópula es, pues, imprescindible para establecer el cuerpo del delito de violencia carnal, como lo enseña entre otros Lacassagne, acogiendo este concepto de Garraud: "la violación no existe más que por el coito, con penetración del miembro viril en la cavidad vaginal. Todo otro aspecto constituye un abuso deshonesto".

Para contestar este cargo, conviene sentar las siguientes premisas: No siempre resulta tarea sencilla y fácil desentrañar el verdadero valor de convicción que determinada prueba ofrece. En la generalidad de los casos, la prueba en un proceso penal es compleja, o lo que es igual, se encuentra diseminada en distintas formas, cuyo valor demostrativo para conducir a la certeza legal surge apenas del conjunto de todas las que la legislación procesal autoriza para tal efecto. Por esto mismo, la labor del Juez, cuandoquiera que dicha complejidad se presenta en un caso dado, no se limita ni puede limitarse a una esquemática enunciación de aquellos elementos de convicción, sino que su misión alcanza un límite más extremo, como es el de desentrañar con el mayor cuidado y laborioso empeño, el contenido probatorio de aquéllas, la fuerza de convicción hacia la certeza que aportan y la energía con que conducen al establecimiento de la afirmación categórica de que el acusado es el autor de los hechos que se le imputan. Esto se dice porque solamente en casos de muy restringida ocurrencia, en muy contadas ocasiones, tal demostración surge mediante una sola y única categoría de prueba. En todos los demás aquella demostración viene a resultar de las distintas especies o clases que consagra la ley, que reunidas en el expediente por obra de la investigación, forman en conjunto la prueba legal requerida, aunque cada una de ellas por separado no la produzcan.

En el presente caso dichos elementos están compuestos de varias categorías probatorias, directas las unas, como la testimonial y la confesión cualificada del procesado, e indirectas las más, todas las cuales forman una trabazón de circunstancias que permiten conclusiones que compaginen con la justicia y patenticen el reproche de la ley a quien ha violado las normas penales.

Con estas premisas corresponde ahora dilucidar si está comprobado en el proceso el cuerpo del delito y si es posible mediante la inferencia indiciaria concluír que existió la violencia para someter al acceso carnal a la ofendida sin su consentimiento, puesto que analizados estos aspectos del problema quedan reducidos a su justa expresión los argumentos de la demanda, todos ellos dirigidos a negar o infirmar aquellos presupuestos para la condenación del reo.

Ante todo, conviene destacar cómo la misma demanda reconoce que en esta clase de negocios una prueba directa es casi imposible, dada la propia naturaleza de los hechos, no susceptibles de practicarse en forma que permita el conocimiento de ellos por pruebas que impliquen directas percepciones de los mismos. Esta afirmación y tal modalidad llevan necesariamente a admitir, aunque sea implícitamente, que la justicia humana tiene que servirse en tales eventos de medios de comprobación indirectos que le permitan llegar a alguna certidumbre, por lo menos la requerida para constituír una certeza legal moral.

Es incuestionable que el problema de demostrar la violencia constituye uno de los más arduos en esta clase de procesos, dado que como afirma felizmente algún autor, establecer tal circunstancia en un acto realizado en secreto, en que la resistencia tiene sus grados y la voluntad sus caprichos, no es tarea sencilla. Pero si bien las presunciones a que recurrían los antiguos prácticos para que la acusación de violencia pudiera ser admitida, no tiene hoy mayor vigencia, no puede desconocerse, al mismo tiempo, que seguirán siendo los dictámenes de los médicos legistas los que mejor pueden orientar el criterio y la prueba más idónea.

Se explica así por qué la demanda enfoca toda

su argumentación a desconceptuar el dictamen pericial que ha servido de base a la justicia para encontrar delincuencia en la conducta del procesado por el hecho que se le imputa. Toda la argumentación de esta parte del libelo se dirige a tratar de destruír el grave elemento de juicio que surge de esos dictámenes, porque unido como está el cuerpo del delito con el elemento violencia para configurar el ilícito, esta misma unidad implica que destruída o por lo menos aminorada esta prueba, por fuerza caería también la responsabilidad penal que se apoya en ella para inferir que los signos de violencia encontrados por el experto médico en el cuerpo de la ofendida, pocas horas después de ocurridos los hechos, clara demostración era de que el hecho se consumó sin el consentimiento de la víctima, sin necesidad explícita de demostrar el coito, como lo quiere la demanda, porque tal demostración está implícita a la misma fuerza física empleada para realizar el acto sexual, por la misma relación causal que existe entre el propósito perseguido y la finalidad buscada por medio de la fuerza.

El dictamen pericial que con mayor empeño ha sido atacado, es como sigue:

"Atentamente le comunico que de conformidad con la solicitud que usted me hizo en su oficio número 95 de fecha 19 de los corrientes, le practiqué el examen respectivo a la ofendida Betty Cuenca de Castro, quien presentaba las siguientes lesiones:

"Un traumatismo leve en la boca, con erosión de la mucosa bucal;; un traumatismo en la región anterointerna del brazo izquierdo; signos de arrancamiento del cabello de la cabeza; y un estado inflamatorio de la vulva, indicios de violencia para ejecutar actos carnales.

"Hasta ahora no presenta signos clínicos de contaminación venérea en actividad, pero puede presentarse alguna enfermedad venérea más tarde, puesto que el día del examen (sábado 19 del mes en curso), apenas hacía pocas horas que habían ocurrido los hechos.

"Incapacidad personal por las lesiones: cinco (5) días. Las consecuencias se fijan en posterior reconocimiento". Alberto Forero, Médico Legista (págs. 3 del primer cuaderno).

Contrapone la demanda a este dictamen, otro experticio, producido esta vez por el médico legista de Garzón, doctor Francisco Artunduaga, el 8 de octubre, es decir 19 días después del primer reconocimineto, que dice así:

"La exploración vulvovaginal da a conocer un estado INFECCIOSO CRONICO (de meses antes) con las características de los **patológicos antiguos** en que entran como elementos causantes una simbiosis en que predominan agentes de tipo TRICOMONA. En efecto, la granulación mucosa, la leucorrea, los amnanésicos obtenidos, conducen a eliminar el factor traumático reciente (reciente en relación con el examen practicado el día 19 de septiembre pasado) y a eliminar con más claridad la INFECCION como atribuíble al hecho que motivó un examen "apenas hacía pocas horas que habían ocurrido los hechos" por absoluta falta de **tiempo de incubación.** Con las anteriores consideraciones, el suscrito conceptúa y define las siguientes cuestiones, al tenor de lo solicitado:

"1ª—Origen del estado inflamatorio de la vulva, PATOLOGICO (predominio de tricomonas como entidad causal).

"2ª—CRONICO (de meses atrás)" (página 43 del primer cuaderno).

Pero el recurrente apoya todavía más sus críticas a la sentencia del Tribunal con el dictamen de fls. 49 del primer cuaderno, pronunciado a petición de la parte civil constituída en el proceso cuyo tenor es el siguiente:

"Para contestar el memorial del señor apoderado de la parte civil se han hecho los exámenes correspondientes y con base en ello se contesta:

a) El señor Tavera es de tipo longilíneo y su musculatura corresponde al tipo intermedio (clasificación de John, fuertes, débiles e intermedios).

b) Betty Cuenca de Castro es en esta misma clasificación del tipo DEBIL.

c) El señor legista que practicó el primer reconocimiento (a pocas horas después de los hechos) es impreciso en cuanto a los signos de violencia y ellos los limita a disquisiciones sobre el supuesto acto sexual. Pero no consigna signos de aprehensión violenta (equimosis, ematomas, desgarramientos y escoriaciones de la piel) imprescindibles en estas formas de violencia, ya que la mujer, aún débil, si quiere defenderse de ella recibe necesariamente acción bimanual fuerte de la que quedan rastros inconfundibles en todo el cuerpo. El suscrito legista tampoco consignó en su anterior concepto estigma alguno de violencia, porque no lo encontró.

d) En el estado de pre-embriaguez hay excitación muscular y refuerzo de ella, pero en la embriaguez definida pasa lo contrario porque es entonces relajadora de las fibras musculares es-

triadas. Luego el dominio a una persona, el sometimiento físico a ella, es menos posible".

Es manifiesto que a través de los dictámenes periciales que se dejan transcritos, fácil le quedaba al impugnador destacar las distintas apreciaciones que de conformidad con el cirterio de los médicos legistas que lo rindieron, daban base para que de la misma desigualdad de conceptos, dedujera la inexistente comprobación del cuerpo del delito . De aquí por qué fundamenta la solicitud que hace para que se invalide el fallo del Tribunal en los siguientes puntos que concreta con toda propiedad el señor Agente del Ministerio Público, en la forma que sigue:

"1º—Porque se le dio al dictamen pericial de folio 3 del cuaderno principal un valor probatorio del cual carece.

"2º—Porque, en cambio, se le negó a los dictámenes de fechas 8 y 28 de octubre de 1959 (es decir el primero y el último), el valor que sí tenían;

"3º—Porque resulta una manifiesta contradicción entre las dos peritaciones últimamente mencionadas y la primeramente citada; y

"4º—Porque no fueron tomados en cuenta algunos testimonios que obran en autos y que sirven para demostrar que Betty Cuenca de Castro prestó su consentimiento al acceso carnal "por lo menos inicialmente".

Es cierto que la labor de la justicia en estos procesos ha resultado interferida por la actitud extraña con que están concebidos los dictámenes periciales. Al primero de ellos, el visible a fls. 3 del informativo, practicado pocas horas después de producidos los hechos, ha sido a través de los distintos alegatos de los apoderados que han intervenido en el caso, objeto de abundantes críticas por lo que respecta a la afirmación que en él se hace de que los signos externos que pudo establecer el examen físico de la ofendida, constituían "indicios de violencia para ejecutar actos carnales".

Esta conclusión, que hace parte del dictamen mismo y que era indispensable al concepto, ha sido rechazada en forma rotunda por la defensa del procesado, considerando que al legista no le es permitido hacer apreciaciones que impliquen la presunción de que se ejecutó un delito, pues dentro de aquel criterio la frase transcrita no implica otra cosa que la afirmación concreta de ese hecho. Sin embargo cuando se trata de los demás dictámenes, surgidos con posterioridad al primero que descubrió los signos de violencia, ya entonces las apreciaciones del perito en orden a negar el valor del primer dictamen favorable a la defensa sí encuentran resonancia y se las acoge de manera absoluta para esgrimirlas como hechos absolutos que no permiten discrepancia alguna y que destruyen en forma total las bases científicas en que se apoya la comprobación de uno de los elementos del delito precisamente aquel que constituye la delincuencia del procesado.

Con todo, si bien es cierto, como lo anota la Procuraduría, que existe antagonismo entre los pareceres de los peritos y que de por sí cada uno de ellos, independientemente, no constituye plena prueba, también es verdad que constan otras muchas circunstancias que permiten afirmar que el Tribunal de instancia no estuvo equivocado en optar por darle crédito al primer dictamen emitido en el proceso, suscrito por el Médico Legista, doctor Forero.

Al respecto el Procurador Primero Delegado en lo Penal abunda en razones que la Sala prohija porque son un trasunto fiel de los elementos de juicio que obran en el proceso, analizados precisamente con un criterio que concuerda con los puntos de vista de la Sala:

"Una primera de tales circunstancias hace relación a la fecha en que uno y otro facultativo examinaron a la ofendida, resultando por este aspecto mucho menos atendibles las observaciones realizadas por el doctor Artunduaga después de 19 días de ocurridos los hechos, que las verificadas por el doctor Forero como consecuencia del examen practicado a la víctima de autos, a raíz, pudiera decirse, de haber sido sometida al ayuntamiento carnal.

"Aquellas lesiones de carácter traumático que comprobó el médico Forero y que no pudo verificar el médico Artunduaga, debido al tiempo ya transcurrido, indiscutiblemente revelan que el acusado sometió al acceso carnal a la querellante Cuenca de Castro, empleando la violencia. Y ese estado inflamatorio que ofrecía la vulva de esta misma mujer y los signos de arrancamiento de cabellos que demostraban también, como observaciones que son, no pueden ser desatendidas porque otro legista, muchos días después, afirme que no encontró los aludidos signos y porque, además, sostenga de modo gratuito, es decir, sin base en análisiss bacteriológicos, que tal estado inflamatorio es crónico y de origen patológico.

"Pero a su vez los autos se refieren a una segunda circunstancia que por ser tan significativa

como la anteriormente mencionada, robustece la decisión tomada por el juzgador en el sentido de darle primacía al primer dictamen rendido, sobre los dos restantes y posteriores. Esta otra circunstancia contribuye, además, como elemento de juicio que es, a no aceptar como cierto lo que se afirma en la demanda, esto es, que la sentencia acusada, al apreciar las pruebas que forman el expediente, incurrió en un grave manifiesto o protuberante error.

"Se trata precisamente de la conducta que asumió Betty Cuenca de Castro con posterioridad al momento de haber sido agredida en su libertad sexual, como que instantes después fue vista por varios de sus vecinos, entregada al llanto producido por el desconsuelo de haber sido atropellada, y como que al día siguiente del ultraje sufrido, ni corta ni perezosa recurrió a la primera autoridad del Corregimiento Municipal donde vivía, para denunciar criminalmente a quien la había violado, reclamando así una sanción para éste.

"Esta actitud, en realidad sirve para conjeturar con nuevo fundamento la falta de consentimiento suyo al acto carnal verificado con el acusado, pues como lo comenta el Maestro Francisco Carrara, al referirse a las exigencias hechas por los prácticos para dar por acreditada la violencia carnal, "muy difícil será creer a la mujer que de inmediato no hubiese deducido querella a raíz de la pretendida violación, habiéndolo hecho sólo después de estar encinta".

"A modo de corolario de lo que en el presente aparte se ha podido demostrar, afirmamos lo siguiente:

"El antagonismo existente entre uno y otro de los dictámenes médico-legales que obran en los autos, no tiene la menor importancia, desde luego que mediá verdadero fundamento para acoger el rendido por el doctor Forero y rechazar el emitido por el doctor Artunduaga, con todo lo cual se tiene que la conclusión judicial, deducida en forma de dar por verificado el conocimiento carnal de la querellante, mediante el empleo de la violencia por parte del procesado (conocimiento y violencia que son de la esencia del delito sexual imputado), no fue producto de equivocación alguna cometida al avaluar las pruebas allegadas al informativo".

Por manera, pues, que debe reafirmar la Corte la doctrina de que en estos procesos en que se hace indispensable el estudio de la causal segunda de casación, que son al mismo tiempo juicios de puro derecho, la invalidación de la sentencia acusada sólo es posible cuando se demuestre que el fallador de instancia incurrió en un abierto y ostensible error en la apreciación de la prueba. Porque si el Tribunal ha realizado un juicioso análisis de la misma, no sería procedente que en la revisión que conlleva el recurso de casación se desconociera la facultad discrecional que la ley otorga á los jueces para que de conformidad con los principios que informan la teoría general de la prueba, sobre la que está estructurada la legislación vigente en relación con la prueba criminal, valoren los elementos de juicio recogidos en el proceso y concluyan dando preferentemente más fuerza a unos que a otros, facultad que no es posible desconocer a los falladores sin riesgo de desvertebrar el principio en que se fundamenta la libre apreciación, atemperada por la tarifa legal, siempre que dentro de ésta se encuentren bases para hacer viable el criterio de la verdad legal-moral en que aquella se sustenta.

De consiguiente las bases de la demanda concretadas en los tres primeros puntos de la síntesis del señor Procurador, que antes se dejaron expuestos, no guardan armonía con lo que predican los autos, porque en realidad ni se le dio al dictamen pericial de fls. 3 un valor de que carece; ni tampoco se negó a los demás dictámenes el valor que sí tenían, y, por último, la contradicción entre los peritajes es más aparente que real, toda vez que no es posible pretender que las apreciaciones subjetivas de un perito deban ser tenidas en cuenta por sobre las apreciaciones, éstas sí objetivas, de otro que dictaminó cuando estaban frescos los sucesos y por lo mismo se encontraba en inmejorables condiciones para que sus conclusiones fueran la exacta realidad de los hechos observados.

* * *

El segundo motivo de impugnación con base en la causal segunda es el mismo que en la anterior síntesis de la Procuraduría se dejó transcrito y que consiste, para recordarlo, en que el juzgador al analizar la denuncia y confrontarla con la confesión del incriminado dio a aquélla un valor probatorio que no tiene y dechazó el contenido de la relación que en la indagatoria hizo Tavera Rosales. Tal crítica forma el capítulo segundo de la demanda.

De conformidad con esta premisa el demandante es rotundo en afirmar que la ofendida tuvo interés en disfrazar una conducta adúltera "para salvarse ante el marido, como tan claramente está en la declaración de la Arteaga y eso sí con

natural correspondencia lógica del testimonio y de los hechos establecidos con los demás declarantes que siguieron los pasos de acusado y ofendida en la noche del 18 de septiembre". De esta aseveración, concluye la demanda, resulta que no debe ser creída la querellante, pues por el contrario debió dársele completo crédito a las afirmaciones del sindicado, por estar amparadas por la presunción de veracidad a que alude el artículo 255 del C. de P. P. Como así no lo hizo el Tribunal, aparece que se desconoció o violó dicho artículo al negar valor a la declaración del acusado, por lo cual "violó a su vez el artículo 316 del C. P. como consecuencia de haberle prestado crédito completo a las afirmaciones de la mujer".

Conviene transcribir, antes de contestar estos argumentos, las dos versiones en que se basa la impugnación por este aspecto:

La ofendida Betty Cuenca de Castro afirma en efecto: "Anoche como a eso de las diez de la noche del viernes 18 del presente mes, estando en mi casa de habitación que tenemos en este corregimiento, ya durmiendo cuando oí que me llamaron en la ventana, yo no contesté, pero conocí la persona que me llamaba, que era Ernesto Tavera; y desde fuera Tavera me ofreció dinero para que abriera la puerta, como yo no le abrí la puerta entonces dejó dinero en la ventana el que introdujo por una rendija de la ventana y en seguida se dio a la tarea de abrir entrada por los cercos de la misma casa; y después de estar adentro del solar forzó la puerta de la entrada al cuarto donde me encontraba yo acostada, ya en el cuarto y junto a mi cama, procedió a hacer uso de mi cuerpo sin mi consentimiento, me tapó la boca para que yo no hiciera escándalo y que no fuera a decir nada que él me daría dinero para que nadie supiera nada; después de haber hecho uso de mí en el contacto carnal, se paró y cogió el dinero que estaba en la ventana, lo guardó y me dijo que no llorara, que yo lloraba era porque no me daba la plata que me había ofrecido. Entonces yo le dije que le iba a contar a mi marido, entonces dijo él que le iba a contar primero diciéndole que yo lo había convidado y que si mi marido no creía entonces le echaba plomo, que él no se dejaba y que yo no le fuera a chistar nada porque me hacía alguna otra cosa". Hasta aquí lo más pertinente de la declaración de la ofendida.

Por su parte Tavera, en distintas respuestas a los interrogantes formulados en la indagatoria, hace las siguientes afirmaciones, en lo pertinente:

"El viernes 18 de este mes, a eso de las siete u ocho de la noche me encontraba en la cantina del señor Joaquín Herrera en el caserío de La Jagua; estaban allí también el señor Gregorio Naranjo, Lisandro Calderón, Germán Fernández con los cuales estuve tomando unas cervezas; cuando se acercó a la puerta de la cantina la señora esa Denis Castro en compañía de Graciela Arteaga; en ese momento salí yo hasta mi casa a ver las niñas mías que estaban solas y al regresar nuevamente a la cantina, estuve conversando con ellas un momento y las invité a que tomaran una cervecita; ellas entraron conmigo a la cantina y nos habíamos tomado la mitad de las cervezas cuando ella, Denis Castro o de Castro, dijo estas palabras: 'me voy porque ahí viene mi marido' y salió corriendo para la casa de ella que queda contigua a la cantina donde estábamos tomando; los que estábamos ahí en la cantina nos asomamos a la puerta y vimos la volqueta que maneja el marido de esa señora que llegaba con una leña a descargar; luego yo seguí tomando ahí en la cantina y dicha señora Denis me mandó razón con Graciela Arteaga de que esperara a que el marido se viniera para Garzón a traer la volqueta y entonces nos tomábamos las otras cervezas; después el señor o sea el marido de ella se vino con la volqueta y yo salí como unas cuatro veces a hablar con ella en la ventana, más o menos con intervalos de diez o quince minutos de una salida a otra; ella me dijo que me dejaba entrar a la casa siempre y cuando le diera cien pesos ($ 100.00), yo le dije que no le podía dar sino cincuenta y le pasé un billete de cincuenta pesos; regresé nuevamente a la cantina y al cabo de un cuarto de hora más o menos volví a la ventana de la casa de ella; ella me devolvió el billete de cincuenta pesos y me dijo que si no le daba cien pesos no me dejaba entrar; yo le dí dos billetes de cincuenta pesos o sean cien pesos y ella me dijo que tan pronto cerraran la cantina, que entonces me dejaba entrar pero quería que no hubiera testigos. Yo me regresé a la cantina y me estuve hasta la una de la mañana, hora en que cerraron; entonces me dirigí nuevamente a la ventana y le golpié; ella me dijo que no me abría la puerta porque podía regresar el marido y entonces yo le dije que me devolviera los cien pesos, pero ella me dijo que no; le dije que me los echara por debajo de la ventana y me dijo que tampoco; entonces yo le dije que yo no iba a perder mi plata, que si no me la daba entonces entraba por ella, y entonces ella, la señora Denis me dijo estas textuales pa-

labras: 'a que no es capaz'. Entonces yo entré por un hueco que hay en la pared y el cerco de la guadua y le golpié en la puerta interior de la casa o sea la que da al solar, la cual estaba trancada por dentro; entonces yo insistí nuevamente que me entregara el dinero y ella me abrió la puerta; entré, le pedí el dinero y ella me dijo que cuál dinero, o cuál plata; le insistí diciéndole que me la diera a las buenas; entonces como no me lo quiso dar, le cogí la mano izquierda donde tenía los dos billetes y se la abrí y cogí mi plata; yo no quise hacer ninguna clase de escándalo pues en la habitación había dos o tres niños durmiendo; en seguida me dispuse a salir y ella me gritó que le iba a decir al marido que yo me había entrado a forzarla y que ella se desquitaba; yo le contesté: 'haga lo que quiera, yo no me voy a dejar robar', porque me pareció que ella quería chantajearme; en seguida salí por la puerta principal de la casa hacia la calle y me dirigí a mi casa y me acosté a dormir. Eso fue todo lo que sucedió esa noche en La Jagua".

Como se ve, se está, pues, en presencia de dos versiones, al parecer antagónicas si se toman separadamente, pero si se armonizan bien pueden servir para reconstruír los hechos de tal manera que conduzcan a alguna certeza.

Fácil es afirmar que la confesión es indivisible y se tiene que aceptar, desde el punto de vista criminal, bien en lo favorable como desfavorable al reo, siendo en este caso aquel primer aspecto la afirmación que hace Tavera de que efectivamente entró a la alcoba de la querellante pero con la única finalidad de recobrar el dinero que había dejado en la ventana para comprar las caricias mercenarias de la mujer.

Esto lo niega enfáticamente la ofendida, y, por el contrario, sostiene que Tavera entró violentando las puertas de su alcoba para forzarla a ejecutar el acto sexual.

¿Será posible armonizar dos versiones sin violentar la lógica y sin sofismas que conduzcan a una arbitraria interpretación de los hechos?

Ello es posible con sólo considerar todas las circunstancias que rodean el suceso y constituyen al mismo tiempo elementos de valoración idóneos para descubrir la verdad.

En efecto, la urgencia sexual de Tavera es incuestionable. Por ello acepta que entregó la suma de cien pesos para que fuera recibido por la ofendida, suma si se quiere cuantiosa porque en el informativo hay datos que permiten afirmar que el sindicado es hombre sin recursos económicos y que no tenía ocupación conocida en el corregimiento de Jagua. Esto indudablemente patentiza todavía mejor el propósito libidinoso que perseguía. De modo que este hecho evidente sirve para establecer aquella circunstancia del abuso carnal; explica mejor que el pretexto de la devolución del dinero, la verdadera intención del sindicado, que no era otra que colmar sus ansias sexuales, aún recurriendo a la fuerza porque las condiciones en que actuaba claramente determinan que nada distinto pretendía.

Hay datos en el informativo (indagatoria de Lisandro Calderón ratificada bajo juramento en cuanto a los cargos a terceros, fls. 20 vto., corroborada con diligencia similar por Gregorio Naranjo, también ratificada con igual apremio, fls. 10), que permiten inferir por vía deductiva que dentro de la pieza de la ofendida se practicó acceso carnal, pues no otra cosa implica lo que afirman aquellos declarantes que "chequear", como dicen, las actividades de Tavera la noche de los hechos, al acercarse a la ventana de la casa habitada por la señora Cuenca de Castro, pudieron cerciorarse de que "sonaba la cama". Es este un detalle que no puede menospreciarse en un proceso de esta índole, pues implica un dato de indudable importancia, toda vez que la ofendida afirma que Tavera la poseyó en su propio lecho y esta circunstancia indica por qué los curiosos declarantes afirman un hecho cierto cuando expresan lo que ellos "sintieron" u oyeron al acercarse a la ventana cuando precisamente el sindicado se encontraba en el aposento de la ofendida.

Decir, como lo hace la demanda, que la mujer aceptó en principio las invitaciones lujuriosas de Tavera no pasa de ser una aseveración desprovista de prueba a todo lo largo del proceso.

Al respecto dice el señor Fiscal lo siguiente, que tiene pleno respaldo procesal:

"En efecto, lo que se pretende es robustecer el dicho de Tavera Rosales, y, concretamente, demostrar que la ofendida, por lo menos inicialmente prestó su consentimiento al acceso carnal, para todo lo cual se acude a lo que testifica Graciela Arteaga, cabe entonces replicar que la declaración de esta mujer, en lo principal o fundamental de su contenido, es decir, en lo relacionado con la supuesta asistencia de Betty Cuenca de Castro a la cantina de Joaquín Herrera, donde dizque aceptó una invitación de Tavera a beber en su compañía y en la de la Arteaga unas cervezas, no aparece corroborada por persona algu-

na que en la noche de autos hubiera efectivamente permanecido en el expresado establecimiento durante algún tiempo anterior a la ocurrencia de los hechos denunciados.

"Nadie vio a Betty en ningún momento, en aquella cantina, en compañía del inculpado y de la testigo Arteaga. Tal cosa puede rotundamente concluírse con sólo pasar las declaraciones de Gregorio Naranjo (fls. 9 ibidem), Fabio Sánchez (fls. 32), Lisandro Calderón (fls. 20), Sebastián Téllez (fls. 29) y Teodoro Serrano (fls. 29 vto.), quienes estuvieron tomando cerveza en la tienda de Joaquín Herrera, en asocio del inculpado. Y también es posible observar que de haber tomado parte en dicho holgorio las mencionadas mujeres, seguramente que como hecho principal no lo hubieran pasado por alto aquellos contertulios y, por consiguiente, al rendir testimonio, de él habrían dado necesaria cuenta.

"Todo, pues, conduce a prestarle entera fe a las incriminaciones hechas por la ofendida, siendo debido inferir que su declaración es digna de crédito, por lo que hace a la designación de Tavera Rosales como delincuente, y por lo que atañe a las circunstancias en que, según la misma mujer fueron cometidos los hechos de que resultó víctima".

Que la ofendida dijo la verdad se corrobora con sólo considerar la afirmación que hace de las amenazas de Tavera en el sentido de convertir la acusación de la mujer en su propia defensa, atribuyéndole un fin de lucro y una entrega mercenaria si hacía escándalo sobre lo ocurrido. Ya desde entonces, el sindicado forjó su propia exculpación, que la indagatoria consigna. Por donde se desprende que entre las dos afirmaciones, el Tribunal obró con acierto al atribuírle mayor margen de certeza al dicho de la ofendida, aceptando como divisible la confesión del sindicado, pues existe mayor verosimilitud en la una que en la otra. Y es un principio de derecho probatorio que la confesión sólo puede ser individua cuando los hechos favorables que la constituyen tienen al menos verosimilitud, lo que no ocurre en este caso, por todas las razones que se han dejado expuestas.

* * *

Por último, si es cierto que a la prueba de inspección ocular practicada en el proceso le faltan requisitos para hacerla válida, no es menos cierto también, que aparte de esa prueba existen en el informativo elementos de juicio que permiten establecer la entrada violenta del acusado a la alcoba de la ofendida, uno de ellos, el principal, es la propia confesión de Tavera, quien no niega ese hecho, que para el caso es importante en cuanto al delito de acceso carnal, únicamente, pues en lo tocante con la violación de domicilio, podría servir para desechar tal imputación, que por otra parte la doctrina no es uniforme en esta materia, aunque tampoco sea el caso de intentar demostrarlo, porque la demanda no contiene impugnación por este aspecto del proceso, lo que inhibe a la Sala para entrar a fondo sobre el particular.

Fuera de lo anterior, lós testimonios ya antes citados de Gregorio Naranjo y Lisandro Calderón, son bastantes para establecer que Tavera penetró en la casa de la ofendida haciendo violencia a los cercos, lo que es suficiente para que, junto con la confesión del reo, se tenga como demostrada tal circunstancia. De otra suerte habría que concluír que los argumentos de la demanda se desvertebrarían, pues en manera alguna en este escrito se desconoce que en realidad Tavera entró a la alcoba de la ofendida. Como no lo hizo con voluntad de ésta, es preciso admitir que empleó otros medios. De no ser así, esto es, si la ofendida permitió voluntariamente la entrada del sindicado a su propia alcoba para fines libidinosos, no se explica que no queriendo entregar el dinero, para lo cual, según Tavera, hubo de obligarla por la fuerza, pues no estaba dispuesto a dejarlo en poder de la mujer si ésta no cumplía su promesa, permitiera hacerlo para que de esa manera recuperara lo que había entregado y aprovechando la coyuntura, satisfacer otros propósitos. Si esto es así, habría un contrasentido indudable, como es fácil de comprender.

De todas las anteriores consideraciones aparece que la causal segunda no puede prosperar.

Causal primera.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errada interpretación o indebida aplicación.

Como subsidiaria de la causal segunda alegada y relacionándola con ella, la demanda invoca la primera del artículo 567 del C. de P. P.

Las razones que aduce al efecto bien claro determinan la posición del recurrente, que no es otra que insistir en su tesis de que no hubo delincuencia por parte de Tavera y por consiguiente las circunstancias de mayor peligrosidad que el Tribunal invoca para aumentar la pena no pueden ser consideradas como tales, tanto por aquellas razones, como de hacerse así se desconocería el principio de **non bis in idem**, ya que son al

mismo tiempo elementos constitutivos del hecho incriminado.

Con todo, le sobra razón al recurrente para invocar la causal primera de casación como motivo para que se invalide la sentencia por error de derecho, consistente en imponer al reo una pena que excede a la que legalmente le corresponde, desde luego que al individulizarla involucró circunstancias de mayor peligrosidad con los elementos tipos del delito, con violación del artículo 37 del Código Penal, que claramente dispone que solamente se pueden tener en cuenta aquellas cuando no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del mismo, como ocurre con el tiempo, lugar y modo en la ejecución y con la mayor insensibilidad moral del delincuente que fueron valoradas también por el Tribunal para la graduación de la pena, cometiendo con ello una infracción de la ley.

Ni la forma como se llevó a cabo, ni el tiempo, ni el lugar, ni el modo de ejecución del delito que dificultaran la defensa de la ofendida, determinan en este caso circunstancias de mayor peligrosidad, pues éstas son modalidades que están implícitas en ilícitos de la índole del de autos, ya que cada una de ellas o todas en su conjunto, contribuyen a que pueda ejecutarse la violencia constitutiva del delito.

Dice muy bien el Procurador y la Sala lo prohija, lo siguiente:

"Dada la forma como el inculpado infringió la ley, no es posible ni equitativo predicar de su proceder que éste sea sintomático o revelador de una mayor insensibilidad moral. Mucho menos, es dable decir que los factores tiempo y lugar a que se refiere el juzgador, dificultaron la defensa de la ofendida.

"A su vez, cabe sostener que Tavera no se aprovechó de la oscuridad de la noche, ni del lugar en que se cometió la violación carnal, para lograr la impunidad de su delincuencia, como que más bien la hora y el lugar escogidos a fin de consumar su venéreo designio, demuestran torpeza y temeridad en la actuación cumplida. Y esas temeridad y torpeza, como consecuencia que fueron de la embriaguez padecida a tiempo de perpetrar el hecho, permitieron que prontamente fuera descubierto y de que su acción criminosa fuera inmediata noticia en los vecinos de la agredida.

"Erró también el sentènciador cuando calificó como circunstancia agravante de la pena, el modo de ejecución del delito, pues la violencia ejercida en un principio sobre las cosas y finalmente sobre la persona de la mujer apetecida, ha venido a ser valorada doblemente: una vez, como circunstancia o elemento constitutivo de los delitos de violación de domicilio y violencia carnal, y una segunda vez, como demostrativa de una mayor peligrosidad en el delincuente".

A consecuencia de ello es el caso de dar aplicación a la letra del artículo 570 del C. de P. P. por tanto como el reo violó el art. 316 del C. P. y se le atribuyó también el delito de violación de domicilio, sobre el cual está inhibida la Corte para modificar lo hecho, ya que no fue objeto del recurso, la sanción que le corresponde es la que el primer artículo determina en su grado mínimo, esto es, dos años de prisión, que aumentados en la proporción que señala el artículo 33, o sea en una tercera parte, da un total de dos años, ocho meses de igual pena, que es en definitiva la que debe imponérsele.

Como prospera la causal primera se

RESUELVE:

La Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en un todo de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en virtud del cual impuso a Ernesto Tavera Rosales la pena de cuarenta meses de prisión e incorporales anexas por los hechos que le fueron imputados en este proceso, y en su lugar lo CONDENA a dos (2) años ocho (8) meses de prisión. Las incorporales, en cuanto impliquen duración, quedan reducidas en la misma proporción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

CON BASE EN LAS CAUSALES 4ª, 2ª Y 1ª DE CASACION, SE ACUSA UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITO DE ROBO AGRAVADO

1.—Si el vicio que se atribuye a la actuación procesal consiste en haber sido proferido el fallo de segundo grado sin obrar en el juicio la prueba plena o completa de la infracción (artículo 203 del C. de P. Penal), no es atendible jurídicamente la invocación de la causal 4ª de casación, aunque se agregue que ello equivale a violación de las formas del juicio; pues, como es obvio, la impugnación tendría que derivar a la causal 2ª y subsidiariamente a la 1ª, a fin de establecer el error de interpretación apreciación de los hechos por el juzgador, con la natural consecuencia de una indebida aplicación de la ley. El planteamiento, pues, es equivocado.

2.—En lo tocante a la afirmación del recurrente de que no se puede hablar de reincidencia, para aumentar la pena, sino cuando el nuevo delito cometido es de la misma naturaleza del anterior, la Sala se atiene al concepto emitido por el señor Procurador delegado cuando dice: "En manera alguna es jurídico afirmar que el aumento de pena sólo procede cuando se trate de la comisión de un delito de la misma naturaleza de aquel por el cual se hubiere impuesto una condena anteriormente. La simple lectura del texto legal (artículo 34 del C. Penal) impide tan peregrina hermenéutica".

3.—La circunstancia de agravación del delito de robo consistente en el empleo de armas, de que trata el artículo 404 del Código Penal en su numeral 1º, no está condicionada a que en efecto las armas sean empleadas contra la víctima, sino que es suficiente que sirvan de medio intimidativo para la ejecución del delito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, febrero once de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

El Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó, en sentencia de 17 de agosto de 1959 a José de Jesús Segura Jiménez, como responsable del delito de robo calificado, en el grado de cómplice necesario, a la pena principal de seis años de presidio, aparte de las correspondientes sanciones accesorias, y lo absolvió por el cargo de homicidio, como cómplice accesorio del acusado Joaquín González Barreto, a quien el Juzgado dedujo plena responsabilidad por la autoría de ambos ilícitos.

El Tribunal Superior del referido Distrito, al revisar por **consulta** el fallo, elevó la penalidad impuesta a Segura a ocho años de presidio. Contra esta sentencia del Superior interpuso el acusado recurso extraordinario de casación, el que ahora procede la Corte a decidir, surtidos como han sido los trámites de rigor, no sin advertir que la absolución que le fuera impartida por el delito de homicidio la convirtió el Tribunal en un sobreseimiento temporal, de conformidad con el procedimiento señalado en el decreto legislativo 0012 de 1959.

Hechos:

Aparecen expuestos por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, así:

"Los hechos que dieron lugar al presente proceso han sido resumidos con base en los relatos

hechos por tres testigos principales que son Heriberto Franco Uribe, Ester Rozo vda. de Ortiz o María Ester Rozo, y Luis Antonio Gutiérrez (fls. 1, 4 y 5). Tales relatos posteriormente fueron objeto de ratificación durante las diligencias de careo efectuadas entre los dos primeros testigos nombrados y el procesado Segura Jiménez (fls. 75 y 78 id.).

"De su parte, el referido procesado, tanto en la indagatoria (fl. 64 id.) como en la ampliación de ésta (fl. 98 id.), durante los careos citados y en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos (fls. 87 id.), se ha cerrado a la banda en forma de negar escueta y enfáticamente todas y cada una de las incriminaciones que se le han hecho.

"Advertido lo anterior, en cuanto a los hechos ocurridos diremos que en la primeras horas de la tarde del día sábado 22 de marzo de 1958, el joven Eladio Cardona llegó a la tienda de venta de víveres y licores, que en una de las piezas de su casa de habitación tenía el señor Heriberto Franco Uribe y su compañera la señora Ester Rozo vda. de Ortiz o María Ester Rozo como ella firma, en el sitio de 'La Autora', Corregimiento de Santa Teresa, comprensión del municipio de El Líbano (Tolima).

"Cardona, después de haber consumido algunos comestibles que le fueron vendidos y una que otra bebida para acompañarlos, trabó conversación con los señores Joaquín González Barreto y José de Jesús Segura Jiménez, al parecer sus conocidos y quienes llegaron posteriormente.

"Cardona portaba una carabina, de la que no se sabe si estaba cargada o descargada. González Barreto y Segura Jiménez estaban armados de sendos revólveres.

"Al calor de las cervezas que los tres contertulios libaban, se desarrolló una animada y cordial conversación, aunque salpicada de términos o epítetos fuertes. Fue así como de las chanzas verbales, pasaron a los juegos de manos que consistieron principalmente en sacarse al descuido los unos a los otros los objetos que portaban en los bolsillos.

"Todo dio ocasión a que Cardona se enojara con Segura Jiménez y que éste lo desafiara a batirse, sin pasar la cosa a mayores, gracias a la intervención de González Barreto, quien inicialmente apaciguó los ánimos. Sin embargo, después se lió en discusión con Cardona, a quien le exigió que le entregara la carabina que portaba, y por no haber conseguido que éste se la entregara, trató de arrebatársela a la fuerza, profiriendo amenazas y desenfundando su revólver, cuestión que también hizo Segura Jiménez, dirigiendo uno y otro sus armas contra Cardona.

"En estas circunstancias, González Barreto disparó su arma por dos veces, ocasionándole la muerte a Cardona.

"A todas estas los dueños de la tienda, que llenos de pavor cuando se hicieron los disparos se habían refugiado en la vecina pieza que les servía de alcoba, fueron llamados por González Barreto y Segura Jiménez, y por los mismos fueron amenazados para que no se les denunciara criminalmente, luego de lo cual, los dos malhechores se retiraron del local.

"Entre tanto, la carabina había desaparecido y el cadáver de Cardona presentaba muestras de haber sido requisado, comprobándose después que había desaparecido un reloj de pulso que el occiso traía consigo.

"Y dice la testigo Rozo 'y después cuando salí que ya se iban a ir esos hombres, Joaquín le preguntó al compañero, que si lo había esculcado bien, que si le había sacado todo, y el otro le contestó que sí que eso ya lo dejaran así', lo cual, en la diligencia de careo ratifica diciendo: 'yo me dí cuenta que Joaquín González le preguntó al señor que tengo aquí presente que si había esculcado bien a Eladio Cardona' ".

Demanda de casación

Para formular demanda de casación constituyó apoderado el recurrente al doctor Oscar E. Carvajal Navia, abogado titulado e inscrito, quien la formuló dentro de los términos legales.

Las causales que invoca y los fundamentos que a ellas les da para impetrar la invalidación del fallo recurrido son, en su orden:

a)—Ser la sentencia "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", es decir la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del C. de P. P.

"En el caso de autos —dice el demandante— hay ausencia de la plenitud de las formas propias del juicio seguido contra mi defendido, en razón de que en su juzgamiento se pretermitieron ritualidades propias del juicio penal como fue la violación en que incurrió el Tribunal sentenciador del artículo 203 del C. de P. P., que permite solamente una condena contra el procesado cuando en su contra se hayan recaudado (sic) la plena demostración de los elementos constitutivos de la infracción penal que se le impute. En el presente negocio se juzgó y condenó

a mi defendido, sin la completa observancia de lo dispuesto en el ya citado artículo 203 del estatuto procesal, ya que 'no obran dentro del proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción' (sic) que se le imputó al procesado que fue la de robo en su calidad de coautor de tal delito, según la calificación que de la delincuencia de Segura hizo el Tribunal....".

Con esta errada premisa, el recurrente, luego de una crítica al fallo desde el punto de vista de los elementos de prueba que en él se ameritaron para deducir la responsabilidad de Segura Jiménez, cree haber dejado 'claramente demostrado en el presente negocio que a José de Jesús Segura Jiménez se le juzgó sin observar en el proceso las garantías previstas en la Constitución Nacional en su artículo 26', y que hay base para alegar 'la nulidad constitucional procedente de la violación del ya citado artículo 26 de la Carta Fundamental'.

"b)—La segunda señalada en el artículo 567:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados dentro del proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos, siempre que sean elementos constitutivos o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Dos son los cargos que por este aspecto formula el señor apoderado a la sentencia de instancia:

Hace consistir el primero en que el fallador tomó "como base para la condena el testimonio de la testigo Ester vda. de Ortiz quien afirma que escuchó cuando González Barreto le preguntó a Segura Jiménez que si al cadáver de Eladio Cardona 'lo había esculcado bien', a lo cual le había contestado Segura que ese negocio lo dejaran así". El dicho de la declarante "está tachado de sospecha —agrega el demandante— en razón de que una mujer que afirma haber escuchado las frases anteriores desde un sitio donde estaba oculta y dentro del estado natural de excitación producida por la consumación de un asesinato como el que acaba de ocurrir (sic), no es digno de credibilidad por las condiciones psicológicas y de ambiente en las que se produjo la percepción del referido testimonio...".

Lo anterior "implica que el H. Tribunal le dio a la citada declaración un valor probatorio que no tiene, negándole el derecho que tenía mi defendido de ser absuelto de los cargos que le fueron formulados dentro del contenido procesal del negocio, o por lo menos tenía derecho a que a su favor se dictara el sobreseimiento temporal de que trata el artículo 7º del decreto 0012 de 1959, en razón de que por el valor probatorio que le dio el Tribunal a la declaración de la testigo Esther vda. de Ortiz, se operó la condena contra mi defendido por el delito de robo, siendo que dicho testimonio carece del valor probatorio que se le dio para fundar la condena".

Complementa el mismo cargo alegando que, por no "estar acreditado el valor de los objetos que fueron materia de la infracción, no era procedente la condena".

Concluye el señor apoderado afirmando que su representado no cabe ser considerado como coautor del hecho, ni como cómplice accesorio, pues no está demostrado que haya tomado parte en el hecho imputado, bien en las condiciones del artículo 19, ya en las del artículo 20 del C. P. Sostiene el recurrente que el acusado "no tomó parte en la ejecución del hecho criminoso" y que la acción atribuída a Segura tampoco encaja "dentro de los límites señalados por el artículo 20 del C. P., ya que para matar a Eladio Cardona, Joaquín González Barreto no necesitó del concurso o apoyo de Segura".

El segundo cargo, con fundamento en la misma causal, tiene que ver con la reincidencia que el Tribunal computó al procesado, a efecto de elevar a ocho años la pena privativa de la libertad. Su desarrollo es de este tenor:

"En el caso de autos, tenemos que el H. Tribunal Superior para agravar la sanción penal de Segura, tomó como base la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito del Líbano que fijó en tres meses de arresto como pena privativa de la libertad que éste debería de sufrir por un delito de lesiones personales cometido el sábado 3 de septiembre de 1955.

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del C. Penal, los efectos jurídicos de la pena impuesta a mi defendido ya estaba suficientemente prescrita, ya que ella fue de tres meses de arresto, lo que implica que desde el día 3 de septiembre de 1955, hasta el día que quedó definida la situación jurídica de mi defendido por medio del fallo de segunda instancia proferido por el H. Tribunal Superior, la pena de tres meses de arresto estaba extinguida en sus consecuencias jurídicas. Siendo el delito por el cual se le juzgó y

se le condenó, el de lesiones personales, para que pueda hablarse de **reincidencia** es necesario que el delito por el cual se le juzgó nuevamente, haya sido el mismo de lesiones personales, pero como ahora se le juzgó por el delito de robo agravado, que es un delito completamente autónomo e independiente, no puede hablarse de reincidencia. Podría hablarse de circunstancias de mayor peligrosidad, pero nunca de reincidencia, con lo cual el H. Tribunal le dio errónea interpretación a los hechos con inusitadas proyecciones procesales en contra de mi defendido".

c)—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, que corresponde a la causal primera, en el orden de la ley.

Expresa la demanda:

"La sentencia de fecha 10 de marzo de 1960, que condenó a José de Jesús Segura Jiménez por el delito de robo contemplado en el artículo 404 del C. Penal, señalada para el delito de robo agravado, es violatoria de la ley penal sustantiva, por indebida aplicación de los numerales 1º y 4º del citado artículo 404, ya que la pena allí establecida es para los que cometan el citado delito 'en despoblado o con armas', o cuando la violencia ejecutada contra las personas consiste en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar'. De autos aparece que Eladio Cardona había sido previamente amenazado por Joaquín González Barreto y que si no le entregaba la carabina, lo mataba. Además está suficientemente probado que éste estaba armado de una carabina, lo que implica que estaba en condiciones de rechazar la agresión de Joaquín disparando su arma o cubriéndose la retirada a tiros. Nada de esto hizo, a pesar de haberle anunciado su victimario que si no le entregaba la carabina lo mataba.

"Igualmente está probado que ninguna acción tendiente a la consumación del referido delito ejecutó José de Jesús Segura para la consumación del aludido delito, lo que implica que tampoco existen dentro del proceso los elementos señalados dentro del numeral primero del citado artículo 404 del C. Penal. En su aplicación el Tribunal incurrió en error por indebida aplicación de la ley penal sustantiva y violó la ley, ya que conforme la realidad procesal, la norma aplicable al caso de autos, era el artículo 7º del decreto 0012 de 1959 y dictar un sobreseimiento temporal a favor de mi defendido, ya que los presupuestos esenciales para la condena no estaban dentro del informativo.

"El Tribunal Superior le dio indebida aplicación al artículo 19 del C. Penal al condenar como coautor a mi defendido por el delito de robo agravado que fue cometido directa y únicamente por Joaquín González Barreto.

"El Tribunal Superior igualmente violó el artículo 38 en sus numerales 1º, 5º y 11 del C. Penal que contempla circunstancias de menor peligrosidad que son perfectamente operantes en el caso de autos. La violación anteriormente citada surge de su no aplicación en el caso concreto.

"Igualmente incurrió el Tribunal Superior en violación del artículo 33, en armonía con el 34 del C. Penal al graduar una pena de ocho años por el delito de robo, sin que en el proceso se haya acreditado el valor de los objetos robados, ni la responsabilidad psíquica y física del incriminado, siendo que el dolo específico es absolutamente fundamental en el delito que se juzga. También el Tribunal Superior aplicó indebidamente la ley penal sustantiva en su artículo 39 teniendo en cuenta en contra de mi defendido circunstancias de mayor peligrosidad para la aplicación de la pena, sin tener en cuenta las varias de menor peligrosidad que militaban a su favor, como la falta de ilustración, la embriaguez voluntaria y su buena conducta anterior, la que está acreditada en las declaraciones de varios vecinos honorables del municipio del Líbano. La sentencia debe casarse por este error de derecho o violación de la ley sustantiva".

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien se opone a la casación del fallo, refuta una a una las argumentaciones del recurrente. En lo principal, estos son los puntos de vista del distinguido colaborador:

1º—**Nulidad del juicio.**—Después de un pormenorizado examen sobre las críticas hechas en la demanda a algunos de los elementos probatorios que obran en autos, que en verdad no era del caso, la Procuraduría concluye:

"Y para que no se comente que no recibieron respuesta todas y cada una de las razones esgrimidas al recurrir a la causal cuarta, diremos, en relación con lo que el demandante afirma en el sentido de que 'no obran dentro del proceso, legalmente producidos, la prueba plena o completa de la infracción', que tal cuestión aunque fuera

evidente no corresponde alegarla al invocar la causal de nulidad del juicio, porque como motivo de casación, es cosa propia de la causal segunda, que es la que trata de la errada apreciación hecha de la prueba.

"También debe ponerse de presente que el término perentorio que para la práctica de pruebas señala el artículo 3º del decreto legislativo 0012 de 1959, bajo cuyo imperio debía adelantarse el procedimiento en el presente negocio, había transcurrido con exceso cuando se dispuso la clausura de la investigación (fls. 137, cuaderno 1º y 9 v., cuaderno 2º).

"En consecuencia de lo expuesto, considero que la causal cuarta invocada es improcedente".

2º—**Errores de hecho.**—Para replicar la impugnación al fallo, formulada con apoyo en la causal segunda, por cuanto hubo errada interpretación o apreciación de los hechos, la Procuraduría consigna las siguientes consideraciones:

"Al hacer el anterior planteamiento, el recurrente se apoya en la circunstancia de que la testigo 'escuchó' la conversación sostenida por González Barreto y Segura Jiménez, desde la pieza contigua a donde se había refugiado, y no tiene en cuenta que la misma testigo nuevamente se refirió al expresado diálogo, cuando fue sometida a careo con el acusado Segura Jiménez.

"Ese testimonio de cargo, que ya fue relacionado en páginas anteriores, revela una absoluta imparcialidad en quien lo rindió, resiste la más severa crítica, y, además, en lo principal de su contenido, está de acuerdo con lo que otros testigos del proceso declaran, conforme a las percepciones tenidas al presenciar los hechos.

"Pero el mismo señor abogado impugnador arguye esto otro:

'Sin estar acreditado el valor de los objetos que fueron materia de la infracción, no era procedente la condena. El reloj y la carabina han debido avaluarse por medio de peritos, tal como lo ordena el artículo 314 del C. de P. P. para saber su valor y de esa manera fijar la competencia y la pena, dado el caso, lo que implica que tal hecho que está plenamente ausente de las constancias procesales, se le atribuyó un valor probatorio que no tiene'.

"Se responde:

"Ya se puso de manifiesto que el problema de fijación de la competencia, nada tenía que ver con el avalúo que no se hizo de la carabina y el reloj. Inútil pues, nos parece replicar nuevamente dicha argumentación tan sencillamente inconducente.

"En lo que respecta a la pena impuesta al procesado, obsérvese que se le impuso el mínimo indicado por el artículo 404 del Código Penal, disposición que el Juzgado consideró infringida, y para cuya actualización en el caso del proceso, nada tenía que hacer la cuantía de lo robado, pues, como lo enseña la H. Corte ,en dicha disposición se contemlpan circunstancias especiales de agravación, distintas de las comunes o generales, lo que lleva a que, cuando el delito se comete en concurrencia de una o varias de las condiciones previstas allí, la sanción penal se rige por ella, con prescindencia absoluta de los casos de agravación o atenuación contemplados por otras disposiciones legales. (Fallo, 7 septiembre 1946).

"Ahora bien: como se anota en la misma sentencia acusada, el decreto legislativo número 2.184 de 1951, aumentó al doble el mínino de pena impuesta por dicha disposición, cantidad ésta que le fue deducida como básica por el Tribunal de instancia.

"Insiste el demandante en sostener que fue González Barreto el único autor de los delitos de homicidio y robo, y que en ninguno de estos ilícitos tuvo participación el acusado Segura Jiménez. Además, alega 'que por el hecho de haber estado en el sitio de los acontecimientos en compañía de González Barreto, mi defendido no puede ser el responsable del delito de robo'.

"Y con respecto al homicidio, en razón del cual fue absuelto Segura Jiménez en la primera instancia, y apenas sobreseído temporalmente en la segunda, nada arguye.

"Objeta la participación que como coautor se le ha atribuído a su defendido en el robo.

"Sin embargo, cabe afirmar que dicha coautoría, principalmente emerge, y no exclusivamente, como lo asegura el demandante, del testimonio de la señora viuda de Ortiz, que, como ya se ha dicho, es de un valor innegable, ya que en presencia del sindicado y a pesar de las amenazas hechas por éste y por González Barreto, se reafirmó en el contenido de su inicial declaración.

"Sucede que en el expediente, además de esta prueba testimonial de cargo tan convincente, existen otros tantos indicios que se desprenden no sólo de las declaraciones de los otros testigos, de los reconocimientos efectuados por éstos, etc., sino que también emergen de la misma cerrada

negativa del incriminado, de sus solicitudes de gracia y sus pretendidas evasiones, etc., etc. circunstancias todas éstas que influyeron en el ánimo del juzgador para que éste se decidiera a impartir la condena, recurrida ahora en casación.

"El ataque a la sentencia no termina aquí. Es que también en la demanda se critica el aumento en dos años (2) de la pena, por habérsele considerado a Segura Jiménez, reincidente, y al respecto se dice que los efectos jurídico-penales de aquella primera condenación se habían extinguido, vale decir, estaban prescritos en toda su extensión, aparte de que:

'Siendo el delito por el cual se le juzgó y se le condenó, el de lesiones personales, para que pueda hablarse de reincidencia es necesario que el delito por el cual se le juzgó nuevamente, haya sido el de lesiones personales, pero como ahora se le juzgó por el delito de robo agravado, que es un delito completamente autónomo e independiente, no puede hablarse de reincidencia. Podría hablarse de circunstanscias de mayor peligrosidad, pero nunca de reincidencia, con lo cual el H. Tribunal le dio errónea interpretación a los hechos con inusitadas proyecciones procesales en contra de mi defendido'.

"A esto se contesta así:

"Se sabe que el artículo 54 del Código Penal, preceptúa que el que después de una sentencia condenatoria, cometiere un **nuevo** delito (sin especificar de qué clase) 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 (sin determinar de cuál clase, se repite) se haya cometido antes de transcurridos **diez años** de ejecutoriada la condena.

"El sentido natural y obvio de la disposición en cita, no da cabida a la interpretación que le da el abogado demandante. En manera alguna es jurídico afirmar que el aumento de pena sólo procede cuando se trate de la comisión de un delito de la misma naturaleza de aquel por el cual se hubiera impuesto una condena anteriormente.

"La simple lectura del texto legal, perentoriamente impide tan peregrina hermenéutica.

"Por otra parte, el lapso transcurrido entre la condena aplicada y la fecha de la consumación del delito imputado a Segura Jiménez, es inferior a diez años, como que la verdad es que Segura Jiménez fue condenado, en otro proceso seguido por lesiones personales, el 22 de junio de 1956 (ver fl. 118 del cuaderno número primero).

"Dado lo anteriormente expuesto, es el caso de considerar improcedente por infundada la causal segunda de casación invocada".

3º—**Error de derecho.**—A los cinco cargos que con cita de la causal primera de casación se hacen a la sentencia recurrida, responde el Ministerio Público:

"1º — Violación de los numerales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal.

"Al respecto se dice:

" 'Ya que la pena allí establecida es para los que cometan el citado delito en despoblado o con armas', 'o cuando la violencia ejecutada contra las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar'. De autos aparece que Eladio Cardona había sido previamente amenazado por Joaquín González Barreto que si no le entregaba la carabina lo mataba. Además está suficientemente probado que éste estaba armado de una carabina, lo que implica que estaba en condiciones de rechazar la agresión de Joaquín disparando su arma o cubriéndose la retirada a tiros. Nada de esto hizo, a pesar de haberle anunciado su victimario que lo mataba'.

"Se replica:

"La casación intentada, para nada alude al homicidio perpetrado por González Barreto, sino al robo ejecutado por éste y por Segura Jiménez.

"De otro lado, obsérvese que no se supo si la carabina estaba cargada en forma que fuera apta para la defensa del atacado, y téngase en cuenta que el hecho de que la víctima no se hubiera defendido, no justifica ni atenúa tampoco el carácter de robo agravado que es propio del delito de que fue objeto. Por lo demás, la circunstancia de que Segura Jiménez hubiera desenfundado su revólver en presencia de Cardona, aunque no lo hubiera usado, le hacía ver a éste último que también podía ser atacado por aquél al mismo tiempo con González Barreto.

"2º—Lo enuncia así:

" 'Igualmente está probado que ninguna acción tendiente a la consumación del referido delito ejecutó José de Jesús Segura para la consumación del aludido delito (sic), lo que implica que tampoco existen dentro del proceso los elementos señalados dentro del numeral primero del citado artículo 404 del C. Penal'.

"Se responde:

"Lo expuesto de nuestra cuenta en el punto inmediatamente anterior, es aplicable también a esta segunda argumentación en la cual insiste el

demandante refiriéndose al homicidio que no es objeto de controversia en esta casación intentada.

"3º—Al analizar por un tercero aspecto el fallo acusado, arguye el demandante:

" 'El Tribunal Superior le dio indebida aplicación al artículo 19 del C. Penal al condenar como coautor a mi defendido por el delito de robo agravado que fue cometido directa y únicamente por Joaquín González Barreto'.

"Se contesta:

"Se trata con lo transcrito de un simple planteamiento que no mereció de quien lo hace la menor demostración. Por lo mismo, no es el caso de adelantar ninguna crítica a lo que no es más que una mera enunciación de una tesis.

"4º—Alega el recurrente lo que se copia en seguida:

" 'El Tribunal Superior igualmente violó el artículo 38 en sus numerales 1º, 5º y 11 del C. Penal que contempla circunstancias de menor peligrosidad y que son perfectamente operantes en el caso de autos. La violación anteriormente citada surge de su no aplicación en el caso concreto'.

"Se observa:

"Carece también de razón, pues en el fallo acusado se aplicó el mínimo de la pena señalada en el artículo 404 del Código Penal, y los aumentos hechos obedecieron, el uno al imperio de la disposición que aumentó todas las penas mínimas en materia de delitos contra la propiedad; y el otro, a la calidad de reincidente que es propia del procesado.

"5º—Finalmente, en la demanda se expone lo siguiente:

" 'Igualmente incurrió el Tribunal Superior en violación del artículo 33, en armonía con el 34 del C. Penal al graduar una pena de ocho años por el delito de robo, sin que en el proceso se haya acreditado el valor de los objetos robados, ni la responsabilidad psíquica y física del acriminado, siendo que el dolo específico absolutamente fundamental (sic) en el delito que se juzga. También el Tribunal Superior aplicó indebidamente la ley penal sustantiva en su artículo 39 teniendo en cuenta en contra de mi defendido circunstancias de mayor peligrosidad para la aplicación de la pena, sin tener en cuenta las varias de menor peligrosidad que militaban a su favor'.

"Se contesta:

"Afirmar, como lo ha hecho el demandante, que en el caso de Segura Jiménez, la sentencia que lo condenó violó el artículo 33 del Código Penal, 'en armonía con el 34 de la misma obra', constituye, a la verdad, un simple desaguisado.

"En manera alguna pudo haber incurrido el Tribunal de instancia en tamaño error de derecho, y si lo hubiera en realidad cometido, el rompimiento total del fallo acusado se habría obtenido con sólo denunciar dicho yerro en un solo renglón, reduciéndose así el largo escrito del recurrente que hemos respondido, a proporciones menores en cuanto a su extensión material, pero cobrando, en cambio, una efectividad jurídica verdaderamente indiscutible.

"Aunque parezca inútil, se recuerda por una vez más que el acusado Segura Jiménez no fue condenado por el delito de homicidio de Eladio Cardona. Y aunque sea superfluo hacerlo, transcribimos a continuación la parte pertinente del fallo del H. Tribunal de Ibagué, con el objeto de que se compruebe que la denunciada violación del artículo 33 del C. P., es absolutamente imaginaria:

"Dice la sentencia:

" 'En relación con Segura, por haber cometido su delito en los casos a que se refiere el artículo 404 del Código Penal, numerales 1º y 4º, cuyo mínimun de tres años de presidio, fue doblado por el decreto 2.184 de 1951 y siendo así que se trata de un reincidente, teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo 34 del aludido Código de las Penas, le corresponde una sanción de ocho años de presidio'. (Fl. 46 del cuaderno 1º).

"Finalmente, debemos observar que tampoco es cierto que el fallador de segunda instancia hubiera aplicado indebidamente la ley penal sustantiva en su artículo 39, pues lo evidente es que en la sentencia se le impone a Segura Jiménez el mínimum de pena que permita la aplicación obligatoria del artículo 404 del Código Penal en armonía con el 34 de la misma obra y en concordancia también con el citado decreto. Todo esto significa que al calificar la delincuencia del poderdante del doctor Carvajal Navia, no se tuvo en cuenta circunstancia alguna de mayor peligrosidad.

"Así las cosas, la causal primera alegada, en mi opinión, no puede prosperar".

Consideraciones de la Sala:

Transcritos, como han sido, los puntos fundamentales de la demanda y respuesta del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, resta a la Corte, para desechar el recurso, considerar:

1º—No es atendible jurídicamente, en el caso **sub-judice** la invocación de la causal cuarta, si el

vicio que se atribuye a la actuación procesal consiste en haber sido proferido el fallo de segundo grado sin obrar en el juicio la prueba que demanda el artículo 203 del C. de P. P. Como es obvio, la impugnación tendría que derivar a la **causal segunda** y, subsidiariamente a la **primera**, pues se trataría de establecer el error en la interpretación o apreciación de los hechos por el juzgador, con la natural consecuencia de una indebida aplicación de la ley.

No se trata, entonces, de la inobservancia o violación de las formas propias del juicio, que pudiera dar lugar a la nulidad supralegal o constitucional. Y por no ser así, el equivocado planteamiento del señor apoderado, releva a la Sala de todo examen a fondo; en este acápite, de la prueba de cargo contra el acusado.

2º—Respecto a la **causal segunda,** dos son los cargos, como atrás se expresó:

Afirma el demandante que el fallo condenatorio contra Segura descansa exclusivamente en el testimonio de la señora Esther vda. de Ortiz, declarante a quien estima sospechosa y no digna de credibilidad, por no estar en condiciones anímicas propicias para escuchar la conversación habida entre González Barreto y su poderdante, apenas ocurrido el homicidio en la persona de Eladio Cardona.

Pero no es verdad que la sentencia se apoye en ese solo testimonio. En los autos obran, con mérito de indicios graves, concatenados y lógicos, otros varios elementos de convicción, de los cuales se ocupó a espacio el Tribunal para asentar sus conclusiones.

Se tiene, en primer término, la declaración del señor Heriberto Franco Uribe (fls. 1 y 2 del cuaderno 1º). De ella conviene destacar:

"..... ....

"entonces Joaquín se salió para la calle, cuando volvió a entrar y le exigió a Eladio que le entregara una carabina que éste portaba y yo se la había visto portar a Eladio momentos antes de suscitarse el disgusto, que la tenía tapada con una ruana; y Eladio dijo que no la entregaba, que se la entregaba al que se la había dado a él; pero no dijo quién era el que se la había dado; entonces Joaquín dijo que se la entregara a las buenas o las malas; entonces Chucho sacó un revólver y le enfocó al rincón donde estaba Eladio, pero antes de enfocarle Chucho a Eladio, ya lo tenía encañonado Joaquín con revólver, diciéndole que si no le entregaba la carabina, tenía corazón para matarlo; en ese momento oí un disparo, cuando lo tenían encañonado Joaquín y Chucho a Eladio, pero no supe de cuál de los dos revólveres saldría porque ambos lo tenían encañonado. Entonces fue cuando al oír el primer disparo yo me dirigí hacia la alcoba, cuando oí los quejidos y me encerré en la alcoba y tranqué la puerta, unos minutos después me llamaron, entonces a mí me dio miedo, y como las mujeres siempre las respetan más, le dije a Esther Rozo, que estaba ahí, que saliera ella y salió y lo cual Joaquín le dijo que le vendiera dos cervezas y también me llamó a mí para advertirnos a los dos que si divulgábamos quién había matado a Eladio que nos mataba a nosotros también".

Este testigo, así como la señora Esther Rozo vda. de Ortiz —quien declara a fls. 4 y 5 del cuaderno 1º— fueron sometidos a diligencias de careo (fls. 75 a 80 del mismo cuaderno), siendo de observar la sospechosa conducta del acusado, quien se mantuvo en la negativa de todos los hechos, inclusive el de haber estado en el lugar del delito en el día y hora en que éste ocurrió, no obstante estar plenamente acreditado en el proceso su presencia allí y su intervención en todos los antecedentes de la tragedia.

La diligencia de levantamiento del cadáver —fls. 3— estableció que "requisados los bolsillos laterales se encontraron voltiados al revés, lo que demuestra fueron requisados antes de haberse practicado la diligencia de levantamiento".

Por último, hay prueba plena en los autos, de que el ofendido tenía en su poder, antes de ser ultimado, una carabina y un reloj de pulso, objetos de los cuales se apoderaron los acusados, una vez perpetrado el homicidio.

Son, pues, plurales los indicios que comprometen a Segura como partícipe en la comisión del delito de robo por el cual viene respondiendo en la causa. Su grado de participación, que la instancia situó dentro de los términos del artículo 19 del C. P. no es una calificación desatentada, ni cabe argüir que al apreciar la prueba en este aspecto el Tribunal incurrió en yerro.

Se sabe que Segura, haya o no tomado parte en el delito de homicidio, secundó a González Barreto con una acción intimidativa sobre la víctima, "encañonándolo con su revólver", y que, consumado el delito principal, ejecutó la sustracción de efectos de propiedad del occiso. En otros términos, voluntariamente cooperó al delito de robo y en este designio concursó, como coautor, con el

homicida, actividad que, independientemente de los actos que se realicen, da lugar a la aplicación del acotado artículo.

La errada interpretación o apreciación en lo tocante a la reincidencia, que también se alega al invocar la causal primera, no hay para qué considerarla, pues el punto fue debidamente tratado por el señor Procurador, a cuyos conceptos se atiene la Sala en este particular.

La causal segunda en juicio de puro derecho, como lo ha dicho y repetido la Corte en innumerables fallos, sólo tiene fundamento cuando el fallador al apreciar los hechos y los elementos de prueba que los sustentan, yerra de modo manifiesto o flagrante, atribuyéndoles un valor que no tienen o negándoles el que les es propio. Pero una simple diferencia de criterio en la racional interpretación de la prueba o la crítica accidental a uno u otro medio de convicción, no son motivo suficiente para dar por demostrada la causal segunda de casación. Y los jueces tienen un prudente arbitrio dentro del sistema legal-moral que rige el procedimiento penal colombiano para estimar las pruebas.

3º—Violación de la ley penal.—La causal primera, tampoco es aceptable.

En modo alguno la sentencia acusada viola los numerales 1º y 4º del artículo 404 del C. P. Es del todo evidente que hubo en la comisión del delito de robo —consecuencial del homicidio— el empleo de armas. Esto se predica de una manera inmediata con relación a González Barreto, quien disparó contra Cardona, pero es circunstancia de calificación deducible al recurrente porque ella no está condicionada a que en efecto las armas sean empleadas contra la víctima, puesto que es suficiente que sirvan de medio intimidativo en el delito de robo.

Por otra parte, el delito antecedente, expresión máxima de violencia, virtualmente se vinculaba al procesado Segura al participar en el atentado contra la propiedad, lo que da existencia jurídica a la circunstancia de calificación prevista en el ordinal 4º del artículo 404 del C. P.

La aplicación del artículo 19 del mismo estatuto para deducir responsabilidad penal a Segura como coautor del robo, ya se dijo que era una estimación jurídica adecuada, y como ningún razonamiento aporta la demanda para establecer el error que gratuitamente afirma, nada tiene que argumentar la Sala en este particular.

En cuanto a indebida aplicación de otros textos del C. P. (artículos 33, 34 y 38), suficiente es decir que no tiene razón el demandante en los cargos: la reincidencia, genérica o específica, da lugar a la agravación de la pena; el mínimo imponible para el delito de robo —caso del artículo 404— es de seis años de presidio, de donde resulta que el fallo señaló la sanción mínima, sin considerar circunstancias de mayor peligrosidad en contra del acusado; y, por último, para ningún efecto tuvo en cuenta la sentencia el artículo 33, que regula el concurso o la concurrencia material de delitos, problema ajeno a los autos.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — El Secretario, Pio-quinto León.

BIBLIOTECA

INFUNDADA ACUSACION, CON INVOCACION DE NULIDADES LEGALES Y CONSTITUCIONALES, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO POR DOBLE HOMICIDIO Y ROBO

1.—En varias ocasiones ha reiterado esta Corporación que la invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación ni su estudio obliga a la Corte (artículos 198 y 567 (ordinal 4º) del C. de P. Penal. Artículo 26 de la Constitución Nacional).

2.—El Decreto 3.562 de 1949, que dio competencia a la justicia castrence para el conocimiento y juzgamiento de ciertos delitos, hizo expresa relación al Código Penal Militar por entonces en vigencia (Ley 3ª de 1945), Código que fue sustituído por el que se expidió por medio del Decreto 1.125 de 31 de marzo de 1950, el cual reglamentó todo lo referente a la justicia penal militar y, en ese orden de ideas, subrogó el citado Decreto 3.562, dejándolo sin aplicación posible. Por consiguiente, mal puede pretenderse que se tengan en cuenta sus disposiciones, para que con arreglo a ellas se defina lo relativo a la competencia para conocer de delitos cometidos cuando estaba ya en vigencia el Código de 1950.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, febrero quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto de la sentencia del 22 de enero del año pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo condenó a los procesados José Eustaquio Pérez y Luis Eduardo Riveros o Rivera, como responsables del doble delito de homicidio en los señores Campo Elías Pinto y Miguel Patiño, y de robo en cuantía de mil pesos, a la pena de veinte años de presidio cada uno y accesorias correspondientes.

Antecedentes:

En el amanecer del 5 de julio de 1952 salieron del Corregimiento de "El Morro", comprensión del Municipio de "El Yopal", con destino a la población de Labranzagrande, los señores Campo Elías Pinto, Miguel Patiño, Efraín Silva, Aníbal Rincón, Santiago Holguín, Arminta Ojeda, Felipe Salamanca y Braulio Antonio Reyes y al dar los dos primeros al punto de "Piedra Parada", un poco separados de sus compañeros, fueron asaltados por los señores José Eustaquio Pérez y Luis Eduardo Riveros, quienes luego de que les quitaron el dinero que llevaban, les dieron muerte, al citado Pinto, por medio de un disparo de revólver y numerosos machetazos, y a Patiño, a machete, a uno y otro en forma tan atroz que prácticamente los destrozaron.

Calificación de los hechos:

El conocimiento de los hechos narrados correspondió al Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el cual en auto del 23 de octubre de 1956 llamó a juicio a los mencionados José Eustaquio Pérez y Luis Eduardo Riveros por los delitos de homicidio en los señores Campo Elías Pinto y Miguel Patiño, así como también por el de robo "en suma fluctuante entre ochocientos a mil doscientos pesos". Esa determinación, en donde se dejaron planteadas varias circunstancias de asesinato para ambos ho-

micidios, fue confirmada por el Tribunal Superior del citado Distrito en providencia del 17 de mayo de 1957. El 30 de julio de 1958 se dio comienzo a la audiencia pública, la cual sólo terminó el 18 de marzo de 1959 en razón de que fue necesario suspenderla a efecto de que el Tribunal Superior Militar resolviera una petición de amnistía formulada por el procesado José Eustaquio Pérez. El Jurado condenó a los dos procesados por los tres delitos exactamente dentro de las modalidades del llamamiento a juicio. Con fundamento en el veredicto del Juzgado, en sentencia del 27 de abril de 1959, impuso a cada uno de los acusados la pena principal de veintitrés años y medio de presidio, pena que reformó el Tribunal Superior en su fallo del 22 de enero del año pasado para dejarla en veinte años de presidio. Contra ese fallo de segunda instancia recurrió en casación únicamente el procesado señor José Eustaquio Pérez.

Demanda de casación:

El recurrente, por conducto de apoderado y dentro del término legal, presentó la correspondiente demanda de casación, ceñida en un todo a las exigencias del artículo 531 del C. J., aplicable en materia penal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7º del C. de P. P. En ella se invoca como única causal la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del citado estatuto de procedimiento. Con fundamento en esa causal se formulan al fallo acusado tres cargos, los cuales se procede a reseñar con las razones que se presentan para justificarlos.

Incompetencia de jurisdicción.—Sostiene el recurrente que la justicia ordinaria no podía entrar a conocer del proceso por carecer de jurisdicción, la cual es de la justicia castrence con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 3.562 de 1949, "que dio a los Consejos Verbales de Guerra competencia para conocer del delito de homicidio cuando esta infracción fuera cometida en conexión con otros delitos tales como los de rebelión, sedición, robo, etc.". Luego dice:

"José Eustaquio Pérez Siabato y el fallecido Luis Eduardo Riveros o Rivera, condenados a la pena principal de veinte años de presidio para cada uno, al dar muerte violenta a los señores Campo Elías Pinto y Miguel Patiño, el día 5 de julio de 1952, fecha ésta en que se hallaba todo el territorio nacional en estado de sitio y turbado el orden público, formaban parte activa como soldados de las guerrillas de los llanos orientales, compuestas por individuos alzados en armas contra el Gobierno Nacional, en franco y típico acto catalogado por las leyes penales como delito de rebelión. Los delitos por los cuales fueron condenados fueron cometidos en desarrollo de esa condición inequívoca de rebeldes y cumpliendo órdenes superiores no sujetas a deliberación personal".

Y más adelante:

"El deber del juez de primera instancia y del Tribunal Superior que conocieron de este asunto, no era otro que haber reconocido la nulidad existente y pasara el negocio al conocimiento de la justicia penal militar cuya competencia es indiscutible conforme a los razonamientos de hecho y de derecho arriba expuestos. La nulidad que versa sobre incompetencia de jurisdicción es de orden público en todos los juicios y con mayor razón cuando tratan sobre materia penal. Esta nulidad no puede ser enmendada o subsanada. La sentencia impugnada extraordinariamente viola, por lo tanto, el artículo 198 del C. de P. P., y la causal 4ª de casación señalada en el artículo 567 de la misma obra, queda perfectamente fundada. Si la Honorable Corte resuelve admitir esta causal que propongo, sería el caso de que decretara la nulidad absoluta de todo el proceso y en su lugar disponer que el proceso pase a la justicia penal militar por competencia".

Error relativo a la denominación jurídica del delito

Como segundo cargo al fallo acusado se presenta el de que a juicio del recurrente en la calificación de los hechos mediante el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, tema sobre el que se discurre así:

"....la actividad delictiva básica imputable a mi defendido encaja jurídicamente en el art. 139 del C. P., que tipifica y castiga el delito de rebelión, con la salvedad de que en este caso concreto, Pérez Siabato apenas formó parte de los "individuos comprometidos en la rebelión", como simple soldado o guerrillero. Y, enfocados los reatos desde el punto de vista de la rebelión, Pérez Siabato, después de un nuevo proceso ventilado con el lleno de las formalidades legales, no quedaría sujeto a responsabilidad alguna por la comisión de aquellas en virtud de lo expresamente ordenado en el artículo 141 del C. P. ya que esos

homicidio y el robo son conexos con el delito de rebelión y fueron cometidos en el acto de un combate o ataque de guerrilleros ordenado por la jerarquía rebelde a la cual no pertenecía".

Violación de las formas del juicio

El último cargo al fallo hace relación a las formas del juicio garantizadas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, las cuales, en sentir del recurrente, fueron violadas en orden a que en los cuestionarios que se propusieron al Jurado con respecto a los homicidios imputados a los señores José Eustaquio Pérez y Luis Eduardo Riveros, no se planteó la modalidad de complicidad correlativa que se reconoció en el auto de proceder.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, con el juicio e inteligencia que le son característicos, estudia la demanda de casación en forma detallada y rigurosa para concluír que no proceden los cargos que se formulan al fallo acusado invocando la causal 4ª y en que, por lo tanto, no debe ser invalidado.

Se considera:

Como puede apreciarse, los tres cargos que se hacen a la sentencia recurrida, todos ellos con invocación de la causal 4ª de casación, se pretenden sobre la base de nulidades, dos de ellas de carácter legal, previstas en los ordinales 1º y 8º del artículo 198 del C. P., **incompetencia de jurisdicción y error relativo a la denominación jurídica de la infracción,** y la otra de carácter constitucional por **violación de las formas del juicio garantizadas en el artículo 26 de la Carta.**

La invocación de nulidades, como lo ha reiterado en varias ocasiones esta Corporación, "que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación ni su estudio obliga a la Corte". En el caso de autos ninguna de las tres nulidades que se invocan fue alegada en las instancias. No obstante esta circunstancia, a efecto de abundar en razones que justifiquen la conclusión a que habrá de llegarse, se procede a examinar cada uno de esos cargos.

El primer cargo, como quedó expresado, se refiere a la supuesta falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para juzgar a los señores José Eustaquio Pérez y Luis Eduardo Rivero, parecer que se emite sobre la base de que, en sentir del recurrente, ha debido aplicarse el Decreto 3.562 de 1949 y en esta suerte dejar el conocimiento de los hechos a la justicia castrense, precisamente por ser ella la competente.

El Decreto 3.562, invocado por el recurrente, hizo expresa relación al Código Penal Militar en vigencia para la fecha en que se expidió, vale decir, al que integra la Ley 3ª de 1945, Código que fue sustituído por el que se expidió por medio del Decreto 1.125 del 31 de marzo de 1950, el cual reglamentó todo lo referente a la justicia penal militar, y en ese orden subrogó el citado Decreto 3.562 de 1949. Subrogado ese estatuto, como es racional, no podía seguirse aplicando y entonces la competencia para conocer del proceso contra Pérez y Riveros en modo alguno podía definirse con arreglo a las disposiciones del predicho Decreto ya sin existencia legal. En estos términos se echa de ver, en forma clara, que ese primer cargo al fallo carece de justificación, lo que quiere decir que no procede ni puede prosperar.

El recurrente, en la fundamentación tanto del primer cargo como del segundo al fallo acusado, sostiene que los procesados consumaron los delitos porque fueron condenados en conexidad con el delito de rebelión y "en el acto de un combate o ataque de guerrillas ordenado por la jerarquía rebelde".

Desde luego, a lo largo de todo el expediente, no se habla de ningún delito de rebelión, como que todo el proceso se contrae, única y exclusivamente, a los delitos de homicidio en los señores Campo Elías Pinto y Miguel Patiño, y al delito de robo de que fueron víctimas. En estos términos no era posible que esos tres ilícitos se hicieran jugar, para los efectos del juzgamiento, en conexidad con un delito de rebelión que ni siquiera fue mencionado en la actuación procesal, no precisamente porque se hubiera querido prescindir caprichosamente de ese tipo delictuoso, entendido en la demanda como básico, sino porque la prueba recogida en modo alguno daba margen para ello.

En efecto, respecto a la forma y condiciones en que fueron muertos los señores Campo Elías Pinto y Miguel Patiño y, además, robados, el expediente sólo cuenta con los testimonios de los señores Efraín Silva (fls. 5 y ss. a 31 v. del primer cuaderno), Aníbal Rincón (fls. 8 y ss. y 44 y 45 ibidem), Santiago Holguín (fls. 10 y ss. y 37 y 38 del mismo cuaderno), Arminta Ojeda (fls. 13 y ss. y 32 y 33 ibidem), Felipe Salamanca (fls. 39 y 40 del citado cuaderno) y, por último, Braulio Antonio Rojas (fls. 78 y 79 ibidem). El conjunto de estos testimonios establece que los predichos Pinto y Patiño perdieron la vida por acción de los procesados Pérez Siabato y Rivera en una emboscada que les hicieron sus victimarios

con el único objeto de robarlos, principalmente al primero que, conforme a los autos, era el del dinero. Esa es la realidad ostensible, concreta y fría de que dan cuenta los seis testigos en mención.

Es cierto que el procesado Pérez Siabato refirió en su indagatoria (fls. 29 y ss. y 63 v. y ss. del primer cuaderno) que para la época de los sucesos de que se trata formaba parte de un "grupo de guerrilleros" y que en esa suerte, cumpliendo órdenes "del comandante de la guerrilla Verardo Giraldo" en compañía de un tal José, le salió al camino al señor Campo Elías Pinto con el fin de darle muerte, no obstante lo cual apenas se limitó a quitarle "la peinilla y el cuchillo" para en seguida retirarse, como se lo mandó su compañero, versión que concluye en los siguientes términos:

"...yendo como a veinte metros oí un disparo y un grito que dijo: Ay! me mataron!: yo fui y le pasé la noticia a la gente; seguimos, por el camino nos alcanzó José... José le disparó a Campo Elías Pinto con un revólver 44; yo portaba uno 32 largo, con seis tiros y no hice ningún disparo... Yo ví ahí uno que quedó con Campo Elías, no sé si sería él (se refiere a Miguel Patiño). Fue muerto también por José, lo digo porque José fue el único que quedó con los dos hombres; no sé en qué forma le daría muerte".

De manera que el señor Pérez Siabato, conforme a sus propios asertos, no participó en las muertes de los señores Campo Elías Pinto y Miguel Patiño, las cuales atribuye a su compañero el tal José, a quien termina por indicar con el apellido Pérez. Tampoco tuvo que ver con robo alguno, delito que a su vez imputa al mismo José de su versión.

El procesado señor Pérez Siabato resulta entonces, de acuerdo con las manifestaciones de su indagatoria, colocado en la órbita de un simple testigo, lo que evidentemente contrasta y choca con lo que expresan en sus declaraciones los señores Efraín Silva, Aníbal Rincón, Santiago Holguín, Aminta Ojeda, Felipe Salamanca y Braulio Antonio Rojas, los cuales en conjunto —se repite— señalan que los señores Campo Elías Pinto y Miguel Patiño fueron muertos, con el fin de robarlos, por los acusados señores José Eustaquio Pérez y Luis Eduardo Rivera, no sin advertir que fue el citado Pérez el que primero avocó al señor Pinto para, revólver en mano, quitarle el dinero que llevaba y comenzar luego el mortal ataque por medio de un disparo en contra del mismo Pinto.

En las condiciones que se observan, apenas era obvio que el investigador y más tarde el señor Juez 2º Superior a quien correspondió el conocimiento, hubieran dejado de lado, sin darles la más mínima importancia, los asertos de Pérez Siabato, colocado en la actitud del sindicado que para tratar de escapar a su propia responsabilidad, se convierte en acusador, que al mismo tiempo que se cubre, protege al que lo ha acompañado en la violación de la ley, como es el caso de autos, toda vez que Pérez inculpó de los tres delitos a que se refiere el proceso a una especie de fantasma a quien colocó el remoquete de José, sin decir absolutamente nada con relación al señor Luis Eduardo Rivera, su verdadero socio en la comisión de los crímenes.

El delito de rebelión no tuvo, pues, ningún asomo en el proceso y, en consecuencia, no había razón para que, en la calificación del sumario, donde sólo aparecían dos homicidios y un robo, se le viniera a tener en cuenta. En estas condiciones cabe entonces concluír en que no procede tampoco el segundo cargo, que se formula al fallo acusado.

El tercer cargo a la sentencia, también con invocación de la causal 4ª, se hace consistir, según se dijo, en que, en sentir del recurrente, en el auto de proceder se reconoció la modalidad referente a complicidad correlativa, no obstante lo cual, en la redacción de los cuestionarios, dejó de incluírse. El señor Procurador, respecto a este punto, emite los siguientes razonamientos, que la Sala comparte sin ninguna reserva:

"Esta es enunciada, en un todo de acuerdo con lo que acabamos de analizar, y de la manera siguiente:

" 'Afirmamos que los homicidios juzgados fueron cometidos en complicidad correlativa y esta figura jurídica fue expresamente contemplada en el auto de proceder, pero sin darle la denominación legal consagrada en nuestro Código Penal' ".

"Agrega que:

" 'En la parte motiva del auto enjuiciatorio se estudiaron las múltiples circunstancias probatorias que obligaron al a-quo a aceptar la imposibilidad en que se hallaba de singularizar el autor de cada uno de los homicidios.

"Y que

" 'Los interrogatorios propuestos a los señores jurados en la audiencia pública, contrariaron el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, pues en ellos se

omitió un hecho esencial: la complicidad correlativa planteada en la calificación' ".

"Se contesta:

"Obsérvese que todo el argumento defensivo se apoya en el hecho de haberse dicho en el auto de vocación a juicio, proferido en la primera instancia, lo que a continuación se copia:

"Claro está y esto es muy natural, que el grupo de cargo no precisa ciertamente la actividad de cada sujeto en estos sangrientos acontecimientos".

"Pero esta única frase incidental, que carece de trascendencia jurídica-procesal, no puede considerarse como significativa de que el juzgador halló probada una complicidad correlativa predicable de los delitos de homicidios a que el mismo enjuiciamiento alude, desde luego que del contexto íntegro del auto de vocación a juicio, como del propio de la providencia del H. Tribunal, a virtud de la cual fue confirmado dicho encausamiento, se infiere fácilmente que a los procesados se les hizo el cargo de coautores de los delitos de sangre investigados. Duda ninguna fue reconocida por tales providencias en relación con la manera como cada uno de los incriminados cooperó en la ejecución de las muertes ocasionadas a Campo Elías Pinto y Miguel Patiño. Por consiguiente, esa pretendida complicidad correlativa, equivalente, como se sabe, a una deficiencia en la prueba relativa a la autoría de un homicidio, en cuya ejecución toman parte más de dos sujetos, es inaceptable, con más veras cuando el propio señor defensor del procesado —hoy recurrente en casación— no objetó la calificación dada al ilícito, sino que, antes bien, la aceptó según se desprende de lo siguiente que puede leerse al folio 169 del cuaderno segundo:

" 'Y téngase presente que los cargos hechos en el auto de proceder no son de complicidad sino de AUTORIA MATERIAL y que la sentencia debe ser acorde con dichos cargos. (C. de P. P., artículo 159, regla 6ª)' ".

"Carece, pues, también de fundamento esta segunda cuestión tratada por la demanda para fundamentar la causal invocada".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación propuesto contra la sentencia que fue materia de estudio en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.



PRINCIPALMENTE POR ERRADA INTERPRETACION DE LOS HECHOS, SE ACUSA UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITO DE ASESINATO

1. — Si la sentencia acusada en casación examina con todo cuidado determinada pieza procesal (por ejemplo, la indagatoria del procesado o una declaración de testigo) y tras este examen concluye por no darle crédito, no por simple capricho u obstinación, sino porque no ha resistido tal análisis y se ofrece como carente de veracidad, no queda fundamento para deducir que se le desconoció su valor probatorio y que se incurrió así en error de hecho (artículo 567, numeral 2º, del C. de P. Penal).

2.—No es dado oponer al juicio del fallador, que no se ha excedido en la apreciación de las pruebas, ni en forma notoria o protuberante ha errado en su calificación, un simple criterio de oposición al valor de esa misma prueba, fundado en conjeturas o tachas no demostradas, porque eso llevaría a autorizar la casación de todos los fallos y a dejar sin bases la prudente y necesaria autonomía de los jueces en su función juzgadora (567, 2º, del C. de P. Penal).

3.—La Corte ha sido enfática y bastante explícita: el error de hecho consagrado como causal de casación (567, 2º, del C. de P. Penal), tiene sus precisos alcances y da lugar a que el recurso prospere en cuanto el demandante logre demostrar que la sentencia fue edificada sobre una prueba sin contenido incriminatorio, ausente de credibilidad, contradictoria en su contenido o procesalmente incapaz de mantener el cargo o alguna de sus específicas circunstancias.

4.—Cuando, en proceso por homicidio con arma de fuego, no se dispone de prueba directa y además el sindicado niega toda actividad criminosa, determinando así la ausencia total de la más mínima cualificación en el informativo, pero los indicios prueban en debida forma que el hecho le es imputable al procesado, suficiente es atender, para estructurar el dolo homicida a las circunstancias relativas a la naturaleza del arma, localización de la herida o heridas en el cuerpo de la víctima, poder ofensivo del disparo y resultado mismo de la acción criminal (artículo 362 del C. Penal).

5.—No es gratuita la calificación de asesinato, deducida del ordinal 5º del artículo 363 del C. Penal, cuando el ataque no sólo se produjo de manera sorpresiva, tomando a la víctima desprevenida y confiada por los inmediatos antecedentes de fingida amistad, sino que el agresor descargó su arma de manera aleve y traicionera, cuando el occiso le daba la espalda para marcharse tranquilamente.

6.—La aplicación del Decreto 012 de 1959 al juzgamiento de delitos cometidos antes de su expedición y vigencia, vicia el procedimiento por entrañar quebranto de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, febrero quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga —Sala de Decisión Penal— condenó, por sentencia de 27 de abril del año próximo pasado, a Fabio López Hoyos, como responsable del delito de homicidio en la persona de Hernán Mejía Garcés, a la pena principal de quince años de presidio y a las correspondientes sanciones accesorias. Reformó este fallo el proferido por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito el 30 de octubre de 1959, en el cual la pena impuesta

era la de veinticuatro años de presidio por considerar al acusado responsable del referido homicidio y del recaído en la persona del doctor Oscar Bejarano Montoya, causas que fueron acumuladas por el Juzgado del conocimiento.

El Tribunal no estimó probada la responsabilidad de López Hoyos por el segundo cargo y, de acuerdo con lo preceptuado en el decreto 0012 de 1959, dictó en su favor **sobreseimiento temporal.**

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el señor defensor, doctor Gustavo Castro Uribe, el recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito procede la Corte a decidir, agotados como están los trámites de la ley.

Hechos:

El homicidio, calificado de asesinato por las específicas circunstancias de agravación que lo acompañaron, y del que fue víctima el señor Mejía Garcés, lo relata la providencia recurrida así:

"Se entra ahora a estudiar lo relativo al homicidio cometido en la persona de Hernán Mejía Garcés. Este individuo se encontraba detenido en la cárcel de Anserma por cuanto aparecía sindicado de ser el autor de la muerte de Octavio Duque, pero por su buena conducta se le permitía ir a dormir a casa de sus padres.

"El día 14 de septiembre de 1951 a eso de la una de la tarde venía de su casa hacia la cárcel el señor Hernán Mejía, siendo invitado por Fabio López H. al pasar por frente de la cantina o café de Enrique Parra para que entrara y se tomara una cerveza; allí se pusieron a conversar por espacio de unos quince minutos pero cuando Hernán Mejía iba a salir de la cantina para continuar su camino sonó un disparo, cuyo proyectil hizo blanco en la cabeza de Mejía, ocasionándole la muerte en forma casi instantánea".

Demanda de casación

En el extenso escrito que obra de fls 16 a 49 del cuaderno 4º del expediente, el doctor Carlos Arturo Gil, a quien el acusado confirió poder para asistirlo ante la Corte, formuló la demanda de casación, ceñida en un todo a las prescrpiciones legales. Contiene, en primer término, una relación de los hechos, no acogida por el señor representante del Ministerio Público, y, en segundo lugar, una a manera de síntesis de la actuación procesal, a partir del 14 de septiembre de 1951, fecha en que fue abierta la investigación en la Alcaldía de Ansermanuevo por la muerte del señor Hernán Mejía Garcés.

Previa esta parte histórica entra la demanda a ocuparse de las causales de casación que estima fundadas para la acusación del fallo, y que son:

Causal segunda, en el orden seguido por el artículo 567 del C. de P. P., por "errada interpretación o apreciación de los hechos", deduce cinco cargos contra la sentencia.

Es el **primero** "errada interpretación y apreciación de los hechos contenidos en las declaraciones, careos e inspección ocular rendidos dentro del cuaderno respectivo por el testigo Enrique Parra a folios 2, 36, 38, 70 y 76, y por el testigo Gilberto González a folios 2 vto., 33, 38, 37 vto., 67 y 75, por cuanto en la sentencia acusada les fueron dados un valor probatorio que no tienen, o se les negó el que sí tienen, o no se les tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, siendo elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad del supuesto autor y circunstancias que influyeron en la determinación de la sanción, habiendo sido esas erradas interpretación y apreciación las causas de haberse condenado a Fabio López Hoyos, por lo cual se violaron los artículos 11, 92 y 363 en relación con su ordinal 5º del C. Penal, y 203, 204, 205, 206 y 436 del C. de P. P., así como el 7º del decreto extraordinario número 0012 de 1959, junio 4".

Aunque el recurrente hace expresa mención de violaciones concretas de preceptos, tanto del Código Penal como del de Procedimiento, sin invocar, al menos subsidiariamente la **causal primera de casación**, debe entenderse, para los efectos del recurso, que sobre el examen del **error de hecho** ha de concretarse el estudio de la Corte, siendo evidente que de existir la indebida interpretación o apreciación de la prueba, por fuerza incide, de modo indirecto en el **error de derecho.**

Los hechos tomados en cuenta por el señor apoderado para afianzar el **primer cargo** hacen relación a los testimonios rendidos por Enrique Parra y Gilberto González, de los cuales acogió el Tribunal únicamente sus primeras deposiciones, sin prestar mérito a las posteriores "en cuanto modificaron aquellos o vinieron a establecer hechos que antes no habían dado a conocer".

"Casi todos los hechos que acabamos de señalar —dice el demandante refiriéndose a los que aparecen de los aludidos testimonios— fueron erradamente interpretados y apreciados en la sentencia acusada; para mayor orden y claridad podemos precisar los siguientes:

"a)—Que fue Fabio López Hoyos el que invitó a Hernán Mejía Garcés a que entrara y se sentara a la misma mesa, y el acto mismo de la invitación, quitándoles el carácter amistoso que tienen para imprimirles una torpe insidia;

"b)—Que Fabio López Hoyos y Hernán Mejía Garcés quedaron solos dentro del salón cuando se retiraron Parra y González;

"c)—El disparo que se escuchó y por el cual fue muerto Hernán Mejía Garcés; y

"d)—Haberse visto a Fabio López después de la detonación oída cuando se encontraba al pie de la acera de la primera puerta del café, con un revólver en la mano, que guardó por entre la pretina de los pantalones y luego siguió a paso rápido por la carrera".

Estima el recurrente que el Tribunal concedió a esas declaraciones iniciales un valor probatorio que no tienen construyendo sobre ellas la responsabilidad del acusado, no obstante que no demuestran que éste haya sido el autor del disparo, ni que —admitido este supuesto— hubiera procedido con el propósito de matar. También reclama del fallador el haber descartado, arbitrariamente, las posteriores declaraciones de los mismos testigos, que modifican sustancialmente sus primitivas versiones.

En la debida oportunidad hará la Sala el examen de la prueba criticada y la confrontará con los demás elementos de juicio que obran en el proceso a efecto de estimar el mérito del cargo y si en verdad, para proferir fallo condenatorio eran indispensables las diligencias que en nueve ordinales enuncia la demanda.

El **segundo cargo** se refiere a "Eradas interpretación y apreciación de los hechos contenidos en la indagatoria del procesado a folios 60 y ss., en la declaración del testigo Martín Antonio Hernández Espinosa de folios 67 vto., en la declaración de Rogelio Salazar de la Pava, de folios 68 vto. y de Luis Angel Marín de folio 71, por cuanto en la sentencia no se les tuvo en cuenta a pesar de estar acreditados o se les negó el valor probatorio que tienen, violando las mismas disposiciones anotadas para el 'primer cargo' ".

La indagatoria y testimonios a que se alude, como habrá ocasión de decirlo, son piezas del proceso que por el tiempo, modo y condiciones en que se produjeron estaban destinadas a quebrar las relacionadas en el cargo anterior; piezas que el Tribunal valoró y sometió a una racional crítica hasta reducir al mínimo su credibilidad y demostrar que son pruebas amañadas para oscurecer la verdad de lo ocurrido.

Estas pruebas las estudiará con toda amplitud la Sala y las confrontará con las anteriores que incriminan al acusado.

El **tercer cargo**, especie de simbiosis de los dos primeros, se refiere al error en la "interpretación y apreciación de todos los hechos enunciados en los dos 'cargos' anteriores, contenidos en las pruebas allí también examinadas, por cuanto al considerarlas individualmente o en conjunto plena prueba de la responsabilidad de López Hoyos y condenarlo, se les atribuyó un valor de prueba que, como se ha demostrado, no tienen, no tomándolas en cuenta (sic) a pesar de estar acreditadas en el proceso junto con su ostensible deficiencia probatoria, siendo éste uno de los motivos para que se le condenara y no se le sobreseyera definitivamente, o por lo menos en forma temporal, violando las mismas disposiciones ya citadas, y además el artículo 7º del decreto extraordinario número 0012 de 4 de junio de 1959".

Insiste el señor apoderado que no hay en los autos plena prueba de la imputación y menos de su responsabilidad como autor de un homicidio común al no haberse acreditado el propósito de matar, lo que "quiere decir que no se puede subsumir en la norma penal del artículo 362, aquel hecho, y menos dar aplicación al ordinal 5º del siguiente artículo 363". "Por otro aspecto —agrega la demanda— el dolo penal no se presume en el delito de homicidio, que a esto equivale afirmar que una persona ha matado cuando no se le ha podido demostrar la comisión del acto físico en que aquello consiste".

El **cuarto cargo**, que no podría calificarse de infundado sino simplemente de gratuito, consiste según los propios términos del recurrente:

"Erradas interpretación y apreciación de los hechos contenidos en el proceso penal que se adelantó por la muerte del doctor Oscar Bejarano Moncayo, y que por el imperio del decreto extraordinario 0012 de 4 de junio de 1959 se acumuló con el que se adelantaba por la muerte de Hernán Mejía Garcés, haciéndolos obras (sic) como si existieran dentro de este proceso y atribuyéndoles, por consiguiente, un valor probatorio que no podían tener, lo que influyó para la condenación del procesado, con violación expresa de las disposiciones tantas veces mencionadas y del artículo 26 de la Constitución Nacional".

El motivo de impugnación aparece fundado en algunas consideraciones que la sentencia hace sobre algunos incidentes que se presentaron en el

proceso seguido contra el acusado por la muerte del doctor Bejarano Moncayo, demostrativos de la conducta parcial de los funcionarios encargados de la investigación y del empleo de medios coactivos o de amenaza contra los testigos, a fin de alejar a los testigos e impedir el esclarecimiento de los hechos. Esa consideración de la instancia, no empece a lo que el demandante afirma, nada tiene que ver con el fondo de la cuestión porque precisamente no hubo condena por ese homicidio, y si se consigna en el proveído es apenas para describir el ambiente de inseguridad e impunidad en el lugar de comisión de los delitos.

El **quinto cargo** —último con base en la **causal segunda**— vuelve sobre el mérito atribuído en la sentencia a los testimonios de Enrique Parra, Gilberto González, Rogelio Salazar, Luis Angel Marín, Antonio Hernández Espinosa y a la indagatoria de López Hoyos, para dar por establecido el propósito homicida, cuando de esa prueba, estima el demandante, no aparece demostrado el elemento intencional de la infracción.

Son fundamentos finales del expresado cargo:

"¿Si no se logró demostrar el simple elemento físico del delito, cómo deducir de la misma prueba que sirvió para establecer ese aspecto, un grado de fuerza probatoria mayor para comprobar la intención dolosa específica de matar? Podrá redargüirse que la prueba del dolo será el mismo resultado que se le imprimió a la acción. Mas si la prueba indiciaria se ha quedado a la mitad del camino, sin poder vincular causativamente el efecto con la causa, ¿cómo hacer uso de un círculo vicioso para dar por demostrado lo que se tiene que demostrar?

"Y esto que se afirma del simple propósito de matar, también se hace extensivo a la prueba de la circunstancia de asesinato contenida en el ordinal 5º, artículo 363 del Código Penal. Pero, al darse por demostrada plenamente, este agravante (sic) se ha violado la ley penal, 'cargo' éste que será motivo de estudio en la siguiente causal. En el presente caso se han violado las mismas disposiciones leagles, a saber :artículos 203, 204, 223 y 159 del C. de P. Penal, y 11, 92, 362 y 363 del C. Penal, por las mismas razones anotadas".

Causal primera.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Concretamente es invocada por haberle sido deducida una de las circunstancias de calificación del homicidio previstas en el ordinal 5º del artículo 363 del C. P. que colocó "a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad". La circunstancia según se desprende de la motivación del fallo, es la **insidia**. "Completamente indefensa estaba la víctima —dice el Tribunal—, nada le hacía presentir el trágico fin que le esperaba, dada la forma insidiosa como se le presentaba el sindicado, comportándose de manera que le infundía confianza en que ningún peligro corría, pero cuando desprevenido se iba a marchar, vino el golpe certero y letal que traicioneramente se le dio...".

A este punto de puro derecho, circunscribe el señor apoderado el cargo contra el fallo con base en la causal primera, pues todas las demás violaciones de la ley a que alude en la primera parte de su demanda las comprende, de modo exclusivo, en la causal segunda.

Aquí, como en los anteriores cargos, la invalidez de la sentencia se hace depender de los defectos de la prueba, que si no sirve para establecer la imputación menos es valedera para demostrar la circunstancia constitutiva de asesinato.

Dice la demanda al respecto:

"Tiene dicho la doctrina, por otro aspecto, que para que la indefensión o inferioridad sean agravantes del homicidio, a más de estar plenamente probadas, como se ha dicho, deben ser obra del sujeto a quien se les imputa. Nada ha dicho la sentencia sobre esa relación de causalidad que debiera haber demostrado plenamente, puesto que del simple hecho de haberse sentado, Mejía Garcés a la misma mesa con López, aún dentro de esta suposición, de dicha circunstancia no se colige que aquél hubiera quedado ya en situación de inferioridad o indefensión.

"No estando demostrada esta circunstancia de asesinato, ni mucho menos la responsabilidad de López Hoyos sobre este punto, se violó el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, por cuanto por esta razón se aumentó la pena en siete años de presidio".

Causal quinta.—Porque el artículo 159 del C. de P. P. prescribe, para las sentencias, consignar en párrafos numerados que principien con la palabra "**Resultando**", los hechos que constituyen premisas de la resolución, "haciéndose expresa mención de los que se estimaren probados", estima el recurrente que hay lugar a la casación del fallo a estudio, al que atribuye esos defectos de forma. Su razón principal es la de que el fallo en los **resultandos** se refiere a las pruebas y no a los hechos mismos que considera probados. "Si la sentencia hubiera cumplido con las exigencias

del ordinal citado —se arguye— Fabio López no hubiera sido condenado y ni se habría dado lugar a esta nueva causal de casación, pues se violaron los artículos 11, 92, 362 y 363 del C. P., por las mismas razones que se acaban de expresar".

Hecha esta síntesis del extenso y prolijo libelo, para un mejor entendimiento de la decisión de la Corte, es del todo indispensable estudiar la actuación procesal, máxime por tratarse de un negocio sometido a los trámites del decreto legislativo 0012 de 1959, bajo cuyo imperio se juzgó no obstante que las infracciones a que se contrae ocurrieron antes de su expedición y vigencia. Ese análisis de la prueba que obra en los autos se impone porque la impugnación al fallo se apoya principalmente en la causal segunda que, por motivo del procedimiento de excepción aplicado al juzgamiento, convierte a la Sala de Casación Penal en Tribunal de instancia.

ACTUACION PROCESAL

Hernán Mejía Garcés (occiso) se encontraba detenido preventivamente, a órdenes del juzgado municipal de Anserma en la cárcel de este lugar, por sindicársele de la comisión del delito de homicidio en la persona de Octavio Duque, de acuerdo con la certificación que obra a folios 4 vto. del cuaderno 1º. El 14 de septiembre de 1951 salió del establecimiento con permiso, y en las horas del medio día, a instancia del acusado ,entró al café o cantina de Enrique Parra —situado en la calle 6ª con carrera 4ª de la misma ciudad— donde departió amigablemente con López, Guillermo González y el propietario del establecimiento. Poco después, sin mediar antecedente alguno, al salir Mejía de allí, cuando alcanzaba la calle, recibió de improviso un disparo con proyectil de revólver que ocasionó su muerte dada la gravedad de la lesión sufrida.

Inició la investigación la Alcaldía Municipal de Anserma en la fecha aludida, con los siguientes resultados:

1º—No pudo ser oído en declaración instructiva el ofendido, quien falleció pocas horas después de lesionado, sin que en ese lapso saliera del estado de coma. (Fls. 1 vto.).

2º—Estableció la diligencia de necropsia (fl. 5) que el cadáver de Mejía presentaba "un orificio de entrada del proyectil, detrás del pabellón de la oreja izquierda, y un orificio de salida cerca al vértice de la cabeza, en el parietal derecho, a unos 3 cmts. de la línea media. Al abrir la cavidad craneana se pudo apreciar que el proyectil después de atravezar (sic) las tablas externa e interna, atravezó (sic) también las meninges con gran destrozo, en la unión del parietal izquierdo con el occipital y lo mismo en el orificio de salida; la herida es esencialmente mortal...".

3º—En la misma fecha del homicidio —obsérvese bien, porque esto es fundamental para la crítica racional de la prueba— fueron llamados a declarar Enrique Parra —dueño del café donde se sucedieron los hechos—, y Gilberto González, el otro contertulio en el establecimiento.

Dijo el primero:

"Hoy, como a las doce del día, más o menos. entraron a mi establecimiento de café y cantina, situado en la calle 6ª con la carrera cuarta, conocido con el nombre de 'La Sirena', en esta localidad, los señores Guillermo González y Fabio López y se dieron a la tarea de tomar cerveza por espacio de una hora; al rato, esto es como a la una ya, bajó de su casa el señor Hernán Mejía, detenido en la cárcel municipal, por cuenta del señor juez municipal, y se entró al café, sentándose con González y López, en la misma mesa, donde se puso a tomar Hernán con ellos y a conversar de una maiera amigable, pues en ningún momento los ví alegar o disgutar. Hernán se demoró con ellos unos quince minutos, pues cuando yo voltié a servir otras cervezas que me pidió López, salió Hernán, y cuando éste salió sonó un tiro de revólver. Al mirar yo rápidamente, ví que en la cerca de la primera puerta de mi establecimiento, estaba Fabio López con un revólver en la mano que guardó enseguida en la pretina del pantalón y salió a paso rápido volteando por la carrera cuarta, hacia el punto conocido con el nombre de 'Chapinero'; al salir yo a la puerta de mi establecimiento, ví tendido en el suelo boca arriba, sobre una charca de sangre, a Hernán Mejía y al pie de una puerta cerrada marcado con el número 96, esto es, la que sigue hacia abajo de mi establecimiento".

El segundo:

"Como a eso de la una de la tarde del día viernes catorce del presente, me encontraba con Fabio López tomándome algunas cervezas en el café denominado 'La Sirena', situado en la calle real de esta ciudad, de propiedad del señor Enrique Parra, cuando bajaba de la casa, con dirección a la cárcel municipal, donde se hallaba detenido, el señor Hernán Mejía y se paró en la puerta de tal café. Fabio lo llamó a que se tomara una cerveza, él se sentó con nosotros, conversamos de co-

sas insignificantes y en el momento en que yo me encontraba en el orinal, oí un disparo de revólver, y cuando salí estaba la cantina sola y al salir a la puerta ví el cuerpo de Hernán tirado en la acera sobre una charca de sangre. No sé quién lo ultimaría, pues como digo, yo estaba en el orinal y cuando salí de allí no ví a nadie dentro de la cantina, sino unas botellas vacías caídas en el suelo, de las mismas que habían en la mesa donde nosotros estábamos sentados. A Iván López no lo ví ya por ninguna parte. López sí cargaba revólver pero cuando salía a sus negocios a los campos".

4º—Hasta este punto avanzaron las diligencias por parte de la Alcaldía, suspendiéndose toda actuación hasta el 2 de mayo del año siguiente (1952) en que asumió la investigación el Juzgado 42 de Instrucción Criminal, sin que se sepa a ciencia cierta las causas que determinaron la prolongada parálisis del proceso y el ningún esfuerzo por aprehender al sindicado.

A quien llamó en primer término a declarar el nuevo investigador fue al señor Luis Antonio Gómez, comandante de la Estación de Policía en Anserma, quien da cuenta del siguiente hecho, bastante significativo en cuanto al ambiente de impunidad y delictuosa tolerancia respecto del caso:

"Cuando murió el señor Hernán Mejía, yo me hallaba de Inspector de Policía en El Verjel, y allá tuve noticia de la muerte; al preguntar quién había sido el autor del delito se me informó que había sido un vis-ojo. Supe que el caso había ocurrido en esta población, mas no tengo conocimiento en qué parte. Preguntado: ¿Se dice que usted condujo a la cárcel de esta ciudad al señor Fabio López como responsable de la muerte de Hernán Mejía; ¿es cierto eso? Contestó: Yo conduje a un tipo de ese nombre a la cárcel, pero no sé por qué delito, simplemente fue porque el señor alcalde me dijo que cuando viera a Fabio López lo detuviera. Preguntado: Diga usted quién ocupaba el cargo de alcalde en esa época, y si la solicitud de captura se la hizo por escrito. Contestó: Cuando yo conduje a López a la cárcel, el alcalde, quien me impartió la orden era don Antonio María Díaz; no recuerdo la fecha de la captura, pero hace aproximadamente mes y medio. La solicitud no me la hizo por escrito, sino en forma verbal. Preguntado: ¿Sabe usted cuánto tiempo permaneció detenido Fabio López? Contestó: No sé. Preguntado: ¿Puede darnos la filiación de Fabio López? Contestó: Es un tipo joven, de unos veintitrés años, estaba con anteojos blancos, blanco tendiendo a ser mono, regular estatura, no recuerdo más detalles por razón de que lo llevé a la cárcel de noche. Preguntado: ¿En qué sitio realizó usted la captura de López y si para ello lo acompañaron otros agentes? Contestó: La captura la realicé en la esquina de la plaza a inmediaciones del café de Juan Puertas, siendo las ocho o las nueve de la noche; no fui ayudado por ningún agente, el procedimiento lo hice solo. Estaba yo en el café cuando él entró; al verle traté de identificarlo por la filiación que se me había dado; cuando salió yo lo seguí, y como él iba con una señorita le pedí permiso a ésta para conversar con el hombre; le pregunté su nombre y me contestó: Soy Fabio López. Inmediatamente le ordené seguir conmigo y lo entré a la cárcel. Preguntado: ¿Ha vuelto a ver al señor Fabio López en esta ciudad? Contestó: No, no lo he vuelto a ver; sí lo he preguntado con el fin de meterlo a la cárcel en razón a que cuando salió las gentes comentaban que por qué lo soltaban si él era el autor de la muerte de Hernán Mejía; he querido, pues volver a capturarlo para que se siga la investigación, pero no lo he visto. Preguntado: Diga si conoció al señor Hernán Mejía Garcés y qué nos puede decir sobre su personalidad y conducta. Contestó: Lo conocí la noche que él mató a un hombre en el Barrio; lo requisé y le hallé su revólver; ayudado por otro agente lo conduje a la cárcel quedando a órdedenes de la Alcaldía. Después seguí viéndolo preso en Cartago".

5º — Igualmente sintomático es el certificado que aparece a folio 20, suscrito por el guardián de la Cárcel de Anserma, de fecha 2 de mayo de 1952, que dice:

"Jueves, abril 10 de 1952.—7 p. m. Entró el señor Inspector de Policía con el detenido Fabio López por orden del señor Alcalde".

"Sábado, abril 12 de 1952.—8 p. m. Salió el detenido Fabio López por orden del señor Alcalde". (Fls. 20).

6º—Fueron vueltos a llamar por orden del Juez Instructor los testigos González López y Parra, el 9 y 10 de mayo de 1952, respectivamente, sin que todavía se hubiera recibido indagatoria al sindicado López. De sus nuevas declaraciones conviene destacar:

a)—González López insiste (fls. 33 y 34) en estos hechos: a) Que a Mejía lo invitó a entrar al café Fabio López ("me parece que lo invitó fue Fabio", dice); b) Que no había en el estableci-

miento personas distintas al declarante, Parra, Mejía y López, "pues don Enrique el dueño de la cantina atendía a la venta y se sentaba con nosotros a tomar", y c) Que en su "concepto, teniendo en cuenta el ruido de él o sea del disparo, éste fue hecho fuera del local del café".

b) — Por su parte, el testigo Parra ensaya la versión que pasa a transcribirse:

"Fabio López llegó ese día allí a mi cantina, con un señor que no conozco, en el negocio del cambio de un poco de café por un revólver, revólver que era de Fabio y el café del otro señor; estuvieron en mi cantina palabriando el negocio del cambio. Preguntado: ¿Usted vio el revólver? Contestó: Sí lo ví de lejitos, estando yo en la cantina; decían ellos que era un treinta y dos, pero yo no lo examiné de cerca. No me dí cuenta si habría cambio, en todo caso el señor salió y el otro, Fabio, me parece que se quedó con su revólver. Preguntado: ¿Cuánto tiempo más permaneció Fabio en su cantina y con quién departía? Contestó: Fabio duró en mi cantina entre una hora a hora y media, y siguió allí en compañía de Gilberto González, quien había llegado, sin que recuerde si esa llegada fue cuando estaban palabriando el negocio del cambio o si ya se había ido el señor. Después de la llegada de Gilberto llegó a mi cantina Hernán Mejía, dijo que venía de almorzar de su casa, y se sentó a conversar con Fabio y con Gilberto en la misma mesa. Yo unas veces me sentaba con ellos ,otras me paraba a alcanzarles la cerveza que pedían. Preguntado: ¿Fuera de los que ha mencionado, qué otras personas se hallaban en su establecimiento en esos momentos? Contestó: Había dos señores sentados hacia la ventana de la esquina del local, no estaban tomando, eran hombres aparte de los otros; no sé quiénes serán esos señores, ni de dónde serán. A últimas, uno de esos dos señores me dijo: 'hágame el favor don Enrique de servirme cuatro cervezas' y en esas Hernán dijo que se iba porque acababa de almorzar, no quería seguir tomando. Ya las iba a servir cuando el tipo me alcanzaba un billete de dos pesos para pagármelas y le dí cuarenta de vueltas cuando de pronto cuando me disponía a alcanzar las cervezas que el hombre me acababa de pagar, sonó un disparo y al mirar noté que Hernán no estaba en la tienda y que Fabio estaba todavía en ella en el mismo puesto que ocupaba en la mesa guardando un revólver en la pretina del pantalón. Inmediatamente después de oír el disparo sentí que se cayeron al suelo unas botellas de la mesa que ocupaba Fabio, y en efecto constaté que habían caído dos vasos y unas tres botellas, cuyos vidrios recogí después. Todavía con las botellas que iba a servir, en mi mano, me asomé a la puerta y ví a Hernán Mejía caído al suelo abajito de la última puerta de mi cantina, y el otro, Fabio, salió por la puerta de la carrera 4ª y volvió a su izquierda por esa calle. En cuanto a González Gilberto, me parece que en el momento del disparo estaba en los lados del orinal. Los dos señores que he dicho que estaban en la cantina, uno de los cuales me había pedido las cervezas, salieron en seguida y se fueron. Preguntado: ¿Qué nos puede informar de sanidad anterior de Mejía? Contestó: Cuando Hernán Mejía llegó a la cantina y mientras permaneció en ella, se hallaba perfectamente sano, sin heridas de ninguna clase, y después del disparo yo lo ví caído afuera cerca de la puerta y de ahí lo recogieron herido. Preguntado: ¿Qué puede informar de personalidad y conducta de Fabio López y Hernán Mejía? Contestó: El diez y ocho de octubre del cuarenta y nueve me establecí en esta población y desde entonces conozco a Fabio López, es hijo de Fernando López, mas no sé de dónde sea oriundo; trabaja aquí en compra de café y en bestias y vivía aquí con sus padres, es pobre, me parece que el dinero con que negociaba era de don Gustavo Trujillo, de Cartago. Es joven, de unos veintidós años máximo,soltero, sus relaciones aquí eran con todos. No tengo conocimiento de que haya tenido asuntos pendientes con la justicia, por lo tanto lo tengo como hombre bueno. Respecto a Hernán Mejía lo conocí aquí también, sé que es de familia honrada y buena, en una ocasión tuvo un empleo dependiente de la Tesorería, pero en la época de su muerte se hallaba preso porque lo sindicaban de la muerte de un muchacho Duque Rincón. Fuera de este delito que le acusaban, no sé que tenga otro asunto pendiente. Leída esta ampliación por el secretario, en su contenido íntegro y en voz alta, a pedido del declarante, fue aprobada por éste en todas sus partes y en constancia firma con el señor Juez y el secretario, AGREGANDO que al decir que Fabio López después del disparo estaba guardando un revólver, lo modifica así: 'Me parece que estaba guardando un revólver en la pretina del pantalón'. Preguntado: ¿En su concepto qué lo vio guardar en definitiva? Contestó: 'En mi concepto estaba guardando un revólver y en efecto se lo había visto cuando palabriaba el negocio del cambio con el otro. Preguntado: ¿Fabio Ló-

pez tenía saco puesto? Contestó: No recuerdo, ah, ahora recuerdo que sí tenía saco. Preguntado: ¿Cuando trataba el negocio del cambio del revólver por el café, usted se dio cuenta de qué parte sacó el revólver? Contestó: No, señor, no me dí cuenta si lo había sacado de la pretina o del bolsillo cuando lo había sacado para el cambio. No sé quién será ese señor que quería dar el café por el revólver, parece que es persona del campo. Preguntado: En su concepto, ¿desde qué sitio fue hecho el disparo que usted oyó? Contestó: En mi concepto fue dentro de mi establecimiento, no sé punto definido".

6º (sic)—A fls. 39 (cuaderno 1º) se lee en el acta de la diligencia de inspección ocular, a la cual concurrieron los testigos citados: "...Según las afirmaciones de Parra, **dos individuos desconocidos para él, antes del disparo se hallaban sentados cerca de la ventana de la esquina, y en el momento del disparo uno de ellos se encontraba junto al mostrador haciéndole un pedido de cerveza. A esto, dice el testigo González que él no vio a ninguna otra persona en el café...".**

7º—A los diez y nueve días del mes de junio de 1952, ante el Inspector 2º de Policía Municipal de Buga— comisionado por la Fiscalía Primera Superior de ese distrito— vino a rendir indagatoria el acusado. En ella hace una relación de hechos plagados de contradicciones, mentirosa e inverosímil, que revela sin esfuerzos mayores para el juzgador, su premeditado ánimo de desviar el curso de la investigación, de oscurecerla y poder así marginarse de toda responsabilidad penal. A este proclive empeño se prestaron los dos testigos cuyas declaraciones han sido transcritas y dos individuos que, sin haber estado en momento alguno en el establecimiento, con manifiesta mala fe secundaron al acusado en sus torpes cualificaciones.

Para que sea vea con toda nitidez el hilo de esta trama de perjurios, importa primero copiar lo dicho por López (fsl. 60 a 63, cuaderno 1º):

"El catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno me encontraba yo en la población de Anserma (V.), me vengo a dar cuenta que estaba allá ese día, porque el día antes entregué un depósito de café que tenía en Anserma porque al día siguiente me iba para Manizales. Por ahí a las doce del día estaba en el depósito esperando a unos tipos que tenían que traerme un café y en seguida de eso, por hay como a las doce y media del día salí yo a almorzar a mi casa y después salí de mi casa, por ahí más o menos a la una porque iba a tomar el autoferro para Manizales. A las dos de la tarde cogí el autoferro en la estación de Cartago (V.). Yendo yo por la calle 'real' en Anserma (V.) y en el momento en que pasaba por frente a una cantina o cafecito, adentro de la cantina estaban sentados, tomando dos amigos míos y me llamaron; yo entré y ellos me invitaron a tomarme una cerveza y entonces yo le dije que no la podía aceptar porque iba de afán a coger el autoferro y entonces ellos insistieron en que les recibiera siquiera una cerveza y yo viendo que tanto insistían, me tomé una. Cuando me la estaba tomando entró un tipo, a quien primera vez que lo veía y yo oí cuando dijo: 'Aquí está este hijueputa que mató a Octavio'; entonces como yo me llamo Fabio y otros me dicen Octavio, entonces yo cuando oí que ese tipo dijo esas palabras, a mí me dio miedo y me llené de nervios, porque yo en ese momento no caí en la cuenta a quién le estaba diciendo, si era a mí o a quién sería y entonces en ese momento todos salieron para afuera, todos salimos se puede decir y cuando yo salí al andén, oí un disparo y yo seguí para donde iba, a coger el carro; oí que estaban diciendo que habían herido a un señor Hernán Mejía y yo cuando oí que estaban diciendo así, creí que era a mí a que me estaban diciendo, ya que unos me dicen Fabio y otros Octavio; yo del susto no caí en la cuenta que no era a mí que me decían sino a otro; por eso creí que era a mí que ese tipo me decían 'hijueputa'. Yo me encontré con dos muchachos y ellos me dijeron que el herido había sido Hernán y por cierto lamenté mucho porque era muy amigo mío y entonces como yo tenía mi viaje no podía dejarlo y seguí. No sé más". Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted decir los nombres de los dos amigos que lo llamaron en el cafecito o cantina a que usted hace referencia y puede usted explicar si en ese establecimiento se encontraban más personas o por el contrario estaba poco concurrido? Contestó: 'Los dos amigos que me llamaron se llaman Rogelio Salazar y Luis Angel Marín, propietarios de un café en Anserma (V.). Yo no me fijé cuando llegué en las personas que estaban allí, si acaso habrían dos nada más, pero no puedo asegurar tampoco'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted explicar cuánto tiempo estuvo usted sentado con los señores Rogelio Salazar y Luis Angel Marín y si durante el tiempo que usted estuvo con ellos llegó alguna otra persona a la mesa en que ustedes se encontraban? Contestó: 'Más o

menos yo estuve un cuarto de hora, por ahí desde la una o una y media. Cuando estábamos nosotros ahí, llegó el señor Hernán Mejía, se sentó allí porque hay entre todos se le invitó a que se sentara y él se sentó en la misma mesa donde estaba yo'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted hacer la descripción del individuo que dice usted llegó profiriendo las palabras 'aquí está el hijueputa que mató a Octavio?' Contestó: 'No, señor, del susto no lo alcanzamos a identificar'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted decir si quiere, de qué hablaron Salazar, Marín, Mejía y usted durante el tiempo que estuvieron sentados en el café? Contestó: 'Nosotros estábamos hablando lo referente al viaje mío'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted decir cuánto tiempo permaneció sentado el señor Hernán Mejía con ustedes y cuál de ustedes fue el primero que salió al llegar el desconocido a que usted hace referencia? Contestó: 'Yo me estuve por ahí un cuarto de hora y a los tres minutos, más o menos, llegó el señor Hernán Mejía y todos salimos al mismo tiempo cuando llegó el tipo ese. Debo declarar que ahí con nosotros se encontraban también el señor Gilberto González, a más de haber visto allí en ese establecimiento al señor Enrique Parra, propietario de dicho cafecito. Yo estaba sentado en una misma mesa con Rogelio Salazar, Luis Angel Marín y al momento de haber llegado yo, entró y se sentó con nosotros el señor Hernán Mejía'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted precisar en qué momento oyó el disparo, si fue dentro o fuera del establecimiento? Contestó: 'Yo no puedo decir, porque yo no me dí cuenta, cuando nosotros salimos alcancé a oír un disparo y yo no voltié a mirar a nadie, el disparo lo oí en el momento en qué yo iba en compañía de Luis Angel Marín, Rogelio Salazar y Hernán Mejía, habiendo yo caminado unas cuatro o cinco varias (sic) de la puerta del establecimiento ese, Gilberto González en esos momento había salido para el water y yo no sé si él vio o no al tipo que hizo el disparo'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Antes de haberlo llamado los amigos que usted dice, había estado usted en la cantina del señor Parra ese mismo día en las horas de la mañana? Contestó: 'No puedo decir con seguridad si en las horas de la mañana del día en cuestión estuve allí o no, no lo recuerdo'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted decir si es su voluntad, quién sería la persona que el día catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, estuviera en la cantina del señor Enrique Parra negociando un revólver, treinta y dos, en el sentido de cambiarlo por café? Contestó: 'Ahora sí me acuerdo que yo estuve antes allí y yo pasé allí porque me lamó un tipo forastero a ofrecerme un revólver, un treinta y dos corto, 'Lechuza', entonces como había un tipo del campo y cuando vio que yo estaba negociando el revólver, me dijo: 'Cómprelo que usted y yo hacemos un cambio a café', en vista de que yo no quería negociarlo y yo lo negocié y se lo cambié al tipo del campo por seis arrobas y media de café y hasta por cierto el revólver estaba dañado y se lo vendí al campesino, mandándolo arreglar a un señor de nombre Martín y conocido como 'Martín el mecánico', pero yo no fui a hacerlo arreglar sino que le dí veinte pesos al campesino para que lo hiciera arreglar, que fuera donde mi papá y le dijera que ahí le mandaba esos veinte pesos para que hiciera arreglar donde Martín dicho revólver, no sabiendo si el campesino ese fue donde mi papá o no'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Sabe usted y quiere decirlo, quién será la persona que después de sonar un tiro el día y hora porque se le preguntan, se encontrara todavía en la mesa que antes ocupaba, guardando un revólver en la pretina del pantalón? Contestó: 'No, señor, no sé porque los que habíamos sentados, todos nos levantamos, o para mejor decir cuando el tipo ese entró diciendo esas palabras, todos nos paramos al mismo tiempo y no me volví a dar cuenta. Presumo que debió ser el tipo que entró diciendo esas palabras, porque allí nadie tenía ganas de pelear'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Sabe usted qué persona sería la que una vez hecho el disparo a que antes se hace referencia, saliera por la puerta de la carrera cuarta y voltiara a su izquierda por esa calle? Contestó: 'No sé señor'. Leída la aprobó. Preguntado: Dijo usted antes que un forastero le había ofrecido un revólver a usted en venta o en permuta; ¿cómo se explica usted que el señor Enrique Parra en declaración jurada diga que quien tenía el revólver era usted y era usted el que lo ofrecía por café, no encontrándose persona distinta a la del señor Gilberto Salazar? Contestó: 'Se me vuelve muy raro que ese señor diga lo que no es cierto pues, yo qué necesidad tengo en negar que lo podía tener'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted decir quién sería la persona que después de sonar un tiro de revólver en el establecimiento del señor Parra en el día y hora a que se hacen referencia, se encontrara en la acera de la primera puerta de ese establecimien-

to con un revólver en la mano, que guardara en la pretina del pantalón, siguiendo luego a paso rápido, volteando por la carrera cuarta hacia el punto conocido con el nombre de 'Chapinero', encontrándose tendido en el suelo, boca arriba, sobre una charca de sangre el señor Hernán Mejía? Contestó: 'No sé señor'. Leída la aprobó. Preguntado: En este estado se hace constar que el apoderado del sindicado manifiesta que el declarante o sindicado puede contestar las preguntas relativas a hechos observados o verificados por él, pero que no puede explicar ni responder sobre hechos objetivos o subjetivos apreciados u observados por terceros. Preguntado: ¿De manera que usted oyó el disparo de que habla y no se dio cuenta si con él se había herido a alguien? Contestó: 'Yo no me dí cuenta por el momento, como le digo, me dí cuenta al rato cuando me contaron en la calle varias personas, toda la gente hablaba de eso y por cierto hasta nos asustamos creyendo que era cualquiera de nosotros y dije: 'Lamento hombre que haigan (sic) herido a Hernán, tan buen tipo que era'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Puede usted decir cuánto tiempo hacía que conocía al señor Hernán Mejía y qué clase de relaciones o negocios había tenido usted con dicha persona? Contestó: 'Nos conocíamos desde que estábamos nosotros dos chiquitos, pues casi nos criamos en la misma cuadra, éramos únicamente amigos, la íbamos muy bien y no llegamos a tener negocio o diferencias personales alguna vez'. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Sabe usted qué persona sería la que el siete de abril del año en curso fuera capturada por el señor Inspector de Policía de 'El Vergel', habiendo permanecido hasta el doce (12) de ese mismo día en la cárcel de Anserma (V.) por orden del señor alcalde de dicha población? Contestó: 'Resulta que era semana santa; estaba yo en Manizales y un día dije voy a irme para la casa; llegué a Anserma por el día miércoles santos y el jueves santos que iba para el sermón, antes de entrar a la iglesia fui a un café qúe hay diagonal a la guardia y estando yo tomándome un fresco, ví que un señor agente de policía me reparaba, me acabé de tomar el fresco y salí hacia la iglesia y yendo por ahí más o menos frente a la guardia, me llamó un agente de policía y me dijo que lo acompañara a la guardia. Allí permanecí el jueves, viernes y el sábado por la mañana, más o menos a las ocho de la mañana me llamaron a la guardia y me dijo el agente que en esos momentos prestaba guardia, que él no sabía por qué estaba yo detenido ni tampoco él podía resolver nada, que él iba a conversar la cosa y al rato me dijo que estaba libre. Yo salí e hice las vueltas que tenía que hacer y me regresé a Manizales y hasta se me hizo raro que me tuvieran tres días detenido sin decirme el motivo de ello'.

8º—Ya confeccionada la indagatoria del procesado, comparecen otra vez los testigos González y Parra. El primero declara a fls. 67 y luego a fls. 75; el segundo a fls. 70, diligencia de careo con López, y 76.

González, en esta oportunidad, acopla su testimonio a la indagatoria del acusado y habla del hecho no mencionado antes de que a la cantina entró "un tipo forastero", quien dijo la famosa expresión: "aquí está ese hijueputa que mató a Octavio". No obstante esta variación a sus anteriores declaraciones, mantiene lo dicho respecto a que en la cantina o café no estaban presentes sino él, Ramón Enrique Parra, Fabio López y Hernán Mejía, quien "se sentó allí a tomarse una cerveza". Rogelio Salazar y Luis Angel Marín, en cuya compañía dice haber estado López, no los menciona el testigo González. Esta es la declaración de fls. 67.

En la de fls. 75, absolviendo un interrogatorio propuesto por el apoderado del procesado, introduce estas variaciones, revelativas de la influencia que se venía ejerciendo sobre los testigos:

"...fue cuando oí una detonación como de un tiro de revólver; no me dí cuenta quién fuera el que hizo ese disparo ni contra quién fuera dirigido; **presumo que el tal disparo fue hecho por aquel sujeto buscapleitos que llegó allí ocasionalmente y a quien yo no conocía, ni sé su nombre... Es verdad que a mí no se me ha llamado antes de ahora a rendir declaración en este negocio en forma expresa, sino que se me preguntó en forma general sobre los hechos ocurridos...**". (Subraya la Sala que es ésta la quinta declaración de González).

Parra, a su turno, al ser sometido a una diligencia de careo con el acusado, con todo y querer atenuar el grave indicio que surge de sus primeras declaraciones, sostiene:

"Me afirmo en esa declaración pero con la observación de que yo no le ví guardando revólver a Fabio López... Me parece que estaba guardando un revólver en la pretina del pantalón... En mi concepto estaba guardando un revólver y en

efecto se lo había visto cuando palabreaban el negocio del cambio con el otro".

Lo aseverado por el testigo en cuanto al negocio del revólver no fue bien recibido por López en el curso de la diligencia, lo que explica la constancia dejada por el funcionario instructor "de que el sindicado López Hoyos al hacerle este interrogante basándose en la respuesta y afirmación del testigo Parra, se expresó en términos energúmenos contra el careado Parra". (Fls. 70 y 71).

También, a solicitud del apoderado, el testigo de que se trata, absolvió un acomodaticio interrogatorio, destinado a debilitar el mérito de sus propias declaraciones anteriores. Conviene reproducir el texto de estas maliciosas respuestas :

"Sí es verdad que el día 14 de septiembre de 1951, más o menos a la una de la tarde del mencionado día no presencié qué persona de las que estaban en mi establecimiento, disparara sobre el señor Hernán Mejía, y como lo dije antes, no puedo precisar quién sería el que hizo el tiro que motiva mi declaración, además puedo afirmar que el citado López es persona de buena conducta social y creo que López y Mejía eran amigos íntimos según pude observar que ese día departían en perfecta camaradería; no conozco ninguna clase de antecedentes entre estos dos ciudadanos, ni he oído decir nada sobre tal cosa. Leída su respuesta la aprobó. Al punto b) dijo: Es verdad que el día de los sucesos que se investigan por medio de las presentes diligencias no observé actitud agresiva contra nadie de parte de Fabio López, pues mi ocupación no me permitía estar observando todos los detalles que se presentaran. Leída su respuesta la aprobó. Al punto c) manifestó: Es verdad, toda la verdad que la declaración que hube de rendir en el despacho de la alcaldía municipal de esta población el día 14 de septiembre de 1951, fue tomada por el señor secretario de dicha oficina, señor Martín Tamayo, sin estar presente el señor alcalde, y por lo tanto no me fue tomado el juramento de rigor. Aclaro que el señor alcalde llegó ya cuando se iba a terminar la diligencia y no obstante esto no me exigió el juramento, ya que él sí podía recibirlo como superior de dicha oficina. Leída su respuesta la aprobó. "Observando: que en los momentos en que estaba rindiendo la declaración, el Sr. Tamayo me hablaba con dureza y presionándome a todo momento y me amenazaba que si no decía las cosas como habían sucedido me volvía a mandar a la cárcel, pues allí tenía tres agentes de policía a mi lado. Así aprobó su respuesta al punto c). Al punto d) dijo: "Es realmente verdad y recuerdo que cuando sonó el tiro de que hablé en mi declaración del 14 de septiembre de 1951, yo me encontraba alcanzando unas cervezas de espaldas a los contertulios; y es verdad que un individuo desconocido que estaba cerca del mostrador, esperando unas cervezas, inmediatamente sonó el disparo y el suscrito volvió la vista hacia el sitio en donde se había producido el disparo, ya el individuo que pidió las cervezas y a quien yo atendía en ese preciso momento, había desaparecido del establecimiento junto con otro compañero que es para mí desconocido al igual que el primero o sea el que solicitó las cervezas".

9º—Para poner término a este examen probatorio resta traer a cita las declaraciones de Rogelio Salazar de la Pava (fls. 68 a 69) y Luis Angel Marín (fls. 71), testigos en cuya compañía dice haber estado López en el café La Sirena al momento de sucederse el homicidio, y a los cuales no hacen referencia González y Parra:

Dice Salazar (27 de junio de 1952):

"Es verdad que el día catorce de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y uno, como a eso de la una de la tarde, más o menos, encontrándome en el café denominado 'La Sirena', en esta población, en asocio de Luis Angel Marín, pasaba por el frente del establecimiento dicho, el señor Fabio López Hoyos, a quien invité para que se tomara una cerveza con nosotros; en el momento no aceptó la invitación, pero luego lo instamos y se sentó a tomarse la cerveza. Allí entablamos un diálogo con respecto a un posible viaje de él, preguntándole yo el motivo por el cual se iba a ir, a lo cual me respondió que por motivos de negocios, porque le estaba yendo muy mal. Estando en esa conversación, entró un individuo desconocido para mí, al menos en la voz, porque yo daba la espalda a la puerta por donde él entró, y dijo estas palabras: 'Este es el hijueputa que mató a Octavio'. Inmediatamente nos levantamos de los asientos y salimos hacia la calle. Haciendo esto, sonó un tiro o disparo de revólver, no alcanzando yo a ver quién lo hizo ni contra quién. Esta es mi declaración. En este estado el señor juez preguntó al testigo así: ¿Puede usted decirme qué rumbo tomó después de que sonó el disparo de revólver de que ha hablado antes? Contestó: Me dirigí hacia la casa a almorzar; viniendo en el trayecto hacia la plaza ví un personal numeroso que corría en direc-

ción contraria que comentaba, que había un herido, sin saber dónde".

Marín:

"Es verdad que yo el día 14 de septiembre de 1951, si mal no recuerdo, me encontraba de las doce del día en adelante en el establecimiento denominado 'La Sirena', situado en el perímetro urbano de esta población, de propiedad del señor Enrique Parra; me encontraba allí en compañía de los señores Rogelio Salazar y el dueño del establecimiento; es verdad que cuando nosotros nos encontrábamos sentados en el café, pasaba por la calle el señor Fabio López y yo y Rogelio le llamamos la atención para que se tomara una cerveza y entró y se la tomó; Fabio se demoraría en nuestra compañía unos doce a quince minutos. Durante el tiempo en que estuvimos allí sentados en el establecimiento, no entró otra persona distinta. Yo me retiré del establecimiento con dirección a mi casa a almorzar, quedando allí Salazar y López Fabio. Cuando yo regresaba de la casa después de almorzar, oí decir que había un muerto por ahí y decían que era Hernán Mejía. De aquí en adelante nada otra cosa puedo decir. Esta es mi declaración. En este estado el señor Juez interrogó nuevamente al testigo en la siguiente forma: '¿Puede usted decirme qué asuntos trataron durante el tiempo que permanecieron sentados en el establecimiento de 'La Sirena', en asocio de López Hoyos?' Contestó: 'Allí se trató de charlar y de negocitos varios'. Preguntado: ¿Puede usted decir si es verdad que cuando se encontraba departiendo con Salazar y López Hoyos fue invitado por uno de ustedes el señor Hernán Mejía, habiendo aceptado éste la invitación y también se tomó una cerveza? Contestó: En los momentos en que yo estuve en ese establecimiento no había llegado el señor Hernán Mejía".

Obsérvese que este último declarante asevera no haber estado en el café cuando se presentó Mejía, y sin embargo, con toda desfachatez sostiene que "Fabio se demoraría en nuestra compañía (él y Salazar) unos doce o quince minutos", ya que, según el propio Marín, López les dijo "que iba de afán porque tenía que irse para Manizales en el autoferro".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien con especial detenimiento sometió a una severa crítica todas las pruebas que la Sala ha compendiado atrás, se opone en su vista de fondo a la casación de la sentencia recurrida, no sólo frente a la causal segunda sino a las demás invocadas. Claro está que por ser aquélla la de más atinencia y a la vez fundamento de las otras, el Ministerio Público presta mayor atención al problema probatorio, cuyo análisis, en lo pertinente, es como sigue:

"¿Cuáles son las interpretaciones erradas a ellos concedidas por el fallador **ad-quem**? Se siguen en su demostración y evidenciamiento las normas procesales predicadas por la jurisprudencia reiterada de la H. Corte, en relación con el artículo 531 del C. de P. P. cuando éste está conectado con la técnica aplicable a la invocación de la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P.? No, en criterio de este despacho. La demanda elude detenerse en los tópicos anteriores porque, de hacerlo, carecería de piso objetivo en su actuación. Sus críticas son hábiles, pero sofísticamente emplazadas tratando de situar en planos generales, no concretos, el análisis que compruebe la violación de la ley por la sentencia. La estimación errada de las pruebas, no es, ni mucho menos, protuberante en el error que se dice conlleva para el caso. El Tribunal estudió sagazmente sus múltiples aspectos, sopesó sus debilidades y argucias, criticó las complejidades del proceso, pero hizo emerger de él, sin constricción de lo objetivo, sin violencias de la realidad, la verdad lógica, aparentemente oscurecida y confusionada por las deformaciones del medio investigativo y humano en que se realizara el insuceso.

"La prueba incriminativa de cargos contra López Hoyos no admite los equívocas y sorpresas que se les han asignado, surge limpiamente, neta, de las expresiones testimoniales de Parra, González y aún de la misma injurada del procesado.

"Los intentos de destruírla o ensombrecerla, aún secundados por estos testimoniantes en sus varias ampliaciones lejanas a los hechos que percibieran, no lo logran, pero es más, robustecen la versión inicial que da pábulo lógico y legal a imputar la muerte de Mejía sólo y únicamente a Fabio López.

"¿Puede darse credulidad alguna a la presencia de los dos personajes ad-hoc creados por la maliciosa imaginación de López en su indagatoria? ¿Refrendan esta posibilidad las deposiciones de estos dos sujetos o, ellas mismas, en su intento de desviar la justicia hacen más de bulto la sagaz y proditoria invención? Basta confrontar las declaraciones de Salazar y Marín para notar sus vacíos, contradicciones, ignorancia de los hechos, que no pudieron constarles y que quisieron estruc-

turar en post-fabricada versión y con interés no disimulado. Basta precisar la fecha en que se acercan estos 'testigos' por así llamarlos, al expediente, meses después; siendo, como lo aceptan vecinos de Anserma, y sabiendo, como tenían que saberlo, que de poseer algún dato para la justicia a ella tenían que entregarlo ¿Por qué callaron tan largo tiempo? ¿Por qué concurrieron a la justicia solamente cuando en poder de ésta obraba la versión del entonces sindicado y había sido posible su captura? Hay preguntas que se resuelven en su propia obviedad.

"Porque estos ciudadanos secundan a López a quien posiblemente temen, en el plan que se propusiera de desviar sobre un tercero personaje fantasma la responsabilidad de los hechos.

"Este personaje, que al decir de los declarantes Salazar de la Pava y Marín, apareció inesperadamente en el café de Parra lanzando las expresiones ultrajantes, en apariencia dirigidas a una persona a quien intentara buscar y quien parecía ser culpable de la muerte de un denominado Octavio, hace su ingreso al expediente luego de la captura e indagatoria de Fabio López Hoyos. ¿Es acaso una versión imaginaria la que llevó a López a crearlo y a hacerlo aparecer en autos? La respuesta la hallamos en el folio 4 vto. del expediente dentro de una certificación, hasta el momento desconocida por los anteriores funcionarios que han estudiado el presente negocio y que nos dice cómo en el Juzgado Promiscuo Municipal de Anserma se perfeccionaba por la fecha en que sucediera la muerte de Mejía un sumario seguido contra este mismo sujeto por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Octavio Dúque. Debe acá recordarse que Fabio López fue en una oportunidad capturado en la misma población de Anserma por un inspector de la localidad, mantenido en calabozos durante tres días de la semana santa y luego, sin explicación ninguna puesto en libertad por orden del alcalde del mismo municipio. Para esta fecha ya se habían librado circulares numerosísimas a las distintas autoridades del Departamento por el funcionario instructor para que se procediera a capturar a López como presunto responsable de la muerte de Mejía. Las autoridades de Anserma no podían desconocer esta solicitud perentoria, y al proceder a capturar a López, el Bisojo, como familiarmente se le denominaba y ordenar luego su libertad, se constituyeron en cómplices del dicho ciudadano. Esta conducta tampoco fue discernida ni comentada por los funcionarios que tuvieron a su cargo la presente investigación y solamente valió las censuras justificadas al fallador **ad-quem**, quien las llevó a la providencia que se trata hoy de combatir.

"Los declarantes Salazar de la Pava y Marín, como ya se ha dicho, eran vecinos y residentes de Anserma, en la misma forma vivía y residía en dicho lugar el procesado Fabio López y allí tenía el centro de sus negocios, aparentemente de cambio y compra de café. Necesariamente, sin caber duda alguna sobre el particular tenían que estar suficientemente enterados del negocio penal que cursaba contra Mejía y así lo hacen evidenciar algunas de sus expresiones en las piezas procesales correspondientes. Cuando Mejía fue invitado a compartir la tertulia y la cerveza en el café de propiedad de Parra, bajaba precisamente de su casa de habitación a donde se le permitía concurrir a almorzar con inexplicable pero existente licencia del Director de la Cárcel, motivada en la razón de su buena conducta. Por largos meses permaneció fugitivo de la justicia López, por largos meses permanecieron alejados de las oficinas judiciales que tramitaban este proceso los declarantes Salazar y Marín, haciendo los tres su presentación para traer una teoría coordinada de imputación del homicidio a un personaje inexistente pero cuya presuntividad de ser podía fácilmente lograrse: un atacante de Mejía para cobrar la muerte que éste hubiera causado en Octavio Duque.

"Los declarantes que se hicieron desfilar en la investigación, ajenos a los hechos mismos sucedidos en el café de Parra, y que fueron en su mayoría vecinos al lugar de los hechos, comerciantes casi todos, afirman no haber visto aparecer después del crimen persona ninguna que pasara al alcance de su percepción.

"¿Qué motivo obró tan poderosamente sobre el ánimo de Parra y González para que dislocaran y trataran de anular sus primitivas versiones hasta el extremo de que en algunos puntos, luego de la indagatoria de López ,trataran de darle visos de credibilidad? Las apuntaciones consagradas en la providencia de segunda instancia por el Tribunal los expelican suficientemente: ellos fueron víctimas de una coacción del medio que les llevó al temor, temor de ser leales a la verdad, y de, con ella contribuír a que la impunidad reinante en ese sector, no sentara sus reales también dentro del presente caso. No debe desconocerse que los hechos acaecieron en una

de las regiones más duramente flageladas por la violencia y en que la justicia es una demostración de escarnio e incapacidad.

"Dos momentos, por así expresarlo, tiene este negocio: el primero va de la muerte de Mejía hasta la captura de López; y el segundo, de la indagatoria de éste hasta su libertad incondicional ligeramente concedida por el Fiscal instructor de la época. En el primer instante las pruebas eran claramente acusatorias contra López. Los únicos que pudiéramos denominar testigos obraron sin titubeos frente a la autoridad y expresaron cómo y en qué forma sucedieron los hechos. Consecuencia de sus testimonios fue, para la justicia, hallar a López armado de un revólver que trataba de guardar en la pretina de su pantalón, segundos después de producida la detonación del disparo que segó la vida de Mejía. Al ser capturado López, el testigo que esto afirmara, Parra, trata de enmendar su declaración ante el investigador, dejando ver claramente el pánico que le producía el saber que con su dicho responsabilizaba en forma grave a López. Vano intento de su parte, porque, de todas maneras, su aserto permaneció intacto en el expediente. Deseoso de prestar ayuda a López ofrece la presencia de sujetos distintos en su establecimiento en el momento del disparo, sujetos que desaparecen sin dejar huella, pero a los que pretende corporizar poniendo en sus labios la solicitud de unas cervezas que se apresuraba a servir en instantes en que se producía el disparo. Pero en esta explicación él mismo se coloca contradictoriamente frente a lo mantenido en su anterior declaración, pues en ella afirma que las cervezas le fueron solicitadas de la mesa de López, Mejía y González. González desecha la presencia de estos sujetos, como también la del personaje que entrara al café profiriendo expresiones de venganza contra el matador de Octavio.

"Se trató de demostrar en el curso de la instrucción que López estaba inerme durante el tiempo que permaneciera en el café de Parra, y que si bien había tenido en la mañana de los hechos un revólver en su poder, lo había negociado con un campesino, también desconocido, quien le había cubierto su valor en café. Del hecho no tomó cuidadosa nota ni el mismo López y solamente acierta en él a instancia del instructor y por pregunta especial que éste le hiciera y agrega alertado así y en forma muy hábil la explicación de que el revólver lo vendió dañado al dicho campesino y que fue entregado para su reparación a un tal maestro Martín, que por hacerla cobró la cantidad de veinte pesos. Desafortunadamente Martín Antonio Hernández al fl. 67 v. del expediente dice que el revólver estuvo en su poder por ahí unos tres o cuatro días antes del suceso. Se cae, en esta forma toda una construcción de artilugios y mentiras, pero vuelve a ser aprovechada por el demandante afirmando que la palabra antes había sido escrita posteriormente, ya que el dicho de Hernández quiso sostener que el revólver había estado en su poder tres o cuatro días después. Esta enmienda 'que deja más claro aquella falsedad', está suficientemente convalidada por la frase colocada al finalizar la diligencia que dice 'enmendado —antes— vale', y la afirmación del distinguido abogado, no puede ser menos de ser calificada como ligera y hasta audaz por el Despacho.

"El distinguido demandante discierne cinco carpos configurados dentro de la causal segunda contra la sentencia del Tribunal de Buga: todos ellos se encuentran englobados, analizados y destruídos en la respuesta que ha denominado esta Procuraduría 'análisis probatorio', en razón de considerar que la sentencia se inspiró en un todo armónico para llegar a las conclusiones que dieron como efecto la imposición de una condena por homicidio con características de asesinato en contra de Fabio López.

"Pretende, así mismo, que las circunstancias que colocaron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, para el caso, la de insidia, no han sido suficientemente demostradas, y que por lo tanto, mal se procedió por el Tribunal al calificar el homicidio con características de asesinato teniendo en cuenta la causal 5ª del artículo 363 del C. Penal.

"Es un hecho demostrado que la presencia de Mejía en la mesa que ocuparan López y González se debió a la exclusiva invitación que López le hiciera y a la que accedió Mejía luego de una reticencia. Tal como se expresa el Tribunal López fingió amistad a Mejía, le invitó a compartir su mesa y a tomar alguna bebida 'más cuando se disponía a continuar su marcha fue sorprendido por el impacto que causó en su cabeza un proyectil... completamente indefensa estaba la víctima, nada le hacía presentir el trágico fin que le esperaba, dada la forma insidiosa como se le presentaba el sindicado, comportándose de manera que le infundía confianza en que ningún peligro corría, pero cuando desprevenido se iba a mar-

char, vino el golpe certero y letal que traicioneramente se le dio...'.

"Sobre el particular dice el tratadista Gutiérrez A. (pág. 79) en su tratado sobre 'Delitos contra la vida': 'Para que las circunstancias de los numerales 5º y 6º sean considerados agravantes, no es necesario que físicamente sean preordenadas por el delincuente. La peligrosidad radica en el aprovechamiento ocasional o premeditado de tales circunstancias. Igualmente no importa que la circunstancia aprovechada por el autor ocasional o premeditada, esté constituída por la acción positiva de éste quien ordena todos los actos materiales o morales a fin de conseguirla, sino que puede ser condición residente en la propia víctima, circunstancia de inferioridad aprovechada intencional o malévolamente...'.

"Síntesis de lo comentado es que ninguno de los cargos propiciados contra la sentencia e invocados dentro de la causal segunda ha obtenido la prosperidad debida y que, en consecuencia, deben darse como no demostrados".

Respecto a la causal primera dice la Procuraduría:

"Parte el demandante de la base errada de que la invitación a Mejía Garcés no fuera hecha por López. Esta situación quedó suficientemente aclarada atrás, aún aceptada por el propio sindicado en su indagatoria, refrendada por el dicho de González y robustecida por la afirmación del testigo Enrique Parra.

"La insidia hecha ostensible en los actos de López halla su razón, precisamente, en que aprovechó una antigua amistad por él confesada para con Mejía en el sentido de hacerle llegar desprevenido a su mesa, donde le agasajó en los primeros instantes y le formuló expresiones de satisfacción por su presencia, hasta el extremo que los mismos declarantes Parra y González creen suponer una sana amistad entre López y Mejía. Los hechos expuestos por el distinguido demandante son simples divagaciones inteligentes que no tienen asidero alguno en la realidad procesal, y que, se suponen demostrados en las premisas sentadas para fundamentar la causal segunda; más habiéndose ésta formulado en forma nada demostrativa, de consuno se ven afectados de la misma debilidad conclusional.

"Estima el despacho que la causal primera insuficientemente alegada e imprecisamente demostrada en los aspectos que invoca, tampoco ha obtenido prosperidad".

Por último, la causal 5ª le merece esta réplica:

"La crítica que formula el señor apoderado es reparo usual de que suelen echar mano los opositores en casación para el logro de sus pretensiones, olvidando que las normas del dicho artículo se orientan más a hacer de las sentencias piezas fundamentales sujetas a un eslabonamiento técnico, lógico y jurídico, dentro de las cuales hecho y derecho estén habilitados suficientemente a la promulgación de una pena, y en los que 'considerados sus resultados' no son simples palabras sacramentales o usos impuestos por la costumbre, sino, deben responder a un camino certero de raciocinio y de demostración. Esta, la razón poderosa para que la H. Corte, en jurisprudencia tan juiciosa como reiterada, haya desechado las simples críticas que fundadas en esta causal quinta se desatan contra las sentencias cuando ellas no tienen un valor ontológico y jurídico capaz de echar abajo o anular la sentencia.

"La pieza a que se refiere el señor demandante, en concepto de este Despacho, aunque no es rigurosamente obediente a la ritualidad procesal, observa las prescripciones del artículo 159 y realiza un completo debate lógico entre hechos y derecho para concluír en una justa pena imponible. Debatir en extenso este tópico sería bizantino e inconducente, porque, lo dicho basta para concluír que los cargos apoyados en esta causal no ofrecen asidero para declararla como aptamente demostrada".

Consideraciones de la Sala:

Primera.—Si se estudian con desprevenido ánimo y con sujeción a las más elementales reglas de crítica testimonial, las pruebas que de esta índole obran en el informativo, surge como un hecho evidente que antes y al momento de ocurrir la muerte de Mejía Garcés, los únicos presentes en el establecimiento de Enrique Parra eran, a más de éste, Gilberto González y el acusado. Todo el arreglo ulterior de la escena surgido con posterioridad a la indagatoria de López ofrece un aspecto ficticio, con sentido de fabulación que hace racionalmente cobrar valor a las primeras pruebas de cargo y deja sin posible aceptación las posteriores versiones de Parra y González, así como las prestadas por Salazar y Marín, cuya presencia en el lugar constituye la más manifiesta falsedad.

Segunda.—La indagatoria del acusado pone más de bulto en los autos lo inverosímil de sus explicaciones, pues, de una parte sólo es producto de su fantasía que un extraño haya penetrado al café

y lanzado la expresión de que allí estaba el matador de Fabio, ni esa frase tenía que ver con él, como que si a alguien podía referirse era a Mejía Garcés, y de otra, resulta absurdo que habiendo salido del establecimiento en compañía del occiso, no se hubiera percatado del ataque, cuando es un hecho cierto que la víctima, al ser lesionada, cayó a tierra de inmediato.

Tercera.—Decir, en consecuencia, que no fueron apreciadas en debida forma las pruebas de cargo, es decir las declaraciones de Parra y González, que se les atribuyó un valor probatorio que no tienen, o que se les negó el que sí tienen, es una afirmación inválida contra la sentencia del Tribunal. Con indiscutible propiedad la instancia sobrepesó esos testimonios, los primeros y los posteriormente rendidos; los comparó con los prestados por Salazar y Marín, y toda esa prueba en conjunto la comparó, en busca de una interpretación lógica, con la indagatoria del acusado.

En ese orden de ideas la sentencia se ajusta en un todo a lo preceptuado por el artículo 203 del C. de P. P., de cuya violación se queja el recurrente.

Cuarta.—Tampoco erró el Tribunal al apreciar la indagatoria de López y los testimonios de Hernández Espinosa, Salazar y Marín, ya que, como atrás se expresó, la sentencia examinó con todo cuidado esas piezas procesales y si concluyó por no darles crédito, no fue por simple capricho u obstinación, sino porque no resistían análisis y se ofrecían como carentes de veracidad.

Quinta.—Ahora bien: las pruebas, en su conjunto, son suficientes, de acuerdo con la ley, para proferir un fallo condenatorio. Constituyen elementos de convicción aptos para que un juez, dentro del arbitrio que rige en materia penal, admita no sólo la simple imputación del cargo sino para que deduzca, con toda sus específicas circunstancias, la responsabilidad penal. No es dado oponer al juicio del fallador, que no se ha excedido en la apreciación de las pruebas, ni en forma notoria o protuberante ha errado en su calificación, un simple criterio de oposición al valor de esa misma prueba, fundado en conjeturas o tachas no demostradas, porque eso llevaría a autorizar la casación de todos los fallos y a dejar sin bases la prudente y necesaria autonomía de los jueces en su función sentenciadora.

La Corte ha sido enfática y bastante explícita en esta materia: el error de hecho consagrado como causal de casación tiene sus precisos alcances y da lugar a que el recurso prospere en cuanto se alcance a demostrar por el demandante que la sentencia fue edificada sobre una prueba sin contenido incriminatorio, ausente de credibilidad, contradictoria en su contenido o procesalmente incapaz de mantener el cargo o alguna de sus específicas circunstancias. Pero porque racionalmente el fallador analice la prueba y valore los indicios, como en el caso de autos, no puede invocarse la causal segunda, alegando el recurrente que deben aceptarse otros medios de convicción que son falsos o sospechosos.

Sexta.—El cargo que el demandante hace consistir, con fundamento en la misma causal segunda, en que se le dio valor probatorio en el proceso que se debate a algunos antecedentes relacionados con el comportamiento de autoridades o funcionarios que intervinieron en el sumario seguido contra el acusado por el homicidio de que fue víctima el doctor Bejarano, y a los medios coactivos empleados contra testigos, ya expresó la Sala que es un cargo sin consistencia jurídica alguna, pues la investigación por ese delito recibió del Tribunal sobreseimiento temporal. Si el fallo hace referencia a los manifiestos factores de perturbación en el desarrollo de las investigaciones, no es para efecto distinto de lograr una interpretación racional de la prueba y destacar el ambiente de impunidad imperante en varias regiones del país. Pero no por las apreciaciones que la sentencia consigna en este particular, hubo sobrevaloración de la prueba de cargo, torcida interpretación de su contenido o arbitrario desconocimiento de las piezas del juicio que el apoderado considera favorables a su representado.

Séptima.—En cuanto a la impugnación que se intenta, también atacando la prueba, porque se da por cierto el elemento propósito, constitutivo del delito de homicidio, sin existir plena prueba de él, para hacer derivar el cargo a la no demostración de la circunstancia 5ª del artículo 363 del C. P., los argumentos aducidos en la demanda no son ameritables. Debate alguno puede abrirse sobre la intensidad y grado del dolo en el caso de autos. Se trata de un negocio en que se dispone para el juzgamiento de prueba indicial, no directa, y en el que los indicios conducen con toda claridad a la inferencia de que el autor del delito procedió con intención de matar, sin que para contradecir esa inferencia lógica obre en el informativo la más ligera cualificación del acusado, puesto que López en el curso de su indagatoria negó toda actividad criminosa.

Ahora bien: si los indicios que sustentan la

condenación prueban en debida forma que el hecho le es imputable al procesado, suficiente es atender, para estructurar el dolo homicida a las circunstancias relativas a la naturaleza del arma, localización de la herida en el cuerpo de la víctima, poder ofensivo del disparo, distancia a que fue hecho y resultado mismo de la acción criminal. De otra parte, no es gratuita la calificación de asesinato: el ataque no sólo se produjo de manera sorpresiva, tomando a la víctima desprevenida y confiada por los inmediatos antecedentes de fingida amistad, sino que el agresor descargó su arma de manera leve y traicionera cuando el occiso le daba la espalda y salía del establecimiento. De esta verdad da buena cuenta la diligencia de necropsia. Las circunstancias de indefensión fueron calculadamente aprovechadas por el homicida para el éxito, sin riesgos, de su empresa criminal, y es este modo de obrar lo que determina que el delito soporte la calificación de asesinato.

Octava.—Sobre este aspecto de derecho —haber deducido en la sentencia la circunstancia prevista en el ordinal 5º del artículo 363 del C. P.— es aducida en la demanda la causal primera de casación, claro está que partiendo de la indebida apreciación de los hechos, lo que hace entender que el cargo se formula como subsidiario, ya que igual impugnación hizo con apoyo en la **causal segunda**. Y puesto que la Sala en la precedente consideración ha expuesto su criterio sobre la no viabilidad del cargo, lo dicho allí vale para desechar el error de derecho alegado.

Novena.—La **causal quinta** sí que es cierto que resulta inaceptable. La sentencia de segundo grado se ciñe en sus delineamientos generales, por lo que a la motivación se refiere, a lo preceptuado en el artículo 159 del C. de P. P. Con el debido orden se consignan en ella los hechos que el Tribunal estima probados, de acuerdo con el contenido del proceso, y de igual manera, acogiéndose a las premisas sentadas, asienta las consideraciones jurídicas en que descansa la resolución. El propio demandante al desarrollar en su libelo los fundamentos de la causal segunda saca verdadero al Tribunal en cuanto a los requisitos de forma de la sentencia, pues los cinco cargos por **error de hecho** los hace consistir en que el fallador consideró probados todos y cada uno de los elementos integrantes de la infracción penal y responsabilidad del acusado.

No hay, en consecuencia, lugar a casar la sentencia con aplicación de la nombrada causal.

Décima.—Todo lo hasta aquí expuesto está indicando que el recurso interpuesto no prospera con base en las causales que se alegaron por el recurrente. El único vicio que el proceso ofrece, tal como en otro aparte de esta providencia lo expresó la Sala, dimana de la aplicación al juzgamiento del decreto 0012 de 1959, posterior en su expedición y vigencia a los hechos porque responde el acusado. Este vicio, que entraña un quebrantamiento de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta, no fue motivo de impugnación del fallo ante la Corte, como pudo haberlo sido con fundamento en la causal cuarta, no invocada en la demanda. Sobra decir que la Sala está inhibida para todo pronunciamiento al respecto, por mandato del artículo 568 del C. de P. P.

DECISION

De acuerdo con todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— en armonía con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase el proceso al Tribunal de origen y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — **Humberto Barrera Domínguez.** — **Simón Montero Torres.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **Julio Roncallo Acosta.**— **Angel Martín Vásquez A.** — El Secretario, **Pioquinto León.**

BIBLIOTECA

SUPUESTAS NULIDADES CONSTITUCIONALES EN UN PROCESO POR HOMICIDIO QUE FINALIZO CON SENTENCIA CONDENATORIA

1.—De la disposición contenida en el artículo 477 del C. de P. Penal se deduce con extrema claridad que la intervención del llamado vocero de la defensa se agota dentro de la audiencia pública para la cual ha sido designado, así que se requiere nueva designación en caso de que, por declararse contraevidente el veredicto del jurado, se imponga la celebración de una segunda vista pública.

2.—No es necesario notificar personalmente al vocero de la defensa el auto que señala día y hora para la celebración de la audiencia pública, notificación que sí es imprescindible hacer en la forma indicada al defensor, de acuerdo con el ordinal d) del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, quince de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta)

Vistos:

El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a Eduardo Sarasty Terán a la pena corporal de ocho (8) años de presidio; al pago, en abstracto, de los perjuicios causados por la infracción, y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Benjamín Quistial. Dicha sentencia fue plenamente confirmada por el Tribunal Superior del mencionado Distrito mediante fallo proferido el día once de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve.

Contra este último fallo del Tribunal interpuso el señor defensor, doctor Byron Silva, el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite está cumplido y, por tanto, procede la Sala a resolver.

Hechos:

Hállanse relatados con notable precisión en el auto de proceder, así:

"Relatan los autos que el día sábado 15 de enero del presente año (1955), a eso de las 8 de la mañana, salieron de su casa de habitación situada en la vereda 'Cutuaquer', jurisdicción del Distrito de Ipiales, Benjamín Quistial y su hijo Fidel de diez (10) años de edad; se dirigieron a la ciudad indicada con el objeto de verificar la venta de una carga de leña y proveerse en el merlado de esa capital. En el camino se les unió el campesino Abel Quenán, quien se dirigía a la misma ciudad con el fin de vender dos cargas de leña. Cuando llegaron al punto denominado 'Puente Viejo' cerca a la casa donde funciona un destacamento de Aduana, Benjamín tomó un desecho, en tanto que su hijo y Quenán siguieron arreando sus caballerías por la carretera; caminado un trecho de la carretera la caballería de Quistial sufrió una caída por lo cual Abel Quenán procedió a descargarlo y mandó a Fidel que llamara a su padre para que levantara el caballo que parecía enfermo; acudió Benjamín en protección de su animal y mientras Quenán se había adelantado un poco, fue alcanzado por un individuo que vestía ruana de color canela, sombrero café, zamarros blancos y cabalgaba una bestia de color castaño. Este señor que fue reconocido por el hijo de Quistial, resultó ser el prenombrado —Eduardo Sarasti Terán— antiguo patrón del victimado, y enemistado con aquel humilde cam-

pesino por circunstancias que no dejan de ser baladíes, según las constancias que se han establecido en el proceso. Cuando Sarasti Terán se dio cuenta que tenía en su presencia a su antiguo peón le reclamó el pago de una deuda y como Benjamín le contestara que nada le debía, incontinenti desenfundó Sarasti su revólver; ante la inminencia de esa amenaza el amedrantado indígena pretendió alejarse del lugar, y al momento que saltaba la zanja hacia una sementera de maíz, salió el disparo preciso y fatal que acabó con la existencia del infortunado labriego en el mismo sitio que buscara como refugio de su vida".

La demanda

En ésta —elaborada por un distinguido abogado— se impugna el fallo del Tribunal con fundamento en la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Como preámbulo o anticipado concepto genérico a las tachas que se formulan a la sentencia recurrida, el libelista expresa:

"En el presente asunto, por haberse pretermitido formalidades esenciales de procedimiento en la tramitación del negocio, se incurrió en nulidad de carácter constitucional, en cuanto se vulneraron derechos imprescindibles de la defensa, al desconocer oficiosamente la vocería; y porque no se subsanaron oportunamente fallas que no podían tener solución diferente a la de retrotraer el procedimiento cuando se advirtieron, para poder adelantar válidamente los trámites respectivos y, así encauzar el negocio por las vías procedimentales de rigor, como efectivamente tal anomalía se observa en el caso relatado de la providencia que concedió la apelación del auto de proceder". La tacha fundamental, pues, —según el recurrente— radica en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Y dos son los cargos que bajo este rubro se plantean contra el fallo recurrido, a saber:

"Primero.—Se vulneró el derecho de defensa del procesado en cuanto se prescindió de la vocería —ya constituída— en la segunda audiencia".

En desarrollo de tal objeción y para fundamentarla, expresa el demandante que "Al folio 60 del expediente, obra el memorial-poder del procesado para efectos de constituír vocero de su defensa en la audiencia pública, sin determinar en ese escrito que se tratara exclusivamente de esa audiencia que terminó con el veredicto favorable y que luego hubo de ser declarado contraevidente, sino sencillamente de la audiencia pública, para el futuro del juicio, en la misma forma que tampoco podía entrar a determinar el número de sesiones que pudiera abarcar o la sesión determinada y precisa en la cual debería intervenir el vocero, directamente'.

"Por tal causa —continúa— en el auto que lo reconoció en la calidad dicha y en la posesión respectiva, no se circunscribe la actuación a esa audiencia exclusivamente (f. 60 vto.) sino 'a la audiencia pública que se verificará próximamente', así como en el memorial referido, tampoco se especifica que se trataba de esa audiencia en especial únicamente, sino de la audiencia pública anunciada para próximamente en el juicio".

"Por modo que —agrega— al continuar los trámites del juicio y cuando éste se retrotrajo a la nueva celebración de la audiencia, es claro que no era necesario nuevo memorial del procesado, como tampoco había necesidad de ratificar la condición de defensor, los cuales abogados como apoderados que en su conjunto constituían la defensa de Sarasty Terán, formaban la unidad de ésta, sin que pudiera entrar a hacerse discriminaciones o separaciones que la quebrantaran, so pena de vulnerar derechos legítimos del reo en orden a su cabal y completa defensa".

De lo anterior concluye el impugnador que no era necesario constituír nueva vocería; que, por tanto, era "imprescindible la notificación al vocero de la defensa para la segunda audiencia", y que al no procederse así, se conculcaron los intereses del procesado, incurriéndose en una nulidad de carácter constitucional.

En seguida, para proporcionar a su tesis un apoyo jurisprudencial, la demanda recuerda la siguiente doctrina de esta Corporación:

"La Corte ha sentado que fuera de las nulidades a que se refieren los artículos 198 y 199 del C. de P. P., existen otras de carácter sustancial llamadas constitucionales, porque violan el artículo 26 de la Carta. Empero estas últimas son aceptables sólo en situaciones excepcionales, cuando la irregularidad cometida es tan grave que quebranta las base de la defensa, o perjudica notablemente a otra de las personas que intervienen en el proceso. Es decir, cuando la anomalía influye decisivamente en el desenlace de la acción penal y causa un daño evidente a quien alega la nulidad". (Casación. Julio 28 de 1953. G .J. Tomo LXXV, número 2131, pág. 717).

"Segundo. — Se pretermitieron normas imprescindibles de procedimiento, al dejar pendiente un

recurso, por error en la fecha del auto que lo concedió y haberlo resuelto el Tribunal sin adquirir jurisdicción".

El pensamiento del demandante en relación con este segundo cargo puede, en síntesis, exponerse de la siguiente manera: El auto de llamamiento a juicio en este proceso fue proferido por el Juzgado Segundo Superior de Pasto el día siete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco. Y la providencia mediante la cual se concedió el recurso de alzada contra aquel proveído lleva la fecha del dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos. (Fls. 36 y siguientes y 50, respectivamente, del cuaderno primero). Por tanto el Tribunal, al tramitar y resolver dicho recurso, actuó en el vacío, sin adquirir la necesaria jurisdicción, engendrándose así un vicio de nulidad que afectó desde entonces toda la actuación posterior. En otros términos: Se produjo —en sentir del demandante— una "nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta que tan explícitamente habla de las formalidades propias de cada juicio y por tanto de los requisitos imprescindibles del procedimiento".

La demanda finaliza solicitando que "se ordene reponer todo lo actuado, a partir del auto que conceda debidamente la apelación interpuesta contra el auto de proceder dictado en contra del procesado Eduardo Sarasty Terán, o en subsidio, desde la notificación pendiente para el vocero de la defensa, del auto que señale día y hora para la celebración de la audiencia pública, de acuerdo con el motivo sustentado para demostrar el cargo de nulidad constitucional contra el fallo en referencia".

Concepto del Ministerio Público

En su vista de fondo el señor Agente del Ministerio Público, representado en el presente caso por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, expresa con suma claridad que "Ninguno de los motivos de impugnación alegados puede considerarse como razón suficiente para anular lo actuado en cumplimiento de lo previsto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, simple y sencillamente porque ni una ni otra de las informalidades procedimentales señaladas por la demanda, resultan aptas para demostrar que no fue pleno el ejercicio que se hizo del derecho de defensa, como tampoco son idóneas para evidenciar que por haber sufrido los intereses del acusado tan serio menoscabo, el mismo acusado vino a ser vencido en juicio sin haber sido oído".

Seguidamente el señor Procurador examina y refuta con acierto las tachas formuladas al fallo recurrido, para concluír del siguiente modo:

"Demostrado como ha sido que las anomalías, las informalidades o los yerros alegados por el recurrente, carecen de toda importancia, por no ser viable predicar de aquéllas o éstos (para estar de acuerdo con lo adoctrinado al respecto por la H. Corte en su sentencia de casación del 18 de marzo de 1947 correspondiente al proceso del señor Carlos Garcés), que influyeron en el desenlace de la acción y que implicaron una merma de las garantías constitucionales y fueron causa del resultado adverso que la demanda en estudio se empeña en corregir, se impone que el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal atentamente pida a la Corte, como en efecto lo hace, que NO CASE la sentencia del H. Tribunal de Pasto que ha sido materia del recurso".

Considera la Corte:

Conforme al artículo 477 del C. de P. P. "El acusado tiene derecho a nombrar un vocero cuando personalmente no quiera hacer uso de la palabra, pero éste no podrá actuar sino dentro de la audiencia pública". De esta disposición se deduce con extrema claridad que la intervención del llamado vocero de la defensa se agota dentro de la audiencia pública para la cual ha sido designado, pero aún en la hipótesis de que así no fuera, vale decir, en el supuesto de que un determinado vocero que actúe en la primera audiencia pública de un proceso pudiera intervenir en la segunda sin nueva designación como tal, ello no significa en manera alguna que sea necesario notificarle personalmente el auto que señala día para la celebración del juicio, notificación que sí es imprescindible hacer en la forma indicada al defensor, de acuerdo con el ordinal d) del artículo 171 ibidem.

La actuación del vocero de la defensa en el presente proceso quedó cumplida en la primera vista pública, y por tanto ninguna otra comunicación de actuaciones procesales subsiguientes era menester hacerle. De donde resulta que no se mermaron ni se conculcaron en sentido alguno los intereses del procesado, y, por tanto, carece de eficacia jurídica la afirmación de que no se le juzgó con la plenitud de las formas propias del juicio, violando el artículo 26 de la Carta. Siendo ello así, el cargo no puede prosperar.

En cuanto al segundo cargo o motivo de impugnación, preciso es admitir que conlleva menos entidad que el primero. En efecto, la tacha consiste en que la providencia por medio de la cual el Juzgado Segundo Superior de Pasto concedió el recurso de apelación interpuesto contra el auto de llamamiento a juicio proferido el día 7 de julio de 1955, tiene la fecha del 2 de noviembre de 1952, lo que significa que el Tribunal respectivo no adquirió jurisdicción para conocer de una providencia enjuiciatoria cuya alzada fue concedida con anterioridad al pronunciamiento del auto que debía ser revisado.

Se trata, en realidad, de un error, como lo acepta el mismo recurrente, o de un "lapsus calami", para utilizar la expresión del señor Agente del Ministerio Público, pero de un error que sólo se refiere al año, no al día ni al mes en que verdaderamente fue proferida la providencia que concedió la alzada. Por lo demás, examinando el informativo se observa que el proveído en cuestión fue notificado personalmente al Ministerio Público, y por estado al defensor y al procesado, quien con anterioridad había sido declarado reo ausente. Lo importante es que el auto de proceder se hubiese notificado personalmente al defensor, como efectivamente se hizo el 21 de octubre de 1955, acatándose así el mandato contenido en el artículo 170 del C. de P. P. y proporcionándole al doctor Julio César Paz, quien para entonces tenía a su cargo la defensa, la oportunidad de ejercitar el fundamental derecho de apelar. (F. 49 vto. cuaderno primero).

Con plena razón manifiesta el señor Procurador en su vista de fondo los siguientes juiciosos conceptos sobre el particular:

"Si a tales comprobaciones se suma el hecho de que antes de desatar el Tribunal Superior el recurso interpuesto el día 21 de octubre del mismo año de 1955, se ordenó, con fecha 7 de diciembre también..., fijar en lista el negocio, a fin de que el recurrente sustentara su reclamación, es más lógico concluír que no es válido sostener que en el caso **sub-judice** se dejó pendiente un recurso y que a la defensa del acusado no se le brindaron todas las oportunidades que la ley ofrece para que pudiera hacer valer sus razones. No, tal cosa es imposible, y si a la postre el proveído reclamado fue confirmado, no está demás recordar que ello ocurrió ante el inesperado silencio de su frustrado impugnador".

Es evidente, pues, que la irregularidad procesal analizada no produjo detrimento alguno en los intereses del procesado, y mal puede construírse sobre ella, en consecuencia, el cargo de nulidad supralegal.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y acorde con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Pasto.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — **Humberto Barrera Domínguez.** — **Simón Montero Torres.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **Julio Roncallo Acosta.**— **Angel Martín Vásquez A.** — **Pioquinto León L.,** Secretario.

ERROR DE HECHO EN UNA SENTENCIA QUE, ATRIBUYENDO A CIERTAS PRUEBAS UN VALOR DE QUE CARECEN Y NEGANDO A OTRAS EL QUE TIENEN, PROFIRIO CONDENA POR FALSO TESTIMONIO

1.—Los elementos que integran el delito de soborno de testigos, contemplado en el artículo 194 del Código Penal, son los que siguen: a) Ofrecimiento o promesa de dinero u otra utilidad por parte del agente del delito; b) Calidad de testigo en la persona que recibe el ofrecimiento o la promesa; y, c) Propósito del agente, al hacer la promesa o el ofrecimiento, de inducir al testigo para que declare falsamente.

2. — En el artículo 194 del Código Penal aparece que se incurre en el delito que allí se describe, o sea el de soborno de testigos, 'aun cuando la oferta o promesa no sea aceptada', frase que, como es obvio, sólo puede entenderse en el sentido de que es indiferente, para el nacimiento de la figura, que la oferta o promesa se rechace o se acepte.

3.—La forma especial como el artículo 194 del Código Penal disciplina el delito de soborno de testigos, como delito PER SE, vale decir, como de simple acción, independientemente a resultado, excluye, en rigor lógico, el que su autor pueda caer en la órbita de la complicidad con respecto al delito de falso testimonio en que incurra, movido por la promesa o la oferta, el sobornado.

4. — El criterio de autonomía con que se crea la figura delictuosa del soborno de testigos (artículo 194 del C. Penal), sobre la base de la oferta o promesa de dinero u otra utilidad, con el exclusivo propósito de conseguir una declaración falsa, rechaza la posibilidad de que el agente activo del delito pueda sustraerse a los alcances del predicho artículo 194, para quedar en la esfera del 211 de la misma obra, referente a la propuesta de cometer un delito cualquiera.

5. — La calidad de testigo emerge, para quien pasa a ostentarla, en el momento mismo en que conoce un acto de trascendencia jurídica; lo cual significa que tal calidad surge de una situación de hecho. Este criterio, por cierto elemental, pero a cambio de ello comprensivo y fácil, es el que nutre, en materia de testigos, el sistema procesal colombiano, distinto al de otros países en donde aquella calidad depende, en esencia, de la previa calificación que el Fiscal o el Juez competente hace sobre la lista de personas que las partes están obligadas a presentar para que declaren.

6.—Puesto que la calidad de testigo se genera en una situación de hecho, salta a la vista que esa situación puede ser aprovechada por quien se encuentra en ella, para comparecer al proceso y rendir una declaración falsa; o puede ocurrir también que, con el mismo objetivo espurio, sea simulada por un extraño a semejante específica situación. En ambos eventos, como es obvio, se incurre en el delito de falso testimonio, descrito y sancionado en el artículo 191 del Código Penal.

7.—Como quiera que la calidad de testigo corresponde a una situación de hecho, cabe la posibilidad de que un tercero obre con el objetivo de instigar, mediante oferta o promesa de dinero u otra utilidad, a quien realmente dispone de esa calidad para que, aprovechando tal situación, rinda una declaración falsa; o que, con los mismos recursos de instigación, trate de determinar a quien es extraño a esa calidad, para que la simule y en esa suerte se comporte del mismo modo que el primero. La conducta de ese tercero,

en las dos hipótesis, queda comprendida necesariamente en el artículo 194 del C. Penal, sobre soborno de testigos.

8.—Dado que la sentencia incurra en patente y manifiesto error en la apreciación de la prueba, por darle a los testimonios de cargo un valor probatorio del cual indudablemente carezcan y negarle a los que evidencien la ausencia de culpabilidad la importancia probatoria que tengan efectivamente, el fallo acusado debe ser invalidado con fundamento en la causal 2ª de casación, consagrada en el artículo 567 del C. de P. Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, diez y siete de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

Vistos:

Se procede a resolver, en orden a que está debidamente tramitado, el recurso de casación que propusieron los señores Ignacio Alberto Díaz Santacruz y Tufic Merheje contra la sentencia del 8 de junio del año de 1959, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá los condenó, como responsables del delito de falso testimonio, al primero, a la pena de veinticinco meses de presidio, y al segundo, a la de dos años de prisión, y les impuso las penas accesorias del caso.

Antecedentes:

En la Notaría Segunda del Circuito de Palmira apareció protocolizado, con fecha 9 de mayo de 1955, un testamento cerrado del señor Pedro Iza Irvi, el que al morir su real o supuesto autor y tratar de hacerse valer, fue tachado de falso, circunstancia que determinó el proceso penal del caso, el cual cursaba en el Juzgado 3º Superior de Cali cuando en cartas del 28 de febrero y 24 de abril de 1956, los señores Ignacio A. Díaz y Aura Mazuera, amantes entre sí, comunicaron al señor Jesús Iza Irvi, hermano del causante, y en ese carácter, reconocido como parte civil en aquel proceso, que disponían de "la clave para comprobar la falsedad" del testamento objetado. Esas cartas las entregó el señor Iza Irvi, por conducto de su apoderado en el citado negocio, a la Procuraduría, en donde, en entendimiento con el Ministerio de Justicia, se acordó investigar la grave especie en ellas referida, y a ese efecto se comisionó al Juzgado 3º de Instrucción Criminal, el que en los días 11 y 12 de mayo de 1956, recibió declaración a los autores de las cartas, señores Díaz y Mazuera, y a los Sres. Marco Tulio Bedoya y Enrique Sánchez, quienes sostuvieron, los dos primeros, que a través de confidencias del señor Manuel José Torres, tenían conocimiento de que éste, mediante arreglo con el señor Jerala Kronfly, había suplantado al señor Pedro Iza en la protocolización del testamento de Palmira, y los otros, que se habían dado cuenta directa de esa suplantación. Estas declaraciones, consideradas como contrarias a la verdad y más tarde rectificadas por sus mismos autores, acto en el cual optaron por formular graves cargos de soborno de testigos al señor Tufic Merheje, fueron el origen de este proceso por falso testimonio, cuya culminación se encuentra en la sentencia que es objeto del recurso de casación que interpusieron el citado Merheje y Díaz Santacruz.

Fallos de 1ª y 2ª instancia:

De la primera instancia del proceso conoció el Juzgado 8º Penal del Circuito de Bogotá, el cual, en sentencia del 13 de agosto de 1958, condenó a los señores Marco Tulio Bedoya, Enrique Sánchez y Antonio José Galeano, como responsables del delito de falso testimonio, los dos primeros, a la pena de veinticinco meses de prisión cada uno, y el último, a la de veintiseis meses de prisión. En ese mismo fallo fueron absueltos, por los cargos que dieron lugar a que se les recibiera indagatoria, los señores Ignacio Alberto Díaz Santacruz, Tufic Merheje, Jesús Iza Irvi, Olga Iza Irvi, Fidel Iza Irvi, Tufic Iza Irvi y Aura Mazuera. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 8 de junio del año de 1959, confirmó las condenaciones de los señores Enrique Sánchez y Antonio José Galeano, otorgó perdón judicial al señor Marco Tulio Bedoya y confirmó la absolución de las citadas personas, excepción hecha de los señores Ignacio A. Díaz Santacruz y Tufic Merheje, que revocó para en su lugar condenarlos, al primero como infractor del artículo 191 del C. P., a la pena de veinticinco meses de presidio y accesorias consiguientes, y al segundo, como infractor del artículo 194 ibidem, a la de dos años de prisión y accesorias del caso. Estos sujetos fueron los que, como se dejó dicho,

interpusieron el recurso de casación, aunque la verdad es que respecto a Díaz Santacruz lo único que se hizo fue pedir, por medio de un escrito en que se hacen consideraciones generales sobre su condena, que se admita el recurso, sin que se hubiera presentado la demanda del caso. En cuanto al señor Tufic Merheje se presentó, en cambio, la debida demanda, circunstancia que hace de interés determinar los fundamentos de su condena, que fueron los siguientes:

"**Tufic Merheje.**—Refirió en su indagatoria que su participación en estos hechos fue apenas la de comisionado de Jesús Iza Irvi para trasladarse a Palmira a ponerse en contacto con los signatarios de las cartas en que se le ofrecía revelar la clave de la falsedad del testamento de Pedro Iza. Y que en desatrrollo de sus gestiones, hizo los gastos de traslado de los testigos a Bogotá para que declararan, les pagó el hotel, les reconoció el tiempo perdido y el viaje de regreso, y le dio doscientos pesos en Palmira a Manuel José Torres, antes del viaje a esta ciudad.

"Pero Alvaro Gallego, Carlos Mazuera, Tulia Ramos y el procesado Marco Tulio Bedoya lo señalan como la persona que en compañía de Manuel Torres Hernández o Galeano les propuso que les daría una fuerte suma de dinero si declaraban que habían visto a Manuel José Torres en la Notaría Segunda de Palmira otorgando una escritura en asocio de Jerala Kronfly por la época en que se protocolizó el segundo testamento de don Pedro Iza Irvi.

"Alvaro Gallego, quien no aceptó la criminal propuesta de Torres y Merheje, no es declarante venido a última hora al proceso, sino que fue nombrado por Bedoya en su falsa declaración rendida el veintiuno de junio de mil novecientos cincuenta y seis ante el Juez en Palmira, como la persona que también estaba frente a la Notaría haciendo turno en la peluquería y luego se tomó un fresco en la cantina en que estaba tomando Bedoya.

"Y en la audiencia pública —418— Bedoya, al confesar su delito, dice que nombró a Gallego porque Tufic Merheje '...me lo mencionó para contratarlo que fuera a declarar el asunto de Jerala. Yo mencioné a Gallego porque Tufic Merheje me dijo que lo mencionara a él en la declaración'.

"Y las declaraciones de Tulia Ramos y Carlos Mazuera, quienes con Gallego solamente depusieron en la audiencia, fueron solicitadas por Aura Mazuera el veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y siete, y decretadas por el Juez, pero como no fueron oportunamente citados, no concurrieron antes. Y por aquella época el procesado Bedoya no había confesado su delito, sino que seguía firme en el proceso afirmando su falsedad (263 y v.).

"Por otra parte, Bedoya, cuando ya no tiene nada favorable que esperar en este proceso, en retractación ante el Juez Tercero Superior de Cali, repite sus cargos contra Manuel José Torres y Tufic Merheje. Es digna de credibilidad esta declaración que hace el procesado cuando ya se sabe condenado, cuando conoce que su confesión hecha en audiencia lo llevará ineluctablemente a presidio, cuando sabe que su situación jurídica es inmodificable, y que no puede esperar sino clemencia de la justicia, ratifica los cargos de que Torres y Merheje le ofrecieron dinero para que declarara falso. 479.

'La Sala disciente (sic) del Juzgado de Instancia en cuanto se desechó la prueba que en el proceso gravita sobre Tufic Merheje so pretexto de que la intervención de éste fue posterior a las cartas de Aura Mazuera, según el dicho de Bedoya.

"Nada vale este argumento, toda vez que Gallego, Mazuera y Tulia Ramos afirman haber recibido el ofrecimiento de dinero por parte de Tufic y Torres dos años atrás de su declaración, es decir, en mil novecientos cincuenta y seis, año en el que se realizaron las gestiones de Merheje en Palmira. Todo esto demuestra aún más la veracidad de estos declarantes, y como la ley no condiciona la estructuración del delito a épocas ni lugares, es menester atender solamente a la eficacia de la prueba, a la verosimilitud del testimonio. Si no fuera así, la sentencia ha debido aceptar que lo expuesto por Gallego, Mazuera y la Cadena no es creíble, y entonces tampoco le prestarían mérito en cuanto perjudicaban a Torres o Galeano, particular que sí aceptó el Juzgado.

"Pero no son solamente las probanzas analizadas las que responsabilizan a Merheje. Es también Ignacio Díaz Santacruz, quien en la diligencia del fl. 348, impropiamente llamada 'careo' por el Juzgado, dice: '...que fue el señor Tufic Merheje la persona **que en presencia mía'** y el mismo detective Reyes le ofreció Merheje al tal Hernández (sic) (se refiere a Torres Hernández parece), dinero, pasaporte para salir del país...' Y luego en el curso de la audiencia pública aclara: '...que Tufic Merheje en mi casa de habitación en Palmira en una de las conferencias habidas en ese negocio le ofrecía a Manuel José Torres Hernández dinero, pasaporte, para salir del país,

salvoconducto y hasta le manifestó que no tuviera ningún temor en rendir declaración donde se le llevara porque él ya tenía arreglado el asunto con los peritos grafólogos por cuenta de don Jesús Iza Irvi para que emitieran un concepto favorable...'. 369.

"Del caudal probatorio hasta aquí analizado se desprende la firme convicción de que Tufic Merheje, fue quien ofreció dinero a personas distintas para que declaran (sic) falsamente con el objeto de demostrar que el testamento de don Pedro Iza Irvi, otorgado en Palmira, era falso, pues que el testador había sido suplantado. Con tan fraudulentos medios se proponía sin duda este procesado no solamente hacer valedero el testamento otorgado en Pereira, y en el que sus sobrinas quedaron como herederas, sino llevar a presidio al señor Jerala Kronfly, a quien los falsarios señalaban como autor de la suplantación.

"La actuación de Tufic Merheje estructura el delito de falso testimonio en la modalidad contemplada por el artículo 194 del C. P., por lo que la sentencia de instancia deberá ser reformada en este sentido".

Demanda de casación

El señor apoderado del procesado señor Tufic Merheje, en la demanda que presentó con respecto a su patrocinado, ceñida en un todo a las exigencias previstas en el artículo 531 del C. J., aplicable en materia penal conforme al artículo 7º del C. de P. P., invoca las causales de que tratan los ordinales 2º, 1º y 4º del artículo 567 del C. de P. P., en el orden que se indican, no sin prevenir, como debe advertirse, que la causal del ordinal 4º la aduce en el carácter de subsidiaria de las otras dos.

En la formulación del primer cargo que se hace al fallo acusado con invocación de la causal 2ª —son dos los que se plantean con apoyo en esta causal— el señor apoderado del recurrente señala los elementos que, a su juicio, integran el delito de soborno de testigos, contemplado en el artículo 194 del C. P., los somete a largo análisis y luego sostiene que el Tribunal, en la consideración del objeto material de ese delito, incurrió en una errada concepción del mismo, lo que lo llevó "consecuencialmente a darle un valor probatorio como elementos constitutivos del delito... a hechos que carecían de esta calidad". En este orden de ideas se consigna expresamente lo siguiente:

"....de conformidad con los términos del artículo 194 del C. P. el objeto material del delito en dicha disposición previsto, es decir, sobre quien recaen los actos materiales del culpable, no es otro, que la persona que tiene la calidad de testigo, perito o intérprete ante la autoridad judicial, ya que a ella es hecha la oferta u promesa del dinero u otra utilidad, para inducirla a una falsa declaración, dictamen o versión. El sujeto pasivo como antes lo vimos es el Estado que ve en el acto del sobornador una amenaza para una de sus funciones, la jurisdiccional, amenaza que basta para que por este aspecto se estructure el delito previsto en el artículo 194 del C. P.".

Y más adelante:

"Así las cosas, al atribuírseles por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial, en la sentencia recurrida, a las personas anteriormente citadas la calidad de testigos, que no tenían al momento en que se dice se les trató de sobornar por el señor Tufic Merheje, calidad de tales que como elemento constitutivo del delito prevista en el artículo 194 del C. P. es exigida para que la infracción en ella contemplada se estructure, se hizo parte de la mencionada Entidad, una errada interpretación o apreciación de los hechos atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen como elementos constitutivos del delito de soborno, y así en consecuencia se incurrió a este respecto en la mencionada sentencia en la causal 2ª de casación que se viene estudiando".

El segundo cargo que se hace al fallo impugnado con apoyo en la causal 2ª, se formula diciendo que a las aserciones de los señores Marco Tulio Bedoya, Alvaro Gallego, Ignacio A. Díaz, Aura Mazuera, Carlos Mazuera y Tulia Ramos de la Cadena, las cuales se comentan a espacio, en cuanto acusan al señor Tufic Merheje, se les dio un valor de que carecen, en tanto que se negó a las del procesado el que les es propio y, de otra parte, no se tuvo en cuenta el informe del detective 1.430 y su posterior ratificación, no obstante que allí aparece despejada cuál fue la conducta del señor Merheje al entregar dinero a los testigos, y así vino a producirse una condena sin base en la realidad probatoria.

Con invocación de la causal 1ª se formula al fallo acusado un cargo, el cual se plantea diciendo que esa interpretación o apreciación errónea de los hechos en que incurrió el Tribunal, atribuyéndoles un valor probatorio de que carecían, o negándoles el que sí tenían, o no tomándolos en cuenta a pesar de estar acreditados, no podía llegar a otro resultado que a la violación de la Ley

Penal por errónea interpretación o por indebida aplicación, puesto que al condenar al señor Tufic Merheje por el delito de soborno de testigos, "sin que de tal calidad hubieran estado investidos los presuntos sobornados al momento en que se dice les fuera ofrecido dinero para inducirlos a dar una falsa declaración, se violó el artículo 194 del Código Penal por aplicación indebida de dicho precepto. El señor Tufic Merheje ha debido ser absuelto o en el peor de los casos, culpable como se le consideró haberle aplicado el artículo 211 del Código Penal en armonía con el 213 de la misma obra", disposiciones que por no haber sido aplicadas, se violaron.

El señor apoderado del recurrente, por último, sostiene que la sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad, por cuya razón debe prosperar la causal 4ª, vicio que hace consistir en qué, en su entender, hubo error en la denominación jurídica del delito atribuído al señor Manuel J. Torres o Galeano, en orden a que se le tuvo como sobornador de testigos que no tenían esa calidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la sustentación del primer cargo al fallo con base en la causal 2ª, los cuales proceden a su vez en tratándose del citado Torres o Galeano. La nulidad se pretende con fundamento en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, a quien correspondió llevar la voz del Ministerio Público en el recurso que es materia de examen, hace un amplio análisis de la demanda presentada con respecto al procesado señor Tufic Merheje, refuta algunas de sus proposiciones, acoge otras, presenta las suyas y termina pidiendo se case el fallo acusado con fundamento en la causal del ordinal 2º, que se invoca en primer término. La Sala se ocupará, en su debida oportunidad, del importante como enjundioso concepto de su distinguido colaborador.

Tesis de la parte civil:

El señor apoderado de la parte civil presentó un escrito dentro del término legal, para oponerse a las pretensiones del recurrente y refutar los conceptos del Ministerio Público. En este orden de ideas sostiene que tanto aquél como éste se equivocan en la tesis, por ambos compartida, en el sentido de que para que exista el delito de soborno de testigos es preciso que el agente activo del mismo ejercite su acción sobre personas que ya aparezcan en el proceso revestidas de aquel carácter específico, el cual se adquiere a partir del momento en que se les llame a declarar. Respecto de este punto el señor apoderado de la parte civil expresa lo siguiente en que aparece condensado su juicio:

"Tanto el recurrente como el Ministerio Público, hablan sobre el hecho de que los declarantes no tenían la calidad de testigos cuando recibieron la oferta de dinero en orden a dar sus versiones falsas. De ese argumento, más superficial que sustantivo, concluyen que no se tipificó el soborno, porque los sujetos materia de él no tenían una calidad específica de 'testigos', cuando recibieron la oferta.

"Testigo es la persona llamada a decir la verdad sobre todos los hechos de que tenga conocimiento, ante funcionario competente. El testigo relata al juez hechos de los cuales tiene conocimiento por haberlos presenciado. Esta es la acepción más aceptable del vocablo testigo, en un sentido restringido. Y si el testigo no dice la verdad, no relata hechos de que tuvo conocimiento, sino que falsea la verdad, y afirma hechos contrarios a ella, no por ello pierde su categoría de testigo para los fines específicos del artículo 194 del C. P. Lo cardinal es que la persona se presente ante un juez competente a dar la versión de unos hechos. Si esa versión es falsa, el testigo incurre en las sanciones previstas en el artículo 191 del C. P.".

Sentadas estas premisas conceptuales el señor apoderado de la parte civil entra a sostener que el señor Tufic Merheje, "como lo demuestra con claridad abrumadora el proceso, prometió y entregó algunos dineros" a los señores Ignacio Díaz Santacruz, Marco Tulio Bedoya, Aura Mazuera y Enrique Sánchez para que rindieran "versiones falsas ante el señor Juez 3º de Instrucción Criminal, en la investigación efectuada por éste a solicitud de la Procuraduría General de la Nación", lo que indiscutiblemente lo llevó a violar, como autor del delito de soborno de testigos, el artículo 194 del C. P.

Sostiene, además, el señor apoderado de la parte civil que "la causal 2ª de casación contemplada en el artículo 567 del C. de P. P. permite que la cuestión de facto, se someta a una nueva estimación por la Corte, como Tribunal de Casación. Pero en este caso no se hará un nuevo estudio de los elementos de juicio aportados al proceso",

puesto que lo único que procede es examinar "si el Tribunal cometió error de hecho o de derecho en la valoración probatoria. Los errores de hecho o de derecho, deben concretarse... en la demanda de casación, porque lo que se busca es el predominio de la ley". El convencimiento a que llegó el Tribunal de instancia —agrega la parte civil— "como resultado de todos los elementos de juicio aportados al proceso", no puede ser modificado, "sin la previa demostración del error de hecho o de derecho que resulte de modo evidente en el proceso, porque esa situación se halla gobernada por el principio de la soberanía que tienen los Tribunales de instancia para fijar el alcance probatorio de los elementos de juicio que obran en el informativo". Y la verdad es que en el caso de autos ni el recurrente ni el Ministerio Público han hecho esa demostración.

Se considera:

El delito de soborno de testigos, contemplado en el artículo 194 del C. P., como lo sostiene con acierto el señor Procurador, responde a una modalidad del falso testimonio, y en su esencia consiste en instigar, por medio de ofrecimiento o promesa de dinero u otra utilidad, a un testigo para que rinda una declaración falsa. De consiguiente, los elementos que lo integran son los que siguen:

a) Ofrecimiento o promesa de dinero u otra utilidad por parte del agente del delito;

b) Calidad de testigo en quien recibe el ofrecimiento o la promesa; y

c) Propósito del agente, al hacer la promesa o el ofrecimiento, de inducir al testigo para que declare falsamente.

El señor apoderado del recurrente pretende que a estos tres elementos que en sentir de la Sala integran el delito de soborno de testigos, debe agregarse uno más, el cual plantea a través de una condición negativa que dice relación a que la promesa u oferta no se acepte. Esa condición, sin embargo, no la contiene el citado artículo 194, en donde aparece, en cambio, que se incurre en el delito que allí se describe, "aun cuando la oferta o promesa no sea aceptada", frase que, como es obvio, sólo puede entenderse en el sentido de que es indiferente, para el nacimiento de la figura, que la oferta o promesa se rechace o se acepte.

Esta forma especial de disciplinar el soborno de testigos, como delito per se, vale decir, como de simple acción; independientemente a resultado, excluye, en rigor lógico, el hecho de que su autor pueda caer en la órbita de la complicidad con respecto al delito de falso testimonio en que incurra, movido por la promesa o la oferta, el sobornado. Por otra parte, el criterio de autonomía con que se crea la figura delictuosa, sobre la base de la oferta o promesa de dinero u otra utilidad, con el exclusivo propósito de conseguir una declaración falsa, rechaza, a su vez, el hecho de que el agente activo del delito pueda sustraerse a los alcances del predicho artículo 194 del C. P. para quedar, como lo pretende el señor apoderado del recurrente, en la esfera del 211 de la misma obra, referido a la proposición para consumar un delito cualquiera.

Conforme a la razón y a la lógica, la calidad de testigo emerge, para quien pasa a ostentarla, cuando conoce un acto de trascendencia jurídica, lo que tanto significa que es una situación de hecho, la cual se afirma en el entendimiento como una verdad apodíctica impuesta por la naturaleza intrínseca de las cosas. Este criterio, por cierto elemental pero a cambio de ello compresivo y fácil, es el que nutre, en materia de testigos, el sistema procesal penal colombiano, distinto al de otros países, como el de Italia, en donde aquella calidad depende, en esencia, de la previa calificación que el Fiscal o el Juez competente hace sobre la lista de personas que las partes están obligadas a presentar para que declaren. Esa diferencia de los dos sistemas excusa a la Sala de entrar a ocuparse de las numerosas citas que trae el señor apoderado del recurrente con el fin de apoyar en ellas sus conceptos, ya que todas son de autores que se refieren, en sus respectivos comentarios, al segundo sistema.

Desde luego, salta sin ningún esfuerzo a la menos atildada comprensión que esa situación de hecho en que, como se deja expuesto, se genera la calidad de testigo, puede ser aprovechada, por quien se encuentra en ella, para comparecer al proceso y rendir una declaración falsa, o puede ser a su turno simulada, con el mismo objetivo espurio, por un extraño a semejante especifica situación. En ambos eventos, como es obvio, se incurre en el delito de falso testimonio, descrito y sancionado en el artículo 191 del C. P.

De manera que, según queda sentado, la calidad de testigo corresponde a una situación de hecho, situación que en el orden lógico y práctico permite, sin duda el obrar de un tercero en el objetivo de instigar, mediante oferta o promesa de dinero u otra utilidad, a quien realmente dis-

pecto al delito de soborno de testigos porque se le condenó.

El señor Díaz y la señora Mazuera, sin embargo, en ninguna de sus exposiciones rendidas en el proceso, sugirieron, siquiera, que las citadas cartas las hubieran escrito y dirigido al señor Jesús Iza previo entendimiento, consulta o instigación del mencionado señor Merheje. Según ellos, esos documentos fueron la inmediata consecuencia de las confidencias que a la señora Mazuera dizque hizo su inquilino Torres o Galeano. Este es un hecho que aparece perfectamente claro en las aserciones de estos llamados testigos de cargo, incluyendo aquellas que formularon a partir del momento en que uno y otro optaron por retractarse de lo que inicialmente expusieron a lo largo del sumario.

En memorial recibido en el Juzgado de conocimiento el 23 de mayo de 1958, el señor Ignacio A. Díaz optó por retractarse de lo mucho que había dicho con anterioridad en torno a la supuesta falsedad del testamento del señor Pedro Iza, protocolizado en la Notaría 2ª de Palmira el 9 de mayo de 1955. En ese escrito aparece lo siguiente con relación al señor Tufic Merheje:

"...en una de las conferencias habidas en mi edificio de Palmira, el señor Merheje le ofreció a Manuel José Torres Hernández una gruesa suma de dinero, conseguirle salvoconducto del Ministerio de Justicia y Procuraduría General de la Nación para transitar libremente dentro del territorio colombiano; le ofreció pasaporte para salir fuera del país a donde y cuando quisiera, manifestándole que tenía comprados a los peritos grafólogos para dictaminaran (sic) a favor de la impugnación de falsedad en que estaban empeñados los señores Jesús Iza Irvi y el señor Merheje".

Estos ofrecimientos, que conforme al señor Díaz, tuvieron por objeto instigar a Torres o Galeano para que se plegara a declarar que en el testamento mencionado había obrado como suplantador del señor Pedro Iza, se produjeron mucho después de que se escribieron al señor Jesús Iza las dos cartas atrás indicadas, y también después de que llegaron a Bogotá para caer en las manos del doctor Gutiérez Anzola, quien las pasó al señor Procurador General de la Nación, el cual, en acuerdo con el Ministerio de Justicia, dispuso investigar los graves hechos a que ellas se referían, y así, como primera medida, que el señor Tufic Merheje, en la compañía del detective 1.430, de nombre Jorge Reyes, se trasladara a Palmira para ponerse en contacto con las personas de las predichas cartas. Es en el mismo memorial donde aparece la prueba de la verdad de lo que se relata, puesto que allí se lee:

"El señor Tufic Merheje, fuera de los ofrecimientos de dinero, pasaporte y salvoconducto al señor Manuel José Torres Hernández en presencia del detective señor Jorge Reyes nos ofreció reconocernos todos los perjuicios y gastos a los señores Enrique Sánchez, Marco Tulio Bedoya, Aura Mazuera y a mí en Bogotá".

En la diligencia de los folios 348 y ss., denominada "De cargo supletorio", el señor Díaz, como queriendo recalcar que el delito de soborno de testigos que resolvió atribuír a última hora al señor Tufic Merheje, lo había consumado éste en presencia del detective señor Jorge Reyes, manifiesta:

".....lamento positivamente que no estuviera aquí personalmente en mi presencia el señor Tufic Merheje, Manuel José Torres Ternández y el señor Jorge Reyes, para sostenerles que fue el señor Tufic Merheje, la persona que en presencia mía y del mismo detective señor Jorge Reyes le ofreció Merheje al tal Hernández dinero, pasaporte para salir del país y salvoconducto del Ministerio de Justicia y de la Procuraduría General de la Nación, para andar libremente, tan pronto rindiera su declaración en Bogotá".

Por último, el señor Díaz, al declarar en la audiencia pública, insistió una vez más en sus asertos, así:

"...Tufic Merheje en mi casa de habitación en Palmira en una de las conferencias habidas en ese negocio le ofrecía a Manuel José Torres Hernández dinero, pasaporte para salir del país, salvoconducto y hasta le manifestó que no tuviera ningún temor en rendir su declaración donde se le llevara porque él ya tenía arreglado el asunto con los peritos grafólogos por cuenta de don Jesús Iza Irvi, para que emitieran un concepto favorable".

En ese mismo acto procesal el citado Díaz, al ser preguntado respecto a las personas que estuvieran presentes en el momento en que al decir suyo el señor Tufic Merheje hizo los ofrecimientos de que informa el señor Torres o Galeano, categóricamente contestó:

"Estaban los dos señores sindicados presentes, y don Jorge Reyes detective. Los sindicados presentes son doña Aura Mazuera y don Marco Tulio Bedoya y le ofreció el dinero para que viniera a declarar a Bogotá".

De modo que conforme a las reiteradas mani-

festaciones del señor Díaz, las ofertas y promesas del señor Tufic Merheje al señor Manuel José Torres o Galeano fueron mucho después de las cartas a don Jesús Iza, después de que ellas ya funcionaban como base de una investigación promovida por el señor Procurador General de la Nación en acuerdo con el señor Ministro de Justicia y, además, se formularon en presencia del detective señor Jorge Reyes, comisionado para que en compañía del citado Merheje se trasladara a Palmira con el fin de ponerse en contacto con los autores de esas cartas, vale decir, con el señor Díaz y la señora Aura Mazuera, su amante. Nada de esto debe perderse de vista para el efecto de las conclusiones que más adelante habrán de sacarse.

Por su parte la señora Aura Mazuera, en memorial que dirigió al Juzgado de instancia con fecha 27 de mayo, también de 1958, es decir, tres días después de la fecha del que presentó para retractarse su amante señor Díaz dijo:

"El señor Tufic Merheje le ofreció a don Manuel José Torres Hernández por cuenta de don Jesús Iza Irvi, dinero, pasaporte para transitar en el país y pasaporte para el exterior, el señor Merheje y el doctor Correal nos ofrecieron reconocernos perjuicios y dinero para gastos". (Fl. 353 del cuaderno principal).

La señora Mazuera, en la audiencia pública, no obstante la escasa importancia que se le concedió en ella, se dio sus trazas para ratificar sus asertos del memorial, idénticos a los del señor Díaz, como puede apreciarse, y surgidos diríase que simultáneamente con los suyos, según se desprende de lo que se consignó atrás en torno a las fechas de presentación de los escritos que señalaron el punto de partida de las retractaciones y a su vez de la acusación contra el señor Tufic Merheje.

El detective señor Jorge Reyes, escogido para la colaboración policiva en la investigación a que dieron origen las cartas de los amantes Díaz y Mazuera, de acuerdo con la versión de estos mismos sujetos, presenció cuando el señor Tufic Merheje hacía a Torres o Galeano toda suerte de ofrecimientos y promesas para inducirlo a declarar con relación a la supuesta falsedad del segundo testamento atribuído al señor Pedro Iza y que protocolizado se encontró en la Notaría 2ª de Palmira. En estos términos importa, como es lógico, conocer los informes que proporcionó con respecto al desarrollo y cumplimiento de su misión. Ese informe aparece a los folios 17 v. y ss. del tercer cuaderno, por cierto con el carácter de prolijo y detallado, no obstante lo cual fue materia de ampliación en declaración que obra a los folios 100 y ss. del mismo cuaderno, pieza de la que conviene reproducir lo que de ella es esencial y compendia la información del detective en torno a la conducta del señor Tufic Merheje:

"A mí me ordenaron ponerme a las órdenes del señor Procurador de la Nación, lo que así hice. Ya una vez que conversé con el señor Procurador, me mostró unas cartas enviadas de Palmira y firmadas me parece que por Aura Mazuera..., en las cualse relataba..... que ella tenía la clave para poder probar... que el testamento que apareció en Palmira era falso".

El señor Reyes, luego de que sienta lo que queda copiado y en donde relata la forma como entró a actuar en el asunto que le fue encomendado, expone de qué modo se convino, con la intervención del señor Procurador, que su trabajo debía ejecutarse con la inmediata colaboración del señor Tufic Merheje, por cuya razón los dos acordaron encontrarse en Palmira, en donde se entrevistaron con la señora Mazuera y el señor Díaz, personas que de viva voz y con lujo de detalles refrendaron los anuncios de las cartas en torno a la falsedad del testamento del señor Pedro Iza, expresando nombres y dando toda clase de datos para proporcionar solidez a sus asertos. En esta prolija información el señor Reyes, refiriéndose a Torres o Galeano y a la conducta que asumió frente a él el señor Tufic Merheje, textualmente dice en varios apartes de su declaración de ampliación al informe que inicialmente rindió:

"Entonces Torres dijo que el único inconveniente grave que se le presentaba para viajar era por falta de recursos para poder moverse, pues no tenía materialmente nada que poderle dejar a la familia mientras él estuviera po fuera. Entonces le peguntamos que qué necesitaba así de urgencia y dijo que lo que pudieran dar, de manera que él estuviera sin ese problema por esos días. Entonces Tufic le dio doscientos pesos y Torres dijo que magnífico que ya con eso él ya se podía mover y que él nos cumpliría la cita en Pereira.

"Preguntado: Diga usted quién le suministró para sus gastos en los viajes que hizo a Palmira y Pereira? C.: 'El servicio de Inteligencia'. Preguntado: Diga quién compró los pasajes de avión para las personas que vinieron de Pereira a Bogotá y que usted ha mencionado? C.: 'Tufic Merheje'. Preguntado: Diga si Ignacio Alberto Díaz,

pone de ella para que rinda una declaración falsa, previo aprovechamiento de la misma, o para que, con los mismos recursos de instigación, trate de determinar, a quien es extraño a esa calidad, para que la simule y en esa suerte se comporte del mismo modo que el primero. La conducta de ese tercero, en una y otra de las dos hipótesis, necesariamente viene a quedar comprendida en el artículo 194 del C. P., referido al delito de soborno de testigos.

En los anteriores términos, debidamente establecido que la calidad de testigo es una situación de hecho y no algo que venga a adquirirse por la llamada o citación a declarar, bien fácil se echa de ver que el primer cargo al fallo de la condena en contra del señor Tufic Merheje, formulado con invocación de la causal segunda de casación no puede prosperar, conclusión que es la misma a que llega el señor Procurador, aunque con base en razones distintas a las que expone la Sala, ya que al respecto consigna lo que en seguida se copia:

"Más sin embargo de ser evidente todo lo que de su cuenta expone el demandante con respecto al elemento configurativo del delito previsto por el artículo 194 del Código Penal, elemento que corresponde a lo que en la demanda se llama 'calidad de testigo, perito o intérprete de la persona a la cual va dirigido el ofrecimiento o promesa de dinero u otra utilidad'; y de ser además justamente aplicables a nuestro ordenamiento legal todas y cada una de las reflexiones que tratadistas como Mittermaier, Manzini, Florián y Rocco hacen en torno a lo que debe entenderse por testigo, no es menos cierto que aquí de lo que se trata es de concluír si la causal segunda puede o no prosperar con base en el referido argumento Aquiles.

"Y si se trata precisamente de eso, es entonces forzoso para este Despacho decir finalmente que ese argumento central o básico, exhibido por la demanda para sustentar la causal segunda, desde un punto de vista técnico-jurídico ha sido inoportunamente aducida o no viene a cuento, pues aun cuando sea inconcuso, ello no quiere decir que el fallador hubiera incurrido en un error al apreciar los hechos, sino en una violación de la ley al aplicar indebidamente al evento **sub-judice** el artículo 194 del C. P., violación ésta que no es del resorte del 2º motivo de impugnación estatuído por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y que, por consiguiente, no es el caso de reconocer, por referirse a una causal bien distinta.

"A este extremo nos conduce inexorablemente la técnica inherente al recurso de casación, pues no basta conforme a ella, para que prospere una causal invocada, que el impugnador exprese su opinión en torno a la forma como el fallo acusado ha debido ser proferido, ni que demuestre que el derrotero señalado por él en su demanda, está más ceñido a la justicia y a la ley que el camino seguido por el juzgador al dictar el fallo, sino que es rigurosamente necesario que su ataque a la sentencia consista en enfocar con estricta técnica, exacta precisión y verdadera habilidad la causal a cuyo auxilio acuda, absteniéndose, como es obvio, de traer a cuento razones inadecuadas, que de haberlas esgrimido para fundamentar la causal pertinente, habrían justamente dado lugar a que el Tribunal de casación aceptara que la sentencia demandada, efectivamente se encuentra en abierta contradicción con la ley.

"Cabe observar, de otra parte, que los argumentos de la Sala, en orden a sostener que no prospera el primer cargo al fallo acusado, aducido con fundamento en la causal 2ª son, asimismo, eficaces y suficientes para demostrar y concluír que tampoco es procedente la impugnación, con invocación de la causal 1ª, a través de una supuesta violación de los artículos 194, 211 y 213 del C. P., el primero por aplicación indebida, y los otros, por falta de aplicación, precisamente en fuerza de que el señor Tufic Merheje, desde el mismo momento en que comenzaron a aparecer pruebas en su contra, quedó colocado en el terreno de posible autor de un delito de soborno de testigos y entonces, al tenérsele como responsable, lógicamente se hacía imperioso aplicarle la norma donde está previsto ese delito, es decir, el citado artículo 194, y no los otros dos, ajenos a la predicha figura delictuosa.

Con el objeto de no volver más adelante sobre estos mismos temas que se dejan estudiados, conviene, además, sentar de una vez que tampoco procede acoger el cargo que se hace al fallo recurrido con fundamento en la causal 4ª, relacionado con un supuesto vicio de nulidad por error en la denominación jurídica del delito que se atribuyó al Sr. Manuel J. Torres o Galeano y que dio lugar a su condena, el cual no fue otro que el de soborno de testigos a que se contra el varias veces citado artículo 194 del C. P. Ese error que invoca el recurrente, sobre la base de su tesis en el sentido de que la calidad de testigo se adquiere a partir del momento de la llamada o citación a declarar, por cierto ampliamente rebatida, no exis-

tió. Torres o Galeano, como aparece acreditado en el proceso, viajó de Palmira a Bogotá para rendir una declaración encaminada a sostener que en el testamento del señor Pedro Iza Irvi, objetado de falso, había obrado como suplantador. Esa testificación, por completo falsa, no alcanzó a vertirla, puesto que al ser advertido, especialmente por el doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, apoderado del señor Jesús Iza Irvi en el proceso a cargo del Juzgado 3º Superior de Cali, vale decir, en el de la supuesta falsedad de la memoria testamentaria, de que no se le retribuiría con ningún dinero y que en cambio podría ir a la cárcel, abandonó la capital. Pero si el mencionado sujeto no rindió el falso testimonio a que estuvo dispuesto y que lo habría hecho incurrir en la violación del artículo 191 del C. P., lo cierto es que obró como instigador de otras personas, de los señores Marco Tulio Bedoya y Enrique Sánchez, para que declarasen en esa forma mentirosa como él quería hacerlo. En estos términos, en estas expresas condiciones, el señor Torres o Galeano sólo podía ser imputado del delito de soborno de testigos, previsto en el invocado artículo 194, que fue el que se le aplicó en el fallo que es materia de impugnación.

El segundo cargo al fallo acusado, formulado con apoyo en la causal 2ª y que corresponde al único que queda por tratar, se propone, como se dijo atrás, en la consideración de que a los asertos contra el señor Tufic Merheje de los señores Ignacio A. Díaz, Aura Mazuera, Marco Tulio Bedoya, Alvaro Gallego, Carlos Mazuera y Tulia Ramos de la Cadena se les dio un valor del que carecen, en tanto que a los de aquél, traducidos en protestas de inocencia, se les negó el que les es propio y, de otra parte, no se tuvo en cuenta el informe del detective que acompañó al señor Merheje en su viaje a Palmira, no obstante que en ese informe aparece determinada la conducta del procesado, en orden a entrega de dinero a los testigos que vinieron a Bogotá con el fin de declarar. Importa, pues, dilucidar estos otros puntos de vista, compartidos y respaldados por el señor Procurador conforme a sólida, robusta y adecuada argumentación.

Los señores Ignacio A. Díaz y Aura Mazuera, de acuerdo con lo que aparece de autos, son amantes entre sí y como tales hacían vida marital en una casa del primero, en la ciudad de Palmira, para el año de 1956. Según ellos mismos lo declaran, con fechas 28 de febrero y 24 de abril, optaron por escribirle al señor Jesús Iza Irvi para comunicarle que disponían de "la clave para comprobar la falsedad del segundo testamento de don Pedro en que lo desheredan a usted y a doña Olga su hermana en forma injusta y criminal". En esas mismas cartas, cuyo texto en copia obra a los folios 21 v. y 22 del cuaderno 1º, los responsables de ellas le previenen al citado Iza, a título de consejeros juristas, que de "salir absuelto Jerala Kronfly y los cinco testigos instrumentales, sobrevendrá para usted sin lugar a duda alguna, la indemnización de perjuicios morales y materiales que sumaran sumas (sic) incalculables, dejándolo en la absoluta miseria", pero que está "en tiempo de procurar salvarse mediante la recepción de pruebas que son suficienes para la anulación del testamento" y así es "necesario que usted viaje a Palmira el día que le plazca para entrevistarse con Aura, porque entiendo que la persona que suplantó a don Pedro en la protocolización del segundo testamento, está dispuesto a confesar la verdad ante las autoridades".

En ninguna de las dos cartas se explica en qué consiste la "clave" de que se dispone para acreditar la falsedad del segundo testamento que se atribuye al señor Pedro Iza. Esto es algo que se deja en un discreto y sugestivo misterio. De ahí que no se den nombres ni se consignen datos de ninguna especie. En cambio, en cada uno de los renglones de las dos cartas se echa de ver el propósito de angustiar al señor Iza Irvi, mostrándole, de un lado, las hórridas perspectivas que se le presentarían en el caso de perder el pleito de falsedad en que está empeñado y, de otro, el resultado eficaz y provechoso que obtendría de un viaje rápido a Palmira para tratar con quienes disponen de la clave salvadora. Esta forma de las cartas, esas cosas que en ellas se agitan, de modo por demás intencionado, permiten descubrir que ellas no tuvieron por objeto hacer un aporte a la justicia, revelando datos, reales o supuestos, obtenidos al acaso, a través de confidencias ocasionales del señor Manuel José Torres o Galeano, como lo pretenden el señor Díaz y la señora Mazuera. Muy otro fue el motivo que las generó. Aparece evidente y podría decirse que palpable. Ese motivo, esa causa única, sin que pueda albergarse la más mínima duda, fue el lucro, el anhelo de conseguir del señor Jesús Iza, rápida y fácilmente, buena cantidad de dinero. En ese móvil se encuentra de bulto reflejada la personalidad moral de los dos principales testigos que en el fallo acusado se toman como base para establecer la responsabilidad del señor Tufic Merheje con res-

Aura Mazuera, Enrique Sánchez y Marco Tulio Bedoya, exigieron alguna remuneración para venir a declarar a Bogotá? C.: 'No, ninguna, ellos hicieron hincapié sobre el particular y en Palmira tanto nosotros como ellos personalmente hicimos resaltar que solamente nos interesaba a todos los que fueran verídicos en relación con el testamento y Aura Mazuera nos manifestó lo mismo que Ignacio Díaz, que ellos habían y estaban interesadísimos únicamente porque lo tomaban como un acto prácticamente de familia ya que Aura Mazuera nos manifestó que tenía una niña de unos seis años o siete y que era hija de uno de los Iza Irvi. Que era pues el motivo que les movía a ellos a tomar tal interés al respecto.

"Preguntado: Diga usted si el señor Tufic Merheje o alguna otra persona ofreció a los testigos, en Palmira, o en Pereira, retribuírles por el tiempo y los gastos que hicieron viniendo a declarar en Bogotá? Contestó: 'Sí, Tufic les ofreció reconocerles el tiempo que ellos perdieran cuando Enrique Sánchez manifestó en Palmira que él tendría que cerrar su sastrería y abandonar el trabajo, lo mismo que Marco T. Bedoya. Entonces no recuerdo exactamente si fue allá o fue aquí donde les dio doscientos pesos para esos gastos'.

"Preguntado: Diga usted si fuera de los referentes a los gastos, se dio cuenta que el señor Tufic Merheje o alguna otra persona, les ofreciera a los testigos suma alguna, o dádiva de alguna especie, porque rindieran las declaraciones? Contestó: 'No, porque el mismo Tufic Merheje me dijo a mí: Yo les voy a reconocer estrictamente lo de los gastos, porque no quiero por ningún motivo de que vayan a pensar que se trate de un servicio pagado y a ellos se lo manifestó en esa forma diciéndoles lo mismo que más tarde pudiera quizá que don Jesús les diera alguna propina' ".

El detective señor Jorge Reyes, como puede verse en la transcripción, da fe bajo juramento, respecto a que el señor Tufic Merheje en ningún momento y bajo ningún aspecto ofreció dinero o cualquier otra utilidad a persona alguna para inducirla a declarar falsamente. En presencia, pues, de sus asertos resulta plenamente mentiroso el dicho de los amantes Díaz y Mazuera en el sentido de haber tratado de sobornar al señor Torres o Galeano. De este testimonio tan valioso, tan concreto, al margen de cualquier tacha que pudiera descalificarlo, como que pertenece a un miembro de la policía del que no hay base de ninguna especie para sospechar que se hubiera separado del cumplimiento de su deber, se prescindió en el fallo acusado para, en cambio, recoger los asertos del señor Díaz y la señora Mazuera y darles todo crédito, no obstante que en sí mismos merecían ser rechazados, en orden, precisamente, de la moral de quienes los profirieron, impulsados por la avidez del lucro indebido, después de haber confeccionado reprobable trama para que el segundo testamento del señor Pedro Iza apareciera como falso y resultara en la cárcel, en el carácter de autor de ese delito, el señor Jerala Kronfly y, como si fuera poco, en función de un audaz plan de impunidad o, al menos, de morigeración de la pena, elaborado, indiscutiblemente por el señor Díaz, que fue el mentor y guía no sólo de su concubina señora Aura Mazuera sino también de los otros testigos que como estos que quedan estudiados ,a última hora resolvieron acusar al señor Tufic Merheje. De manera que el error del Tribunal en la apreciación de la prueba contra el procesado, generada en los llamados testigos Díaz y Mazuera, fue patente, absolutamente manifiesto, hecho que aparece aún más de bulto, si ello es posible, a través de la sólida argumentación que, con el fin de demostrarlo, aduce el señor Procurador 1º Delegado, refiriéndose, además, al señor Marco Tulio Bedoya, otro de los acusadores de Merheje, del cual se hablará más adelante, así:

"Corresponde ahora hacer referencia al principal testigo de cargo como es Ignacio Alberto Díaz Santacruz.

"Se le llama principal testigo de la acusación, porque una especialísima importancia probatoria le dispensa a su retractación el fallo recurrido en casación, y porque indudablemente es Díaz el primer actor de la farsa urdida para lograr la condena de Tufic Merheje.

"En efecto, es Díaz Santacruz quien se encarga de redactar las cartas enviadas a Jesús Iza Irvi anunciándole, de una parte, que él y su concubina Aura Mazuera poseen 'la clave para comprobar la falsedad del segundo testamento' de Pedro Iza Irvi, y ofreciéndole, de otra parte, al mismo destinatario, todo el concurso necesario para la recepción de las pruebas que establezcan tal falsedad. (Ver fl. 21 v. del cuaderno 6º).

"Es Díaz Santacruz quien durante buena parte de la actuación procesal a que dio lugar la remisión de las susodichas cartas, se mantiene firme en sus iniciales declaraciones hechas al Instruc-

tor. Los otros testigos, esto es, Bedoya y Aura Mazuera, hacen lo propio siguiendo sumisamente su ejemplo.

"Es el mismo Díaz quien toma la iniciativa de revocar todo lo dicho anteriormente, que en nada perjudicaba a Tufic Merheje. Entonces también es el primero en redactar un memorial en el que asegura, de un lado, que 'en una de las conferencias habidas en mi edificio de Palmira, el señor Merheje le ofreció a Manuel José Torres o Galeano Hernández una gruesa suma de dinero, conseguirle salvoconducto del Ministerio de Justicia y Procuraduría General de la Nación para transitar libremente dentro del Territorio Nacional Colombiano; le ofreció pasaporte para salir fuera del país a donde y cuando quisiera manifestándole que tenía comprados a los peritos grafólogos para que dictaminaran a favor de la impugnación de falsedad en que estaban empeñados los Sres. Jesús Iza Irvi y el señor Merheje', y en el que manifiesta, de otro lado, que 'El señor Tufic Merheje fuera de los ofrecimientos de dinero, pasaporte, y salvoconducto al señor Manuel José Torres Hernández en presencia del detective señor Jorge Reyes nos ofreció reconocernos todos los perjuicios y gastos a los señores Enrique Sánchez, Marco Tulio Bedoya, Aura Mazuera y a mí". (Ver. fls. 332 y sigs. ibidem).

"Al retractarse en tal forma Díaz Santacruz, sus compinches por una vez más siguen sus huellas, cómo que Bedoya el mismo día 20 de mayo de 1958, que corresponde a la fecha del referido escrito de Díaz y Aura Mazuera, siete días después, presentan sendos memoriales en que acusan a Tufic Merheje en términos más o menos idénticos.

"De ahí el por qué afirmemos que Díaz es el principal o por excelencia testigo de cargo.

"¿Qué vale —nos preguntamos al llegar aquí— la retractación de Díaz Santacruz? Para nosotros nada, por estar inspirada como la hecha por Aura Mazuera en un criminal deseo de venganza contra Jesús Iza Irvi y Tufic Merheje, deseo que nace en aquél y en ésta cuando al final de cuentas llegan a percatarse de que ninguna ventaja económica lograrán obtener con haber enviado a Jesús Iza Irvi las cartas de que ya se ha hablado y las cuales motivaron, como lo acreditan los autos, el viaje del mismo Merheje y un agente secreto del antiguo Sic. a la ciudad de Palmira, a fin de identificar a sus remitentes y de establecer si era cierto o no su contenido.

"Pero para que tenga una más cumplida aceptación nuestro sentir en torno a la retractación del principal declarante de cargo, digamos algo más, y es que las propias palabras de Díaz Santacruz, o mejor dicho, una cierta y determinada afirmación que aparece consignada en el memorial del folio 332 y que repite exactamente el sugestionado y débil mental Marco Tulio Bedoya en escrito del folio 342, es la que paradójicamente o contra toda previsión aporta un nuevo elemento de juicio, demostrativo de la inocencia del acusado Merheje. Con tal afirmación, Díaz y su secuaz Bedoya, inconscientemente dejan ver que todo lo hecho por ellos en detrimento de Merheje, ha sido una criminosa patraña, en la que también y gustosamente tomó parte la concubina del primero.

"En efecto, se sabe que las cartas dirigidas por Aura Mazuera y por Díaz Santacruz aparecen fechadas el 28 de febrero y el 24 de abril de 1956 (fl. 21 v., cuaderno 1º). Se sabe que ambas fueron enviadas a la ciudad de Palmira, no obstante que su destinatario residía para aquella sazón en esta capital (fls. 170 v., 172 v., 180, 182 v. ibidem). Se sabe que una vez llegadas tales cartas a poder de Jesús Iza Irvi, a solicitud de este último intervinieron en el asunto que el contenido de las mismas cartas planteaba, los doctores Jorge Enrique Gutiérrez Anzola y Guillermo Correal (fls. 156 v., 163 v. y 164, ibidem). Se sabe que al intervenir los prenombrados abogados, éstos solicitaron la intervención del señor Procurador General de la Nación y del Ministerio de Justicia, y obtuvieron que fuera designado un Juez Instructor, a fin de que procediera a esclarecer lo que revelaban las aludidas cartas que en fotocopias fueron entregadas por el mismo señor Procurador (fls. 12, 21, 157, 164, y v. ibidem). Se obtuvo igualmente que el Sic. destinara al agente secreto señor Jorge Reyes para que en compañía de una persona de la confianza de Jesús Iza y que resultó ser Tufic Merheje, se trasladara a Pereira e hiciera allí las comprobaciones de rigor (fls. 28 v. y 29, 31, 35 v., 36, 157, 164 v. y 172 v.). Se sabe, por último, que Merheje y el detective Reyes se entrevistaron en Pereira con quienes habían suscrito las cartas, lo mismo que con Marco Tulio Bedoya, Enrique Sánchez y Manuel José Torres o Galeano, el presunto suplantador de Pedro Iza Irvi, habiéndose convenido el viaje de todas estas personas a Bogotá, a objeto de que se presentaran y declararan lo que supieran ante el Juez 3º de Instrucción Criminal que había sido nombrado por el Ministerio de Justicia (fls. 28 v.

a 31 del cuaderno 1º, 100 a 104 del 3º, 172 v. a 174 del 1º).

"Pues bien si lo que acaba de resumirse es fiel reflejo de la realidad procesal, y si, por otra parte, Díaz Santacruz y Marco Tulio Bedoya le atribuyen a Tufic Merheje ciertos hechos criminosos que tuvieron cumplimiento en una determinada época, señalada por los mismos acusadores en forma circunstanciada, es decir, como cumplidos en presencia del detective tantas veces mencionado, hechos consistentes en promesas y ofertas ilícitas hechas a Manuel José Torres o Galeano, quiere esto significar y de manera incuestionable, que el acusado Merheje nada tuvo que ver con lo que atañe al plan únicamente urdido por Díaz Santacruz y la Mazuera y que comenzaron éstos a realizar cuando enviaron las cartas de que tanto se ha tratado, con el propósito de obtener de Jesús Iza Irvi que se manifestara bien generoso ante la halagadora y descarada propuesta que le hacían de contribuír con sus dichos y los de otros a demostrar la suplantación de Pedro Iza Irvi como ejecutada por Manuel José Torres o Galeano.

"Según la cuestionada afirmación hecha por Díaz y repetida por Bedoya, y la cual aceptamos en gracia de discusión, nada tiene que ver Tufic Merheje con el supuesto soborno de testigos que tendía a perder o comprometer penalmente a Jerala Kronfly en la falsedad del testamento otorgado ante la Notaría Segunda de Palmira a nombre de Pedro Iza Irvi. Y de acuerdo con las pruebas de autos, que verdaderamente son atendibles y entre las cuales se destaca el informe rendido por el agente secreto Jorge Reyes, pruebas que corroboran plenamente las explicaciones ofrecidas por el poderdante del doctor Romero Soto, se llega a la ineludible conclusión de que la actuación cumplida por éste fue claramente lícita y consistió en atender la solicitud de su amigo y pariente Jesús Iza Irvi para que se trasladara, en asocio del mencionado detective, a la ciudad de Palmira, averiguara lo que había de cierto en relación con las cartas, recibidas, y costeara los gastos que el traslado a Bogotá de las personas que en una u otra forma tuvieran algo que manifestar alrededor de la supuesta falsedad testamentaria de que nos hemos ocupado.

"Todo lo que tan extensamente ha sido expuesto por el suscrito Procurador Delegado en lo Penal con motivo de la causal segunda de casación invocada en la demanda que se responde, demuestra hasta la saciedad el error **in facto** en que incurrió la sentencia acusada al darle a las retractaciones comentadas y a los otros testimonios de cargo también aquí criticados, un valor probatorio del cual indudablemente carecen, y al negarle a las pruebas que evidencian la ausencia de culpabilidad de Tufic Merheje en los hechos investigados durante la tramitación del presente proceso, la importancia probatoria que sí tienen efectivamente".

Marco Tulio Bedoya es un sujeto de cerca de sesenta años, bebedor impenitente, haragán de oficio, amigo de los amantes Díaz y Mazuera y su inquilino y protegido de varios años. Según el mismo lo declara, conoció las cartas que dirigieron Díaz y la Mazuera al señor Jesús Iza, las cuales fueron comentadas entre los tres a través de varias conversaciones al respecto. Su nombre fue incorporado a la trama sobre la supuesta falsedad del testamento del señor Pedro Iza por el predicho Díaz, circunstancia que como es comprensible ya previene respecto de la validez de sus aserciones en contra del señor Tufic Merheje.

El señor Bedoya, a lo largo de la investigación, rindió varias exposiciones sin que en ningún momento se le hubiera ocurrido formular cargo alguno al señor Merheje, de quien apenas dice, con anterioridad a su retractación, que en compañía de un detective viajó a Palmira para entrevistarse con el señor Díaz y la señora Mazuera y tratar de la materia a que se referían las cartas, dirigidas por ellos al citado Iza Irvi. El 27 de mayo de 1958, imitando en su paso a su amigo y protector don Ignacio A. Díaz, valiéndose del mismo papel que éste había usado para su memorial de retractación del 23 de mayo, vale decir, de cuatro días antes, y empleando la misma máquina de escribir, así como la misma redacción y hasta los mismos errores, desde la Cárcel Modelo donde ambos se encontraban, dirigió al Juzgado de instancia un memorial de igual contenido al de su amigo Díaz, en el que expresa:

"El señor Tufic Merheje en una de las reuniones que tuvieron lugar en el edificio de don Ignacio A. Díaz S., de Palmira, en presencia de éste, de Aura Mazuera, de Enrique Sánchez, del detective señor Jorge Reyes y ante mí, le ofreció al señor Manuel José Torres Hernández que le daría una suma de dinero, en cantidad que no recuerdo, por cuenta de don Jesús Iza Irvi para que viniera a declarar a Bogotá como suplantador del señor Pedro Iza Irvi en la protocolización de un testamento de Palmira; que le conseguiría salvoconducto del Ministro de Justicia y del Procurador para que transitara libremente por todo el

país; que le conseguiría pasaporte para salir del país cuando y a donde quisiera; manifestó el señor Merheje que tenía convenido con los grafólogos el precio del dictamen para establecer que ese testamento era falso".

La versión del señor Bedoya, como puede confrontarse, es exactamente igual a la del señor Díaz y de la señora Mazuera, idénticas entre sí. En la audiencia pública, del mismo modo que sus amigos, ratificó esa versión. Sólo que el detective señor Reyes, como en el caso de aquéllos, lo desmiente clara y terminantemente, y como es racional, debe dársele crédito a éste, que es persona honrada y no al señor Bedoya, confeso y convicto de haber incurrido en el delito de falso testimonio. El señor Procurador se refiere a este testigo en los siguientes términos que la Sala comparte sin ninguna reserva:

"Por tanto empecemos con Marco Tulio Bedoya.

"Para desestimar la retractación que este individuo hizo de lo que expuso al comienzo de la investigación, ante todo es indispensable tener en cuenta las condiciones personales que le son propias y entre éstas **principalmente, sus condiciones intelectuales.**

"Sobre el punto se destaca en primer lugar el hecho de ser Bedoya un analfabeto y se subraya en seguida las constancias dejadas tanto por el Juez 7º de Instrucción Criminal, al recibirle a folios 101 y siguientes del cuaderno 1º una ampliación de la declaración rendida el 12 de mayo de 1956 (ver folio 26 v. ibidem), como por el Juez 79 de Instrucción, al llamarle a rendir indagatoria (ver fl. 191 ibidem). Tales constancias se refieren a la manera vacilante como contestó las preguntas que se le hicieron, y ponen de presente que algunas de las principales respuestas dadas por el interrogado, estuvieron precedidas de largos períodos de meditación. También aluden las constancias 'a la poca capacidad de memoria' de que dio muestras Bedoya al narrar los hechos por los cuales se le preguntó.

"Pero además obsérvese que Bedoya reconoce espontáneamente que es un perfecto desmemoriado (ver fls. 98, 192, y 193 ibidem), no obstante lo cual unas veces demuestra ser un gran memorioso, y otras, ni siquiera se acuerda del año en que tuvo lugar la supuesta entrada de Jerala Kronfly y Manuel J. Torres a las oficinas de la Notaría 2ª de Palmira, como que al folio 192 y siguientes del cuaderno 6º puede leerse lo siguiente:

" 'Preguntado: ¿En qué fecha fue que vio entrar usted al señor Jerala y al señor Torres a la Notaría? Contestó: Por ahí un lunes 7 de mayo, no puedo precisar la hora, y el nueve del mismo mes y año. Preguntado: ¿De qué año? Contestó: el indagado piensa la respuesta... ¿En qué año fue esa fecha? ¿En qué diablos?... no tengo bien presente, no me recuerdo'.

'Razón y mucha le asistió por consiguiente al señor Juez del conocimiento cuando al tener en mientes las constancias que obran en autos, en relación con las condiciones personales y sociales del acusado y testigo de cargo Marco Tulio Bedoya, resolvió solicitar del Instituto de Medicina Legal de esta ciudad un dictamen relativo al 'estado psíquico general' del mismo Bedoya, pudiendo así saberse de éste que es persona 'de escasa inteligencia, sin ninguna instrucción ni educación' y en la cual 'su autocrítica es de suyo deficiente'. (Ver fls. 396 y siguientes ibidem).

"Lógica consecuencia de lo que se ha expuesto y argumentado en torno a Marco Tulio Bedoya, es que ningún crédito merece la acusación que a última hora le hizo al procesado Tufic Merheje".

El señor Marco Tulio Bedoya, cuando se encontraba en el plan de satisfacer a los amantes señores Díaz y Mazuera, ayudándoles y plegándose a sus designios de hacer aparecer como falso el segundo testamento del señor Pedro Iza, en la exposición que hizo a este respecto, luego de que relata cómo vio entrar a la Notaría a los señores Jerala Kronfly y Manuel José Torres o Galeano, dice textualmente:

"El siete de mayo había una multitud de personas ahí, pero no vi amigos y no recuerdo la precisión de ellos el nueve sí, ya el nueve sí me recuerdo había, el 9 pasaba yo de ahí del parque y me encontraba con el señor Gallego en una peluquería, estaba aguardando turno de peluquería".

Y más adelante:

Preguntado: —Explique usted en qué lugar estaba situado el día 7 de mayo de 1955, cuando usted vio entrar en la Notaría 2ª a Manuel Torres y a Jerala Kronfly. Contestó: En la esquina diagonal de la Notaría, así en la puerta de la cantina, como yo estaba cerquita así en el reservado me paraba, así en el quicio a mirar para la calle para todas partes saludaba a los amigos que pasaban y me saludaban a mí. Preguntado: Diga usted a qué amigos saludó o lo saludaron ese día 7 de mayo de 1955, estando parado en la puerta de la cantina. Contestó: El único que me recuerdo es un señor Gallego que estaba ahí to-

mando turno para hacerse peluquear al frente de la Notaría". (Fls. 101 y ss. del primer cuaderno).

El señor Bedoya, con anterioridad a la diligencia de que se toma la transcripción, había rendido dos amplias exposiciones, las cuales aparecen a los folios 26 v. y ss. y 98 y ss. del cuaderno primero. En ninguna de ellas aludió al Gallego de que vino a hablar en la tercera, absteniéndose de dar su nombre o cualquier dato con que se le pudiera identificar. Ese Gallego, totalmente desconocido en su identidad, se transformó en la audiencia pública en el señor Alvaro Gallego, hecho del que no aparece ninguna explicación, puesto que lo único que al respecto figura en el Acta es que "la Secretaría informa que se hallan presentes los señores Alvaro Gallego y Carlos Mazuera y Ana Tulia Ramos de la Cadena, **quienes están citados para declarar**" (fls. 410 y siguientes del primer cuaderno).

La diligencia donde el señor Marco Tulio Bedoya aludió a un sujeto de apellido Gallego tiene fecha 22 de junio de 1959 y la sesión de la audiencia en que se presentó, sin ningún antecedente que lo explique, el señor Alvaro Gallego con el fin de declarar contra el señor Tufic Merheje, lleva fecha 5 de agosto de 1958, lo que tanto significa que entre el día de la alusión al Gallego y la presentación como testigo del señor Alvaro Gallego, transcurrieron dos años y dos meses. ¿Quién trajo ese testigo a Bogotá? ¿Qué causa lo determinó a presentarse tan sorpresivamente a la audiencia? En los autos no aparece absolutamente nada que permita absolver esos interrogantes. Lo único que se sabe es que don Alvaro, conforme a su propio dicho, es amigo del señor Ignacio A. Díaz, por cierto de alguna intimidad, puesto que frecuentaba su casa de Palmira y vivía enterado de lo que allí ocurría y, además, que a la audiencia se presentó en compañía y en el mismo momento en que lo hicieron sus amigos señores Carlos Mazuera y Ana Tulia Ramos de la Cadena, personajes del hampa y quienes comparecieron con el expreso objetivo de acusar al señor Tufic Merheje y tratar de favorecer al citado Díaz. Estos datos, en razón de inferencia lógica y teniendo en cuenta en particular que el señor Díaz fue el de la trama para hundir al señor Tufic Merheje, permiten deducir que fue precisamente él el que se inventó al testigo Alvaro Gallego, aprovechando la alusión del señor Marco Tulio Bedoya a un Gallego no determinado, el cual, desde luego, nada tiene que ver con don Alvaro Gallego, según se desprende de lo que concretamente manifiesta el señor Bedoya, así:

"Preguntado: Diga usted qué amigos saludó o lo saludaron ese día 7 de mayo de 1955, estando parado en la puerta de la cantina. Contestó: El único que me recuerdo es un señor Gallego que estaba ahí tomando turno para hacerse peluquiar al frente de la Notaría...'. Sírvase decir ahora señor Bedoya si el Gallego a que usted se refirió en aquella ocasión es don Alvaro Gallego y si es cierto o no que dicho señor estaba tomando turno para hacerse peluquiar al frente de la Notaría. Contestó: 'NO, NO ESTABA'. (Fl. 118 del cuaderno primero).

"Por lo demás —comenta el señor Procurador— si como el H. Tribunal sentenciador lo hizo, aceptamos sin beneficio de inventario lo últimamente declarado por Marco Tulio Bedoya, forzosamente tenemos que concluír que el Gallego que se encontraba haciendo turno en la peluquería, no es el mismo Alvaro Gallego que atestiguó tan aviesamente en contra de Tufic Merheje al celebrarse la audiencia pública correspondiente al presente proceso, pues, como ya se ha visto, este Alvaro Gallego no esperaba turno al frente de la Notaría para hacerse 'peluquiar'.

"Creemos haber podido demostrar que el tan llevado y traído testigo Alvaro Gallego, no merece la más mínima credibilidad, y permítasenos que digamos que las propias circunstancias que aquí hemos puesto de manifiesto, lo colocan 'fuera de órbita', por ser en realidad enteramente ajeno a este negocio".

Resta por tratar lo relativo a los señores Carlos Mazuera y Tulia Ramos de la Cadena, concubinarios entre sí. En el folio 43 del sexto cuaderno del expediente aparece la radiografía moral de estos dos sujetos a través de un certificado del Inspector 2º Superior de Policía de Buga y un recorte de prensa. Según esos documentos el señor Carlos Mazuera murió y su amante señora Tulia Ramos de la Cadena fue herida gravemente en una reyerta **"entre antisociales, cuando se repartían un botín, fruto de una estafa"**. Estos fueron los otros dos testigos que sorpresivamente se presentaron a la audiencia pública para acusar al señor Tufic Merheje en absoluto entendimiento con el señor Alvaro Gallego, de quien ya se habló. Uno y otro declaran que en torno a unos dos años de anterioridad el señor Tufic Merheje les ofreció a cada uno $ 20.000.00, es decir, en conjunto la no despreciable cantidad de $ 40.000.00 que pagaba el señor Jesús Iza, para que 'dijéra-

mos que habíamos visto salir al señor Jerala Kronfly de la Notaría 2ª de Palmira en compañía del señor José Manuel Torres o sea el mismo Galeano", agregándoles "que eso no tenía ningún peligro que ya tenían hasta los peritos que iban a revisar la firma, los tenían cuadrados, que les habían dado un dinero para que todo les saliera bien", ofrecimiento que rechazaron, como es obbio, en homenaje a ese desprendimiento que procura la honradez. Sólo que esa conducta, natural en las gentes de bien, contrasta con lo que son los amantes a que se alude, "antisociales" de tal índole que el uno, Mazuera, perdió la vida y la otra resultó gravemente herida, cuando se repartían un botín fruto del delito. La simple observación de este contraste permite sacar la inexorable conclusión de que sus testimonios contra el señor Merheje son absolutamente falsos, conclusión que se impone aún más y resalta con mayor evidencia a través de los argumentos incontrastables del señor Procurador en el examen de semejantes piezas:

"Procedemos ahora a demostrar que los declarantes Tulia Ramos de la Cadena y Carlos Mazuera, al igual que el testigo Alvaro Gallego, no merecen aceptación alguna y sus dichos carecen de toda validez probatoria.

"Si antes dijimos, al referirnos a las pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta, que algunas de ellas se relacionan con puntos nuevos o hechos muy diversos del que había dado ocasión a ordenar su legal recibimiento judicial, precisamente aludíamos a los testimonios de Tulia Ramos de la Cadena y de Carlos Mazuera, pues nada vale la defensa que de los mismos declarantes se hizo en el fallo acusado, en el sentido de hacer ver que la tardanza en que se incurrió para recibirlos, no es demostrativa de que sean testigos de última hora ya que fueron citados por Aura Mazuera desde el 28 de octubre de 1957 y sin embargo no concurrieron antes porque no se les requirió oportunamente. Y nada vale esa defensa —lo repetimos— y, por tanto, no ha debido el fallador hacer pie en semejantes dichos de inculpación, de por sí gratuitos y en los que sorprende y provoca la consiguiente sospecha —como lo alega el recurrente— la pasmosa exactitud y precisión en el relato que quiere hacerse pasar como verdadero, sencillamente porque la cita de Carlos Mazuera y de la Ramos de la Cadena hizo la procesada Aura Mazuera, en modo alguno tenía referencia con los hechos de autos o con el proceder criminoso atribuído a Tufic Merheje. Aura Mazuera apeló a tales testimonios con el único y exclusivo objeto de que vinieran a abonar su conducta. Aura Mazuera no dijo que fueran testigos presenciales de una tentativa de soborno. Esto se demuestra con sólo leer el memorial del folio 263 del cuaderno 1º, dirigido al Juez Penal del Circuito de Palmira y que es del siguiente tenor:

"Señor Juez Penal del Circuito. — E. S .D.— Aura Mazuera, refiriéndome al proceso en que se me detiene en la cárcel del circuito por cuenta de su digno despacho por el supuesto delito de falsedad dentro del proceso Iza Irvi contra la parte civil, atentamente le pido se sirva decretar la práctica de la siguiente prueba:

"Que se cite a los señores Carlos Mazuera A. y Ana Tulia Ramos a fin de que juratoriamente y con las formalidades de la ley, declaren: 1º Las generales de la ley; y

"1º—Si me conocen desde hace más de cinco años y les consta personalmente que durante este tiempo en que viví con Ignacio A. Díaz del cual tengo un niño, observé buena conducta honesta y he sido respetuosa de las personas y de las propiedades, dedicándome a los menesteres del hogar cumplidamente y he tenido el negocio de asistencia de alimentación para particulares en la parte alta del edificio de 'La Piscina', y además, lavando y aplanchando ropas ajenas y propias.

"Diligenciado que sea el presente, pido se glose al proceso, para los fines ulteriores de mis antecedentes.

"Elevo a usted esta solicitud en la confianza de que se decretará la prueba aludida, ya que la investigación sumaria se suspende mientras se decide el incidente de colisión de competencias decretado, al tenor de los preceptos del artículo 69 del C. de Procedimiento Penal.

"La Cárcel—Palmira, octubre 28 de 1957.

"Muy respetuosamente (fdo.) Aura Mazuera. Hay un sello que dice: Cárcel del Circuito—Palmira (V.)—Comandante de Guardia".

"El memorial transcrito dio lugar a que fuera proferido el mismo día de su presentación, un auto en el cual se dice que 'Por ser procedentes las solicitudes anteriores de la sindicada Aura Mazuera, se decretan de conformidad ordenando su práctica'. (Ver fl. 263 v. ibidem).

"Ahora bien: si la prueba solicitada en los anotados términos y para el sólo efecto señalado por el interesado, así fue decretada, ¿por qué —se pregunta— de ese estricto modo no se llevó a cabo y, en su lugar, sí se permitió, arbitrariamen-

te e ilegalmente, que el procesado Ignacio Díaz Santacruz y el apoderado de la parte civil, a su antojo convirtieran, con el interrogatorio formulado, a Tulia Ramos y a Carlos Mazuera en dos socorridos y tardíos testigos de cargo del acusado Tufic Merheje?

"Con base en las precedentes objeciones y por compartir este despacho las atinadas críticas que la demanda hace al contenido mismo de las declaraciones rendidas por los mencionados testigos, indefectiblemente se infiere que ningún valor ha debido asignársele ni crédito dispensársele a la cuestionada prueba testifical, en la cual desacertadamente buscó asidero el Tribunal de la instancia para condenar a Tufic Merheje".

De manera que, conforme a las razones expuestas, prospera el segundo cargo que se se hace al fallo acusado con fundamento en la causal 2ª de casación y, en consecuencia, debe ser invalidado en cuanto se refiere al recurrente señor Tufic Merheje para en su lugar absolverlo por el delito porque se le condenó, teniendo en cuenta lo dispuesto en el aparte a) del artículo 570 del C. de P. P.

El señor Ignacio A. Díaz Santacruz, como se expresó atrás, al igual que el señor Tufic Merheje, interpuso el recurso de casación contra la sentencia de que se ha hecho mérito, pero la verdad es que con respecto a él no se presentó demanda alguna, lo que tanto significa que ese recurso no se fundamentó y entonces, en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 565 del C. de P. P., debe declararse desierto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

I. — INVALIDAR la sentencia del 8 de junio de 1959, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto en ella se condena, por el delito de falso testimonio en la modalidad del artículo 194 del Código Penal, al señor Tufic Merheje o Tufic Mereje;

II.—ABSOLVER en su lugar al predicho señor Tufic Merheje o Tufic Mereje por el citado delito de falso testimonio en la modalidad indicada, delito por el cual se le condenó en el fallo cuya invalidación parcial se dispone; y,

III.—DECLARAR DESIERTO el recurso de casación que interpuso el procesado señor Ignacio Alberto Díaz Santacruz contra la sentencia que se deja señalada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.



SE DECLARA INFUNDADA LA RECUSACION PROPUESTA CONTRA LOS MAGISTRADOS QUE FORMAN LA SALA DE DECISION DE UN TRIBUNAL EN UN PROCESO PENAL

Dictado por un Tribunal Superior un auto de detención que luego el Juez del conocimiento, por medio de otro auto, se niega a revocar, nada impide el que en virtud de apelación contra esta última providencia, resuelvan el recurso los mismos magistrados que actuaron primeramente. No es pertinente, en particular, pretender que se cumple, en tal caso, el motivo de recusación de que trata el numeral 7º del artículo 73 del C. de P. Penal, pues se trata de dos providencias enteramente distintas, proferidas en distintas fechas y por distintos funcionarios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL. — Bogotá, febrero diecisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

Vistos:

El apoderado del señor Carlos J. Abussaid, en el proceso que a éste se le adelanta por el genérico delito "contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio", en memorial fechado el 12 de diciembre del año pasado, recusó a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctores Rafael Rocha Riaño, Julio E. Rozo Rozo y Numael A. Sastre S.

Como los Magistrados recusados no aceptaron la recusación propuesta, resolvieron, en consecuencia, y en providencia de fecha 19 de enero del presente año, remitir el negocio a la Corte, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de que esta Corporación decida de plano lo que sea del caso, a lo que la Sala Penal procede mediante esta providencia.

Antecedentes

El señor Jaime David Drezzer propuso denuncia criminal, el 30 de junio de 1959, contra quien resultare responsable de falsificar la marca "Maiden form" para sostenes, de que el denunciante se considera exclusivo propietario, en virtud de decisiones judiciales y resoluciones del Ministerio de Fomento, sobre registro de dicha marca.

El apoderado del denunciante en su demanda de constitución de parte civil señala como responsable del ilícito de falsificación de marca al señor Carlos Abussaid, como Gerente de "Confecciones Los Angeles, Ltda.".

El señor Juez Segundo Penal del Circuito de Bogotá, a quien le correspondió el conocimiento del negocio, por auto de 24 de octubre de 1959, no accedió a decretar la detención provisional del señor Abussaid, que reiteradamente le había solicitado la parte civil, por estimar que no existía mérito para ello.

El Tribunal Superior de Bogotá, por medio de proveído de fecha 24 de mayo de 1960, revocó la providencia del Juez que negó la detención, y en su lugar decretó la detención provisional del sindicado Abussaid.

En firme la providencia del Tribunal y devuelto el proceso al Juzgado de origen, el doctor Fernando Londoño y Londoño, nuevo apoderado del sindicado, pidió la revocatoria del auto de detención proferido por el Tribunal, y el Juez negó dicha revocatoria en auto de fecha 9 de noviembre de 1960.

Apelado este auto, proferido por el Juez Segundo del Circuito, el negocio fue enviado nuevamente al Tribunal Superior de Bogotá, en donde

el señor apoderado del sindicado recusó a los Magistrados que integran la Sala de Decisión que le había correspondido conocer de este proceso, y que había dictado el auto de detención contra el señor Abussaid.

Causal de recusación

El señor apoderado del sindicado alega como causal o motivo de recusación lo siguiente:

"Ha llegado a la Sala integrada por ustedes, el recurso de apelación interpuesto por mí contra el auto del señor Juez Segundo del Circuito por medio del cual se deniega la revocatoria del auto de detención dictado por ustedes mismos contra don Carlos Abussaid (de quien soy apoderado) y en el asunto de la referencia. Dadas las circunstancias contenidas en el simple enunciado de la cuestión, y para el caso de que la H. Sala no ejerza el derecho de declararse impedida de acuerdo con lo mandado por los artículos 72 y 73 del Código de Proiedimiento Penal, yo propongo por medio del presente escrito la recusación formal de los tres honorables Magistrados que integran la Sala, al tenor de las disposiciones contenidas en los artículos 73 y 76 del Código de Procedimiento ya citado. La causal de recusación figura expresamente en el numeral 7º del artículo 73 antedicho, y consiste en el hecho de "haber dictado los señores Magistrados la providencia de cuya revisión se trata".

"La prueba de que los señores Magistrados dictaron el auto de detención de 'cuya revisión se trata' figura en el expediente que está en copias a disposición de la Sala, y, las razones de hecho y de derecho están de tal modo expresas en la realidad y en la ley, que se hace innecesaria toda argumentación. En efecto: La H. Sala dictó el auto de detención contra don Carlos Abussaid. Yo he pedido al Juez del conocimiento que revoque dicho auto ,tal como estaba concebido, y sobre los mismos presupuestos de hecho y de derecho que le sirvieron de base. El Juez deniega mi pedimento y yo apelo de su decisión, en busca de que una **autoridad diferente** establezca la crítica legal sobre los fundamentos del auto, y se produzca así el fin primordial de la doble instancia. Entonces, no resulta posible admitir que esa **autoridad diferente** vaya a ser la **misma autoridad** que dictó la providencia de cuya revisión se trata, es decir, la Sala que dictó el auto impugnado".

Se considera:

La Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá, como fundamento del rechazo de la recusación propuesta contra los Magistrados que integran dicha Sala, expuso las razones siguientes:

"Este negocio llegó, pues, al Tribunal en virtud del recurso de apelación contra el auto de fecha noviembre nueve de mil novecientos sesenta, por medio del cual el señor Juez Segundo Penal del Circuito no accedió a revocar la detención preventiva del sindicado Carlos J. Abussaid decretada por el Tribunal con fecha mayo veinticuatro del mismo año.

"Por manera que se trata, según lo visto, de la apelasión de un auto dictado por el Juez **a-quo** con fecha nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y en ningún modo de la providencia proferida por el juzgador **ad-quem** con fecha mayo veinticuatro del mismo año, como lo pretende sostener el señor apoderado del sindicado, para fundamentar la causal de recusación contra la totalidad de los Magistrados de la Sala de Decisión, a fin de separarlos del conocimiento para resolver sobre el recurso citado.

"En estas condiciones, fácil es concluír que por el hecho de que el señor Juez **a-quo** no haya accedido a revocar un proveído de carácter precautorio dictado por el Tribunal en función jurisdiccional plena de segunda instancia, en modo alguno significa que esta decisión del superior se confunda con otra adoptada posteriormente por el inferior, toda vez que es incuestionable que en cualquier momento este último funcionario puede de oficio o a petición de parte revocar o no la detención provisional del sindicado, si a su juicio el valor de las pruebas, como los elementos de responsabilidad, han sufrido o no modificaciones en cuanto a su mérito o certeza legal, o si su libre criterio jurídico, ajustado a su leal saber y entender, lo determinaren a tomar decisiones opuestas a las del juzgador **ad-quem**".

Las razones transcritas son tan claras y tienen tan objetivo respaldo en el proceso, que es poco o nada lo que la Sala tiene que agregar a lo dicho por el Tripunal. No se trata, por lo tanto, como lo dice el recusante de un "distingo formalista y sutilismo", sino de dos providencias enteramente distintas, proferidas en distintas fechas

y por distintos funcionarios. La afirmación que hace el señor abogado recusante de que en este caso el Tribunal va a "conocer en segunda instancia de la apelación de la providencia por el mismo proferida", carece de toda validez y fundamento procesal, y por lo tanto, la causal de recusación por él invocada se debe declarar infundada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADA LA CAUSAL DE RECUSACION propuesta y a la cual se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

POR HALLAR QUE LA DENUNCIA ES NOTORIAMENTE TEMERARIA, LA CORTE SE ABSTIENE DE ABRIR INVESTIGACION, POR PREVARICATO, CONTRA LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL

1.—Como quiera que de los elementos de juicio aportados con la denuncia, se desprende claramente que el delito de prevaricato que se imputa a unos Magistrados de Tribunal (artículo 168 del C. Penal), no tiene más fundamento que la propia afirmación del denunciante, no le es posible a la Sala Penal de la Corte dar cabida a la investigación, porque a la postre, aunque termine con un sobreseimiento definitivo después de una inútil actuación debida a una denuncia notoriamente temeraria, podría esgrimirse como arma contra la reputación de los magistrados denunciados.

2.—Aun aceptando la hipótesis de que un Juez o Magistrado, al dictar una providencia de fondo, se equivoque en la apreciación de las pruebas o las disposiciones legales que considere aplicables al caso, y al obrar de esta manera se ponga en desacuerdo con otras providencias recaídas en el mismo proceso y dictadas por otros funcionarios de la misma categoría, no por ello sólo se puede suponer que aquel juez o magistrado incurra en delito de prevaricato (artículo 168 del C. Penal).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL.—Bogotá, febrero diecisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

Vistos:

El señor Angel María Arias, vecino del Municipio de Puerres, Departamento de Nariño, en memorial dirigido desde dicho municipio a la Sala Penal de la Corte, denuncia a los Magistrados del Tribunal de Pasto, doctores Manuel J. Troya, Guillermo Zarama V. y José Marcial Córdoba, por el supuesto delito de prevaricato, que el denunciante hace consistir en que dichos Magistrados "pronunciaron el fallo de siete de octubre de mil novecientos sesenta, contra disposiciones muy claras del Código Penal (artículos 168 y ss. del C. Penal), a sabiendas de que la misma Entidad había pronunciado otra providencia llamando a juicio al responsable Juan Bautista Cabrera, por el delito de homicidio de que se trata", consumado en la persona de Arnoldo Arias, hijo del denunciante.

A su denuncia acompañó el señor Arias copias de algunas piezas tomadas del proceso por homicidio adelantado contra Juan Bautista Cabrera, entre ellas la providencia del 7 de octubre del año pasado, proferida por los Magistrados acusados y por medio de la cual se confirmó el sobreseimiento definitivo con el cual el Juez Tercero Superior de Pasto favoreció a Cabrera.

La simple lectura de la parte motiva de la providencia que dio origen a la denuncia contra los Magistrados doctores Troya, Zarama y Córdoba, en donde se tienen en cuenta numerosas pruebas, para aceptar que el sindicado Cabrera obró en legítima defensa al lesionar mortalmente a Arnoldo Arias, nada indica de por sí, que dichos Magistrados, al proferirla, hubieran incurrido en el delito de prevaricato previsto y sancionado por el artículo 168 del Código Penal. El delito imputado en su denuncia por el señor Angel María Arias, no tiene, por lo tanto, más fundamento que

la propia afirmación del denunciante, por lo cual no es posible que la Sala dé cabida a una investigación, que a la postre, y aun cuando se termine con un sobreseimiento definitivo, después de una inútil actuación debida a una denuncia notoriamente temeraria, podría esgrimirse como arma contra la reputación de los Magistrados denunciados.

Pero aun aceptando la hipótesis de que los Magistrados acusados, al confirmar el auto de sobreseimiento definitivo, a favor del sindicado Juan Bautista Cabrera, se equivocaron al apreciar las pruebas o las disposiciones legales que consideraron aplicables al caso, en desacuerdo con otra providencia anterior del mismo Tribunal, que fue invalidada, proferida por otros Magistrados, no por ello sólo se puede suponer que aquellos funcionarios cometieron un delito, como lo pretende el denunciante, pues como lo ha expresado en otras oportunidades la Sala: "Si el interpretar erradamente una disposición de la ley implica un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal".

Por lo tanto, la Sala Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de ábrir investigación criminal contra los Magistrados doctores Manuel J. Troya, Guillermo Zarama V. y José Marcial Córdoba con base en la denuncia formulada por el señor Angel María Arias en su memorial de fecha 12 de diciembre del año pasado.

Notifíquese, comuníquese al denunciante y archívese.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL ACUSADO DE MOROSIDAD EN LA TRAMITACION DE UN PROCESO

1.—Dentro de los principios fundamentales que inspiran la ciencia del derecho penal, la sola morosidad en un negocio, aisladamente considerada, no basta para que se tipifique jurídicamente el delito a que se refiere el artículo 172 del C. Penal; es indispensable que en el funcionario o empleado público exista un especial estado subjetivo que le determine a abstenerse de realizar el acto que debe ejecutar. A falta de ese elemento volitivo la infracción se desnaturaliza, quedando sustraída del campo de la justicia penal.

2.—Ha dicho la Corte, refiriéndose al artículo 172 del C. Penal, que el abuso de autoridad sólo tiene entidad delictual cuando el acto se produce voluntariamente o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los deberes que la ley impone al funcionario, y también ha sostenido que para que exista la infracción penal no basta la prueba del elemento objetivo o material, sino que es indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, o sea la negligencia o descuido del funcionario o la intención dolosa de rehusar hacer o ejecutar el acto a que está obligado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL.—Bogotá, febrero veinte de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

Vistos:

Procede la Sala Penal a calificar el sumario adelantado contra el doctor Alfonso Cardoza Ortiz, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Cali, por demoras en la tramitación del proceso seguido al doctor Neftalí Moncayo Guerrero, en su carácter de Juez Promiscuo de Buenaventura, por prevaricato.

Hechos y actuación procesal

Esta Sala Penal, en providencia de fecha cuatro de abril del año pasado, al confirmar la del cuatro de diciembre de 1959, emanada del Tribunal Superior de Cali, que declaró prescrita la acción penal y dispuso la cesación del procedimiento seguido contra el doctor Neftalí Moncayo, Juez Promiscuo del Circuito de Buenaventura, ordenó sacar copia de lo pertinente del aludido proceso con el fin de investigar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el Magistrado del Tribunal de Cali doctor Alfonso Cardoza Ortiz, por abuso de autoridad, demoras, en la tramitación del expediente seguido contra dicho Juez.

Expedidas las copias, la Sala Penal, por providencia del 24 de mayo de 1960 declaró abierta la investigación para el esclarecimiento de los hechos a que se hace relación en aquella providencia. Para el perfeccionamiento de aquella investigación se comisionó al Juez Primero Penal del Circuito de Cali, quien por auto del once de julio del año pasado decretó varias pruebas, entre ellas la indagatoria del doctor Cardoza.

A los autos se allegaron los documentos propios para acreditar la calidad oficial que el sindicado tenía en la época como Magistrado del Tribunal Superior de Cali; se oyó en declaración instructiva al citado doctor Cardoza Ortiz, diligencia en la cual dio las explicaciones del caso en orden a justificar su conducta frente a la demora en la tramitación del proceso contra el doctor Moncayo Guerrero; se recibieron varios tes-

timonios sobre la conducta del doctor Cardoza Ortiz; se allegó un informe del señor Secretario del Tribunal de Cali relacionado con el curso seguido por el proceso por prevaricato contra el Juez Neftalí Moncayo Guerrero; se recepcionó la declaración del doctor Alfonso Torres Tribiño, médico que atendió al sindicado durante los años de 1958 y 1959; se agregó al sumario, también, un cuadro estadístico del movimiento y la labor realizada por el doctor Cardoza Ortiz entre el 20 de febrero de 1956 y el 4 de mayo de 1959 como Magistrado del Tribunal Superior de Cali, y por último, se agregó la hoja clínica del sindicado, expedida por el médico de la Caja Nacional de Previsión en Cali.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de hacer un detenido estudio de los hechos y de los elementos de juicio que contiene el proceso, descarta toda posibilidad de que el doctor Alfonso Cardoza Ortiz, en su calidad de magistrado ponente en el proceso adelantado contra el Juez Moncayo Guerrero, hubiese incurrido en el delito de abuso de autoridad, y en consecuencia, pide que la Corte dicte auto de sobreseimiento definitivo en favor de aquel magistrado.

El señor colaborador Fiscal, para fundar su concepto, hace las consideraciones siguientes:

"Para poder predicar de la conducta negativa que se le imputa al sindicado de autos, que ella está prevista como delito por el artículo 172 del Código Penal, sería necesario demostrar que la omisión en que incurrió el mismo sindicado al no ejecutar un acto al cual estaba obligado, dada su condición de Magistrado sustanciador en el negocio penal adelantado contra el doctor Neftalí Moncayo Guerrero, fue cuestión querida o auspiciada por su autor y que acarreó un perjuicio que secundariamente recibió el citado doctor Moncayo al no serle resuelta, en tiempo oportuno y debido, la petición que hizo en el sentido de que se aplicara, en el proceso que se le seguía, el artículo 153 del C. de P. P.

"Predicar tal cosa, es imposible, pues si se tienen en cuenta los términos de la confesión calificada, rendida por el doctor Alfonso Cardoza Ortiz, y se acepta, además, que las pruebas que éste pidió al rendir indagatoria, confirman las explicaciones que supo darle a su proceder negativo, se infiere forzosamente que lo que el informativo demuestra es la ninguna responsabilidad penal del imputado por razón de la omisión en que incurrió como funcionario que era de la rama jurisdiccional.

"El exceso de trabajo que como Magistrado tuvo el doctor Cardoza Ortiz, exceso que se evidencia por los datos estadísticos que ofrece el folio 41 del expediente, aunado al agotamiento mental padecido y al cual alude el testigo doctor Torres Tribiño en su declaración atrás referenciada y que corrobora la historia clínica traída también a los autos, sencillamente ponen de manifiesto que el evento sub-judice en manera alguna es constitutivo de infracción penal.

"Considerar lo contrario, sería pecar contra un principio de humanidad, conforme al cual no es posible exigirle a quienes administran justicia, una labor superior a la que mental y físicamente puedan rendir.

"Lo imposible nunca puede constituír obligación y mucho menos, acarrear responsabilidad penal, como que ya quedó sentado como principio de equidad lo que expresa el siguiente aforismo latino: "Imposibilium nulla obligatio est".

Se considera:

Del informe del Secretario del Tribunal de Cali, relacionado con el curso del proceso seguido contra el Juez Moncayo Guerrero, por prevaricato, se concluye que este negocio le fue repartido al doctor Cardoza Ortiz el 20 de febrero de 1956, habiendo entrado ese mismo día al despacho. Igualmente se sabe que el 30 de noviembre de 1956, el doctor Moncayo Guerrero solicitó al Magistrado sustanciador se decretara la prescripción de la acción; que el 5 de mayo de 1959, el expresado proceso contra Moncayo Guerrero fue objeto de un nuevo reparto general, correspondiéndole al Magistrado Antonio Moreno Mosquera, quien solicitó concepto del Fiscal del Tribunal en relación con la posible aplicación del artículo 153 del C. de P. P.; que el 25 de noviembre del año citado fue descorrido el traslado, en el que el Ministerio Público pide la aplicación del expresado texto legal; que el 4 de diciembre de 1959, el Tribunal Superior de Cali declaró prescrita la acción penal y ordenó la cesación de todo procedimiento contra el doctor Moncayo Guerrero.

El doctor Cardoza Ortiz para explicar su conducta morosa como magistrado en la actuación en el proceso seguido contra el Juez Moncayo Guerrero, expone en su indagatoria lo siguiente:

"PREGUNTADO POR EL SR. JUEZ: ¿Tuvo Ud. conocimiento cuando fue Magistrado Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial de un negocio penal contra el doctor Neftalí Moncayo Guerrero, en su carácter de Juez Promiscuo de Buenaventura, por los delitos de abuso de autoridad y prevaricato? CONTESTO: 'Sin que pueda precisar fecha, recuerdo que a la Sala Penal del Tribunal Superior de que yo formaba parte, llegó un día un sumario contra el doctor Neftalí Moncayo Guerrero, Juez Promiscuo a la sazón del Circuito de Buenaventura por delitos de 'abuso de autoridad y prevaricato', habiéndole correspondido por reparto al doctor Luciano Wallis López, quien en la ponencia respectiva en la cual lo acompañamos el doctor Antonio Moreno Mosquera y el que habla, llamó a juicio criminal al citado doctor Moncayo Guerrero por el primero de los delitos, sobreseyendo definitivamente en favor del mismo procesado en razón del prevaricato por considerar que el elemento subjetivo no estaba demostrado. Recuerdo que cuando firmó aquella ponencia la acción penal ya estaba casi para prescribir y quizá por ello el Magistrado ponente optó por sobreseer definitivamente en razón del último delito, pues ya no había tiempo de perfeccionar la nueva investigación. La providencia mencionada entiendo que subió a la Corte en apelación del auto de proceder, mas también en consulta del sobreseimiento definitivo, habiendo decidido la Suprema Corporación confirmar el auto de proceder y revocar el sobreseimiento definitivo, ordenando a la vez la compulsa de las copias conducentes para investigar el prevaricato que hubiera podido cometer el doctor Moncayo Guerrero. Regresado el negocio a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal, las copias sólo fueron expedidas el diez de febrero de mil novecientos cincuenta y seis y sometidas a reparto el veinte del mismo mes, habiéndome correspondido a mí tramitar el asunto. Desde el primer momento advertí que la acción penal ya había prescrito desde que el negocio había sido elevado a la Corte, ya que los hechos atribuídos al doctor Moncayo Guerrero tuvieron ocurrencia dentro del lapso comprendido entre el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve al diecinueve de febrero de mil novecientos cincuenta y uno en que el doctor Moncayo Guerrero ejerció las funciones de Juez de Buenaventura, y posiblemente por esa circunstancia y ante el cúmulo y recargo de trabajo de la Sala Penal, a lo cual se agregaba la Presidencia del Tribunal entonces a mi cargo, opté por darle evasión preferencialmente a aquellos negocios, dejando para luego los que carecían de interés legal o de defensa de la sociedad. Más, como los repartos aumentaban semanalmente entre otras causas por la violencia y los numerosos crímenes que entonces se cometían en esta jurisdicción el negocio de marras se iba quedando olvidado involuntariamente ante el alu (sic) de expedientes despachados por todos y cada uno de los Magistrados y ante el sinnúmero de intervenciones del que habla como Presidente del Tribunal (quejas, visitas de Jueces, oficios diversos a las autoridades para la solución de cuestiones relacionadas con la justicia, informes al Ministerio, representación del Tribunal en los actos oficiales, etc.); es apenas natural y explicable que las consabidas copias contra el doctor Moncayo Guerrero permanecieran en espera del auto que ordenara abrir la investigación, si todavía era procedente ó del auto que declarara prescrita la acción penal. Así las cosas, hasta el día cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve en que entregué el puesto al doctor Alfonso Ayala Jiménez, advertí, tras el olvido involuntario de que he hablado que las copias en mención no habían recibido la tramitación correspondiente, debido a las causas que he mencionado; pero afortunadamente ningún perjuicio se ocasionó con ello a la justicia porque como se repite al ser sometidas a reparto dichas copias la acción penal había prescrito y así resultaba innecesario e inútil abrir la investigación. Desde luego nunca pasó por mi mente omitir deliberadamente, ni retardar, muchísimo menos rehusar la providencia del caso, y en cuanto a descuido o negligencia en producir la misma, tampoco cabe ni cabía en aquellas circunstancias en que motivos superiores y de trascendental importancia me determinaban a cumplir primero mis deberes en relación con los demás negocios". (Ver fls. 17 v. a 18 v.).

Además, con el fin de demostrar su no culpabilidad penal debido "al olvido involuntario" en que incurrió en el trámite del proceso seguido al doctor Moncayo Guerrero, el doctor Cardoza pidió en su indagatoria que se solicitara al Presidente del Tribunal Superior de Cali informe sobre "los datos estadísticos sobre el rendimiento de trabajo a mi cargo, con discriminación de los procesos en que fui Magistrado Ponente, durante la época a que se refiere la investigación".

Asimismo solicitó el doctor Cardoza que se recibieran las informaciones correspondientes de la

Caja Nacional de Previsión de Cali, en donde se encuentra registrada su hoja de vida, y pidió que se le recibiera testimonio al doctor Alfonso Torres Tribiño, con lo cual podía establecerse que el sindicado "permaneció gravemente afectado en su salud a consecuencia del trabajo excesivo, necesitando absoluto reposo físico y psíquico durante el año de 1958 a 1959 (fls. 18 v. y 19).

El médico Torres Tribiño al rendir el testimonio que se le solicitó, declaró:

"Yo efectivamente atendí al doctor Alfonso Cardoza Ortiz en varias ocasiones durante los años de 1958 a 59, y le encontré un estado de fatiga mental, y entre otras cosas yo le recomendé que hiciera su fórmula terapéutica y guardara el más estricto reposo, y le recomendé que debía de retirarse un tiempo de sus labores, irse a descansar, tomar sus vacaciones, y en general, guardar el reposo necesario para su pronta recuperación". (Fl. 38).

Con la copia de la historia clínica allegada al informativo, se estableció que el doctor Cardoza Ortiz sufría de agotamiento, de dolor muscular y "ardor en las plantas de los pies".

Del cuadro estadístico de los trabajos realizados por el sindicado como Magistrado del Tribunal de Cali, en el lapso comprendido entre el 20 de febrero de 1956 y el 4 de mayo de 1959, en que dejó la Magistratura, se concluye que éste realizó un intenso trabajo en el desempeño de sus funciones, pues el total de dichos trabajos sobrepasó la cifra de cuatro mil, en un tiempo apenas superior a los tres años.

El artículo 172 de nuestro Código Penal sanciona como delito específico de "abuso de autoridad", el hecho de que un funcionario o empleado público retarde, omita o rehuse la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado; cuando aplaza el cumplimiento de sus deberes de manera injustificada e injustificable.

Pero dentro de los principios fundamentales que inspiran la ciencia del derecho penal, la sola morosidad en un negocio, aisladamente considerada, no basta para servir de fundamento para que se tipifique jurídicamente el delito de "abuso de autoridad"; es indispensable, por otra parte, que en el funcionario o empleado público exista, además, un especial estado subjetivo que le determine a abstenerse de realizar el acto, que de acuerdo con la ley debe ejecutar. A falta de este elemento volitivo la infracción se desnaturaliza, quedando sustraída del campo de la justicia penal.

"No toda demora —ha dicho la Corte— proveniente de los hechos consagrados por la ley como delitos son imputables a su autor, pues el abuso de autoridad sólo tiene entidad delictual cuando el acto se produce voluntariamente o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los deberes que la ley impone.

Es la intención y la voluntad con poderes suficientes para hacer nugatorios los mandatos de la ley los que en un momento dado configuran los delitos señalados por el artículo 172 del Código Penal".

"También la Corte ha sostenido que para que exista la infracción penal no basta la demostración del elemento objetivo o material, sino que es indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, o sea de negligencia o descuido del funcionario o la intención dolosa de rehusar hacer o ejecutar el acto a que está obligado".

"El no despachar los negocios dentro del término que fija la ley, en la generalidad de los casos no puede constituír delito, si aparece que por el número de negocios en curso que hay imposibilidad física para hacerlo por el recargo de trabajo en la oficina".

Frente a las pruebas practicadas y en presencia de las estadísticas que comprueban el gran recargo de trabajo en la oficina y el considerable despacho de negocios por parte del Magistrado sindicado, a pesar de sus quebrantos de salud, no es posible atribuírle como acto ilícito la demora "involuntaria" en la actuación del proceso adelantado contra el Juez Moncayo Guerrero, pero aún menos atribuír dicha demora a propósito deliberado o malicioso, que alcanzara a colocarlo dentro de una actividad punible.

No apareciendo en este caso comprobada la demora punible del doctor Cardoza Ortiz, debe proferirse a su favor un sobreseimiento definitivo, como lo solicita el señor colaborador Fiscal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE a favor del doctor ALFONSO CARDOZA ORTIZ, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Cali, por el delito de abuso de autoridad, demoras, a que dio lugar la formación de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.



NO SE REPONE LA PROVIDENCIA POR LA CUAL LA CORTE SE DECLARO INHIBIDA PARA CONOCER DE UN PROCESO PENAL CONTRA UN CONSEJERO DE ESTADO

1.—Sim la acusación previa de la Cámara de Representantes contra los altos funcionarios, ya se trate de delitos de responsabilidad o de delitos comunes, el Senado carece de competencia para conocer del asunto. Asimismo, según el sistema constitucional y legal vigente, la Corte sólo adquiere competencia para juzgar a tales funcionarios, por delitos oficiales o por infracciones comunes, cuando la Cámara Alta ha agotado las atribuciones que le corresponden conforme al artículo 97 de la Carta.

2.—Los artículos 42 y 43 del Código de Procedimiento Penal asignan, en su orden, el conocimiento de las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la misma Corte y los Consejeros de Estado, a la Sala Penal; y a la Sala Plena, el de aquellas que se adelanten contra el Presidente de la República, el encargado del Poder Ejecutivo y los Ministros del Despacho pero, en ambos casos, conforme al art. 97 de la Constitución, vale decir, bajo el común denominador de una condición de procedibilidad: la intervención previa del Congreso.

3.—La determinación de la Cámara de abstenerse de presentar acusación de determinado funcionario de alta categoría ante el Senado, invocando incompetencia para ello en ese caso concreto, no tiene el poder de darle competencia privativa a la Corte para conocer del negocio, sino que el poder virtual de dicha resolución es el de privar al sindicado de todo procedimiento de excepción, lo que conduce necesariamente a aplicar las normas comunes en materia de competencia. De suerte que, si en conformidad con estas normas tal competencia le corresponde a los Juzgados Superiores, allí debe enviarse el proceso, y no por simple mandato jurisdiccional, sino porque en tal supuesto, "su conocimiento no está atribuído a fuero especial", como lo expresa el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL. — Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

Vistos:

Dispuso la Corte, mediante providencia fechada el día 2 de los corrientes, remitir al conocimiento de los jueces superiores del Distrito Judicial de Bogotá el proceso que se adelanta, por el delito de homicidio, contra el doctor Andrés Augusto Fernández, Consejero de Estado.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal interpuso contra la aludida providencia el rcurso de reposición, "a fin de que sea revocada, o se deje totalmente sin efecto la expreda remisión dispuesta, y, en su lugar, proceda la H. Corte Suprema de Justicia, por ser competente como Juez de única instancia, a avocar el conocimiento del negocio penal en referencia".

Agotado el trámite propio del asunto, conforme al artículo 488 del C. J., procede la Sala a resolver sobre el recurso interpuesto.

El distinguido Agente del Ministerio Público divide su escrito de reposición en dos partes. La primera está destinada a exponer, en forma sin-

tética, los razonamientos esenciales del auto recurrido; en la segunda expresa los argumentos que estima conducentes para sustentar la solicitud formulada.

Estos argumentos están concebidos en la siguiente forma:

"a)—Las condiciones de procedibilidad relacionadas con el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado que menciona el ordinal 5º del artículo 42 del C. de P. P. deben cumplirse previamente, a fin de que sea posible el ejercicicio de la acción penal respectiva por la H. Corte, cuando sea el caso de juzgar al Procurador General de la Nación o a los Magistrados de la misma Corte, no así cuando se trate de los Consejeros de Estado, por la sencilla razón de que a estos últimos, a contrario de lo que ocurre con los primeros, no se refiere el artículo 102 de la Constitución Nacional. Y como no se refiere a ellos, es forzoso afirmar que la H. Cámara de Representantes usurparía jurisdicción al formular acusación contra los mismos Consejeros, ante el H. Senado de la República".

"Si se considera la distinción que existe entre el fuero que a favor de ciertos altos funcionarios del Estado consagran los artículos 102 (ordinal 5º), y 131 de la Constitución Nacional, y el fuero creado simplemente por la ley a favor de los Consejeros de Estado como consecuencia de la autorización que para ello otorgara en su tiempo el artículo 5º del Acto Legislativo de 1914, las secuelas de tal distinción inciden necesariamente en la aplicación o no aplicación de la regla establecida por el ordinal 3º del artículo 97 de la Carta Fundamental. Porque es indudable que dicha regla deberá aplicarse cuando quiera que se trate del juzgamiento, por la comisión de un delito común, del Presidente de la República, del Encargado del Poder Ejecutivo 'mientras lo ejerza', de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, o de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Pero es evidente, asímismo, que tal regla constitucional es inaplicable al proceso que deba abrirse contra un Consejero de Estado por haber cometido esa misma clase de delito, desde luego que el simple fuero legal que ampara a este último funcionario, no da lugar a que goce del privilegio consistente en que antes de ser entregado por el Senado a la justicia ordinaria para que ésta le siga causa criminal, se verifique por el mismo Senado un juicio de naturaleza política".

Para apoyar el anterior punto de vista, el señor Procurador transcribe el siguiente concepto del doctor Aníbal Cardoso Gaitán, expuesto por este eminente jurista en su obra "Responsabilidad y Juzgamiento de los Altos Funcionarios del Estado":

"Que el artículo 97, numeral 3º de la Constitución, disponga que en los **casos de delitos comunes** independientes de las funciones públicas, deba limitarse el Senado a poner al acusado a disposición de la Corte, declarando que hay lugar a seguimientos de causa, no significa que el Senado dicte auto de proceder, sino tan sólo que da su asentimiento, suspendiendo al funcionario, para que el asunto pueda seguir en la Corte Suprema. **Declarar con lugar,** en estos casos, es apenas permitir que vaya ante la justicia ordinaria, un funcionario que goza del privilegio de no ser entregado a ella sin haberse antes pronunciado un fallo político. Cuando la infracción que se ha cometido no tiene vínculos con las funciones públicas, no hay falta política que sancionar, y el Senado cumple entonces sus fines entregando al sindicado; pero cuando se trata de infracción ejecutada con motivo del ejercicio de funciones, el Senado castiga el mal uso o abuso de ellas, y, si hay delito, esa condenación abre las puertas al conocimiento de la Corte'. (Véase página 114. Subraya la Procuraduría)".

"b)—Por haber autorizado el constituyente de 1914 al legislador para que reglamentara lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, es obvio que lo que quiso fue prohibir que en lo sucesivo el legislador dictara nuevos ordenamientos que vinieran a modificar o a derogar lo que ya estaba dispuesto sobre la materia en las mencionadas leyes de 1931 y 1938. Derogó aquella facultad, pero no derogó lo ya estatuído por la Ley 94 de 1938, que a su vez dejó insubsistente la Ley 105 de 1931 (artículo 29), no sólo por ser aquella ley posterior a esta última, sino por ser la 94, ley especial o Código reglamentario de todo lo pertinente al procesamiento criminal. (Artículo 3º de la Ley 153 de 1887)".

"Esta conclusión es tanto más fundada cuanto que de no ser así, forzosamente habría que admitir el absurdo, imposible de suponer en la sabiduría del constituyente, de que hubiera querido suprimir aún el fuero legal del Consejero de Estado, y establecer de esta manera, sobre el asunto de que se habla, una mayor desigualdad entre la categoría de aquel alto funcionario y la del Magistrado de la Corte que goza de fuero constitucional".

"c)—Los 'casos' señalados por el constituyente son hechos equivalentes a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o correspondientes a mala conducta del funcionario. La expresión: 'en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional', guarda estrecha atinencia con esta otra con que comienza el ordinal 5º del artículo 42 del C. de P. P.: 'De las causas que se sigan... contra los Consejeros de Estado'. Es decir, causas iniciadas o motivadas por la ocurrencia de casos, o hechos, o acontecimientos previstos en la Constitución como constitutivos de delitos oficiales, o demostrativos de indignidad del Consejero, o configurativos de delitos comunes. Si la expresión: 'en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional', fuera efectivamente referible, como lo sostiene la H. Corte, 'al procedimiento que debe seguirse, según se trate de delitos comunes o de delitos de responsabilidad u oficiales', el texto legal que la contiene, carecería de sentido o virtualidad, porque correspondiendo tal expresión al predicado del sujeto de la proposición propia del ordinal 5º citado, habría entonces que leer el mismo texto, así: 'De las causas que se sigan contra... los Consejeros de Estado, según los procedimientos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional'. Este mandamiento legal supuesto repugnaría a la razón".

"Por lo demás, lógico es que si se sigue una causa, un proceso o juicio, sea por virtud de la existencia de un caso, acontecimiento o hecho delictuoso, y no porque se haya establecido un determinado procedimiento. El hecho delictuoso es anterior a la causa, y por ocurrir es por lo que se pone en marcha el procedimiento o las reglas del acotado artículo 97 de la Ley de leyes".

"Pero también es evidente, en este mismo orden de ideas, que una cosa son las reglas establecidas por el artículo 97 de la Constitución en materia de juicios ante el H. Senado de la República, y otra muy diversa los casos o hechos delictuosos, de carácter oficial o de naturaleza común o significativos de mala conducta del funcionario público, para juzgar de los cuales es preciso aplicar aquellas reglas".

"Para comprender mejor cómo es cierto que la palabra **casos**, empleada por el artículo 97 de la Constitución, nada tiene que ver con el 'procedimiento que debe seguirse, según se trate de delitos comunes o de delitos de responsabilidad u oficiales', es oportuno citar lo que considera el ya citado doctor Aníbal Cardoso Gaitán en su obra mencionada, acerca de las reglas segunda y tercera del texto constitucional en mientes:

'La regla segunda del artículo 97 de la Constitución prevé **fuera del caso** de indignidad, que según lo entendemos nosotros no se presenta en el sistema vigente, porque la Cámara de Representantes no puede instaurar la acción, **el de delitos cometidos en ejercicio de funciones.** Además, el inciso tercero del mismo artículo 97 se refiere a los **casos de delitos comunes**...'. (Véase página 99. Subraya la Procuraduría)".

"d)—Habiendo sostenido la H. Corte que para hacer ella uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y obrar, por ende, como Juez del proceso seguido al señor doctor Andrés Augusto Fernández, es preciso un efectivo cumplimiento de las condiciones de procedibilidad a que se contrae el artículo 97 de la Constitución; ocurriendo, de otra parte, que esas condiciones no se reunieron, y teniendo en cuenta ,además, que al disponer el envío del negocio penal en cuestión, la H. Corte no obró o actuó como Tribunal que legalmente dirime una colisión de competencia que se suscita entre autoridades judiciales que le son subordinadas, el hecho de haber dicho que la competencia relativa a este negocio radica en los jueces superiores, así haya tenido origen en la plausible intención de procurar evitar el absurdo de que dicho acusado se queda sin Juez, no es legal por carecer la misma H. Corte de jurisdicción para ello, y porque la competencia de un funcionario judicial, no facultad que estriba en administrar justicia en concreto, tan sólo tiene origen en la constitución o en la ley, y en manera alguna puede fijarse por vía de doctrina".

Finalmente manifiesta el señor Procurador su inquietud con respecto a "la posibilidad de quedar viciado de nulidad el proceso penal que se ha abierto contra el Consejero de Estado, señor doctor Andrés Augusto Fernández; si es que efectivamente se tramita y falla en primera y segunda instancia por los jueces comunes", por incompetencia de jurisdicción.

Como es fácil observar, todos los argumentos anteriores, transcritos literalmente por razones de lealtad dialéctica, van enderezados a sostener la tesis de que la Corte es competente para avocar el conocimiento de este proceso sin que se cumpla en el mismo la previa intervención de la Cámara de Representantes y del Senado de la República.

En tradicional y reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que un sistemático análisis de las disposiciones constitucionales y legales que

reglan los juicios especiales contra los altos funcionarios del estado, permite llegar a las siguientes conclusiones:

a)—Corresponde al Senado de la República conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (artículos 96 y 102, atribución 5ª de la Constitución, y 579 del Código de Procedimiento Penal);

b)—Si la acusación es públicamente admitida y se trata de delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado, por sí o por médio de una comisión de su seno, instruirá el sumario hasta calificarlo. (Artículos 97, ordinales 1º, 2º y 4º de la C. N. y 593, inciso 1º, y 594, incisos 1º y 4º del C. de P. P.);

c)—Si el Senado llamare a juicio por delito cometido en ejercicio de funciones, o por indignidad, continúa el juicio hasta su culminación. Sólo que en el caso de sentencia condenatoria "no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo ,o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca pena". (Artículos 97, regla 2ª, de la Constitución y 594, inciso 4º del C. de P. P.);

d)—"Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema". (Artículos 97, regla 3ª, de la Carta, y 594, inciso 3º del C. de P. P.).

De lo anterior se desprende, con suma claridad, que sin la acusación previa de la Cámara, ya se trate de delitos de responsabilidad o de delitos comunes, el Senado carece de competencia para conocer del asunto. Asimismo, según el sistema constitucional y legal vigente, la Corte sólo adquiere competencia para juzgar a los altos funcionarios, por delitos oficiales o por infracciones comunes, cuando la Cámara Alta ha agotado las atribuciones que le corresponden conforme al artículo 97 de la Carta. (Ver autos de 3 de fayo de 1944, G. J. Tomo LVII, pág. 718; 12 de septiembre de 1947, G. J. Tomo LXIII, pág. 451; 14 de septiembre de 1950, G. J. Tomo LXVIII, pág. 202; 11 de marzo de 1954, no publicado en la GACETA, y 19 de abril de 1954, Tomo LXXVII, 474).

Esencialmente, el criterio de la Corte ha sido acorde, en cuanto a las referidas condiciones de procedibilidad ,con el pensamiento de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal vigente. En la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la Ley 94 de 1938, la Comisión Penal dijo sobre el particular:

"Adoptada la resolución de reducir a lo estrictamente constitucional el juzgamiento por el Senado de los altos funcionarios públicos por infracciones de la ley penal, se imponía a la Comisión la necesidad de resolver algunos problemas que dentro de las leyes actuales han suscitado controverias en la doctrina y en la práctica".

"Desde luego debía definirse el carácter que tiene la Cámara en esta clase de procesos, como quiera que, a pesar de que los textos constitucionales dicen que a la Cámara de Representantes corresponden funciones de fiscal, se ha venido discutiendo si la Comisión que nombre la Cámara, para inquirir si debe o no acusar ante el Senado, tiene o no carácter de funcionario de instrucción".

"Creyendo interpretar acertadamente los textos constitucionales, la Comisión le ha atribuído a la Cámara en estos casos el carácter de Agente del Ministerio Público, y le ha otorgado al Senado, una vez admitida la acusación, el de funcionario de instrucción y juzgador".

"Resuelto este problema, era necesario determinar las etapas del proceso ante el Senado en una forma que armonizara con los preceptos constitucionales y que se echa de menos en la legislación vigente".

"Por esta causa se adoptaron las siguientes normas:

"Aceptada la acusación por el Senado, éste directamente o por medio de una comisión, instruye el sumario. Terminado esto, se procede a su calificación: si se dicta sobreseimiento, se archiva el proceso; si se llama a juicio y se trata de delitos comunes, se pone el proceso y el sindicado a disposición de la Corte Suprema de Justicia; si se dicta auto de proceder y se trata de infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas o so pretexto de ejercerlas, se abre el juicio y se señala el día y hora para la audiencia pública; surtida la audiencia pública, se dicta la sentencia". (Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal, Tomo VIII, página 242).

Dentro de este orden de ideas, esta Corporación sostuvo fundamentalmente en la ya citada providencia del 12 de septiembre de 1947, de que fue ponente el magistrado Agustín Gómez Prada, que

la Corte no puede conocer de las causas que se adelanten contra los Consejeros de Estado sino cuando, por merecer pena distinta de la destitución del empleo o la suspensión o privación de los derechos políticos, los ponga el Senado a su disposición.

Los fundamentos cardinales de aquella providencia fueron transcritos en el auto recurrido, pero, no habiendo sido desvirtuados, conviene recordarlos de nuevo en obsequio de un mejor orden lógico en el desarrollo de este proveído:

"Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado, ni a la Corte Suprema de Justicia, el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue derogado expresamente por el Acto Legislativo número 1º de 1945".

"Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 26, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados". (Refiérese la Corte a los artículos 46 de la Ley 167 de 1941, 20 del C. J. y concordantes de ellos).

"Pero se dirá que al incluír la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Consejeros de Estado, significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indica, pero no cuando ella lo rechace desde todo punto de vista, como aquí acontece".

"En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado, mediante acusación de la Cámara, de los Ministros, por ejemplo, sino varias: el Presidente de la República, los Ministros, el Procurador, los Magistrados de la Corte, en una palabra, los altos funcionarios del Estado. Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata— no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el constituyente para no extenderla a otro caso en que se contemplan iguales condiciones".

"En segundo lugar, los Consejeros de Estado deben tener las mismas calidades que los Magistrados de la Corte (artículo 139 de la Constitución), lo que implica que deben gozar de los mismos derechos y prerrogativas que éstos (artículo 45 de la Ley 167 de 1941), entre los cuales debe entenderse el de ser juzgados por la misma entidad que conoce de las causas contra los dichos Magistrados".

Con estos antecedentes y exponiendo las razones jurídicas que estimó oportunas, la Corte, en síntesis, afirmó lo siguiente en el auto recurrido:

1.—El artículo 102 de la Carta no comprende a los Consejeros de Estado, pero esa omisión tan enfáticamente destacada por la H. Cámara para declarar la inexistencia del fuero respecto de aquellos funcionarios, no sólo fue suplida por la ley sino que otros textos constitucionales, como los artículos 51 y 62, indican claramente la facultad de las disposiciones ordinarias para consagrarlo.

2.—El artículo 42 del C. de P. P., que está vigente, asigna a la Corte competencia para conocer "De las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional".

La expresión "en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional" no se refiere a hechos delictuosos en concreto, sino al procedimiento que debe seguirse, según se trate de delitos comunes o de delitos de responsabilidad u oficiales, materia ésta reglamentada por el C. de P. P. en el Capítulo I, Título 5º del Libro Tercero.

3.—Cuando hay lugar a un proceso criminal en las condiciones fijadas en el ordinal 3º del artículo 97 de la Carta, **la Corte sólo puede usar de su atribución constitucional y legal cuando el Senado, previa acusación de la Cámara e instrucción del proceso, ha declarado que hay lugar a seguimiento de causa.**

4.—Por tanto, la competencia de la Corte para juzgar a los altos funcionarios —entre ellos a los Consejeros de Estado— como Juez de única instancia, está necesariamente condicionada a una actuación previa del Congreso. En consecuencia, al resolver la H. Cámara de Representantes que no hay fuero para el Consejero de Estado a quien se sindica en estas diligencias y que las disposiciones legales que dan competencia a la Corte están derogadas, para concluír que es incompetente esa

Cámara en lo que respecta a ejercer su función acusadora, no sólo inhibió al Senado como Juez, sino también a la Corte.

5.—La determinación de la Cámara en esta materia no puede ser objeto de una colisión de competencias, por cuanto se trata del ejercicio de una facultad constitucional que ninguna entidad distinta de la misma que la dictó puede modificar o rectificar.

6.—Si de conformidad con el ordinal 5º del artículo 42 del C. de P. P. tiene la Corte, por medio de la Sala Penal, competencia para conocer de las **causas** que se sigan contra los altos funcionarios allí enunciados, sin hacerse distinción alguna en cuanto a la naturaleza de los delitos, es decir, que sean **comunes u oficiales**, distinción que sí aparece de modo expreso en los ordinales 6º y 7º de la misma disposición, resulta obvio que, haciéndose referencia en el citado ordinal 5º a los casos del artículo 97 de la Constitución, lo preceptuado en el artículo 29 del Código Judicial conserva su vigencia. En otros términos, la competencia de la Corte continúa sujeta a las condiciones de procedibilidad allí establecidas, o sea que:

"Para que la Corte conozca en los casos mencionados en este artículo, es preciso que haya precedido acusación de la Cámara de Representantes, que la acusación haya sido públicamente admitida y que el Senado ponga al acusado a disposición de la misma Corte".

La fuerza de este mandato legal subsiste, pues la única modificación se refiere a fijar la competencia en la Sala Penal, que conforme al artículo 29 del Código Judicial correspondía antes a la Sala Plena.

8.—Así las cosas, como por falta de esa actuación previa de la Cámara y del Senado, la Corte, sin usurpar jurisdicción, no puede avocar el conocimiento del proceso contra el Consejero doctor Fernández Monroy, ni podía llegarse al absurdo a dejársele sin juez, forzosamente las normas de competencia tienen que aplicarse en su forma ordinaria (Capítulos II y III, Título II del Libro Primero), particularmente el artículo 45, porque en ausencia del fuero, que se abstuvo de reconocer la H. Cámara de Representantes, son ellas las de imperativo cumplimiento.

Las razones que acaban de reproducirse no han sido destruídas por el distinguido colaborador de esta Corporación con argumentos valederos. Antes bien, acepta la verdad indubitable de que el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal está vigente, porque, como acertadamente lo expresa el señor Procurador, la derogación del artículo 5º del Acto Legislativo de 1914, que facultaba a la ley para reglamentar lo atinente a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, no implica derogar lo que ya estaba dispuesto sobre la materia por las leyes de 1931 y 1938.

El primitivo proyecto del actual artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, tal como fue presentado a la consideración de la Comisión Redactora de dicho estatuto por el doctor Timoleón Moncada, estaba concebido, en lo pertinente, de la siguiente manera:

"Artículo.—La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente y en una sola instancia, de los asuntos siguientes:

".....

"5º—De las causas que se sigan contra el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado en los casos señalados por el artículo 97 de la Constitución Nacional". (Ver Acta número 39, correspondiente a la sesión del 1º de julio de 1936. Trabajos Preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal, página 93).

A través de la lectura de dicha Acta, y de las subsiguientes, se puede observar que en el seno de la Comisión constituyó arduo motivo de controversia el tema de la extensión del fuero, mas nunca la unidad del mismo. Igualmente, fue objeto de dilatada deliberación el tema de si la competencia para juzgar a los referidos altos funcionarios debía asignársele a la Sala Plena de la Corte o sólo a la Sala Penal de la misma. Por último, con el propósito de concretar sus puntos de vista, los comisionados doctores Escallón y Rey, al concluír la sesión del viernes 3 de julio de 1936, propusieron que el numeral 5º quedara así:

"De las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, en los casos señalados por el artículo 97 de la Constitución Nacional".

Y propusieron, además, el siguiente nuevo artículo:

"Artículo.—La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, conoce privativamente y en una sola instancia, de las causas que se sigan contra el Presidente de la República, el encargado del Po-

der Ejecutivo y los Ministros del Despacho, en los casos que corresponda conforme al artículo 97 de la Constitución".

A continuación de los anteriores textos, se hizo constar lo siguiente en el Acta número 41:

"Se ponen en votación uno y otro, y verificada, resulta empatada...".

"Se pone en votación la redacción original del numeral 5º, y verificada, resulta igualmente empatada...".

"Como consecuencia de la votación, la Comisión decide dejar al Congreso la decisión final sobre el numeral 5º".

El Congreso, posteriormente, al aprobar el nuevo código, acogió esta última iniciativa, según se desprende de la simple lectura de los actuales artículos 42 y 43, que asignan, en su orden, el conocimiento de las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la misma Corte y los Consejeros de Estado, a la Sala Penal; y a la Sala Plena, el de aquellas que se adelanten contra el Presidente de la República, el encargado del Poder Ejecutivo y los Ministros del Despacho. **Pero, en ambos casos, conforme al artículo 97 de la Constitución. Vale decir, bajo el común denominador de una condición de procedibilidad: la intervención previa del Congreso.** O dicho de otra manera: Previo el cumplimiento, por el Congreso, de las ya conocidas reglas consagradas en el artículo 97 de la Carta, que varían, como reiteradamente se ha expuesto, según se trate de **delitos comunes,** o de **delitos cometidos en ejercicio de funciones.**

No otro es y ha sido el criterio de la Corte, que se arraiga en la interpretación sistemática de los textos constitucionales pertinentes y en la historia fidedigna de la ley, para producir una solución lógica y armónica que, infortunadamente, pugna con la tesis fundamental del señor Agente del Ministerio Público, quien cree encontrar en el análisis de esas disposiciones un fuero trunco para los Consejeros de Estado y otro pleno para los demás funcionarios tantas veces mencionados.

El fuero es total para los funcionarios que contemplan los artículos 42, ordinal 5º, y 43 del C. de P. P., en el sentido de que para el juzgamiento de todos ellos se requiere la intervención del Congreso y de la Corte. Y restringido para aquellos a que se refiere el ordinal 6º, en cuanto su juzgamiento se realiza con la sola intervención de esta última.

Esta idea la expresaba claramente uno de los miembros de la Comisión, el doctor Moncada, en la sesión del 9 de julio del citado año de 1936: "Según la Constitución, al Presidente de la República y demás funcionarios señalados en el numeral 5º, mientras estén en desempeño del cargo, debe asignárseles fuero especial, cualquiera que sea el delito, común o de responsabilidad; en segundo lugar, a los funcionarios mencionados en el numeral 6º, debe otorgárseles tribunal especial únicamente cuando se trate de la primera especie de delitos. Tanto una como otra norma están claramente establecidas en el artículo que se discute". (Trabajos Preparatorios, pág. 117).

Por lo demás, si, como lo considera el señor Procurador, la expresión "en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional", tuviese la significación recortada de referirse únicamente a figuras punibles, y no a las condiciones de procedibilidad consistentes en la previa intervención del Congreso, surgiría el absurdo de que en esos **casos** habría que incluír las conductas sólo constitutivas de **indignidad**, que también menciona expresamente la regla 2ª del citado artículo, y sabido es que la Corte jamás conoce de tales casos.

Otra cosa es que el sistema imperante pueda tildarse de inconveniente, o de superado por otras legislaciones. Tales argumentos tendrían un valor de **jure condendo**, pero no de **jure condito.**

La importante cita que, como argumento de autoridad, hace el señor Procurador en la página 7 de su escrito de reposición, robustece más el criterio de la Corte. En efecto, dice allí el doctor Cardoso Gaitán: "Que el artículo 97, numeral 2º, de la Constitución disponga que en los casos de delitos comunes independientes de funciones públicas, deba limitarse el Senado a poner al acusado a disposición de la Corte, declarando que hay lugar a seguimiento de causa, no significa que el Senado dicte auto de proceder, sino tan sólo que da su asentimiento, suspendiendo al funcionario, para que el asunto pueda seguir a la Corte Suprema. "Como se ve, la intención del tratadista claramente consiste en sostener que la declaratoria de **haber lugar** a seguimiento de causa no tiene el significado de auto de proceder, sino el de un **asentimiento** del Senado "para que el asunto —son sus textuales palabras— pueda seguir a la Corte Suprema". Lo que a todas luces está proclamando la intervención del Senado, la que a su vez, como de manera casi fatigante se ha expuesto, necesita la previa acusación de la Cámara de Representantes.

Las anteriores consideraciones permiten a la

Sala afianzar la tesis expuesta en la providencia recurrida, y no aceptar los razonamientos del señor Procurador Delegado tendientes a demostrar que para el juzgamiento de los Consejeros de Estado no rigen las condiciones de procedibilidad, impuestas por la Constitución y la ley. Se repite que la resolución tomada por la H. Cámara de Representantes en este negocio no tiene el poder de determinar un fuero relativo, que dé competencia privativa a la Corte para el conocimiento de los autos, pues el poder virtual de dicha resolución es el de privar al sindicado de todo procedimiento de excepción lo que conduce necesariamente a la aplicación de las normas comunes en materia de competencia.

Al disponer la Sala que el negocio pase a los señores Jueces superiores, no ha procedido por el simple mandato jurisdiccional, sino acogiéndose a lo preceptuado en el artículo 45 del C. de P. P. que atribuye a dichos funcionarios el juzgamiento, con intervención del Jurado, de los delitos de homicidio **"en los casos en que su conocimiento no esté atribuído a fuero especial".**

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO REPONE la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Salvo el voto, **Humberto Barrera Domínguez.** — **Simón Montero Torres.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **Julio Roncallo Acosta.** — **Angel Martín Vásquez A.** — **Pioquinto León L.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ

Como lo expresé en el salvamento de voto relacionado con la providencia cuya reposición ha solicitado el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, nuevamente, con todo respeto, manifiesto que lo pertinente es el envío de este proceso a la Honorable Cámara de Representantes, para que dentro de un nuevo examen de la situación jurídica planteada disponga llevar a cabo, si lo tiene a bien por existir justa causa, la acusación del Consejero de Estado, doctor Andrés Augusto Fernández, ante el Honorable Senado de la República, por el delito de que se le sindica.

Estoy de acuerdo con el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal en cuanto a que esta Sala Penal de la Corte es competente para conocer de este negocio, pero no comparto su opinión de que no es necesaria, en forma previa, la intervención del Congreso por intermedio de la Cámara de Representantes, para acusar ante el Senado de la República, y la de esta última Corporación legislativa para declarar si hay o no lugar a formación de causa.

En efecto:

Si existe un procedimiento y competencia especiales para juzgar, por delitos comunes, a los Consejeros de Estado, las normas que así lo disponen deben aplicarse en su integridad. Pero si no existe ese procedimiento particular (intervención del Congreso), ni, consecuencialmente, la competencia de la Corte para juzgar (pues esta competencia y la previa acusación de la Cámara ante el Senado y la autorización de esta última Corporación legislativa para que la Corte juzgue, son una unidad legal), mal puede hablarse de una supuesta facultad de esta Sala para conocer de este negocio.

Esta unidad de condiciones de procedibilidad (intervención de la Cámara de Representantes y del Senado de la República) y de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el juzgamiento, por delitos comunes, de los Consejeros de Estado, surge de las siguientes disposiciones legales:

Código Judicial (artículo 20):

"Son atribuciones del Senado en el ramo judicial:

....

"4ª — Ejercer las atribuciones asignadas a los funcionarios de instrucción hasta declarar si hay lugar a proceder por **delitos comunes** contra los referidos funcionarios..." (antes se menciona a los Consejeros de Estado, entre otros)..., "y pasar la causa a la Corte Suprema, si se decreta el enjuiciamiento", se subraya.

Naturalmente, para que el Senado pueda cumplir con esta atribución (instruír el sumario y declarar si hay lugar a proceder por delitos comunes) es menester que la Cámara de Representantes presente acusación contra el Consejero de Estado ante el Senado, pues esta última Corporación legislativa solamente puede intervenir en el procesamiento de los altos funcionarios de la Nación cuando la Cámara los acusa. Y si aquello exige esto, es elemental que esa acusación debe presentarse por la Corporación legislativa llamada a ello.

Código de Procedimiento Penal (artículo 42, ordinal 5º):

"La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente.... de las causas...", (esto es, de los procesos por delitos oficiales o por delitos comunes, pues el legislador no distingue)... "que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los **Consejeros de Estado**, en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional", se subraya.

Y estos casos, como muy bien lo señala la providencia en que salvo el voto, no son otra cosa que la autorización que confiere el Senado de la República para que la Corte juzgue, ora por delitos oficiales, ya por delitos comunes, de que se sindique a los altos funcionarios de la nación, autorización que respecto de los delitos comunes está consignada en la regla 3ª del citado artículo 97 de la Carta, a saber:

"Si la acusación se refiere a **delitos comunes**, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema", se subraya.

Código Contencioso Administrativo (art. 46):

"Los Consejeros de Estado serán juzgados de la manera prevista en los artículos 20 y 29 del Código Judicial, y concordantes de estos textos".

* * *

Estas normas legales las profirió el Legislador en virtud de las facultades que le confirió el Constituyente, como que en el Acto Legislativo de 1914 (artículo 5º) se indica que "la ley determinará... las reglas relativas..." al... "nombramiento, servicio y responsabilidad" de los Consejeros de Estado.

Y no cabe argüír que al derogar tales facultades el Acto Legislativo número 1 de 1945 (artículo -g-), implícitamente derogó el constituyente de este año lo hecho en virtud de esas autorizaciones, pues así no lo dijo.

En cambio, es indiscutible que la derogación de la facultad por la cual se obra no implica (salvo que se diga expresamente) la revocatoria de lo cumplido en razón de esa facultad. Así, por caso, encontramos que los contratos, empréstitos o enajenaciones de bienes nacionales que el Gobierno haga en virtud de la facultad que el Congreso le otorgue de acuerdo con el ordinal 11º del artículo 76 de la Carta, no quedan revocados por el hecho de que se derogue la autorización. Ni tampoco puede entenderse derogados los decretos leyes que el Presidente de la República profiera al ser revestido de las facultades **pro tempore** a que alude el ordinal 12 del mismo artículo, sólo porque el término de su ejercicio acabó o porque el Congreso disponga derogar esa autorización. En cambio, pero por mandato expreso del Constituyente, los decretos legislativos que el Presidente de la República dicte de acuerdo con las atribuciones que le señala el artículo 121 de la Constitución "dejarán de regir" una vez restablecido el orden público.

Se ha expresado que los delitos comunes que dan lugar al juzgamiento especial de los altos funcionarios del Estado (intervención del Congreso y competencia de la Corte Suprema de Justicia) son sólo aquellos que tienen alguna conexidad con el servicio público. Pero ningún apoyo legal o doctrinario permite esta distinción.

En efecto:

La Carta, en la regla 2ª del artículo 97, se refiere a "delitos cometidos en ejercicio de funciones...", y en la regla 3ª a "delitos comunes". De consiguiente, estos últimos nada tienen que ver con el ejercicio del cargo público, pues quedarían comprendidos en los delitos oficiales, a los cuales se refiere la regla segunda, como se ha visto.

Los delitos comunes, no sobra repetirlo, son "los que pueden ser cometidos por cualquier persona..." y... "en que el hecho delictuoso no está específicamente determinado por la calidad o posición del agente". (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI, págs. 256 y 257). O aquellos "que lesionan los intereses privados jurídicamente protegidos de los particulares, cuando el móvil del agente no es político o social". (Luis Muñoz en sus "Comentarios a las Constituciones Políticas de Iberoamérica", pág. 211, Tomo 1º—Méjico).

Y, aun cuando el hecho de calificar las cosas no determina su esencia, llama la atención la uniformidad del empleo de la expresión **delitos comunes** que hace el constituyente en diferentes países, para distinguirlos de las infracciones penales cometidas en el ejercicio de las funciones públicas, cuando de ellos se ocupa para indicar los procedimientos y competencias especiales en el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, a saber:

a)—**Argentina.**

Según el artículo 46 de la Carta de este país, corresponde a la Cámara de Diputados "acusar ante el Senado al Presidente, vicepresidente, sus ministros y los miembros de la Corte Suprema de Justicia... en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por **delitos en el ejercicio de sus funciones**; o por **crímenes comunes**, después de haber conocido en ellos y declarado haber lugar a la formación de causa...".

b)—**Brasil.**

Expresa el artículo 92 de la Constitución del Brasil que "los ministros de Estado, en los **delitos comunes** y en los **delitos de responsabilidad**, serán procesados y juzgados por el Supremo Tribunal Federal...".

c)—**Ecuador.**

Se indica en el artículo 45 de la Carta del Ecuador que corresponde al Senado "conocer de las acusaciones propuestas por la Cámara de Diputados contra los funcionarios a que se refiere el artículo 50, numeral 2º". Y en el artículo 46 se dispone lo siguiente:

"Cuando el Senado conozca de alguna acusación **relativa solamente a la conducta oficial**, no podrá imponer otra pena que la de suspensión o privación del cargo...".

"**Cuando no se tratare de la conducta oficial**, el Senado se limitará a declarar, si ha lugar o no al juzgamiento; y en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición del respectivo juez o tribunal".

d)—**Honduras.**

Preceptúa el artículo 144 de la Constitución de esta República que corresponde a la Corte Suprema de Justicia "conocer de los **delitos oficiales** y **comunes** de los altos funcionarios, cuando el Congreso los haya declarado con lugar a formación de causa".

e)—**Méjico.**

El artículo 74 de la Constitución mejicana dice que es facultad de la Cámara de Diputados "conocer de las acusaciones que se hagan a los funcionarios públicos de que habla la Constitución, por **delitos oficiales**, y en su caso, formular acusación ante la Cámara de Senadores, y erigirse en Gran Jurado para declarar si ha o no lugar a proceder contra alguno de los funcionarios públicos que gozan de fuero constitucional, cuando sean acusados por **delitos de orden común**".

f)—**Nicaragua.**

Al señalar el artículo 153 de la Carta de Nicaragua la facultad de la Cámara de Diputados para acusar a los altos funcionarios de la nación, se dice que tales acusaciones, "ya sea por **delitos oficiales o comunes**, cometidos durante el ejercicio de sus cargos, deberán presentarse siempre ante la Cámara de Diputados, aunque el acusado haya cesado en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a **delitos oficiales**, la acción penal prescribe al año por haber cesado el funcionario en el ejercicio de sus funciones".

El tratadista Eugenio Cuello Calón ("Derecho Penal, Tomo 1º, pág. 262, VII edición. Barcelona, 1945), dice que "se reputan **delitos comunes** aquellos que lesionan bienes jurídicos individuales, v. gr., los delitos contra la vida, contra la honestidad, contra la propiedad, etc.".

El profesor colombiano Luis Carlos Pérez ("Derecho Penal Colombiano", volumen IV, pág. 260, Bogotá, 1959), dice que son delitos especiales aquellos "que requieren determinada calidad en el sujeto activo (cuando, por ejemplo, sólo los puede cometer un funcionario público); políticos, los que hemos definido en el número 77 (Vol. I); **comunes**, los que pueden ser cometidos por cualquiera".

Igualmente anota el doctor Samper que son **delitos comunes** los que "se cometen contra el común de los individuos o contra el orden social, sin que la ejecución atente a los derechos del estado **o dependa del ejercicio mismo de las funciones públicas**".

Por último, esta Corte, en sentencia de 30 de septiembre de 1942 (G. J. Tomo LV, números 1996-1997, págs. 324 y ss.), refiriéndose al fuero restringido que señala el C. de P. P. respecto de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (quienes son juzgados conforme a tal fuero sólo en relación con delitos oficiales), dice lo siguiente en cuanto a la diferenciación entre delitos comunes y delitos cometidos en ejercicio del cargo:

"Este...", el C. de P. P.... "lejos de ampliar la jurisdicción que como privativa le confiere a la Corte el artículo 148..." (151)... "de la Constitución, restringió los llamados fueros, no atribuyó a la Corte la facultad para juzgar por **delitos comunes** a los Magistrados de los Tribunales, y le dejó el juzgamiento de ellos únicamente en cuanto a los **cargos o delitos de responsabilidad relacionados con sus funciones de Magistrados.** El nuevo estatuto procedimental se atuvo para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y así, el **delito cometido en ejercicio de la Magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes** debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un Magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo. En cambio, si se trata de un **delito común**, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte, sino a los jueces ordinarios, aun cuando el hecho haya sido ejecutado..." durante el ejercicio del cargo.

Claro que en tratándose de Consejeros de Estado, ese fuero que para su procesamiento señala la ley no está restringido a los delitos oficiales, sino que cobija también los delitos comunes. Y estos, como se desprende de lo antes examinado, no son los que se relacionan con las funciones públicas o que tengan conexidad con ellas, sino, precisamente, todo lo contrario: los que son absolutamente ajenos al ejercicio del cargo oficial.

* * *

Estas consideraciones y las que dejé consignadas en mi anterior salvamento de voto, hacen que nuevamente me aparte del criterio de la Sala, con todo respeto, pues sigo estimando que lo que corresponde decidir es el envío de este proceso a la Honorable Cámara de Representantes, para que dentro de un nuevo examen de la situación jurídica planteada disponga llevar a cabo, si lo tiene a bien por existir justa causa, la acusación del Consejero de Estado, doctor Andrés Augusto Fernández, ante el Senado de la República, por el delito de que se le sindica.

Humberto Barrera Domínguez

Bogotá, febrero 21 de 1961.

BIBLIOTECA

REITERA LA CORTE SU CONCEPTO DESFAVORABLE A UNA SOLICITUD DE EXTRADICION

1.—Enseña Florián, que "sujeto pasivo de la extradición sólo puede ser un extranjero, salvo acuerdo internacional en contrario". En concreto, los códigos penales de Venezuela (artículo 6º) y Colombia (artículo 9º) prohiben taxativamente la entrega de los nacionales, lo cual quiere decir que en materia de extradición pasiva, la norma genérica es la de que no se puede extradir a los colombianos que se encuentren en Colombia, ni a los venezolanos que se encuentrn en Venezuela, "salvo acuerdo internacional en contrario".

2.—Del tratado de 18 de julio de 1911 (aprobado por la Ley 26 de 1913) no se deduce que entre Colombia y Venezuela exista "acuerdo internacional en contrario" que haya de prevalecer sobre el criterio general, consagrado expresamente por las legislaciones de los dos países, según el cual debe negarse la extradición de los propios nacionales. Pues tratándose de una excepción especialísima, dentro de la norma general, aquélla debe aparecer expresamente señalada, lo que no resulta de la frase genérica que emplea el Tratado en su artículo primero. (Cfr. artículo 9º del C. P. Colombiano y artículo 6º del Venezolano).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL. — Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

En estas diligencias, relacionadas con la solicitud que la Embajada de Venezuela hace al Gobierno Nacional para que se conceda la extradición del señor Hugo Luis o Carlos Luis Contreras, esta Sala emitió concepto desfavorable el dieciseis de septiembre último, con fundamento en el informe de la Jefatura del Departamento Administrativo de Seguridad, según el cual el nombrado Contreras es ciudadano colombiano.

Tomado en cuenta el concepto de esta Sala y lo previsto en el inciso 2º del artículo 9º del Código Penal, que precisa el concepto favorable de la Corte para que la extradición pueda concederse, el Ministerio de Justicia elaboró un proyecto de resolución ejecutiva, mediante el cual se negaba lo solicitado por la Embajada de Venezuela.

Sin embargo, la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, en oficio de 29 de noviembre de 1960, estimó del caso no llevar a la firma del señor Presidente de la Nación el referido proyecto e "insinuar la conveniencia de remitir este asunto al señor Procurador General de la Nación para que, si lo juzga procedente, intervenga ante la Corte Suprema de Justicia a fin de solicitar la revocatoria del concepto emitido ... el 16 de septiembre de 1960 y obtener, en su lugar, concepto favorable a la extradición pedida por la Honorable Embajada de Venezuela".

Dado que el señor Procurador General de la Nación no es parte en esta clase de diligencias, ni está previsto el recurso de reposición respecto de los conceptos que sobre extradición debe rendir la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio del ramo se limitó a devolver el expediente a esta Sala, para que, "si lo considera conveniente, emita un nuevo concepto sobre este asunto". (Oficio de 18 de enero de 1961, fl. 68).

Pues bien:

Atendido que la Sala, por las razones ya consignadas en el proveído de 16 de septiembre de

1960 y por las consideraciones que ahora toma en cuenta, no modifica su concepto adverso a la extradición del señor Hugo Luis o Carlos Luis Contreras, no encuentra impedimento alguno para referirse a los argumentos consignados en el citado oficio de la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, del cual se transcribe lo siguiente:

La Oficina Jurídica observa:

"La Corte Suprema de Justicia funda su concepto desfavorable a la extradición en dos motivos: 1) que el señor Contreras es ciudadano colombiano; y 2) que no se encuentra en el territorio nacional. Tales circunstancias las afirma la Corte Suprema basada en un informe rendido por el Departamento Administrativo de Seguridad.

"De conformidad con el artículo 9º del Código Penal, la extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos.

"Entre Colombia y Venezuela está vigente el Acuerdo suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913, que en su artículo primero establece: 'Los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2º, dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas. Para la extradición es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar donde se encuentre el prófugo o enjuiciado justificaría su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiese verificado en él'.

....

"La obvia finalidad del citado Acuerdo multilateral es la persecución del crimen mediante la cooperación de los estados contratantes, **sin que para ello se tenga en cuenta la nacionalidad del delincuente**", se subraya.

"Es cierto que el inciso tercero del artículo 9º del Código Penal establece que 'no se concederá la extradición de colombianos', pero es claro que tal disposición sólo es aplicable cuando no existe acuerdo sobre extradición entre Colombia y el país solicitante, y, por tanto, resulta inaplicable tal artículo 9º en el presente caso ya que entre Colombia y Venezuela está vigente el citado Tratado Internacional de 1911. Y además es evidente que el mencionado artículo 9º del Código Penal (Ley 95 y decreto 2.300 de 1936) no pudo derogar unilateralmente las normas del referido Tratado.

"En suma, en el caso del señor Contreras es aplicable el Tratado Internacional de 1911 y no el artículo 9º del Código Penal, tanto más cuanto que **el art. 1º del Tratado sobre extradición no establece excepción alguna fundada en la nacionalidad.** Tal disposición del tratado pacta la entrega de 'los individuos' procesados o condenados por las autoridades judiciales de cualquiera de los países contratantes".

Más adelante, se dice:

"...la mayor parte de las Constituciones y de las legislaciones penales prohiben la extradición de los propios ciudadanos. Pero si este principio se encuentra consagrado en la mayor parte de las Constituciones y se reitera en muchos Tratados de Derecho Internacional, la doctrina moderna y las prácticas contemporáneas han atemperado el principio mismo: es decir, la tendencia moderna se dirige a hacer menos absoluta la prohibición de extradición de los ciudadanos.....". Y, se agrega:

"De acuerdo con estos principios, es claro que en el derecho internacional no es improcedente la extradición de un nacional del país requerido. Y, por el contrario, ella resulta obligatoria cuando media un pacto internacional en que se conviene la extradición respecto de todo delincuente procesado o condenado por uno de los países contratantes.

"Ya la misma Corte Suprema de Justicia había estudiado este punto jurídico de tanta trascendencia y había sentado doctrina en sentido contrario al de la reciente providencia de esa Corporación. En efecto, en concepto de fecha 9 de abril de 1945, dijo la Corte: 'La nacionalidad del procesado cuya extradición se pide no es factor que la impida, ya que lo contrario equivaldría a consagrar la impunidad de los extranjeros que delinquen en países distintos de aquel de que son ciudadanos y a privar de todo valor los principios universales de la territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal'. (G. J. LIX, pág. 20).

"Además, respecto de este primer punto afirmado por la Corte Suprema, es conveniente observar que **no está suficientemente acreditado que el señor Contreras sea ciudadano colombiano ya que no obra en el expediente la prueba principal para demostrar tal estado.** La Corte Suprema ha

dicho sobre el particular: 'El nacimiento implica cierta vinculación al lugar o sitio donde el acto se realizó y la nacionalidad hace relación al Estado o Nación a que pertenece por virtud de ese nacimiento. De allí que la prueba pertinente para demostrar la nacionalidad de colombiano por nacimiento no puede ser otra que la correspondiente acta de registro civil de nacimiento, expedida por funcionario competente; y sólo a falta de dicha prueba principal es pertinente la aceptación de pruebas suplementarias tendientes a demostrar esa calidad'. (Concepto de 10 de diciembre de 1946. G. J. LXII, pág. 202)".

"En segundo lugar afirma la Corte Suprema que la extradición del señor Contreras no es procedente porque no se encuentra en el territorio nacional, según aparece del mencionado informe del Departamento Administrativo de Seguridad. Tal podría ser la interpretación del Acuerdo de 1911 si se entendiera exclusivamente al tenor literal de una frase contenida en su artículo primero. Pero esta interpretación atentaría contra la finalidad misma del Tratado, haciéndolo nugatorio en muchos casos. Por otra parte, no es a la Corte Suprema sino al Gobierno Nacional a quien compete averiguar y establecer plenamente si el reo se halla o no dentro del territorio nacional.

"Sobre el particular, la misma Corte Suprema de Justicia ha sentado también doctrina en concepto de fecha 14 de marzo de 1952, cuyo extracto es el siguiente: 'El hecho de que el extraditando no se encuentre en Colombia no impide que la Corte emita concepto favorable a la solicitud de extradición, porque no es a esta entidad sino al Gobierno al que compete la función de entregar al sujeto cuya extradición se solicita'. (G. J. Tomo LXXI, pág. 553)".

Por último, señala lo que pasa a copiarse:

"También debe observarse que, en caso de ausencia del delincuente cuya extradición se pide, la Corte Suprema ha considerado pertinente dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 317 del C. de P. C., emplazándolo por medio de edicto y nombrándole curador ad-litem al no obtener su comparecencia (véase G. J. citada, pág. 534), requisito éste que no se ha observado en el caso del señor Contreras, en el cual la Corte se limitó a ordenar el traslado de la solicitud de extradición en auto de fecha 26 de julio de 1960".

Respecto de los anteriores argumentos considera la Sala lo siguiente:

Primero. — Sí está probado que el señor Hugo Luis o Carlos Luis Contreras es ciudadano colombiano.

En oficio de 12 de septiembre de 1960, llegado a estas diligencias luego de que en auto de fecha veintiseis de julio del mismo año se dispuso correr traslado al reclamado de la solicitud presentada por la Embajada de Venezuela, dice el Mayor Miguel Hunda Cruz, en su condición de Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad, lo siguiente:

"La Policía Internacional de Caracas por comunicación telegráfica de fecha 15 de marzo del corriente año solicitó el arresto del ciudadano Carlos Ruiz (sic) Contreras, por estar sindicado de estafa.

"El 3 de mayo siguiente fue localizado Contreras y conducido a la División de Extranjería en Bogotá, de lo cual se dio cuenta a las autoridades de Caracas.

"Al ser interrogado el citado Contreras en la Oficina de Investigaciones, **manifestó ser ciudadano colombiano,** nacido en El Salado de Cúcuta, hijo natural de madre colombiana y ser un perseguido político en Venezuela por haber trabajado con el Gobierno de Pérez Jiménez. Como por medio de apoderado solicitara su libertad alegando su condición de colombiano y no estar solicitado por las autoridades de este país, fue puesto en libertad con la condición de presentar a la mayor brevedad los documentos que acreditaran su nacionalidad, y la obligación de presentarse diariamente a la División de Extranjería.

"Al efecto, **el mencionado ciudadano presentó posteriormente partida de su nacimiento expedida por la Notaría Segunda del Municipio de Cúcuta, comprobante de la Registraduría Nacional del Estado Civil de la cédula de ciudadanía número 2.859.534 de Bogotá y Pasaporte colombiano expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.**

"Con fecha 9 de junio fue recibido el oficio 1.001 del Ministerio de Relaciones Exteriores y dirigido al Jefe del Departamento, solicitando la detención provisional de CARLOS LUIS CONTRERAS para fines de extradición, oficio que fue contestado con el número 2.347 E-S 114, **dando cuenta de los mismos hechos de que trata la presente comunicación,** agregando además, que CONTRERAS **había salido del país.**

"Al recibir su oficio número 11.219..." (de la Corte Suprema de Justicia y relacionado con estas diligencias)... "se ordenó localizar a Contre-

ras quien había regresado al país, pero con resultados negativos, **teniéndose conocimiento últimamente de que de nuevo había salido del país con destino a los Estados Unidos.**

"Son estos los motivos para que no hubiera podido obtenerse la comparecencia de Carlos Luis Contreras, ante el Despacho a su digno cargo...", esto es, ante esta Corte (subrayó la Sala).

Dice el artículo 204 del C. de P. P. que "en los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal...", y que... "toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla".

El artículo 205 de la misma obra preceptúa que "es prueba plena o completa la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho".

Y en relación con los **documentos** se dice en el artículo 251 (ibm.) que los "...públicos o auténticos, es decir, **los expedidos** con las formalidades legales **por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba** de los hechos de que el funcionario dé fe". Se agrega, aquí, que "contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo".

Ahora bien:

El oficio antes transcrito es un documento oficial y en él se afirma, por quien lo suscribe, que Carlos Luis Contreras presentó la partida de su nacimiento, expedida por la Notaría Segunda del Municipio de Cúcuta, con la cual acreditó ser ciudadano colombiano (como que, asimismo, exhibió la C. de C. número 2.859.534 de Bogotá).

Y constituyendo lo aseverado por el Jefe de la División de Extranjería plena prueba de lo que informa, es lógico que, con base en la respectiva acta del estado civil (la partida de nacimiento), está acreditada la nacionalidad colombiana del reclamado. Tanto más, cuanto debe suponerse que también debió comprobar esa condición Carlos Luis Contreras, ante los respectivos funcionarios de la Nación, cuando obtuvo su cédula de ciudadanía y el Pasaporte colombiano, documentos de que también da cuenta el citado Jefe de la División de Extranjería.

Por tanto, con la prueba pertinente, el reclamado comprobó ser nacional colombiano, cuando exhibió ante el citado funcionario público la citada partida de bautismo.

Segundo.—No fue señalada la extradición de los propios nacionales en el Tratado de 18 de julio de 1911 (Acuerdo del Congreso Bolivariano reunido en Caracas y suscrito por Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú, Panamá y Venezuela), **aprobado por la Ley 26 de 1913.**

La extradición, anota Eugenio Florián ("Elementos de Derecho Procesal Penal". Edición española de L. Prieto Castro. Barcelona, págs. 498 y ss.), "puede ser activa y pasiva; pero la que aquí interesa es esta última y tiene lugar por la entrega de la persona al gobierno extranjero, por parte del nuestro o por petición del primero al segundo".

Agrega Florián que **"sujeto pasivo de la extradición sólo puede ser un extranjero, salvo acuerdo internacional en contrario"**, se subraya.

En su obra "Tratado de Derecho Penal Colombiano" también señala el doctor Angel Martín Vásquez, como norma genérica de la extradición pasiva, el que ella no tenga por objeto la entrega de un nacional del país que recibe la solicitud.

Ahora bien:

Los códigos penales de Venezuela y Colombia prohiben taxativamente la entrega de los nacionales, lo cual quiere decir que en materia de extradición pasiva, la norma genérica es la de que no se puede extradir a los colombianos que se encuentren en Colombia, ni a los venezolanos que se encuentren en Venezuela, "salvo.....", como anota Florián... "acuerdo internacional en contrario".

El artículo 6º del C. P. de Venezuela dice lo siguiente:

"La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana", se subraya.

Y los artículos 9º y 7º del Código Penal colombiano disponen lo que pasa a transcribirse:

"Artículo 9º—La extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos.

"A falta de tratados públicos, el Gobierno ofrecerá o concederá la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, y previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia en el segundo caso.

"**No se concederá la extradición de colombianos** ni la de delincuentes político-sociales", se subraya.

Pero el delito que un nacional colombiano cometa en territorio extranjero no queda impune, pues se ha previsto lo siguiente:

"Artículo 7º—Se aplicará la ley penal colombiana:

"1º — A los nacionales que, fuera de los casos previstos en el artículo 5º, se encuentren en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, siempre que de acuerdo con la ley colombiana ese delito esté reprimido con una sanción restrictiva de la libertad personal no menor de dos años.

"Si se trata de un delito que tenga establecida sanción de menor gravedad, no se procederá sino mediante querella de parte o petición del Procurador General de la Nación.

"Las restricciones de que tratan los incisos anteriores no se aplicarán a los agentes diplomáticos y consulares de Colombia en ningún caso, ni a los demás funcionarios públicos que delincan en el ejercicio de sus funciones".

Y existe "acuerdo internacional en contrario", como anota Florián, en el Tratado de 18 de julio de 1911?

Debe responderse que no, pues en el artículo 1º de dicho Convenio lo que se establece es la reciprocidad en la entrega de los individuos que delincan en uno u otro país, sin que se afirme la inclusión de los propios nacionales. Reza el citado artículo lo siguiente:

"...los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente. ..los **individuos** que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes.... busquen asilo o se encuentren dentro del terriotrio de una de ellas...".

No aparece, de lo transcrito, que de manera clara y precisa se haya convenido en la entrega de los propios nacionales. Y tratándose de una disposición excepcionalísima, dentro de la norma general de no entregar a los propios nacionales, ella debe aparecer expresamente señalada. Y tal excepción no resulta de la frase genérica que emplea el Tratado: "...individuos que procesados o condenados... busquen asilo o se encuentren dendel territorio de una de ellas...".

Respecto de ese criterio general de negar la extradición de los propios nacionales, la Corte, en concepto de 16 de noviembre de 1951 (G. J. Tomo LXX, pág. 887), dijo lo que se transcribe:

"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 delinquido 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 C. de P. P. 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 artículo 5º ibidem.

"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.

Y si bien la Corte (como se dice en la comunicación de la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República), expresó que "la nacionalidad del procesado cuya extradición se pide no es factor que la impida, ya que lo contrario equivaldría a consagrar la impunidad de los **extranjeros que delinquen en países distintos a aquel de que son ciudadanos** y a privar de todo valor los principios universales de la territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal" (G. J. Tomo LIX, pág. 20), mal puede que en esta doctrina se afirme la extradición de los propios nacionales, pues lo que indica es que si el delincuente no es nacional del país que solicita la extradición, si allí cometió el delito, es procedente la extradición, salvo que se trate de un nacional colombiano.

Tercero. — La extradición pasiva implica que el sujeto pasivo de ella se encuentre en el país que la concede.

Si quien delinquió en territorio de otro país no se encuentra en el del estado a quien se solicita su extradición, es lógico que físicamente el requerido no está en posibilidad física de entregarlo.

Esto fue lo que expresó la Sala en su concepto de 16 de septiembre de 1960, en estas diligencias, en razón de que el señor Jefe de la División de Extranjeros informó que Hugo Luis o Carlos Luis Contreras no se encontraba en el territorio de Colombia.

Es cierto (como también se anota en el oficio citado) que esta Corte, para los fines del concepto que debe emitir respecto de la extradición pasiva, no necesita verificar previamente si el sujeto pasivo de tal extradición se encuentra o no en el territorio nacional, pues "no es a esta entidad sino al Gobierno al que compete la función de

entregar al sujeto cuya extradición se solicita". (G. J. Tomo LXXI, pág. 533). Pero en el presente caso, dado el citado informe del Jefe de la División de Extranjeros, no era improcedente anotar la imposibilidad física existente para entregar al nombrado Contreras, por encontrarse fuera del territorio de la República.

Cuarto—Establecida una circunstancia que obligue el concepto desfavorable a la extradición pasiva, es inútil proseguir el diligenciamiento previo al concepto que debe emitir la Corte.

Es cierto, como se observa en el oficio de la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, que en estas diligencias se prescindió del emplazamiento del nombrado Hugo Luis o Carlos Luis Contreras; pero a ello dio lugar el informe del señor Jefe de la División de Extranjeros, según el cual el reclamado es nacional colombiano.

Se procedió, entonces, a emitir el concepto de 16 de septiembre de 1960, pues se tenía comprobado que el sujeto pasivo de la extradición, en este caso, no podía ser objeto de ella. Y proseguir el trámite previo a dicho concepto era cosa inútil por innecesaria, como inútil sería agotar todo el diligenciamiento cuando, por caso, se compruebe que el reclamado ha muerto.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia RATIFICA EL CONCEPTO DESFAVORABLE a la solicitud de extradición del señor Hugo Luis o Carlos Luis Contreras, y dispone devolver el expediente al Ministerio de Justicia.

Cópiese.

Primitivo Vergara Crespo. — **Humberto Barrera Domínguez.** — **Simón Montero Torres.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **Julio Roncallo Acosta.**— **Angel Martín Vásquez.** — **Pioquinto León L.**, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INFUNDADA ALEGACION DE NULIDAD ES CONSTITUCIONALES EN UN PROCESO POR HOMICIDIO QUE FINALIZO CON SENTENCIA CONDENATORIA

Al procesado le brinda la ley todas las garantías requeridas para sincerar su conducta. En guarda de ellas, uno de sus derechos es el de intervenir personalmente, como parte en el juicio, durante la audiencia pública (artículo 471 del C. de P. Penal); pero a este derecho puede renunciar. sin menoscabo alguno, toda vez que por imperativo de la misma ley ha de estar asistido por un abogado defensor, quien profesionalmente es el llamado a debatir, con conocimiento de las ciencias jurídicas, los cargos resultantes a su representado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

Contra la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó —Sala de Decisión Penal— el 10 de junio del año próximo pasado, mediante la cual fue condenado, como responsable del délito de homicidio, Julio César Mosquera (a. Chilaca), a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias pertinentes, recurrió en casación el señor defensor del acusado, y al efecto, en la debida oportunidad formuló la correspondiente demanda, acerca de cuyo mérito procede la Sala a decidir.

Hechos:

Aunque en verdad no interesa, dada la causal de casación que se invoca por el recurrente, una versión completa de los hechos que motivaron el proceso, la Sala acoge, como fiel trasunto de ellos, la que consigna la sentencia del Tribunal:

"1º—Tanto en el auto de llamamiento a juicio dictado el 11 de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete por la Sala Penal de este Tribunal, como en el fallo recurrido, se ha hecho una detallada y precisa historia de los hechos que surgieron como consecuencia del traspaso que de la mina 'Platinerito' hizo su dueño Juan Socorro Mosquera al homicida en una época en que este bien se hallaba todavía en manos del muerto, por la existencia de un previo convenio de sociedad celebrado por el nombrado propietario con Alejandro Mosquera. En virtud de tal convención, Juan Socorro Mosquera concedió a Alejandro la explotación de la mentada mina para que la trabajara y le reconociese la mitad de lo producido, como su parte de ganancia. No habiendo cumplido el socio industrial lo así pactado Juan Socorro le propuso que del producido de la mina le reconociera solamente la tercera parte y se reservase para sí las dos terceras restantes. Esto aceptado por Mosquera Mosquera, tampoco le dio cumplimiento; razón por la cual el primero resolvió venderle dicho entable minero a Julio César Mosquera (a. Chilaca) por la suma de doscientos pesos, alrededor de mes y medio antes de la consumación del crimen. Explica el vendedor a folio 37 que 'fue así como el domingo diecinueve de mayo en las horas de la tarde, poco más o menos a las tres en punto llegó Julio César Mosquera (a. Chilaca) en compañía del señor Gorgonio Robledo y Rodolfo Asprilla, con la plata, y en presencia del finado Alejandro Mosquera Mosquera, me entregó el mencionado Chilaca el valor que le había pedido por ella, por la suma de doscientos pesos, moneda legal; en el momento de hacerme entrega Chilaca de la plata, dijo el finado Alejandro

Mosquera Mosquera de que él como autoridad se imponía (sic) a dicha venta y así era que en forma seria me notificaba de que no podía hacer dicha venta, y fue allí en donde le dije seguidamente de que yo era el dueño de mi entable que a base de sacrificios, esfuerzos y desvelos lo había creado, que eso no era trabajo en compañía de nadie, y cuando yo se lo había dado a él para que lo trabajara, no se lo había dado por medio de autoridad y no había buscado a la misma, para que él trabajara conmigo, sino voluntariamente... Entonces me dijo Alejandro Mosquera Mosquera que se iba a ver por quién quedaba pues él seguiría trabajándola..... También el señor Juez quiso y se prestó como para que el difunto hubiese comprado la mina, pero él no lo quiso así, sino que me instauró una querella en la Inspección local de Policía". A consecuencia de esta su determinación el querellante se negó a desocupar la mina hasta tanto no se practicara la diligencia de inspección ocular que pidió.

"2.—El día diecinueve de mayo precitado, después de hecha la entrega por Julio César a su vendedor Juan Socorro de los doscientos pesos ya mencionados, explica Luis Ernesto Mosquera que le tocó presenciar una fuerte discusión trabada entre Chilaca y Alejandro Mosquera, motivada porque éste previno a aquél 'que no le siguiera cortando el bárranco, por cuanto así el material se le derrumbaba para el lado de él, esto es, para el lado de Chilaca, advertencia ésta que se la hizo el finado en forma enérgica; a lo cual contestó Julio César Mosquera (a. Chilaca) que él lo hacía y seguía haciendo porque él le había comprado eso a Juan Socorro Mosquera, y primero había comprado una parte y después ahora últimamente el resto, a lo cual el difunto dijo: si usted compró está bien; a esta actitud un poco agria de ellos les dijimos, hombre, arreglen eso a las buenas, no hay necesidad de que se vayan más allá del terreno de donde deben llegar, por cuanto es fácil que vayan a las vías de hecho'. (Folio 30)..

"'3.—Para el tiempo en que se registró esta fuerte discusión, ya la víctima y al victimario los separaba, al decir de la mujer o concubina del primero, Andrea Bladón Romaña, una seria enemistad'. 'Sé con seguridad —dice a folios 15 y 16— de que Julio César Mosquera (a. Chilaca) era enemigo acérrimo de Alejandro, mi marido, sencillamente por el hecho de que Alejo era Comisario Mayor de Policía y en días pasados Chilaca de unos machetazos le quitó una trenza a una mujer de él y le causó varias heridas, y mi marido se vio obligado a traerlo a esta ciudad (Condoto)... la mujer a quien Chilaca le dio los machetazos es de nombre Griselda Perea... y no perdonó nunca a mi marido que, en su condición de autoridad, lo hubiese entregado a la ley'. Por estos hechos al procesado le impuso el Inspector de Policía, de Condoto, arresto de diez y nueve días, según lo manifiesta él mismo en su indagatoria primera, a folio 21. Además figura el antecedente de enemistad revelado por Evangelina Asprilla en su declaración de folio 27 vto., donde dice que tal enemistad tuvo origen en el disgusto que le causó a Chilaca el que Mosquera Mosquera, como Comisario del lugar, lo hubiera denunciado porque sacrificó para el abasto público un cerdo apestado.

"'4.—Lo hasta aquí expresado da a conocer la marcada antipatía profesada por Chilaca contra Mosquera Mosquera, de quien no consta en los autos que le hubiera correspondido con los mismos sentimientos de animadversión y de rencor. En cambio, sí consta lo contrario, o sea, el odio y el rencor que el primero sentía contra el segundo, tanto por la información que al respecto da Andrea Blandón como por el testimonio de la víctima, quien reveló días antes de su muerte a sus amigos Luis Ernesto Mosquera y Cirilo Sánchez Lozano que solamente tenía un enemigo muy grande, Julio César Mosquera, de quien lo temía todo. A Sánchez Lozano le reveló todavía más al respecto, y es que Chilaca 'le había dicho que él lo mataría si no desocupaba inmediatamente la mina'. (Fl. 11 vto.). Así las cosas, llegó el día trágico del sábado veinticinco de mayo, en cuya mañana, entre las siete y las ocho horas, un individuo, que se presume fundadamente es Chilaca, después de sostener al pie del entable minero referido una fuerte discusión con Mosquera Mosquera a grandes voces, le dio muerte de una certera puñalada en el corazón, asestada con un cuchillo de tamaño mediano. El cadáver del occiso fue hallado poco después en medio de una charca de sangre, boca-abajo, al pie de una acequia del entable minero susodicho, y al ser examinado por los funcionarios que hicieron su levantamiento en la diligencia correspondiente, le descubrieron 'una herida a la altura de la tetilla izquierda de unos dos centímetros de largo y una abertura de un centímetro aproximadamente, dos contusiones en el brazo izquierdo causadas talvez al caer, pues se nota como una peladura'. (Folio 4)".

Demanda de casación

La impugnación al fallo la hace el señor apoderado exclusivamente con base en la causal 4ª de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P., vale decir, por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, en cuyo trámite, con ocasión de la audiencia pública, se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional y 471 del C. de Procedimiento.

Concretamente el cargo consiste en que al acusado, en el curso de la vista pública de la causa, "no se le concedió la palabra en ninguna de las dos oportunidades requeridas por la ley".

Ninguna demostración hace el recurrente del cargo aludido, y mal podía hacerla, cuando de autos consta que la audiencia fue rituada con todas las exigencias y el Juzgado dio cabal cumplimiento a lo que dispone el acotado artículo 471.

Concepto del Ministerio Público

Con toda claridad el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal responde a lo argumentado en la demanda en estos términos:

"La nulidad de carácter constitucional denunciada, no tiene existencia, pues es totalmente inexacto que durante la celebración del juicio público no se le concediera la palabra al procesado Julio César Mosquera. La verdad es que este último hizo expresa renuncia de ella. De donde se infiere que tratar de fundar la acusación al fallo en una circunstancia que carece de prueba, constituye, a no dudarlo, una manifiesta equivocación.

"En efecto, al folio 150 del cuaderno principal, folio que hace parte del acta de la primera sesión de la audiencia pública, queda establecido que después de que el acusado, por virtud de solicitud hecha por su defensor, explicó por qué aparece en autos 'un memorial suscrito a ruego por él por Ernesto Mosquera Mosquera", el señor Juez, acatando lo dispuesto por el artículo 471 del C. de P. P., le hizo saber al señor Agente del Ministerio Público que tenía derecho al uso de la palabra por primera vez, por lo que el representante de la sociedad, en una primera vuelta dio comienzo a la exposición de sus puntos de vista ante el Jurado, luego de lo cual el mismo señor Juez, le concedió la palabra al acusado.

"A continuación se hace constar que el mismo acusado renunció a la palabra y resolvió cedérsela a su defensor.

"En este orden de ideas, no sobra destacar aquí, en forma textual, la relación que acerca del referido incidente se hace en el docuemnto citado:

"'...aquí termina su primera intervención el señor Fiscal. El señor Juez le concede el uso de la palabra al acusado quien la renuncia y se la pasa a su defensor. El señor defensor en uso de la palabra, manifestó...'.

"De otra parte, se tiene que la mencionada acta aparece firmada por todas y cada una de las personas que intervinieron o concurrieron a la primera sesión del juicio público, sin que ninguna de ellas tuviere reparos o rectificaciones que hacerle. (Artículo 475 del C. de P. P.).

"Esto último significa que tanto el acusado como su defensor aceptaron como cosa cierta que el primero renunció a hacer personalmente uso de la palabra en favor de su causa; y quiere decir, además, que el acusado, al renunciar a la palabra, implícitamente reconoció ser incapaz de plantear idóneamente su defensa ante el Jurado, por lo que con buen criterio, optó por 'pasarle' o cederle la palabra al distinguido abogado que ante el Tribunal de conciencia hubo de representarlo.

"Si así ocurrieron las cosas, debe entonces reafirmarse que ningún asidero encuentra en la realidad procesal, la supuesta falta de oportunidad para el acusado de hablar ante sus jueces para explicar personalmente su conducta".

Consideraciones de la Sala

Es en un todo inválido el cargo que pretende edificar el recurrente contra la sentencia. Tal como aparece del acta de audiencia (fls. 149 y ss. del cuaderno principal) el debate se desarrolló con la intervención de las partes en el orden previsto por el artículo 471 del C. de P. P., previo el interrogatorio del acusado, como lo preceptúa el artículo 470 ibidem. Una vez hizo uso de la palabra el señor Agente del Ministerio Público, por primera vez, el Juez del conocimiento otorgó igual derecho al procesado, quien renunció a él para que en su nombre hablara la defensa.

En la segunda oportunidad para hablar en la audiencia, habiendo ya manifestado Mosquera que renunciaba a ese derecho a efecto de que su ejercicio quedara a cargo de su defensor, era lógico que el señor Juez otorgara el uso de la palabra sólo al Agente del Ministerio Público y a la defensa.

Mal puede entenderse que la actuación así cumplida en la vista pública de la causa entrañe la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional o de las disposiciones legales que reglan el curso de las audiencias judiciales, como lo pretende el demandante. Las formas propias del

juicio fueron ampliamente satisfechas en la instancia y en todo momento el derecho de defensa estuvo vigente para el acusado, sin que siquiera de modo remoto o accidental se le hiciera más precaria su situación ante sus jueces de conciencia.

Al procesado le brinda la ley todas las garantías requeridas para sincerar su conducta. En guarda de ellas, uno de sus derechos es el de intervenir personalmente, como parte en el juicio, durante la audiencia pública; pero a ese derecho puede renunciar, sin menoscabo alguno, si por imperativo de la misma ley ha de estar asistido por un abogado defensor, quien profesionalmente es el llamado a debatir, con conocimiento de las ciencias jurídicas, los cargos resultantes a su representado.

Lo dicho es suficiente para afirmar que en esta causa no hubo la nulidad pretendida por el demandante y que, por tanto, no puede prosperar el recurso de casación interpuesto con base en la causal 4ª.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SUPUESTAS NULIDADES LEGALES Y CONSTITUCIONALES EN UN PROCESO POR HOMICIDIO

1.—De admitirse que es una "formalidad de las que la ley señala" que el representante del Ministerio Público suscriba el acta de sorteo de jurados, concurra o no a la diligencia, el reclamo por la falta de su firma tiene que formularse por el interesado "al tiempo de verificarse el acto" para que esté en capacidad de alegar la nulidad de que trata el ordinal 5º del artículo 199 del C. de P. Penal.

2.—Se alega, como causal de nulidad, que habiendo resultado sorteada para formar parte del jurado la persona de Gilma Sarmiento, fue Gilma de Díaz la que actuó y firmó las actas respectivas. La falta de identidad que se arguye es gratuita, pues a más de no haberse hecho objeción alguna por ella misma al ser notificada de la elección, tampoco las partes en el juicio pusieron en duda, ni antes ni en el curso de la audiencia, esa identidad que, de haber faltado realmente, habría sido muy fácil demostrar. La pretendida nulidad, de que tratan los numerales 4º y 5º del artículo 199 del C. P. Penal., no se da en este caso.

3.—Para que una actuación dentro del proceso penal aparezca contraria a los precisos y claros términos del artículo 26 de la Constitución Nacional, debe ser patente e inequívoco el agravio a las garantías y derechos que presiden el juicio criminal, pues cabalmente para protección del acusado la doctrina ha elaborado la nulidad constitucional, cuyos objetivos y alcance superan las consagradas de modo expreso por la ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial del Socorro, previos los trámites que son propios a las causas criminales con intervención del jurado, dictó sentencia condenatoria contra Otilio Patiño Monsalve, como responsable del delito de homicidio en la persona de Carlos Carmona, imponiéndole la pena principal mínima prevista en el artículo 362 del C. P., a más de las accesorias correspondientes, con fecha 19 de noviembre de 1959. El Tribunal Superior del Distrito de San Gil confirmó lo resuelto por la instancia en fallo del 13 de mayo del año próximo pasado, y contra esta decisión recurrió en casación el señor defensor del acusado.

Ante la Corte, Patiño Monsalve constituyó apoderado al doctor Elberto Téllez Camacho, quien oportunamente formuló la demanda sobre cuyo mérito va a pronunciarse la Sala, por ajustarse el libelo a las exigencias legales y estar agotado el trámite del recurso.

Hechos:

Los narra el Tribunal así:

"Entre el barbero Otilio Patiño Monsalve y Carlos Carmona existían diferencias por cuestiones de interés, pues aquél adeudaba a éste dineros provenientes de arrendamiento hacía alarde de no estar dispuesto a cubrirlos. El desenlace de esa desavenencia no se hizo esperar. Efectivamente y como a las once y media de la noche del veintitrés de marzo del año pasado llegó Carmona, acompañado de Melecio Díaz y Enrique Castro a la tienda de José Zamarra, ubicada en el Corregimiento de Cimitarra, jurisdicción de Vé-

lez, y pidió cerveza para los tres y una para Patiño quien se encontraba en el mismo lugar. Allí Carmona hizo algunas objeciones a Melecio por haber consignado su voto, un tanto precipitado, en el evento electoral que en días anteriores se había realizado. Carmona, en son de protesta rompió un vaso contra el pavimento y Melecio, para evitar disgustos, se retiró al mostrador de la cantina. Como Patiño hubiera terciado en la conversación, Carmona le dijo: 'No hable usted porque usted me tiene muy picado', agregando: 'Vaya ármese'. Patiño aprovechando la oportunidad que se le brindaba, en orden a dirimir su vieja enemistad, obedientemente salió a la calle y regresó provisto de un cuchillo. Al hacer su entrada al recinto Carmona lo tomó por el cuello y se trabaron en lucha hasta que cayeron a tierra, y en donde los contendores mudaron varias veces de posición quedando ya encima el uno y debajo el otro, y viceversa. Allí Patiño en forma desleal pero debiendo cumplir el designio criminal que se había propuesto, desenfundó el cuchillo y puso fuera de combate a Carmona al propinarle dos tremendas puñaladas, la una en el costado derecho cerca a la tetilla y la otra a nivel de la región glútea izquierda, a consecuencia de las cuales murió minutos después. Así pagó Patiño las atenciones y favores que con largueza le prodigó Carmona". (Fls. 12 y 13 del tercer cuaderno).

Demanda de casación

Dice el actor invocar únicamente la causal cuarta en el orden previsto por el artículo 567 del C. de P. P., por cuanto la sentencia es violatoria de la ley procedimental al haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad. Los vicios que aquejan la actuación, en concepto del demandante, entrañan violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, "al no observar las formas propias del juicio, formas especialmente previstas en los artículos 149 y 508 del Código de Procedimiento Penal, y 2º del decreto 242 de 1951".

Contrae el recurrente los cargos contra la sentencia acusada a dos diligencias propias del juicio y que tienen que ver con la integración del jurado que actuó en la causa contra Patiño Monsalve. Antes de puntualizar los hechos generadores de las nulidades, sostiene a manera de tesis general, que en los juicios las formas propias "comprenden, no sólo las etapas de sumario y causa, sino la observancia de los requisitos que la ley procedimental previene para cada uno de los actos que forman esas diversas etapas del proceso. La inobservancia de algunas de esas formas constituyen simples errores de procedimiento, que pueden subsanarse por voluntad de las partes o por su simple tolerancia. Empero, hay formas y requisitos que no son susceptibles de allanamiento o de tolerancia, pues su estricto cumplimiento hace parte de las formas indispensables para que el proceso tenga vida, el Juez actúe y pueda condenar o absolver. Por eso se habla de nulidades constitucionales, en oposición o para diferenciarlas de las de simple procedimiento o generales".

"Los hechos a que me refiero —dice el demandante— violan abiertamente la organización judicial, atacan el derecho de defensa y quebrantan para el procesado el goce de las garantías que para su juzgamiento estatuyen la ley y la constitución nacional. Estos hechos vician todo el procedimiento, desarticulan el proceso y constituyen causales de nulidad. Y son:

"1º—El acta de sorteo de jurados no fue firmada por el señor Fiscal del juzgado 2º superior, pese a que en el acta se afirma su asistencia.

"2º—En la lista elaborada por el H. Tribunal Superior del Distrito, para el cargo de Jurados en el Juzgado 2º Superior del Socorro, figura bajo el número 175 la señorita **Sarmiento Gilma**, y en la audiencia intervino como Jurado la señora **Gilma de Díaz**, sin que en el proceso haya constancia de que Gilma Sarmiento es la misma persona que con el nombre de Gilma de Díaz, actuó como Jurado".

Sustenta el primer cargo en estos términos:

"Para cada acto del proceso, tanto dentro de la etapa del sumario como en el juicio, la ley procedimental señala la forma propia de ese acto, e igualmente se manda que los actos o diligencias del proceso deberán firmarse por los funcionarios y personas que hayan intervenido: Juez, apoderado, sindicado, peritos, testigos, Agentes del Ministerio Público, representantes de la parte civil y secretario. Todo acto que no lleve las firmas de los funcionarios o de las personas que en él han intervenido carecé de valor legal, pues no puede tenérsele como auténtico. La autenticidad y la certeza de los actos judiciales parten de su evidencia, de su realidad y de que no pueda ponerse en duda su existencia. Una declaración que no lleve la firma del juez que la recibió no puede tenerse como cierta, como auténtica, como legalmente existente. Una indagatoria a la cual falten la firma del sindicado o la del secretario, no puede reputarse existente ni tiene valor legal

alguno. Un reconocimiento en rueda de presos que no esté firmado por el testigo reconocedor, es nula, carece de valor y no tiene significación probatoria. Igualmente, un sorteo de Jurados que no lleve la firma de los funcionarios que se dice intervinieron en el acto, es nulo, carece de valor, y su falta de valor incide en causal de nulidad, pues el carácter de Juez de conciencia deriva de la legalidad del sorteo respectivo.

"El artículo 149 del C. de P. P. manda 'que de toda diligencia que se practique se extenderá el acta correspondiente, que se irá escribiendo a medida que se vaya practicando y que será firmada por el juez o funcionario y su secretario y demás personas que intervengan. Si alguna de ellas no supiere o no pudiere firmar, se hará constar esta circunstancia y firmará a ruego suyo otra persona'.

"Contiene este precepto una norma sustancial y definitiva, pues para la validez de las diligencias es indispensable que el acta que las recoja sea FIRMADA POR TODOS LOS FUNCIONARIOS Y PERSONAS QUE HAYAN INTERVENIDO. Esta norma es más sustancial y definitiva en tratándose del sorteo de Jurados, pues de ese sorteo deriva el ciudadano el derecho y la facultad de juzgar en conciencia.

"Reza el proceso que siendo las dos de la tarde del día 12 de agosto de 1959 se reunieron en el Juzgado 2º Superior, el señor Juez, EL SEÑOR FISCAL, el sindicado Patiño Monsalve y el Secretario, y se afirma en el acta de la diligencia, que el señor Fiscal, **en cumplimiento del artículo 2º del decreto 242 de 1951**, revolvió las 200 fichas numeradas que habían sido puestas de presente y depositadas en la urna por el señor Secretario. Acontece, Honorables Magistrados, que el acta de la diligencia de sorteo de Jurados, a pesar de decirse en ella que el señor Fiscal intervino y que personalmente él revolvió o agitó las 200 boletas numeradas, NO ESTA FIRMADA POR EL SEÑOR FISCAL.

"Esta acta, sin la firma de uno de los funcionarios que se dice intervinieron, carece de valor legal y genera nulidad de todo lo actuado a partir del acto jurídico-procesal que se comenta. Esta nulidad no puede subsanarse ni por el consentimiento de las partes ni por el transcurso del tiempo, pues la facultad de juzgar en conciencia parte de ese importante acto del proceso".

Respecto al **segundo cargo** argumenta:

"La calidad de Jurado nace del sorteo, y debe existir identidad entre el que actúa, el que sale sorteado y el que fue designado por el Tribunal.

"En este proceso, adelantado desde antes bajo el signo de la nulidad, salió sorteada como jurado la persona que figuraba en la lista aprobada por el Tribunal en el Nº 175, donde se lee GILMA SARMIENTO. En segundo y tercer lugares salieron sorteados **Marco E. Reyes** y **Gonzalo Ordóñez.** Pero al surtirse el traslado legal a los Jurados, aquél fue corrido a GILMA DE DIAZ, **Marco E. Reyes** y **Gonzalo Ordóñez.** Estos dos últimos nombres son, sin duda alguna, los mismos sorteados en la famosa acta sin la firma del señor Fiscal. Pero no puede decirse lo mismo de la señora GILMA DE DIAZ, quien fue la persona que recibió el traslado dispuesto para GILMA SARMIENTO. No hay identidad entre las dos personas. Puede que para el empleado del Juzgado haya identidad entre Gilma Sarmiento y Gilma de Díaz, pero en el proceso, y menos para el procesado, no hay identidad entre Gilma Sarmiento y Gilma de Díaz. Ya se ha dicho que en los procesos con intervención del Jurado, la calidad del Juez de Conciencia **nace del sorteo,** y que **debe existir identidad entre el que actúa, el que sale sorteado y el que fue designado por el Tribunal.**

"En el caso de Otilio Patiño Monsalve no hay identidad entre GILMA SARMIENTO, alistada bajo el número 175 en la lista aprobada por el Tribunal, y la señora GILMA DE DIAZ, que actuó como Jurado en la vista pública, como no hay identidad entre la señorita GILMA SARMIENTO, sorteada el 12 de agosto de 1959 y la señora GILMA DE DIAZ, que actuó como jurado en la audiencia. Como se dijo ante el Honorable Tribunal Superior de San Gil en alegato presentado por el doctor Alberto Rueda Amorocho, memorial que prohijo y destaco ante la H. Corte, así como en los juicios civiles corresponde a las partes, en la generalidad de los casos, la iniciativa para el impulso procesal y para la aportación de pruebas, en los juicios penales sucede todo lo contrario. Es al Estado por medio de la jurisdicción a quien corresponde adelantar el proceso y aportar las pruebas demostrativas del cuerpo del delito y de la responsabilidad del procesado. Sostener lo contrario sería a todas luces absurdo. De ahí que a Otilio Patiño Monsalve no le correspondía demostrar que la señorita Gilma Sarmiento y la señora Gilma de Díaz eran una misma persona física, aunque con un estado civil diferente. A quien le correspondía esta demostración era a la Rama Jurisdiccional, al Juzgado, y éste no lo hizo, dando lugar

con ello a que no se sepa con certeza si la persona que intervino como Jurado en la audiencia era la misma persona sorteada para tal fin, u otra distinta. Mientras subsista esta duda, mientras aparezca esta dualidad de personas, existe una anomalía en el proceso, que conlleva la nulidad de lo actuado y la exigencia de que sé lleve a cabo una nueva audiencia pública, con otros jurados, que resuelvan en definitiva sobre la responsabilidad que debe deducirse con la plenitud de las formas propias del juicio, formas propias que requieren validez en el sorteo de Jurados e identidad entre los sorteados y quienes actúen como jueces de conciencia en la vista pública".

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone, al conceptuar de fondo, a la casación del fallo impugnado, con precisos y atendibles razonamientos que en lo principal reproduce esta providencia:

"Con respecto a la nulidad de la cual afirma el recurrente que proviene de no haber firmado el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de la ciudad del Socorro, el Acta visible al folio 27 del cuaderno 3º, se observa que aún aceptando, en gracia de discusión, que por no suscribir la expresada Acta el expresado Fiscal, no es posible afirmar que intervino en el sorteo de Jurados el Ministerio Público, tal cosa no significa a su turno, no apareja como necesaria secuela, la nulidad de dicho sorteo, desde luego que conforme al propio decreto extraordinario 242 de 1951 citado en la demanda, la asistencia del representante de la sociedad a la diligencia de sorteo de jurados, no es requisito esencial para la validez de ese mismo acto.

"En efecto, el artículo 2º del decreto en mención dice así:

"'Artículo 2º—El artículo 507 quedará así:

"'Llegados el día y la hora señalados para el sorteo, se procederá de la siguiente manera: el Juez pondrá de presente a las partes que hayan concurrido la lista de Jurados y las doscientas fichas correspondientes numeradas de uno a doscientos. En seguida ordenará que el secretario las deposite en una urna para que sean revueltas por el Agente del Ministerio Público si se hallare presente, o en subsidio por el Juez. Este procederá a sacar tres fichas, una por una, cuyo número será leído en voz alta y anotado por el secretario'.

"Una vez conocido el texto del artículo trascrito, resulta manifiestamente inexistente la primera nulidad alegada en la demanda.

"En cuanto al supuesto vicio del procedimiento adelantado, que en entender del actor, apareja como efecto la nulidad del juicio público y del veredicto emitido, anota este Despacho que el Tribunal de instancia fue sencillamente certero y contundente al expresar en el fallo que ahora se demanda, los motivos que median para no reconocer que se hubiera incurrido en nulidad por haber actuado como Jurado en la audiencia la señora Gilma de Díaz y haber sido sorteada como tal, la señorita Gilma Sarmiento.

"Y como de esos motivos o de esas razones del rechazo en cuestión, no es posible aseverar que han perdido vigencia porque en la demanda que se responde se pretende revivir el debate al insistente en sostener que se incurrió en una segunda nulidad, la Procuraduría no tiene inconveniente en prohijarlos y, por lo mismo, los destaca a continuación:

"El sentenciador dijo:

"'Y con respecto a la invocada nulidad de la audiencia y del veredicto, por haber actuado como Jurado una persona distinta a la que había sido sorteada, se advierte que solamente ella prospera cuando haya duda sobre la identidad de la persona. La sorteada fue Gilma Sarmiento y al firmar las notificaciones como 'Gilma de Díaz' fue porque aceptó ser dicha persona, o sea Gilma Sarmiento de Díaz. Como el distinguido defensor afirma que 'Gilma Sarmiento' o 'Gilma de Díaz' no son la misma persona, ha debido, dentro de la oportunidad legal, acreditar tal hecho. La circunstancia de que hubiera contraído matrimonio, no quiere decir que ella haya dejado de ser la misma persona o sea Gilma Sarmiento'. (Fl. 22 del cuaderno 3º).

"De otra parte, se agrega que duda de que la señorita Gilma Sarmiento, sorteada como Jurado, sea la misma persona que como integrante del Tribunal popular, actuó en la audiencia y suscribió el veredicto con el nombre de Gilma de Díaz, nunca la tuvo el Juez del conocimiento ni tampoco el oficial mayor del juzgado segundo superior del Socorro que hizo las veces de secretario del mismo Despacho. Por el contrario: al autenticar aquél y éste con sus firmas las actas correspondientes a las dos sesiones que tuvo el juicio público, y dejar consignado en el texto de la primera de esas actas, que asistieron como jurados, la 'señora Gilma Sarmiento', el doctor Gonzalo

Ordóñez y el señor Marco E. Reyes, y expresar en la segunda, que 'se reunieron en el salón de audiencias del Juzgado Segundo Superior, las mismas personas que intervinieron en la sesión de la mañana...', de una vez por todas disiparon cualquier incertidumbre al respecto, como que con el documento que suscribieron, dieron fe de que la misma mujer, sorteada como Juez de conciencia, intervino en la expresada condición durante el debate oral".

Consideraciones de la Sala

1ª—"En los juicios en que interviene el Jurado son causas de nulidad," reza el artículo 199 del C. de P. P.:

"...4º—Figurar en la lista de los sorteados para integrar el Jurado alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados o que no tenga las cualidades nècesarias para desempeñar el cargo, y

"5º—Haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal que no pueda saverse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado; o haberse omitido en la misma cualquier formalidad de las que la ley señala, siempre que en este último caso se haya hecho la reclamación correspondiente por alguno de los interesados al tiempo de verificarse el acto y que sea dicho interesado el que alega nulidad".

En el caso de autos la informalidad procedimental a que se reduce el **primer cargo,** nada tiene que ver con la nulidad prevista en el ordinal 4º del artículo 199, pues no hay constancia alguna de que las personas sorteadas como jurados, según el acta visible a fs. 27 del cuaderno 3º, no perteneciera a la lista de los designados. Tampoco hay el más ligero fundamento para aseverar que hubo en la diligencia "una equivocación tal que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado".

2ª—De admitirse que era una "formalidad de las que la ley señala", que el representante del Ministerio Público suscribiera el acta de sorteo de jurados, cosa que en efecto no hizo, hubiera concurrido o no a la diligencia, el reclamo en este particular tenía que formularse "al tiempo de verificarse el acto" para estar en capacidad legal el interesado de alegar la nulidad de que trata el ordinal 5º del mismo artículo.

Ahora bien: las partes fueron notificadas en debida forma sobre el día y hora para el sorteo. El acta está suscrita por el acusado y éste no formuló objeción alguna en tal oportunidad.

3ª—Por parte del Juzgado no hubo informalidad en el sorteo y todos los ordenamientos legales de que dan cuenta los artículos 505 y siguientes del C. de P. P. fueron cumplidos.

4ª—La falta de identidad que se arguye respecto a la designada **Gilma Sarmiento** o **Gilma de Díaz,** es una afirmación gratuita del recurrente, pues a más de no haberse hecho objeción alguna por ella al ser notificada de su elección, las partes en el juicio, antes ni en el curso de la audiencia pusieron en duda esa identidad. Nada más fácil de demostrar que en la lista de jurados figuraban como personas distintas Gilma Sarmiento y Gilma de Díaz, y para ello tuvo ocasión la defensa al alegar la nulidad ante el Tribunal, donde también se limitó a la simple afirmación de falta de identidad.

5ª—Los defectos que quieren atribuírse a la actuación en los puntos examinados, no constituyen nulidad de orden legal, de acuerdo con lo examinado. Y en cuanto a pretender deducir una nulidad supralegal o constitucional, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional, los argumentos de la demanda no lo logran porque es del todo evidente que las acotadas informalidades no afectaron las garantías procesales del acusado, no modificaron en su contenido jurídico las formas del juicio, no impidieron el pleno ejercicio del derecho de defensa. Para que una actuación dentro del proceso penal aparezca contraria a los precisos y claros ordenamientos de esa disposición de la Carta, debe ser patente e inequívoco el agravio a las garantías y derechos que presiden el juicio criminal, pues cabalmente para protección del acusado la doctrina ha eleborado la nulidad constitucional, cuyos objetivos y alcances superan las consagradas de modo expreso por la ley.

No estando, por tanto, fundada la causal de casación que sustenta la demanda, procede dar cumplimiento al artículo 569 del C. de P. P.

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 ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

SE DECLARA EXEQUIBLE EL LAUDO ARBITRAL DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1960, POR MEDIO DEL CUAL SE PUSO FIN A UN CONFLICTO COLECTIVO DEL BANCO POPULAR

1.—Si el objetivo buscado por la ley al intervenir en la fijación de los salarios consiste en asegurar a los trabajadores un determinado nivel de vida, el concepto de SALARIO MINIMO no puede entenderse ni interpretarse dándole un alcance o contenido diferente u opuesto a lo que según su propia naturaleza significa, o sea, de ser siempre un SALARIO aunque referido a la cantidad indispensable para la subsistencia del trabajador y de su familia, sin descuidar al propio tiempo otros fines como son los de asegurar las necesidades de orden material, moral y cultural (artículo 145 del C. S. del Trabajo).

2.—Conforme a lo establecido por la ley (artículo 147, ordinal 1º, del C. S. del Trabajo), resulta incuestionable que la fijación de salarios mínimos es materia que puede ser determinada y establecida por medio del laudo arbitral; es decir, que los Tribunales de Arbitramento tienem competencia para estatuír sobre el particular, al proferir el laudo que ponga fin a un conflicto colectivo de trabajo.

3.—Cuando el laudo define situaciones jurídicas de categoría pertenecientes a la clase trabajadora, se está en presencia de un conflicto económico o de intereses. En estos casos, el fallo de los árbitros busca hallar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. El fallo es de equidad. No se aplican a la controversia reglas jurídicas preexistentes, pues no se trata de cuestiones legales específicas, con fundamento en el derecho material. Los árbitros formulan, por vía general, nuevas condiciones de trabajo, limitadas a la materia que se ha tratado por las partes, sobre las bases contenidas en el PETITUM respectivo.

4.—Es cierto que el pliego de peticiones sometido a decisión arbitral no usa, en forma expresa, los vocablos SALARIO MINIMO al solicitar el aumento de sueldos o salarios para los trabajadores del Banco. Empero, tal omisión, no impide ni limita en forma alguna la facultad de los árbitros para incluír en su decisión todos los puntos referentes a la retribución o salarios de los trabajadores comprometidos en el conflicto. Se apoya la afirmación anterior no sólo en el contenido y alcance doctrinario y jurídico de lo que ha de entenderse por SALARIO y por SALARIO MINIMO, sino que resulta, además, del propio objetivo pretendido por los trabajadores al demandar del Banco el aumento de salarios, que sin duda fue el de asegurar una mejor retribución que les permitiese atender a sus propias necesidades y a las de su familia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veintiseis de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando

Paredes A.)

En virtud del recurso de homologación interpuesto por el Gerente General del Banco Popular S. A., corresponde a esta Sala de la Corte revisar el laudo de fecha 22 de septiembre de 1960, aclarado en providencia de 26 del mismo mes y año, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento que fue convocado mediante la resolución número 132 de 26 de agosto de 1960, emanada del Ministerio del Trabajo, para dirimir los puntos no resueltos en las etapas de arreglo directo y conciliación del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A. a la Empresa Bancaria del mismo nombre.

Antecedentes

El Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A., con autorización recibida por la Asamblea General de afiliados, verificada el 16 de mayo de 1960, en representación de los mismos y con base en lo preceptuado por el artículo 357 del C. S. T., en el mes de junio del año próximo pasado, presentó a la consideración del Gerente General y de la Junta Directiva del Banco Popular S. A., el pliego de peticiones que obra a folios 8 a 10 del expediente, consistente en once puntos y destinado a promover la celebración de una convención colectiva reguladora de las relaciones laborales entre dicha Empresa Bancaria y sus trabajadores, que venían siendo regidas por el laudo de fecha 14 de julio de 1959, proferido por el señor Presidente de la República.

En la etapa de arreglo directo, las partes acordaron soluciones satisfactorias sobre los puntos tercero a undécimo del pliego de peticiones. Respecto a los puntos primero y segundo, referentes al aumento de salarios y a la concesión de primas extralegales, no fue posible llegar a un acuerdo, razón por la cual se cancelaron las conversaciones directas que venían celebrándose y se pasó a la segunda etapa prevista por la ley. En la conciliación tampoco se pudo resolver el diferendo pendiente, por lo que las partes solicitaron al Ministerio del Trabajo la convocatoria del Tribunal Especial de Arbitramento obligatorio que debía de dirimir el conflicto.

El Ministerio, por medio de la resolución número 1.321 ya citada, ordenó la constitución del Tribunal de Arbitramento "para que estudie y falle el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular, S. A. y la empresa del mismo nombre". Dispuso, además, que el Tribunal "deberá proferir su decisión arbitral exclusivamente sobre los puntos del pliego de peticiones no acordados por las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación", sin "afectar derechos o facultades reconocidos por la Constitución, por las leyes o normas convencionales vigentes".

Conforme a lo dispuesto en la misma resolución ministerial el Tribunal quedó integrado por los doctores Alvaro Díaz Granados Goenaga, Hernando Franco Idarraga y Manuel J. González, como árbitros designados, en su orden, por el Sindicato, el Banco Popular y el Gobierno Nacional. El Tribunal, después de oír a las partes en varias audiencias y de requerir de las mismas los documentos que estimó necesarios para obtener un mayor conocimiento de causa, con fecha 22 de septiembre de 1960 profirió el laudo, que, a solicitud del Banco, fue aclarado con fecha 26 de septiembre del mismo año. El árbitro designado por el Banco Popular salvó su voto por considerar que excedía a las facultades del Tribunal la decisión contenida en el parágrafo del punto primero sobre salarios mínimos.

Por providencia de fecha 9 de noviembre último, la Sala, una vez recibido el expediente, solicitó al Ministerio de Trabajo el envío de varias piezas procesales y de otros documentos que no habían sido remitidos, y que se estimaron necesarios para adelantar el estudio correspondiente. Habiéndose recibido ya los referidos documentos, la Corte procede a dictar el correspondiente fallo.

El recurso

El apoderado de la Empresa, en el escrito en qué sustenta el recurso de homologación, precisa que sólo es objeto de impugnación la parte del laudo referente al señalamiento de salario mínimo que debe establecerse por el Banco a partir del 1º de septiembre de 1960, o sea la decisión contenida en el parágrafo del punto primero. Expresa, al efecto, que el Tribunal "extralimitó el objeto para el cual se le convocó" que no fue otro que el decidir sobre los puntos primero y segundo del pliego de peticiones, los que perseguían, en su orden, el aumento general de sueldos para los actuales trabajadores del Banco y el pago, a los mismos, de varias primas extralegales. Que en parte alguna de estos dos puntos se contiene solicitud referente a la fijación de "nuevo salario mínimo" en el Banco Popular. Agrega que el punto primero del pliego "tendía a obtener, como

se obtuvo, un aumento general de los salarios devengados por los trabajadores en servicio; para los trabajadores que en ese momento tuvieron el carácter de tales frente al Banco" pero que en ninguna forma se quiso imponer la obligación a la empresa de que para los que no eran sus servidores en ese momento, se fijara previamente el salario con el cual se remunera su servicio futuro. Que el Tribunal agotó su competencia y por tanto el objeto para que fue constituído, cuando en desarrollo de lo pedido decidió lo que se contiene en el punto primero, en sus literales a, b, c, y d. Que todo lo demás "relacionado con salarios" escapaba de su competencia. Agrega que si se examina cada uno de los aumentos dentro de la escala porcentual establecida en el laudo, la Corte podrá ver la ninguna incidencia del salario mínimo establecido en el parágrafo de su artículo 1º con referencia a los trabajadores que prestaban sus servicios al Banco al tiempo de la decisión. Termina pidiendo se declare la nulidad del laudo "en cuanto por él se fijó un nuevo salario mínimo para los trabajadores del Banco Popular".

EXAMEN DE LA DEMANDA

Se considera:

Al hacer la relación de los antecedentes del conflicto se consignó que la resolución ministerial fijó como objeto de la convocatoria del Tribunal el decidir sobre los puntos del pliego de peticiones no acordado por las partes o por sus representantes en las etapas de arreglo directo y conciliación Se ha visto, igualmente, que el desacuerdo que condujo al arbitraje obligatorio, quedó limitado, exclusivamente, a los puntos primero y segundo del pliego de peticiones, cuyo contenido es del siguiente tenor:

"PUNTO PRIMERO.—Aumento de sueldos.—A partir del primero (1º) de julio del presente año de 1960, el Banco Popular aumentará los sueldos de todos sus trabajadores en un cuarenta por ciento (40%) sobre lo que devengan actualmente, con excepción de aquellos que perciban de la Institución un sueldo mensual de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) o más, para los cuales la Empresa les aumentará en la forma que lo estime conveniente.

"PUNTO SEGUNDO.—Primas extralegales.

"a)—El Banco Popular S. A. pagará a todos sus trabajadores el equivalente a un mes de sueldo, por concepto de prima de Semana Santa, una sola vez, cada año y pagadero el primer día de la misma semana.

"b)—El Banco Popular S. A. pagará a todos sus trabajadores el equivalente a dos meses de sueldo, en el mes de junio de cada año, y

"c)—El Banco Popular S. A. pagará a todos sus trabajadores dos meses y medio de sueldo en diciembre de cada año.

"Parágrafo. Las primas determinadas en los apartes b) y c) anteriores vienen a representar la Prima de Servicios a que se refiere el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo".

El Tribunal en la parte motiva del laudo, después de aducir las razones que tuvo en cuenta como criterio de orientación para adoptar la fórmula que consideró más racional y justa para resolver sobre lo pedido en el punto primero del pliego, expresó, en relación con el salario mínimo, lo que a continuación se transcribe:

"Como con la adopción del sistema ya explicado sobre aumento de salario se modifican, necesariamente, los salarios mínimos señalados por el Laudo Presidencial ,el Tribunal, dentro del ámbito de su competencia, en vía de una correcta y aceptable interpretación de los principios y normas que gobiernan las relaciones asalariado-patronales, y para garantizar un ambiente de cooperación entre las partes, ha considerado indispensable la fijación de un nuevo salario mínimo, como consecuencia de la elevación que se ordena con sujeción a las categorías establecidas en el mencionado Laudo, o sea, una para las ciudades capitales de Departamento y un grupo de cinco ciudades de más de 75.000 habitantes y la otra, para las ciudades restantes. De otra parte, la fijación del salario mínimo, contribuye a la aplicación de uno de los principios esenciales en materia laboral comprendido en el enunciado 'a trabajo igual, salario igual' ".

Respecto al punto de salario, materia del conflicto, la parte resolutiva del laudo dispuso:

"PRIMERO.—A partir del primero (1º) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960) el Banco Popular S. A. procederá a elevar los sueldos de todos sus trabajadores, con excepción de aquellos que perciban una remuneración mensual de UN MIL QUINIENTOS UN PESO ($ 1.0501.00) o más, de acuerdo con la siguiente escala porcentual:

"a) — Sueldos hasta de TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 350.00) en un veintiocho por ciento (28%):

"b) — Sueldos hasta de QUINIENTOS PESOS

($ 500.00) en un veintiocho por ciento (28%) por los primeros TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 350.00) y en un catorce por ciento (14%) sobre el exceso;

"c)—Sueldos hasta de UN MIL PESOS ($ 1.000) en un veintiocho por ciento (28%) sobre los primeros TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 350.00), en un catorce por ciento (14%) sobre los siguientes CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 150.00) y en un siete por ciento (7%) sobre el exceso;

"d)—Sueldos hasta de UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.00), inclusive ,en un veintiocho por ciento (28%) sobre los primeros TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 350.00); en un catorce por ciento (14%) sobre los siguientes CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 150.00); en un siete por ciento (7%) sobre los terceros (sic) QUINIENTOS PESOS ($ 500.00) y en un cuatro por ciento (4%) sobre el exceso.

"Parágrafo. De conformidad con la escala porcentual anterior, los salarios mínimos que rigen actualmente en el Banco Popular S. A. quedarán modificados así:

"a)—En las ciudades capitales de Departamentos y en Armenia, Buenaventura, Girardot, Palmira y Pereira: Para empleados no calificados TRESCIENTOS VEINTE PESOS $ 320.00) y para empleados calificados CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS ($ 448.00), y

"b)—En las demás ciudades: Para no calificados DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS ($ 256.00) y para calificados TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS ($ 384.00)".

Se ha dicho antes que el reparo u objeción de fondo que el representante del Banco hace al laudo se refiere al alcance o extensión que el Tribunal de Arbitramento dio al contenido del punto primero del pliego de peticiones, en cuanto al decidir no sólo proveyó sobre el aumento general de sueldos, sino que comprendió también la modificación de los salarios mínimos, vigentes a la fecha de su expedición, para fijar los contemplados en el parágrafo del punto primero de la parte resolutiva.

Tal planteamiento restringe o limita a ese solo aspecto de la acusación la competencia de la Corte, al cumplir la función que le atribuye la ley de verificar la regularidad del laudo impugnado, a fin de determinar si el Tribunal de Arbitramento, al dirimir el conflicto, extralimitó el objeto para el cual se le convocó.

SALARIO MINIMO

El llamado **salario mínimo**, como el salario en general, ofrece aspectos que permiten su consideración no sólo desde el punto de vista de elemento integrante del contrato de trabajo, conforme a la previsión del artículo 23 del C. S. del T., sino también por el papel político, económico y social que desempeña. Así, se puede observar, que en nuestro sistema económico-jurídico, fundado sobre la empresa privada, el "salario" que el trabajador recibe como retribución de sus servicios, debe ser correlativo al trabajo prestado y constituye medio de sustento para quien lo recibe. Estos aspectos económicos, sociales y políticos que tan importante papel juegan al tratar de fijar su alcance y contenido, han permitido formar diversas teorías para definir su sentido conceptual o para explicar la esencia y la razón determinante del mismo. Así, para el tratadista Eugenio Pérez Botija, "Si el salario desde el aspecto político social es la retribución del trabador, desde el punto de vista jurídico es la retribución del trabajo". (**Salarios**, pág. 29).

Es cuestión sabida y aceptada que, en el campo del Derecho Laboral, la actividad intervencionista del Estado se ejerce de manera preponderante para defender al trabajador, preservar su salud, proteger la dignidad de la persona humana, garantizar un mínimo de derecho a los asalariados y buscar el equilibrio jurídico económico del trabajador frente al patrono o empresario.

En punto a la retribución del trabajo el intervencionismo estatal ofrece aspectos especiales, pues en esta materia el legislador no se limita a fijar formas abstractas, sino también contenidos concretos. Tal ocurre con las normas que determinan y regulan los sueldos o salarios mínimos.

Sin embargo, es preciso dejar claramente establecido que la retribución del trabajo, intervenida mediante la fijación del llamado "salario mínimo", constituye apenas una de las formas de protección legal del salario en general, como pueden serlo también las que hacen referencia a su modalidad y periodicidad en el pago, a la integridad del mismo, a su preferencia o prelación cuando concurren créditos de esta clase con otros privilegiados, a su inembargabilidad y a ciertas otras medidas de protección económica que buscan asegurar una retribución suficiente y justa del trabajador. De lo que se concluye que si el objetivo perseguido por la ley al intervenir en la fijación de los salarios consiste en asegurar a los trabajadores un determinado nivel de vida, según

lo expresa el tratadista Mario de la Cueva en su obra **Derecho Mexicano del Trabajo**, el concepto de "salario mínimo" no puede entenderse ni interpretarse dándole un alcance o contenido diferente u opuesto a lo que según su propia naturaleza significa, o sea, de ser siempre un **"salario"** aunque referido a la cantidad indispensable para la subsistencia del trabajador y de su familia, atendiendo al propio tiempo otros fines como son los de asegurar la satisfacción de las necesidades de orden material, moral y cultural. Así aparece de la propia definición que se contiene en el art. 145 del C.S.T., que dice: 'Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural".

Fijación del salario mínimo por laudo arbitral

Conforme a lo establecido en la ley, resulta incuestionable que la fijación de salarios mínimos es materia que puede ser determinada y establecida por medio del laudo arbitral. Es decir, que los Tribunales de Arbitramento tienen competencia para estatuír sobre el particular, al proferir el laudo que ponga fin a un conflicto colectivo de trabajo. Así lo consagra el artículo 147 del C. S. T., al disponer en su ordinal 1º, lo siguiente: "El salario mínimo puede fijarse en pacto o convención colectiva, o en fallo arbitral".

Naturaleza del conflicto

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia reiterada de esta Sala, cuando el laudo define situaciones jurídicas de categoría pertenecientes a la clase trabajadora, se está en presencia de un conflicto económico o de intereses. En estos casos, el fallo de los árbitros busca hallar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. El fallo es de equidad. No se aplican a la controversia reglas jurídicas preexistentes, pues no se trata de cuestiones legales específicas, con fundamento en el derecho material. Los árbitros formulan, por vía general, nuevas condiciones de trabajo, limitadas a la materia que se ha tratado por las partes, sobre las bases contenidas en el **petitum** respectivo.

El caso sub-lite

El personero judicial de la parte recurrente expresa que en ninguno de los puntos del pliego de peticiones y sometidos a la decisión del Tribunal aparece petición del Sindicato para la fijación de un nuevo salario mínimo para los trabajadores del Banco Popular S. A., por lo que la decisión sobre tal materia, escapaba a su competencia.

La Sala observa:

Es cierto que el punto primero del pliego de peticiones sometido a decisión arbitral no usa, en forma expresa, los vocablos "salario mínimo" al solicitar el aumento de sueldos o salarios de los trabajadores del Banco. Empero, tal omisión, no impide ni limita en forma alguna la facultad de los árbitros para incluír en su decisión todos los puntos referentes a la retribución o salario de los trabajadores comprometidos en el conflicto. La afirmación anterior tiene su apoyo no sólo en la interpretación doctrinal y jurídica que antes se ha dejado expuesta sobre el contenido y alcance de lo que se entiende por "salario" y por "salario mínimo", sino que resulta, además, del propio objetivo perseguido por los trabajadores al demandar del Banco el aumento de salarios, que sin duda fue el de asegurar una mejor retribución que les permitiese atender a sus propias necesidades y a las de la familia. Esta finalidad u objeto de la reclamación, constituye el fundamento inmediato racional y equitativo de la decisión arbitral contenida en el parágrafo del numeral primero de la parte resolutiva del laudo. Al propio tiempo, la regularidad de la decisión arbitral, surge al considerar que la petición de aumento de salarios buscaba modificar el ordenamiento regulador de las condiciones de trabajo de los empleados bancarios vigente al tiempo de la presentación del pliego, o sea, del laudo de fecha 14 de julio de 1959 expedido por el señor Presidente de la República. Al resolver las peticiones sobre aumento de salarios contenidas en los respectivos pliegos formulados por las asociaciones de trabajadores bancarios, el laudo del señor Presidente fijó también los salarios mínimos que los Bancos comprometidos como parte en el conflicto, quedaban obligados a reconocer y pagar a sus trabajadores. El Banco Popular S. A. quedó incluído en dicho ordenamiento arbitral, el que, en el punto referente a salarios, fue denunciado por el Sindicato de trabajadores del mismo establecimiento, para obtener su modificación.

La Corte considera que el Tribunal Especial de

Arbitramento que profirió el laudo que se revisa actuó dentro de sus facultades y sin extralimitar el objeto para el cual se le convocó, al fijar los salarios mínimos que debe pagar el Banco Popular S. A. a sus trabajadores, conforme a lo previsto en el parágrafo del numeral primero de la parte resolutiva. Estima, igualmente, que el fallo no afecta derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes, por lo cual es el caso de conferirle fuerza de sentencia, homologándolo en todas sus partes.

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, DECLARA:

1.—Es EXEQUIBLE el parágrafo del artículo primero del laudo arbitral de fecha 22 de septiembre de 1960, proferido en Bogotá, por el Tribunal Especial constituído por medio de la Resolución número 1.321 de 26 de agosto del mismo año, del Ministerio del Trabajo, para poner fin al conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A. y el Banco del mismo nombre.

2.—Se HOMOLOGA, en todo lo demás, el laudo recurrido.

3.—En el Ministerio del Trabajo se depositará, con el correspondiente ejemplar del fallo arbitral, una copia de la presente providencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL LAUDO PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ESPECIAL DE ARBITRAMENTO QUE PUSO TERMINO A UN CONFLICTO BANCARIO. — HOMOLOGACION DEL LAUDO EN TODAS SUS DISPOSICIONES RESTANTES

1.—Tocante a la forma de los fallos arbitrales, el extinguido Tribunal Supremo estimó imperativo el uso de la ritualidad establecida en el artículo 471 del C. Judicial, consistente en anteponer a la parte resolutiva la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; pero la Sala rectifica este concepto, a su juicio sin asidero legal suficiente. Los artículos 136 del C. de P. Laboral y 1.223 del C. Judicial, aplicables también a los fallos decisorios de los conflictos colectivos, no mandan que el laudo adopte la misma forma de las sentencias de los jueces, sino que la acoja en lo posible. La forma procesal, en cuanto sea de la esencia del acto, debe ser atendida por el juez, como debe serlo por el árbitro, so pena de nulidad. No es de esta clase la que se examina, sino simplemente autorizada, cuya omisión, por lo mismo, es irrelevante.

2.—El conflicto colectivo de trabajo, según la reglamentación legal presenta tres etapas: la de arreglo directo, la de conciliación y la de arbitraje obligatorio, si se trata de empresas de servicio público. La litis no comienza, pues, con el arbitraje; por el contrario, es la última de sus fases, lo cual quiere decir que cuando el Tribunal de Arbitramento se constituye, la litis existe. Esta, según el parecer de la doctrina, es un conflicto intersubjetivo de intereses, calificado por una pretensión y por una resistencia a ella. Entre los elementos que la integran es, pues, relevante, la existencia de dos sujetos, titulares de los intereses en contraste; y como el proceso en su estructura no es distinto de la litis, cuando ésta se convierte en litigio se sabe o debe saberse cuáles son los sujetos de la relación procesal.

3.—En el procedimiento arbitral, como en el jurisdiccional contencioso, no es posible incertidumbre alguna acerca de quiénes son los contendientes. Estos no pueden ser otros que los que asumieron esa calidad en los debates de arreglo directo y de conciliación, pues la fase de arbitraje obligatorio no es autónoma, sino la última de las tres en que la ley divide el conflicto colectivo de trabajo. El conflicto, según la ley orgánica, es uno solo desde su promoción hasta su decisión final.

4.—El Ministerio del Trabajo, al crear el Tribunal de Arbitramento que ha de definir un conflicto colectivo, debe indicar, como sujetos de la relación de arbitraje, a los mismos que lo eran del conflicto, como con toda claridad se infiere de lo establecido en el artículo 453 del C. del Trabajo, modificado por el 1º del Decreto 525 de 1956. Expresa éste, que el Tribunal se compondrá de tres miembros, designados así: uno por cada una de las partes, y el tercero por el Ministerio del Trabajo.

5.—En el conflicto múltiple, modalidad prevista en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 525 de 1956, hay pluralidad de sujetos en una y otra parte. El texto citado autoriza la acumulación de todos los conflictos y su decisión en un solo fallo o en tantos cuantas sean las empresas comprometidas en la contienda. La diversidad de fallos está indicando que el LITIS CONSORCIO no es necesario, pues si lo fuera no serían posibles los fallos parciales. Así, en el proceso arbitral los LITIS CONSORTES son

independientes, por lo cual el fallo, respecto de cada conflicto particular, puede ser distinto.

6.—Si bien lo sometido a la consideración y estudio de la Corte es el laudo que pone término al conflicto colectivo y no la actividad cumplida por las partes hasta llegar al arbitraje, la Sala no estaría en capacidad de resolver el recurso de homologación si no sabe, con precisión, quiénes son los sujetos del conflicto. Se trata de un presupuesto necesario que debe ser tenido en cuenta no sólo por el árbitro, sino también por la Corte, en sede de homologación.

7.—Puesto que, en la serie de conflictos bancarios que determinaron la constitución de un Tribunal Especial de Arbitramento para que los definiera, tres Bancos no fueron parte en el conflicto en ninguna de sus fases, su juzgamiento no se hizo conforme a las reglas del debido proceso, lo que trae como consecuencia el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional. Por consiguiente, en cuanto sus decisiones obligan a estos tres Bancos, el laudo arbitral es inexequible.

8.—Aquellos establecimientos bancarios que, al promoverse el conflicto en julio de 1960, tenían convenciones colectivas o fallos arbitrales vigentes, han debido abstenerse de suscribir el convenio de septiembre, siguiente, en el cual se declaró surtida la etapa del arreglo directo y se estipuló sobre la manera de proceder a la conciliación y, llegado el caso, al arbitraje obligatorio. Al celebrar tal convenio, no podían ignorar que el laudo definidor del nuevo conflicto habría de sustituir, en sus disposiciones más favorables aquellas convenciones y laudos. Ni pueden pedir la nulidad, pretendiéndose extraños al conflicto, pues su calidad de parte en él, se deriva claramente del nuevo convenio.

9.—La personería ante las empresas en el trámite del pliego de peticiones, como la facultad de nombrar conciliador y árbitro, corresponde, de preferencia, al sindicato de base (artículo 357 del C. del Trabajo). Desde que se habla de "preferencia", es porque la facultad de representación puede concurrir con el mismo derecho en cabeza de un sindicato de otra clase. La dualidad es posible, pues a todos los sindicatos les confiere la ley las mismas facultades en la promoción y desarrollo del conflicto colectivo (artículo 374 ibidem).

10.—Los conflictos colectivos de trabajo son de dos clases: los de carácter económico y los de índole jurídica. Los primeros versan sobre creación, suspensión o supresión de las condiciones de prestación de servicios, en tanto que los conflictos jurídicos se refieren a la interpretación o aplicación del derecho existente

11.—Es indiscutible que el Juez del conflicto colectivo económico tiene capacidad para decidir el de carácter jurídico, y este Juez, según el tratamiento que el legislador le da al conflicto, son las mismas partes. En la materia opera una amplia libertad de disposición, sin otro límite que el orden público, las buenas costumbres y la equidad. Si fracasa la autocomposición del litigio, ya sea en cuanto a la parte económica, ora en la jurídica, o en ambas a la vez, parcial o totalmente, su decisión corresponde exclusivamente al árbitro, conforme a la ley del trabajo

12.—Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto: si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el Juez particular será un árbitro-arbitrador. La doctrina distingue las dos modalidades del arbitraje, que la ley positiva no separa.

13.—La doctrina permite deslindar con toda claridad la posición del árbitro de la que corresponde al arbitrador. Juzga éste el hecho litigioso según su conciencia; aquél de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír; el árbitro hace, no lo que las partes no pudieron o no quisieron realizar, sino lo que la ley le manda que haga. El fallo del arbitrador es constitutivo, y de declaración el que pronuncia el árbitro, pues su función, como la del Juez ordinario, es decir el derecho.

14.—Las restricciones legales al poder de los árbitros están contenidas, en lo concerniente al arbitraje obligatorio, en el artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral y en el 458 del Código Sustantivo del Trabajo. Estas normas registran dos sistemas de control judicial del laudo: el primero se conforma al fallo decisorio del conflicto económico o de intereses simples, esto es, a la esfera de atribuciones del arbitrador; el segundo se atempera al poder de decisión del conflicto jurídico, es decir, al campo de acción del árbitro. Según tales normas, los árbitros tienen estas limitaciones: el PETITUM (pliego de peticiones) para el arbitrador; el PETITUM, la Constitución, la ley y las convenciones colectivas vigentes para el árbitro y para el árbitro-arbitrador. Para el primero rige un control de forma, para el segundo un control de forma y de fondo.

15.—El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 458, sometió el laudo del conflicto económico en empresas de servicio público al mismo régimen previsto para el laudo de conflicto jurídico en el artículo 142 del Código de Procedimiento Laboral. La igualdad de tratamiento puede explicarse si se toma en cuenta la modalidad, muy frecuente, del conflicto mixto. El árbitro, en estos conflictos, mixtos tiene como límite de sus atribuciones toda la legalidad; mientras que en el conflicto económico o de intereses simples, sus atribuciones sólo están limitadas por los dictados de la equidad (artículo 143 del C. P. L.). El hecho de que en el primer caso el árbitro deba juzgar SECUNDUM IUS, obliga al Juez del recurso de homologación a revisar su actividad en forma análoga a como procede cuando obra en sede de casación.

16.—Decidió el fallo arbitral sometido a recurso, que el patrono no puede dar por terminado el contrato de trabajo en uso de la cláusula de reserva y que no lo extingue el advenimiento de plazo presuntivo, sino sólo alguna de las justas causas de que tratan los artículos 62 y 63 del C. del T. La confrontación entre estas decisiones del laudo y lo que previenen los artículos 47 y 49 en relación con el 61, literal a) del citado código por una parte, y la comparación entre el mismo acto arbitral y el artículo 48 en relación con el 61, literal g) del mismo estatuto por la otra, demuestra palmariamente la oposición entre la ley y el laudo recurrido, vale decir, que el árbitro sobrepasó los límites que le señala el artículo 458 del Código del Trabajo.

17.—Se arguye que algunas empresas, en convenciones colectivas con sus sindicatos, han suprimido las instituciones de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo. A esto observa la Sala, que si las partes tienen facultad para prescindir de la cláusula y el plazo, la afirmación no demuestra que de ella goce también el árbitro: los poderes de éste, en el conflicto colectivo de tipo jurídico, dependen de la ley y no de la voluntad de los interesados. (Artículo 458 del C. del T. y 142 del C. de P. Laboral).

18.—Solicita el pliego de peticiones a los Bancos, en uno de sus puntos, que se reintegre de inmediato el personal despedido en el último año por cláusula de reserva o cumplimiento del plazo presuntivo. Considera la Corte que los despidos realizados por los Bancos en uso de la cláusula de reserva y los retiros efectuados por expiración del plazo presuntivo, crearon situaciones jurídicas definitivas, consumadas bajo el imperio de preceptos legales que las reconocen y tutelan. Disponer, pues, como lo hace el fallo arbitral, la revivicencia de hechos que el legislador considera irrevocables, es obrar contra su voluntad, cuyo acatamiento es obligatorio para el árbitro. (Artículo 458 del C. del Trabajo).

19.—El pago de cuotas ordinarias a la asociación sindical, es obligación únicamente de los empleados afiliados a ella (artículo 400 del C. del T.). La extensión de la convención colectiva a trabajadores extraños a la entidad sindical, como la del laudo arbitral, que en cuanto a las condiciones de trabajo tiene el mismo valor de aquélla (artículo 461 ibidem), se rige en la forma prevista en el artículo 2º del Decreto 18 de 1958, al tenor del cual, depende de la voluntad del trabajador extraño al sindicato la obligación de pagar la cuota ordinaria, en la proporción allí establecida. Ahora bien: el laudo arbitral resolvió la súplica correspondiente en tal forma, que es el patrono quien tiene la facultad de aplicarle el laudo al tra-

bajador extraño al sindicato y hacerlo partícipe de sus beneficios. Es clara la oposición entre el ordenamiento del fallo arbitral y lo que dispone la norma legal, por lo cual esta decisión es inexequible.

20.—La comparación entre la súplica del pliego petitorio y el ordenamiento del laudo, pone de manifiesto el exceso en la resolución. Solicitó el pliego el servicio médico para los familiares de los empleados bancarios, y la decisión lo extiende a la hospitalización en los lugares en que funcione el Seguro Social y a los servicios quirúrgicos. El pliego de peticiones limita las facultades de los árbitros en los conflictos colectivos de tipo económico, por lo cual, toda resolución que lo rebase extralimita sus poderes y es contraria a lo preceptuado en el artículo 143 del C. de P. Laboral. La decisión, por tanto, sólo es exequible en cuanto decreta el servicio médico.

21.—En cuanto a la súplica del pliego de peticiones relacionada con el seguro de vida, el laudo arbitral, en el aparte segundo de la respectiva resolución, dispuso: "Las publicaciones se harán en los primeros diez días del fallecimiento del trabajador y el pago del seguro treinta días después de éste". Tal ordenamiento del laudo altera el régimen legal: De conformidad con el artículo 294 del C. del Trabajo, la empresa no realiza oficiosamente las publicaciones del aviso, sino a instancia de quien haya acreditado la calidad de beneficiario del seguro, requisito del cual prescinde la decisión arbitral. Además, el término de emplazamiento no puede contarse sino a partir de la fecha del segundo aviso, no desde la muerte del trabajador. Tanto la publicidad como el plazo, tienden a proteger derechos de terceros y a resguardar debidamente los de la empresa (artículos 294 y 295 ibidem). Al árbitro no le está permitido desconocer ordenaciones de derecho positivo, la decisión en examen, por consiguiente, es inexequible.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

CAPITULO I

ANTECEDENTES

El 15 de julio de 1960, los representantes de la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios, la Unión Nacional de Empleados Bancarios, los Sindicatos de Empleados Bancarios de Antioquia, Bolívar y Barranquilla, y los Sindicatos de Trabajadores del Banco de Colombia, Francés e Italiano y Central Hipotecario, presentaron un pliego unificado de peticiones a los siguientes Bancos: de Bogotá, de los Andes, Cafetero, de Colombia, Francés e Italiano, Comercial Antioqueño, Comercial de Barranquilla; del Estado de Popayán, del Comercio, Ganadero, Industrial Colombiano, de Londres & Montreal, Popular, National City Bank of New York, Royal Bank of Canada y Central Hipotecario. El pliego, cuyo texto lleva la anotación de haber sido aprobado por la Asamblea General de cada uno de los mencionados sindicatos, contiene nueve peticiones, que se darán a conocer en capítulos posteriores de esta providencia.

Del desarrollo del conflicto dan cuenta los documentos corrientes en folders acompañados como anexos al expediente del juicio arbitral. La presentación del pliego muestra dos actuaciones seseparadas, realizadas en Medellín y Bogotá, con intervención en la primera ciudad, de la Unión Nacional de Empleados Bancarios y el Sindicato de Empleados Bancarios de Antioquia, y en la segunda, con la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y algunos sindicatos de base.

La actuación en Medellín

En dicha ciudad se adelantaron conversaciones, en arreglo directo, entre las citadas entidades sindicales, por una parte, y los siguientes Bancos, por la otra: Industrial Colombiano, Comercial Antioqueño, de Bogotá, de los Andes, del Comercio, Ganadero y Cafetero. Terminó la actuación en cada empresa con la declaración de no haber llegado las partes a ningún acuerdo, y con la de que, por tal motivo, quedaban terminadas las discusiones, según consta en acta del 23 de septiembre de 1960.

La actuación en Bogotá

Los nueve Bancos restantes no discutieron, en arreglo directo, con las respectivas entidades sindicales, el pliego de peticiones. Además, los tres primeros Bancos tenían vigentes, al presentarse el pliego unificado de peticiones, convenciones colectivas celebradas con sus respectivos Sindicatos, debiendo anotarse que ninguna de ellas fue denunciada anteriormente.

Convenio del 22 de septiembre de 1960

Fue celebrado en Bogotá con intervención del Ministro encargado de la cartera de trabajo (fs. 15 a 17). Suscriben el convenio, por los trabajadores, los representantes de la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios, la Unión Nacional de Empleados Bancarios y el Sindicato de Empleados Bancarios de Antioquia, y por los patronos, los gerentes de estos Bancos: Comercial Antioqueño, de Bogotá, de Colombia, Industrial Colombiano, de los Andes, Cafetero, del Comercio, Ganadero, Popular, Central Hipotecario, Francés e Italiano, National City Bank of New York y de Londres & Montreal (trece en total).

El contenido del pacto es el siguiente:

"Primero.—Se declara que la etapa de arreglo directo del presente conflicto colectivo de trabajo quedó cumplida con las negociaciones adelantadas en Medellín por la Unión Nacional de Empleados Bancarios (UNEB) y el Sindicato de Empleados Bancarios de Antioquia con los representantes de los Bancos respectivos.

"Segundo. — Por no haberse llegado a ningún acuerdo en la etapa de arreglo directo, se conviene en pasar inmediatamente a la de conciliación. El conciliador por los empleados será elegido unánimemente por los señores Jaime Barbosa Torres, José de la Cruz Mendoza y Manzur Falah, designados al efecto por los sindicatos bancarios, y el conciliador por los patronos será escogido de común acuerdo por los Bancos.

"TERCERO. — Fracasada la etapa de conciliación, se entrará entonces al arbitraje obligatorio, tal como se contempla en el código laboral para los servicios públicos. El árbitro que les corresponde designar a los sindicatos de empleados bancarios será elegido por el voto unánime de las mismas personas indicadas en el numeral anterior y el que deban nombrar los Bancos será acordado por éstos.

"Cuarto.—La materia del arbitraje será el pliego de peticiones formulado por los sindicatos. Además, los Bancos someten a la decisión del Tribunal de Arbitramento la solicitud de los trabajadores sobre el reconocimiento de salarios durante el tiempo de suspensión de actividades, decisión que será obligatoria para las partes.

"Quinto.—Los Bancos harán el pago anticipado de una década.

"Sexto. — Los Bancos se obligan a no ejercer represalias de ninguna naturaleza y a no imponer ninguna sanción disciplinaria ni hacer ningún despido por razón de los actos u omisiones de sus trabajadores durante el conflicto.

"Séptimo.—Los empleados bancarios que participan en la suspensión de actividades, en atención al presente acuerdo regresarán inmediatamente al trabajo.

"Por su parte, los Bancos que en seguida se indican declaran:

"El Banco de Colombia:

"'El Banco de Colombia adquiere el compromiso de que tratan las cláusulas Cuarta, Quinta y Sexta, y declaran que una vez extendido por el Gobierno a todos los Bancos el fallo arbitral previsto en este convenio, este fallo sustituirá íntegramente la convención colectiva que tiene celebrada'.

"El Banco Popular:

"'El Banco Popular declara que adquiere los compromisos de que tratan las cláusulas cuarta, quinta y sexta, y que, tan pronto como el Gobierno Nacional haga extensivo a todos los Bancos el fallo arbitral previsto en este convenio, el Banco adoptará el fallo totalmente'.

" El Banco Francés e Italiano:

"'El Banco Francés e Italiano declara que comparte los propósitos que contiene el presente convenio; que adquiere los compromisos de que tratan las cláusulas cuarta, quinta y sexta, y que, respecto a la coexistencia entre la convención y el fallo arbitral previsto en este convenio, primará el último cuando el Gobierno lo haga extensivo a todos los Bancos, quedando vigentes las condiciones más favorables de la convención' ".

LA CONCILIACION

En cumplimiento del convenio, la comisión nombrada por las ocho entidades sindicales signatarias del pliego de peticiones designó un concilia-

dor, y otro, parte de los establecimientos bancarios. Las deliberaciones, en la fase de conciliación, terminaron sin que los interesados hubieran llegado a ningún acuerdo, según consta en el acta correspondiente (fls. 19 a 22).

EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Fue constituído por medio de la Resolución número 1.568 de fecha 10 de octubre de 1960, originaria del Ministerio del Trabajo (fs. 28 y 29).

En ejecución de lo dispuesto en la providencia ministerial y el convenio de septiembre, la comisión nombrada por los sindicatos, parte de los establecimientos bancarios y el Ministerio del Trabajo, designaron como árbitro para integrar el Tribunal, a los doctores Luis Emiro Valencia, Eduardo Zuleta Angel y Francisco Yezid Triana, respectivamente. Los árbitros aceptaron el cargo, del cual tomaron posesión. El Tribunal se instaló en Bogotá el 12 de octubre de 1960, y dentro de la oportunidad legal, decidió las súplicas del pliego de peticiones en fallo del 9 de noviembre del mismo año (fls. 80 a 107). Salvó el voto, en relación con algunas decisiones del laudo, el árbitro de las entidades bancarias.

Los diez y seis Bancos que relaciona el pliego de peticiones interpusieron contra el fallo arbitral el recurso de homologación, por lo cual el Tribunal remitió el expediente a la Corte. Esta, en proveído del 2 de diciembre anterior, anotó algunas irregularidades ocurridas con posterioridad a la expedición del laudo, y para que fueran corregidas ordenó la devolución de los autos al Tribunal. Subsanados los defectos, el Tribunal concedió el mencionado recurso y dispuso de nuevo el envío del expediente a esta Sala de la Corte para su decisión, todo lo cual consta en el proveído del 7 de diciembre; por resolución posterior y a moción del apoderado de las entidades sindicales el Tribunal aclaró algunas decisiones del laudo. Contra el auto que otorgó el recurso de homologación hizo valer el mismo apoderado el recurso de reposición y el de apelación subsidiaria; el Tribunal denegó el primero y concedió el segundo. Aquí fue declarada improcedente la alzada en providencia del 16 de diciembre. El nombrado apoderado pidió la nulidad de lo actuado desde la devolución del expediente al Tribunal Arbitral, por carencia de jurisdicción, y la Sala negó la solicitud en auto del 17 de enero en curso (fls. 283 a 285). De la reposición que ha interpuesto contra ese auto se ocupará la Corte en otro lugar de este fallo.

Definidas las cuestiones de que se ha hecho mérito, la Corte procede a decidir el recurso de homologación a su estudio, mediante las consideraciones que pasa a exponer.

CAPITULO II

LAS DEMANDAS CONTRA EL LAUDO

Por razones de método se clasifican los Bancos recurrentes en dos grupos, así:

A)—Comercial de Barranquilla, del Estado de Popayán, Royal Bank of Canada, de Bogotá, de Colombia, de los Andes, del Comercio, Francés e Italiano, Londres & Montreal, National City Bank of New York, Popular, Central Hipotecario, Comercial Antioqueño, Industrial Colombiano y Ganadero.

B)—Cafetero.

Dos son las demandas contra el fallo arbitral, presentada una por el apoderado de los Bancos del grupo A), y la otra por el personero del Banco Cafetero.

Se examinan las dos demandas en el orden indicado.

I.—PRIMERA DEMANDA—Bancos del grupo A)

El escrito que sustenta el recurso comprende dos secciones, destinada la primera a reparos formales y a objeciones de fondo la segunda.

SECCION PRIMERA

a)—La fórmula del artículo 471 del C. J.

Por no haber observado el laudo la que el precepto establece para antes de la parte resolutiva de la sentencia, pide el recurrente la devolución de los autos al Tribunal de Arbitramento para que subsane la omisión.

La Sala observa:

La ritualidad establecida en el artículo 471 del C. J. consiste en que la sentencia, en su parte resolutiva, exprese, antecediéndola, lo siguiente: "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley".

El Tribunal de Arbitramento estudia cada una de las peticiones del pliego, y a continuación pronuncia la respectiva decisión, sin separar la parte motiva de la dispositiva, pues se vale de una y

de otra en el examen de cada solicitud. La omisión de la fórmula ritual se debe, quizás, al procedimiento que adoptó en la elaboración del laudo.

No hay ningún precepto en los capítulos del Código del Trabajo reglamentarios del arbitraje en los conflictos colectivos, que prescriba la formalidad de que se trata. El de Procedimiento Laboral sobre arbitraje voluntario para la definición de conflictos jurídicos, dice, en su artículo 136, que el laudo deberá acomodarse, en lo posible, a las sentencias que dicten los jueces en los juicios del trabajo. Norma igual trae el Código Judicial en su artículo 1.223, respecto del fallo arbitral que decida asuntos civiles.

Por razones conocidas son aplicables al fallo decisorio del conflicto colectivo las dos normas legales citadas. No mandan ellas que aquél adopte la misma forma de la sentencia del Juez, sino que la acoja, en lo posible. Por tanto, si el laudo no la sigue escrupulosamente, la omisión no alcanza a configurar un defecto que justifique su devolución al Tribunal de Arbitramento para el solo fin de que repita el fallo con observancia de la formalidad pretermitida. Si es verdad que el extinguido Tribunal Supremo, en alguna providencia de que hace mérito el recurrente, estimó imperativo el uso de la ritualidad en referencia, la Sala rectifica ese concepto, a su juicio sin asidero legal suficiente. La forma procesal, en cuanto sea de la esencia del acto, debe ser atendida por el Juez, como lo debe ser por el árbitro, so pena de nulidad. No es de esta clase la que se examina, sino simplemente autorizada, cuya omisión, por lo mismo, es irrelevante. Se sabe que el Juez ejerce la jurisdicción, atributo de la soberanía, en representación del Estado, del cual deriva su poder para juzgar, y que su misión en la sentencia es afirmar la voluntad de ley, si obra en proceso de conocimiento. Aunque la sentencia prescinda del rito en examen, no por eso dejaría de entenderse que su autor es órgano del Estado y su representante, y que al prestar la jurisdicción está cumpliendo con un deber que la ley le impone. Cabe decir lo propio del árbitro, ya que si ejerce la jurisdicción es porque la ley lo consiente.

Por lo expuesto, carece de fundamento la petición en estudio y, por tanto, se desecha.

b)—Las partes.

Con este título el capítulo I del respectivo alegato divide los Bancos en dos clases así:

1ª—Cafetero, de Bogotá, Comercial Antioqueño, de los Andes, del Comercio, Ganadero e Industrial Colombiano (siete en total).

2ª—Central Hipotecario, de Colombia, Comercial de Barranquilla, del Estado de Popayán, Francés e Italiano, Londres & Montreal, Popular, Royal Bank of Canada y The National City Bank of New York (nueve en total).

Dice el recurrente que en el conflicto colectivo sólo fueron parte los Bancos de la primera clase, pero no los de la segunda, por lo cual los nueve que la integran solicitan la nulidad total del laudo, pues si ellos lo acogen en sus aspectos económicos, lo hacen libremente y sin compulsión jurídica.

En apoyo de su tesis expone el impugnador:

Dos argumentos aduce el laudo para sostener que todos los Bancos fueron parte en el conflicto colectivo, a saber: que los sindicatos individualizados en el encabezamiento del fallo les presentaron a los diez y seis Bancos el pliego de peticiones, y que el Tribunal le pidió al Ministro del Trabajo la aclaración de la resolución que lo constituyó, con la advertencia de que si no obtenía respuesta, que no le llegó, estimaría como parte dichos Bancos.

Confuta las apreciaciones del fallo con estas razones:

No basta la presentación de un pliego de peticiones para constituír en parte a la empresa que lo recibe, pues la ley del ramo exige otros requisitos, a saber: que el pliego sea adoptado por la asamblea general del sindicato, celebrada con el **quorum** legal y acreditada con la copia auténtica de la parte pertinente del acta de la reunión; que el sindicado tenga la representación de los trabajadores de la respectiva empresa; que la presentación del pliego sea oportuna, y que su tramitación, antes de llegar a la huelga o al arbitraje, recorra las etapas de arreglo directo y conciliación. Los anotados requisitos, establecidos en las normas que cita del Código del Trabajo, no tuvieron cumplimiento. Agrega el recurrente: el artículo 433 del C. del T. sólo obliga al empresario a recibir a los negociadores del pliego cuando su presentación ha sido oportuna, noción vinculada a los lapsos de vigencia de las convenciones colectivas o de los fallos arbitrales; las etapas de arreglo directo y conciliación son ineludibles, ya para desembocar en la huelga lícita o en el arbitraje obligatorio en empresas de servicio público, de modo que quien no haya intervenido en esas etapas no puede ser considerado como parte en el conflicto; y que si en la empresa fun-

ciona un sindicato de base, debe ser éste el que le presente el pliego de peticiones, según el artículo 357 del CST.

Los ataques contra el laudo en cuanto tuvo como parte a los diez y seis Bancos a quienes se presentó el pliego, los aduce el recurrente en dos de los tres escritos que para sustentar el recurso ha presentado a la Corte, el de 30 de noviembre y el del 9 de diciembre de 1960 (fls. 222, 223 y 254 a 261, respectivamente). Analiza en ellos la situación de cada establecimiento bancario, y expresa lo siguiente:

Bancos de Colombia, Francés e Italiano y Popular

El primero celebró con su sindicato de base una convención colectiva el 13 de agosto de 1959, con término de duración hasta el 31 de octubre de 1960, de manera que la presentación de un nuevo pliego de peticiones el 15 de julio de este último año fue inoportuna, y por eso lo rechazó. No fue parte en el conflicto que culminó con el laudo presidencial de 1959; conocido éste, el Banco y el sindicato modificaron su convención para incorporar a ella las condiciones más favorables del fallo. No podía ser parte en el nuevo conflicto, porque se inició vigente la convención antes citada.

El segundo no figuró en el laudo de 1959, tiene sindicato de base y en convenciones colectivas vigentes, celebradas con aquél, las partes incorporaron las normas del laudo presidencial por virtud del decreto de extensión, sin subrogar las demás estipulaciones convencionales.

El tercero, a diferencia de los otros, sí quedó cobijado por el laudo presidencial, pero como tiene sindicato de base, resolvió éste ejercer el derecho preferencial del artículo 357 del CST., presentado y obteniendo la tramitación de un pliego de peticiones. Agotadas, sin éxito, las etapas de arreglo directo y conciliación, el conflicto fue sometido a arbitraje, y el respectivo Tribunal profirió el fallo del 22 de septiembre de 1960, el mismo día en que otros Bancos con otras entidades sindicales clausuraron las etapas previas al nuevo conflicto colectivo, en el cual no pudo ser parte el Banco Popular. Además, tiene una convención colectiva celebrada el 26 de octubre siguiente.

Los tres Bancos se abstuvieron de intervenir en las negociaciones de Medellín y en la conciliación de Bogotá, y no participaron en el arbitramento obligatorio, pues según constancia que dejaron el 22 de septiembre de 1960, sólo aceptaron un arbitraje voluntario circunscrito a la petición de "salarios caídos" durante la huelga.

The First National City Bank of New York, Central Hipotecario y Londres & Montreal

El primero tiene sindicato de base con el cual celebró una convención colectiva que vence el 27 de junio de 1961. Ninguno de los empleados de los tres Bancos está afiliado a los sindicatos que presentaron el pliego unificado; ninguno de ellos intervino en las negociaciones directas, en la conciliación y en la designación de árbitro. El segundo y el tercero no estuvieron presentes en el acuerdo del 22 de septiembre.

Royal Bank of Canada, Comercial de Barranquilla y del Estado de Popayán

No intervinieron en las dos primeras etapas del conflicto, no suscribieron el acuerdo de septiembre y se abstuvieron de participar en el proceso arbitral.

A excepción del Banco Popular, los demás establecimientos bancarios no fueron parte en el laudo presidencial, y si a ellos se extendieron sus efectos por decreto ejecutivo, la extensión de una convención colectiva de trabajo por acto gubernamental a personas extrañas a quienes la pactaron, no convierte a los terceros en parte de la convención extendida ni cancela o subroga las convenciones peculiares que esos terceros tengan en vigor al expedirse el acto del Gobierno, sino que incorpora las condiciones más favorables de la convención extendida en los respectivos contratos laborales de esos terceros.

En vista de que las funciones jurisdiccionales de los árbitros no son permanentes sino transitorias, su investidura requiere la intervención de las partes, salvo el caso regulado por el artículo 453 del CST., que el Gobierno no invocó ni aplicó, y su poder decisorio no abarca ni afecta a los extraños.

La Corte considera:

La resolución ministerial que ordena la constitución del Tribunal de Arbitramuento, determina las partes así:

a)—**La trabajadora.** La estima constituída por la Asociación Colombiana de Empleados Banca-

rios, la Unión Nacional de Empleados Bancarios y el Sindicato de Empleados Bancarios de Antioquia.

b)—**La patronal.** Está integrada —dice la resolución— "por las respectivas empresas bancarias".

No halló satisfactoria el Tribunal de Arbitramento la indicación que hizo el acto oficial de los sujetos de la relación de arbitraje, por lo cual le solicitó al Ministerio aclaración del punto en nota de 19 de octubre próximo pasado (fl. 37). El Tribunal, en vista de que la consulta no le fue absuelta, en la parte motiva del laudo decidió tener como partes, por los trabajadores, a seis de los ocho sindicatos que suscriben el pliego unificado de peticiones, y por los patronos, a los diez y seis establecimientos bancarios que relaciona ese documento.

A la anterior decisión la Sala observa:

El conflicto colectivo de trabajo, según la reglamentación legal, presenta tres etapas: la de arreglo directo, la de conciliación y la de arbitraje obligatorio, si se trata de empresas de servicio público. La litis no comienza, pues, con el arbitraje; por el contrario, es la última de sus fases, lo cual quiere decir que cuando el Tribunal de Arbitramento se constituye, la litis existe. En sus dos primeras etapas el conflicto es una litis sin proceso, para cuya solución éste no es indispensable, pues el conflicto puede ser résuelto mediante convención colectiva, por voluntad de los propios interesados. La litis, según el parecer de la doctrina, es un conflicto intersubjetivo de intereses, calificado por una pretensión, y por una resistencia a ella. Entre los elementos que la integran, es pues, relevante, la existencia de dos sujetos, titulares de los intereses en contraste. El proceso, en su estructura, no es distinto de la litis, pues aquel tiene por objeto su composición. Por tanto, cuando la litis se convierte en litigio, se sabe o debe saberse cuáles son los sujetos de la relación procesal. En el procedimiento arbitral, como en el jurisdiccional contencioso, no es posible incertidumbre alguna acerca de quienes son los contendientes. Estos no pueden ser otros que los que asumieron esa calidad en los debates de arreglo directo y conciliación, pues la fase de arbitraje obligatorio, como la voluntaria, no es autónoma, como ocurre con el compromiso o la cláusula compromisoria en los conflictos jurídicos, sino la última de las tres en que la ley divide el conflicto colectivo de trabajo. El conflicto, según la ley orgánica, es uno solo desde su promoción hasta la decisión final. Al Tribunal de Arbitramento no le corresponde designar a los sujetos de la relación de arbitraje, pues a él le entrega el Ministerio del Trabajo, a quien debe su constitución, una litis preexistente para que la defina. El Ministerio, por su parte, no crea el conflicto; interviene para que se le defina, una vez clausurados sin éxito los medios de avenimiento que la ley señala a las partes para que lo resuelvan contractualmente, en la forma que mejor consulte sus intereses.

Según lo expuesto, el Ministerio del Trabajo, al crear el Tribunal, debe indicar, como sujetos de la relación de arbitraje, a los mismos que lo eran del conflicto colectivo, como con toda claridad se infiere de lo establecido en el artículo 453 del C. del T., modificado por el 1º del Decreto 525 de 1956. Expresa éste, en su numeral 1º, que el Tribunal se compondrá de tres miembros, designados así: uno por cada una de las partes, y el tercero por el Ministerio del Trabajo.

En el presente caso se trata, no de un conflicto colectivo, sino de una serie de conflictos, tantos cuantos son los establecimientos bancarios designados en el pliego unificado de peticiones. Esta modalidad está prevista en la norma antes citada, numeral 2º, al tenor de la cual cuando surjan varios conflictos colectivos en dos o más empresas de servicio público de la misma índole, se constituirá un solo Tribunal que las dirima, bien por medio de un fallo o por tantos cuantos sean las empresas de que se trate, tomando en cuenta las características de cada una de ellas. Este Tribunal —dice el precepto— se compondrá de tres miembros designados así: uno por el Ministerio del Trabajo, uno por la organización u organizaciones sindicales y el otro por las empresas. Cada grupo de empresas y de organizaciones sindicales designará el árbitro que le corresponde, por mayoría de votos.

En el conflicto múltiple hay pluralidad de sujetos en una y otra parte, esto es, un doble **litis consorcio.** El texto legal citado autoriza la acumulación de todos los conflictos y su decisión en un solo fallo o en tantos cuantas sean las empresas comprometidas en la contienda. La diversidad de fallos está indicando que el **litis consorcio** no es necesario, pues si lo fuera no serían posibles los fallos parciales, ya que la nombrada figura procesal no permite la decisión jurisdiccional de mérito sino cuando al juicio han concurrido como parte todos los sujetos de las distintas litis acumuladas. Consecuencia de la particu-

laridad anotada es la de que en el proceso arbitral los litis consortes son independientes, por lo cual el fallo, respecto de cada conflicto particular, puede ser distinto.

En el caso **sub-iudice** media la circunstancia de que el conflicto múltiple, surgido del pliego de peticiones del 15 de julio, sufrió modificaciones por virtud del convenio del 22 de septiembre, pues redujo el número de los sujetos de una y otra parte así: la patronal, de diez y seis establecimientos bancarios, a trece; y la trabajadora, de ocho asociaciones sindicales, a tres.

No se puede desvincular el convenio de septiembre del pliego de peticiones, ignorando lo que en aquél se estipuló. Y no es posible la separación, entre otras razones, porque la resolución constitutiva del Tribunal (artículo cuarto) expresa que el objeto del litigio es el pliego en relación con el convenio.

La resolución ministerial, al designar a la parte trabajadora, se atuvo al convenio, manifestando que la integran: la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios, la Unión Nacional de Empleados Bancarios y el Sindicato de Empleados Bancarios de Antioquia. No tuvo la misma precisión al indicar la parte patronal, pues según el referido documento está constituída por "las respectivas empresas bancarias".

La indefinición, en cuanto hace a los establecimientos bancarios, ha dado pie al recurrente para sostener que nueve de los diez y seis Bancos a quienes se promovió el conflicto son ajenos a éste. Sobre el punto la Sala observa:

El adjetivo "respectivas" dice relación a persona o cosa antes determinada. Sin esa indicación previa, que la resolución del Ministerio no hace, la frase antes citada no tiene significación alguna.

No censura la Corte el hecho de que el Tribunal de Arbitramento, frente al silencio del Ministerio del Trabajo a la nota de aclaración, hubiera tenido que suplir una manifestación de voluntad que el acto oficial no exteriorizó, pero debe observar que no fue acertada la resolución al respecto, pues de autos no resulta que la parte patronal esté constituída por los diez y seis establecimientos bancarios que relaciona el pliego de peticiones, ni que la trabajadora esté integrada por las seis entidades sindicales que menciona dicho documento, como lo sostiene el laudo. De la patronal, no figuran en el convenio, el Royal Bank of Canada, el Banco Comercial de Barranquilla y el del Estado de Popayán; y de la trabajadora, los Sindicatos de Empleados Bancarios de Bolívar y Barranquilla, los Sindicatos de los Bancos de Colombia y Francés e Italiano y el de la Asociación de Trabajadores del Banco Central Hipotecario.

En vista de la modificación que en sus componentes sufrió el conflicto colectivo inicial, debe examinarse si éste quedó establecido entre los interesados que menciona el pliego unificado de peticiones, o entre los que indica el convenio de septiembre.

LOS PATRONOS.—De los diez y seis Bancos a que el pliego se refiere, el recurrente sostiene que sólo asumieron la calidad de parte en el conflicto los siete que en Medellín celebraron conversaciones en arreglo directo, y que tal calidad no la tienen los nueve restantes, pues con ellos no se agotaron las dos etapas previas, se abstuvieron de nombrar conciliador y árbitro, no concurrieron al proceso arbitral y no fueron parte en el proceso anterior, decidido por el laudo de 1959. Examina la Sala los argumentos del recurrente, para lo cual divide los nueve Bancos en dos clases así:

1ª—Royal Bank of Canada, Comercial de Barranquilla y del Estado de Popayán; y 2ª De Colombia, Central Hipotecario, Francés e Italiano, Popular, The National City Bank of New York y de Londres & Montreal.

En cuanto a los tres Bancos de la primera clase ,anota la Sala:

No discutieron con los sindicatos el pliego de peticiones ni intervinieron en el convenio de septiembre, por lo cual con ellos no se entendió la conciliación ni el proceso arbitral. De parte de los sindicatos y de las tres entidades bancarias el conflicto fue abandonado. El derecho del trabajo conoce actos jurídicos cuyos efectos se extienden a terceros, pero el convenio no sirve para incluír a los tres Bancos en el conflicto, pues lo que allí se estipuló es extraño al principio enunciado, y sin norma legal expresa no puede considerarse gobernado por él. Para el caso domina la regla de que el contrato no aprovecha ni perjudica sino a los contratantes o a sus sucesores universales o particulares, en la forma y términos prescritos por el derecho común.

Si bien la Corte, por regla general, no tiene ingerencia alguna en el control de la ley normativa del conflicto colectivo, pues lo sometido a su consideración y estudio es el laudo, no la actividad

cumplida por las partes hasta llegar al arbitraje, no estaría en capacidad de resolver el recurso si no sabe, con precisión, quiénes son los sujetos de aquél, pues no se dá proceso alguno de cognición, cualquiera que sea su fisonomía jurídica, si no existen dos sujetos: el que afirma una pretensión a su favor, y el que la niega o resiste. Se trata de un presupuesto necesario para que la relación procesal se estime regularmente constituída, el cual no se limita a las instancias, pues el defecto trasciende hasta la causación, en su caso, en donde puede ser denunciado. De igual manera debe ser tenido en cuenta no sólo por el árbitro del conflicto colectivo, sino también por la Corte, en sede de homologación.

Se concluye de lo expuesto que los tres Bancos no fueron parte en el conflicto, en ninguna de sus fases. Así las cosas, su juzgamiento no se hizo conforme a las reglas del debido proceso, lo que trae por consecuencia el quebranto del artículo 26 de la Constitución. Por tanto, en relación con dichos Bancos el laudo es inexequible, y así será declarado por la Corte.

De los seis Bancos que integran la segunda clase, debe hacerse otra división, a saber: a) De Colombia, Francés e Italiano y Popular; y b) Central Hipotecario, National City Bank of New York y de Londres & Montreal.

Alega el recurrente que los seis Bancos no fueron parte en el conflicto, por las razones que ya se han dado a conocer. Acerca de ellas la Sala observa:

1º—Trece Bancos suscriben el acuerdo de septiembre, entre los cuales figuran los seis citados. Una de sus estipulaciones declara surtida la etapa de arreglo directo con las discusiones adelantadas en Medellín entre los siete restantes y las respectivas asociaciones sindicales. Si una declaración en tal sentido es legalmente eficaz, no es cuestión sobre la cual deba pronunciarse la Corte, pues no está sometido a su juicio el acuerdo mencionado.

2º—Se pactó, en el acuerdo de septiembre, que los Bancos nombrarían el conciliador y el árbitro, debiendo realizar de común acuerdo la del primero, facultad de que no hicieron uso los seis Bancos de que se trata. Tampoco le corresponde a la Corte calificar las consecuencias de la abstención. Sobre el punto se remite a lo dicho en el párrafo anterior. Por lo demás, no se abre la última etapa del conflicto sin la aquiescencia del Ministerio del Trabajo, de lo cual se sigue que cuando éste dispone constituír el Tribunal Especial de Arbitramento, es porque considera consumadas las dos fases previas que le anteceden.

3º—Si los seis Bancos se abstuvieron de concurrir al proceso arbitral, de allí no se deduce que por ese motivo dejaron de ser parte en aquél y que, por tanto, es nulo el laudo que lo decidió. No es de recibo el argumento, pues la ley no obliga al demandado a que comparezca al juicio; exige su existencia pero no su presencia en el proceso. Constituída válidamente la relación procesal con la comunicación de la demanda al reo, para su desenvolvimiento y conclusión por sentencia es indiferente que aquél participe o no en el juicio, que se defienda o se abstenga de hacerlo. La necesidad de que el demandado esté presente en el debate judicial se adujo, entre otras razones, como fundamento del principio denominado **"cuasi-contrato de litis contestatio"**, de extracción romana, perteneciente al procedimiento formulario, principio que en el derecho procesal moderno carece de toda significación.

4º — Los establecimientos bancarios que tenían convenciones colectivas o fallos arbitrales vigentes al promoverse el nuevo conflicto, han debido abstenerse de suscribir el convenio de septiembre; al celebrarlo no ignoraban ni podían ignorar que el laudo definidor del conflicto habría de sustituír, en sus disposiciones más favorables, según principios conocidos, aquellas convenciones y laudos.

5º—El hecho de que por decreto del Gobierno se hubiera extendido el laudo de 1959 a los Bancos que no fueron parte en el proceso en que ese acto se expidió, y el de que la aplicación, por extensión, de la convención vigente en una empresa rija en otras de la misma índole, sin convertir a éstas en parte de la convención extendida, no sirve para demostrar que, por tales motivos, dichos Bancos fueron extraños al conflicto que promovió el pliego unificado de peticiones. Se vuelve a repetir que la calidad de sujeto de ese conflicto y de la relación de arbitraje, que como última etapa de su desarrollo tuvo cumplimiento, se deriva del acuerdo de septiembre tantas veces citado.

6º—El argumento de que el laudo es nulo porque el Ministerio del Trabajo al constituír el Tribunal Arbitral, no invocó el artículo 453 del C. del T., es inaceptable. La autoridad pública, en ejercicio de sus funciones, no está siempre obligada a indicar la fuente legal que la faculta para obrar. Importa, más que el lleno de esa formalidad secundaria, la existencia del mandato, y en el presente caso está contenido en el citado pre-

cepto. Además, si para el recurrente, por haberse omitido la cita de la norma legal, carecían los árbitros de jurisdicción para resolver el conflicto en relación con nueve de los diez y seis Bancos a quienes les fue planteado, no se ve cómo sí tenían póder para definirlo con respecto a los siete restantes, pues éstos, según el impugnador, sí fueron parte en el conflicto. En el segundo caso el conflicto es tan múltiple como en el primero, de manera que si el arbitraje no era posible con la intervención de diez y seis Bancos, tampoco podría serlo con la de siete.

7º—La afirmación de que el Banco de Colombia, el Francés e Italiano y el Popular, en virtud de las declaraciones que hicieron al suscribir el convenio de septiembre, quedaron excluídos del conflicto, pues sólo aceptaron un arbitraje voluntario limitado a la petición de "salarios caídos" durante la huelga, merece consideración especial.

Dicen los Bancos en el acuerdo, que adquieren el compromiso de que hablan sus cláusulas cuarta, quinta y sexta, agregando que al extender el Gobierno a todas las empresas bancarias el fallo arbitral a que alude el pacto, ese fallo sustituirá la convención colectiva que tienen celebrada con sus respectivos sindicatos. Para el caso, de las tres cláusulas conviene fijar la atención en la cuarta, cuyo tenor es como sigue:

"La materia del arbitraje será el pliego de peticiones formulado por los sindicatos. Además, los Bancos someten a la decisión del Tribunal de Arbitramento la solicitud de los trabajadores sobre el reconocimiento de salarios durante el tiempo de suspensión de actividades, decisión que será obligatoria para todas las partes".

No guarda consonancia el texto de la cláusula con la declaración de que, una vez extendido por el Gobierno a todos los Bancos el fallo arbitral previsto en el convenio, sustituirá el fallo la convención colectiva vigente, como lo expresan las tres entidades bancarias. Es claro que si los Bancos optan por el arbitraje, sobra el acto oficial que extienda los efectos del laudo a dichos Bancos.

No entra la Sala en lucubraciones para desentrañar el alcance que corresponda a la estipulación consignada en la cláusula cuarta mencionada y a las declaraciones de que se ha hecho mérito. Sobre el punto le basta anotar que situado el conflicto en la etapa de arbitraje obligatorio, no depende de la voluntad de las partes su aceptación, pues se trata de relaciones indisponibles, de manera que todo pacto que las excluya, restrinja o condicione es ineficaz y, por tanto, sin ningún valor ni efecto.

Se da cuenta la Sala de que el rechazo por dichos Bancos y los tres antes citados del pliego de peticiones y su negativa a discutirlo en arreglo directo, tuvo por causa, entre otras, la existencia, en algunos, de convenciones colectivas vigentes al promoverse el conflicto, la intervención en éste de sindicatos de industria en los establecimientos bancarios en que los había de base, y la suspensión colectiva de trabajo por parte de los empleados, prohibida por la ley en empresas de servicio público, y tampoco pierde de vista que el fin primordial del acuerdo de septiembre fue ponerle término a toda una serie de situaciones irregulares, sin fundamento legal. Aun mediando tales antecedentes, se debe observar que no sufre por ello restricciones el principio que se dejó expuesto, según el cual, cuando el arbitraje es obligatorio, ninguna de las partes puede impedirlo. Si se dejó prosperar un conflicto que no era pertinente tramitar, si a sabiendas de que era inconducente fue aceptado contractualmente por los trece Bancos que suscribieron el acuerdo mencionado, no es la oportunidad para formular reparos al respecto. De otro lado, si el contralor de la ley del trabajo en el campo administrativo dio su asentimiento a la actuación irregular y los afectados con ella la admitieron, no le corresponde a la Corte corregir el vicio ni hacer pronunciamiento alguno sobre el acto defectuoso.

De todo lo expuesto se puede concluír que la parte patronal, en todas las fases del conflicto, estuvo integrada por los trece Bancos que suscribieron el convenio de septiembre, y no por los diez y seis que relaciona el pliego de peticiones, como erróneamente lo sostiene el fallo arbitral.

LOS TRABAJADORES.—Según el recurrente, la representación ante los Bancos con sindicatos de base, corresponde a éstos y no a una entidad sindical de otro grado, conforme a la ley. Tacha, pues, la que ejercieron las asociaciones sindicales de industria que intervinieron en el conflicto. Sobre el particular observa la Sala:

La personería ante las empresas en el trámite del pliego de peticiones, como la facutad de nombrar conciliador y árbitro, corresponde de preferencia al sindicato de base (artículo 357 del C. del T.). Desde que se habla de preferencia es porque el derecho de representación puede concurrir con el mismo derecho en cabeza de un sindicato de otra clase. La dualidad es posible, pues

a todos los sindicatos les confiere la ley las mismas facultades en la promoción y desarrollo del conflicto colectivo (artículo 374 ibidem).

En autos consta que el pliego unificado, prómotor del conflicto, fue suscrito por cinco sindicatos de industria y tres de base. El grupo de los primeros lo integran la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios, la Unión Nacional de Empleados Bancarios y los Sindicatos de Empleados Bancarios de Antioquia, Bolívar y Barranquilla; y el grupo de los segundos, los Sindicatos de Empleados del Banco de Colombia y Francés e Italiano y la Asociación de Trabajadores del Banco Central Hipotecario.

Es claro, según la ley, que el patrono no está obligado a discutir el pliego y proseguir el conflicto sino con su sindicato de base, en el caso de que con éste pretenda el de industria llevar ante el empresario la representación de los trabajadores. Se parte del supuesto de que el último cuenta con afiliados de la empresa con sindicato de base.

El caso de autos presenta la modalidad de que la actuación posterior a la presentación del pliego quedó regida por el convenio de septiembre, de modo que el examen de la personería de las entidades sindicales só'o es pertinente hacerlo desde el acuerdo en adelante. Y en éste consta que la representación de los trabajadores pertenecientes a los trece Bancos que intervinieron en el convenio, la llevaron los tres sindicatos de industria primeramente citados. Ninguna objeción formularon los establecimientos bancarios contra quienes asumieron la personería de los empleados, y si en esa oportunidad no lo hicieron, es improcedente aducirla en el recurso de homologación.

Eliminadas las tachas sobre personería de los sindicatos de industria frente a la parte patronal, la colisión, por el ejercicio simultáneo de la representación con los sindicatos de base, habría dado lugar a una litis intersindical, respecto de la cual los Bancos no tendrían ningún interés. En el caso **sub-iudice** no se ha presentado ninguna contienda de tal clase; los sindicatos de base y los de industria, adoptaron un pliego unificado de peticiones y nombraron una sola comisión negociadora. Esta, por delegación de los tres sindicatos de industria que celebraron el acuerdo de septiembre, nombraron el conciliador y el árbitro, y en el proceso no hay constancia de reparo alguno, por parte de los sindicatos de base, a esa actuación ni a la cumplida en conciliación y en el proceso arbitral.

Lo dicho sobre personería de las asociaciones sindicales autoriza para sostener que no son fundados los reparos del recurrente, y que la parte trabajadora estuvo integrada por los tres sindicatos de industria que celebraron el convenio. Sobre el punto fue, pues, correcta la determinación que de aquella hizo el Ministerio del Trabajo al constituír el Tribunal de Arbitramento.

Por lo expuesto, el cargo que se examina, en cuanto pide la nulidad del laudo en relación con los seis Bancos enumerados antes, con el argumento de que fueron ellos extraños al conflicto, se desecha.

SECCION SEGUNDA

Los nueve Bancos que se consideran extraños al conflicto atacan en el capítulo II del alegato respectivo varias decisiones del laudo, entre las cuales figuran las que dio a los puntos **primero, tercero** y **quinto** del pliego; en el capítulo III, seis de los siete Bancos que según el recurrente fueron parte en el conflicto, acusan las resoluciones del fallo a los tres puntos mencionados, únicamente, a excepción del Comercial Antioqueño, que extiende su inconformidad a la decisión del punto **séptimo.**

El Banco Cafetero presenta dos cargos, de los cuales el segundo se refiere a lo resuelto por el laudo al definir las peticiones de los puntos **primero** y **quinto** del pliego.

Para evitar repeticiones inútiles, examina la Sala en conjunto las dos demandas en los puntos en que ambas atacan unas mismas decisiones del fallo arbitral, por violación de normas de la Constitución y de la ley.

PLIEGO DE PETICIONES

a)—**Punto primero.**—Cláusula de reserva y plazo presuntivo.

b)—**Punto quinto.**—Reintegro de personal.

Primera demanda.—Bancos del Grupo A.)

En cuanto al literal a) del laudo viola, dice el recurrente, el artículo 458 del CST., en relación con los artículos 30 y 32 de la Constitución, 4° y 61 (del último los literales a- y g-) del primer Código, y 669 del C. C.

Arguye el impugnador en apoyo del cargo:

Lo que los Bancos sostienen no es el tema de si

conviene o no la eliminación de la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, sino la facultad que tengan los árbitros para estatuír en tal sentido, contra la voluntad de una de las partes. Mientras esté vigente el artículo 458 del CST., el ámbito de la potestad arbitral está delimitado no sólo por el pliego de peticiones sino por los derechos que la Constitución y la ley otorguen a las partes. Si la facultad del artículo 48 del Código Laboral (cláusula de reserva) o el derecho de tener por expirado un contrato de trabajo al vencimiento de su término pactado o presuntivo, no son facultad y derecho reconocidos por las leyes, para los efectos del artículo 458 ibidem, ningún sentido tendría esta disposición del legislador. Es la ley, no los árbitros, o las partes en libre acuerdo, quienes pueden modificar el régimen legal vigente o convenir la renuncia de derechos vinculados al ejercicio del dominio privado.

De las normas relacionadas surge la garantía de la propiedad privada, uno de cuyos atributos es la libre escogencia y renovación de sus empleados por el empresario particular. Aquí radica el sistema de la "libre empresa" en oposición al de la "empresa dirigida" dentro de una economía planificada. Son dos concepciones distintas y antagónicas, habiendo optado la Constitución por el régimen de la propiedad privada y de la libre empresa. Dentro de este régimen el capitalismo es libre de escoger el tipo de inversión que prefiera, sin que al Estado le está permitido imponérsela. No quiere decir lo expuesto que el Estado se muestre indiferente ante la suerte de los asalariados de la empresa privada o se desentienda de la explotación inhumana o de la injusticia individual, ya que la propia Carta declara que la propiedad es una función social y faculta la intervención de la empresa privada por medio de la ley para racionalizar la producción y defender a los asalariados. Pero hay linderos que ni siquiera puede traspasar la ley: los que afecten la esencia de la propiedad privada convirtiéndola en propiedad socializada, sin la expropiación previa, cambio que sólo podría efectuar el constituyente mas no el legislador. Sobre estas bases doctrinarias se ha desenvuelto la legislación laboral, encaminada a conciliar el interés del asalariado con el derecho del empleador particular en un régimen de libre empresa. A ese equilibrio responde la cláusula de reserva y el plazo presuntivo de seis meses, instituciones que si bien merecen ser reformadas para corregir abusos reprobables, como lo piden los trabajadores, no puede abandonarse la idea matriz, o sea, la posibilidad de ruptura unilateral del contrato mediante adecuada indemnización cuando no se acrediten justas causas, como lo propone el proyecto de Código de Trabajo llevado al Congreso por el Gobierno.

Que algunas empresas hayan admitido la supresión de la cláusula de reserva y el plazo presuntivo y que el Gobierno recomiende al Congreso la reforma de las dos instituciones, no sería argumento en contra de lo expuesto, porque la renuncia de un derecho es otra manifestación del dominio privado, que el Estado no le puede imponer a su titular, y la renuncia es lícita, pero no le está permitido a un fallo arbitral decretarla contra la voluntad de una de las partes, porque lo prohibe el artículo 458 del CST. Además, las empresas que han pactado la eliminación de la cláusula y del plazo presuntivo, por tiempo determinado, pertenecen a la rama industrial y ni una sola a la de comercio, lo cual se explica porque en la industria prevalecen los empleos de ejecución, mientras que en el comercio priman los de iniciativa y confianza, cuya evaluación incluye factores psicológcos, morales y aun de simpatía, más sutiles y elusivos. En las convenciones colectivas celebradas hasta ahora se han exceptuado los empleados de confianza, dirección y manejo, de las garantías generales de estabilidad. El proyecto de Código de Trabajo conserva la facultad patronal resciliatoria sin justa causa mediante indemnización entre un mínimo de seis y un máximo de doce meses de salario, en tanto que el laudo pretende eliminar la resciliación sin justa causa aun para empleados de dirección, confianza y manejo, sin ninguna alternativa de indemnización.

Con referencia al literal b), el fallo viola los artículos 458 del CST. y 142 y 143 del CPL., en relación con el artículo 30 de la Constitución y los artículos 16, 48 y 61 del primero de dichos códigos.

Se funda el cargo en que el fallo arbitral impone la obligación de reconsiderar despidos consumados legalmente antes de la vigencia del laudo, con retroactividad indefinida, sin tomar en cuenta que la petición del pliego se limitaba al personal despedido en el último año.

Segunda demanda.—Banco Cafetero.

Petición del punto a)—El laudo viola, en forma directa, los artículos 458 y 48 y 49 del CST., e indirectamente el 64 ibidem.

Es evidente— dice el impugnador— "que si los

artículos 49 y 50 (sic) del mismo Código consagran instituciones jurídicas, derechos y facultades que autorizan al Banco para terminar unilateralmente y en un momento dado un contrato de trabajo, so pretexto de razones de conveniencia expuestas por la doctrina, no se puede desconocer la vigencia de dichas instituciones sin que haya una violación expresa de las normas legales".

El Banco —prosigue el cargo— no puede ponerle término a un contrato de trabajo haciendo uso de la cláusula de reserva o acogiéndose al plazo presuntivo, sino por justa causa comprobada, según el laudo, mientras que el trabajador sí puede utilizar uno u otro medio para terminar la relación laboral, quedando vigentes en relación con aquél los artículos 48 y 49 del CST. La decisión resulta inconstitucional e ilegal, porque la ley es general y no relativa a persona determinada. Al terminar el contrato de trabajo por una justa causa de las previstas en los artículos 62 y 63 del CST., la indemnización por lucro cesante, si es el patrono el que da por terminado el contrato y no acredita la justa causa, no estaría representada en el valor de los salarios durante el tiempo que falte para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, como lo prescribe el artículo 64, inciso 2 ibidem, pues ese plazo, conforme a la resolución del fallo, no existe.

Agrega el recurrente que, en tal evento, no habría norma aplicable para determinar el importe de la indemnización, lo que origina un vacío de graves consecuencias.

Petición del punto b).

Para demostrar que el laudo viola principios generales de derecho dice el recurrente:

La decisión del fallo revive situaciones jurídicas concretas, terminadas dentro del imperio de una norma legal aplicada por el Banco. Se obliga a éste a reintegrar personal sin necesitarlo, ya que los empleos de los trabajadores retirados están siendo desempeñados por nuevo personal, que no puede ser despedido. Además, con el ingreso del personal que salió se presentaría un enriquecimiento injusto, pues al operarse el reintegro aquél no devolvería la indemnización recibida del Banco al tiempo del despido.

CAPITULO III

Consideraciones de la Corte:

Solicita el pliego, en su punto primero, la abolición de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo. Las empresas —expresa la petición— no podrán despedir a ningún trabajador, sin oír sus descargos, y de no llegar a ningún acuerdo entre las partes, la diferencia será decidida por la justicia del trabajo.

El fallo arbitral decidió la súplica así:

"A)—A partir de la vigencia del presente laudo los Bancos no podrán despedir a ningún trabajador sino mediante la aplicación del sistema en virtud del cual debe invocarse la causal que justifique dicha determinación. En consecuencia, no harán uso de la cláusula de reserva ni del plazo presuntivo para declarar terminada unilateralmente la relación contractual laboral. Excluye a los trabajadores en período de prueba.

"B)—En los casos de despido motivados por las causales comprendidas en la ley que justifiquen la terminación unilateral del contrato de trabajo, los Bancos deberán dar oportunidad al trabajador inculpado, para presentar sus descargos y aportar las pruebas que puedan aclarar el hecho que motiva tal determinación. En dicha situación el trabajador podrá ser asistido por dos (2) representantes, debidamente acreditados, de la Organización Sindical a la cual pertenezcan. Las controversias suscitadas con motivo de la aplicación del derecho que tiene el patrono para invocar las causales que justifican la terminación unilateral del contrato seguirán de competencia de la justicia ordinaria del trabajo".

La Sala observa: el pliego de peticiones sometió a la consideración de los Bancos cuestiones tanto de carácter económico o de intereses simples, como de derecho o de índole jurídica. Este planteamiento lleva a la Sala, para el debido enjuiciamiento del tema, al examen de los siguientes puntos: a) Naturaleza de los conflictos colectivos; y b) Facultades y límites del poder arbitral.

I. — LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DEL TRABAJO

Su división, en las dos clases expresadas, tiene general aceptación en la doctrina del derecho laboral y fue admitida por la jurisprudencia del ramo en fallo de homologación del 26 de octubre de 1949 (G. del T., t. III, págs. 463 y ss.) proferido por el extinguido Tribunal Supremo, reiterada en decisiones posteriores del mismo y de esta Sala.

La clasificación, propuesta por Henri Binet, fue adoptada por la Oficina Internacional del Trabajo. Las definiciones que esa Oficina da de las dos clases de conflictos, las resume Mario de la Cueva en estos términos: "Los conflictos económicos versan sobre creación, suspensión o supresión de las condiciones de prestación de los servicios, en tanto que los conflictos jurídicos se refieren a la interpretación o aplicación del derecho existente". (Derecho Mexicano del Trabajo, t. II, pág. 771).

La clasificación no es simplemente teórica, pues ha servido de base a las distintas legislaciones para confiar la solución de los conflictos económicos a la conciliación, y los de naturaleza jurídica a la justicia del trabajo.

Sobre el punto la sentencia antes citada trae estos conceptos:

Es posible que estos conflictos "revistan un carácter mixto, es decir, que al propio tiempo envuelvan una cuestión jurídica y una reivindicación económica, lo que se explica por el fundamental contenido del derecho del trabajo, que hace difícil aislar completamente los dos factores".

El Código Procesal del Trabajo —prosigue el fallo— "basado en la distinción de Binet, adscribió a la jurisdicción laboral únicamente la decisión de los conflictos jurídicos, mientras que en cuanto a los económicos o de intereses dispuso que se continuaran adelantando de acuerdo con las leyes especiales sobre la materia. No obstante, respecto de todos los conflictos de trabajo, bien los individuales como los colectivos, cuando son resueltos por árbitros, aquel estatuto atribuye a los tribunales del trabajo un control para evitar los excesos de los laudos, mediante un recurso extraordinario o especial de homologación".

La ley procesal del trabajo (artículo 2º) expresa que del conflicto jurídico conoce la jurisdicción del trabajo, cuando aquél tiene por causa, directa o indirecta, un contrato laboral; y el 3º, que el trámite de los conflictos económicos entre patronos y trabajadores continuará adelantándose de acuerdo con las leyes especiales sobre la materia.

El primer texto no menciona el conflicto colectivo y el segundo guarda silencio sobre el conflicto colectivo de tipo jurídico. La omisión del conflicto colectivo en el artículo 2º no significa que la justicia del trabajo sea competente para juzgarlo, ni el olvido del conflicto colectivo jurídico en el artículo 3º, autoriza para atribuírlo a esa justicia ni para sustraerlo del régimen que para su solución señalan las leyes especiales (hoy Código Laboral, Segunda Parte, sobre "derecho colectivo del trabajo").

Soluciona el conflicto colectivo de naturaleza económica la convención colectiva o el laudo arbitral, en su caso, según las normas correspondientes del estatuto laboral. El artículo 3º del Código Procesal no menciona el conflicto colectivo jurídico, porque objeto de la convención es la fijación de las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia, como lo expresa el artículo 467 del C. del T., no la decisión de cuestiones de derecho.

Si los conflictos colectivos se desarrollaran con sujeción estricta a la ley, no se daría el caso de que el pliego de peticiones propusiera la decisión de cuestiones distintas de la regulación de las condiciones generales de trabajo. Pero lo que la realidad enseña y los hechos confirman, es que en el país el conflicto colectivo no se detiene en sus linderos sino que involucra asuntos de orden legal, presentando éstos a veces tanta importancia como los de orden económico. La orientación responde a la evolución constante del derecho del trabajo, pues la clase asalariada, en todas las naciones de régimen democrático, aspira a crear el derecho que reglamente sus relaciones con la empresa, en todos sus aspectos, a través de la contratación colectiva, hasta sustituír la legislación preexistente. De ahí que el conflicto económico haya arrastrado el jurídico, por extensión. Esta modalidad, como antes se anotó, está admitida por la jurisprudencia laboral.

No es, pues, discutible que el Juez del conflicto colectivo económico tiene capacidad para decidir el de carácter jurídico, y este Juez, según el tratamiento que el legislador le da al conflicto, son las mismas partes. En la materia opera una amplia libertad de disposición, sin otro límite que el orden público, las buenas costumbres y la equidad. Si fracasa la autocomposición del litigio, ya sea en cuanto a la parte económica, ora en la jurídica, o en ambas a la vez, parcial o totalmente, su decisión corresponde exclusivamente al árbitro, conforme a la ley del trabajo.

Ningún problema ofrece la decisión arbitral si el laudo es obligatorio sin la venia judicial, como ocurre con el previsto para asuntos civiles y de comercio. La dificultad se hace presente cuando la ley, como lo establece la del trabajo, somete el

laudo al control de la justicia. De este punto se ocupa la Sala en el siguiente aparte del presente capítulo.

II.—FACULTADES Y LIMITES DEL PODER ARBITRAL

Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto: si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el Juez particular será un árbitro-arbitrador.

La doctrina distingue las dos modalidades del árbitraje, que la ley positiva no separa. Con todo, un criterio de orientación en la materia enuncia el Código Judicial en su tratado sobre "Arbitramento". Según su artículo 1.216, pueden las partes, al estipular el compromiso, disponer que los arbitradores decidan en derecho o en conciencia.

La decisión en conciencia, o verdad sabida y buena fe guardada, es propia del arbitrador; el juicio del derecho, propio del árbitro. Sobre el tema discurre Carnelutti: "El arbitrador es un Juez que toma de la voluntad de las partes no sólo la designación sino la razón misma de su poder; el árbitro es designado por las partes para que ejerza un oficio que el Estado le confiere. El arbitrador es libre porque la materia de su juicio está exclusivamente dominada por la voluntad de las partes, el árbitro no porque sustituye al Juez ordinario. El arbitrador no tiene la jurisdicción y la tiene el árbitro, porque el poder de éste, no el de aquél, procede de la ley y no de la voluntad de las partes. El elemento característico de la jurisdicción no es la decisión según el derecho, sino la decisión de la litis. Que sea una litis quiere decir que no depende de la voluntad de las partes la posibilidad de su decisión, lo cual procede en todo caso de la voluntad del Estado. El contrato o la cláusula de arbitraje, atribuyen a las partes una tutela jurídica que antes no existía; el compromiso, con amigable composición o sin ella, modifica sólo el órgano o el modo de una tutela ya existente". (Estudios de Derecho Procesal. T. 2º, pág. 496).

La anterior exposición deslinda con toda claridad la posición del árbitro de la que corresponde al arbitrador. Juzga éste el hecho litigioso según su conciencia; aquél, de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las pretensiones del pliego en todo o en parte, o transigir las pretensiones opuestas. El árbitro hace, no lo que las partes no pudieron o no quisieron realizar, sino lo que la ley le manda que haga. Las distinciones que proceden han llevado a la doctrina a sostener que el fallo del arbitrador es constitutivo y de declaración el que pronuncia el árbitro, pues su función, como la del Juez ordinario, es decir el derecho.

Marcada la orientación en la materia, se procede al examen de las previsiones legales sobre restricciones al poder de los árbitros. Están contenidos, en lo concerniente al arbitraje obligatorio, en el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo y en el 458 del estatuto laboral sustantivo.

Dice la primera disposición en lo pertinente:

El Tribunal de Casación "verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de Arbitramento no hubiera extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario.

"Si el Tribunal hallase que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al efecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido".

Y preceptúa el segundo:

"Los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes".

Dos son los sistemas de control judicial del laudo que registran las normas legales transcritas: el primero se conforma al fallo decisorio del conflicto económico o de intereses simples, esto es, a la esfera de atribuciones del arbitrador; el segundo se atempera al poder de decisión del conflicto jurídico, es decir, al campo de acción del árbitro.

Las restricciones a los poderes de los árbitros consagradas en los dos cánones legales rigen para el laudo que define el conflicto jurídico emanado del compromiso o de la cláusula compromisoria, a vista de lo preceptuado en el artículo 142 del C. de P. L. Este cuerpo de leyes, promulgado en 1948, separa el laudo que resuelve el conflicto colectivo económico del que decide el conflicto jurídico. Para el primero estableció un control judicial de forma en el artículo 143; para el segundo un control de forma y de fondo en el 142. El Código Sustantivo, promulgado en 1951, sometió el laudo del conflicto económico en empresas de servicio público al mismo régimen previsto para el laudo del conflicto jurídico. La igualdad de tratamiento puede explicarse si se toma en cuenta la modalidad del conflicto mixto, registrada por la jurisprudencia laboral con anterioridad a la expedición del Código de 1951.

Al tenor de las normas legales en examen, las facultades de los árbitros tienen estas limitaciones: el **petitum** (pliego de peticiones) para el arbitrador; el **petitum,** la Constitución, la ley y las convenciones colectivas vigentes para el árbitro y para el árbitro-arbitrador.

Son más extensas las limitaciones a los poderes del árbitro en el conflicto colectivo mixto que las establecidas para el conflicto económico o de intereses simples. En el primero el árbitro tiene como límite de sus atribuciones toda la legalidad; en el segundo, los dictados de la equidad. El hecho de que en el primer caso el árbitro deba juzgar **secundum ius,** esto es, con facultades iguales a las que corresponden a la jurisdicción ordinaria, obliga al Juez del recurso de homologación a revisar su actividad en forma análoga a como procede cuando obra en sede de casación.

Teniendo en cuenta las bases doctrinarias expuestas, examina la Sala los cargos contra el laudo en cuanto a la decisión dada por éste a las súplicas de los puntos **primero** y **quinto** del pliego de peticiones.

La cláusula de reserva y el plazo presuntivo, de que trata el punto **primero** del citado documento, son medios de terminación del contrato de trabajo. En el individual regula la cláusula el artículo 48 en relación con el 61, literal g) del CST., y el plazo presuntivo, los artículos 47 y 49 en relación con el 61, literal a) de la obra mencionada.

Establece el artículo 458 del Código del Trabajo, que el fallo arbitral no puede desconocer derechos o facultades de las partes, reconocidas en la Constitución, la ley o las convenciones vigentes.

La cuestión que las acusaciones plantean se reduce, por tanto, a investigar si el plazo presuntivo y la cláusula de reserva, son derechos o facultades reconocidas al patrono y al trabajador en cualquiera de las tres fuentes que detalla el artículo 458.

LA CONSTITUCION.—No se ocupa de las dos instituciones. Si fuera cierto, como lo sostiene el apoderado de los Bancos del grupo A), que el laudo, al suprimir el plazo presuntivo y la cláusula de reserva, desconoce el derecho de propiedad que el artículo 30 de la Constitución garantiza, no podría la ley instituír el régimen de estabilidad en el empleo, concepto inadmisible, pues el legislador supremo deja en libertad al ordinario para que reglamente la política social en la forma y términos que estime más adecuados y convenientes, tomando en cuenta, como finalidad primordial, la de procurar al trabajador la mejor protección posible. Si la ley, con apoyo suficiente en la Constitución (artículos 17 y 32, entre otros), resuelve prescindir de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo, la medida podría entrañar una restricción a la libertad contractual, fenómeno corriente en el derecho del trabajo, del cual trae abundantes ejemplos el código del ramo, pero no tendría la significación que le dá el recurrente. Que sea de la competencia de la ley la regulación del sistema que garantice debidamente los derechos de la clase asalariada, es cuestión distinta a la de que por sustituírla el fallo arbitral en el ejercicio de esa actividad, quebrante los artículos 30 y 32 de la Carta, como lo afirma el impugnador.

Los anteriores conceptos se limitan al caso en estudio, por lo cual no debe verse en ellos la expresión de una tesis con carácter general. La guarda de la Constitución que a esta Sala de la Corte confía el artículo 458 del Código del Trabajo, es distinta de la que a la Corporación, en Sala Plena, otorga el artículo 214 de la Carta, no obstante la semejanza que en algnos aspectos ofrecen los dos sistemas, pues el primero funciona en un caso particular, al cual se limitan sus efectos, mientras que el segundo, más extenso, va hasta dejar sin operancia la norma de derecho que no guarde conformidad con los mandatos del legislador supremo, con efectos **erga omnes.** A lo anterior se puede agregar que en el régimen de la jurisdicción constitucional la acción defensiva de la integridad de la Carta es pública, y en el

de homologación requiere el impulso de parte.

LA CONVENCION COLECTIVA.—El hecho de que el pliego de peticiones solicite la supresión de la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, está indicando que entre las partes no existen convenciones anteriores reguladoras de los puntos a que se contraen las dos instituciones, por lo cual no inciden en el presente caso actos jurídicos de esa clase como límites del poder arbitral.

LA LEY.—No viola el laudo, como lo sostiène el recurrente, el artículo 669 del Código Civil. La norma contiene la definición de lo que es el derecho de propiedad, pero en concreto no instituye derecho alguno que el fallo arbitral hubiera podido desconocer. Por lo demás, son extensas las restricciones al derecho de propiedad, como resulta de numerosos estatutos legales. La circunstancia de que se le haya asignado un fin social (artículo 30, inciso último de la Constitución) deja ver que el artículo citado del Código Civil no tiene hoy el significado individualista que ofrece su definición.

En relación con el plazo presuntivo, las normas que lo establecen no dicen que sea un derecho o una facultad; en cambio, el artículo 48 del CST. sí llama facultad el uso de la cláusula de reserva por cualquiera de las partes.

Para la Corte no hay duda de que los artículos 47 y 49 del Código en cita, sobre plazo presuntivo, instituyen derechos en favor del patrono y del trabajador. Por norma de derecho, en sentido material y objetivo, se entiende la que tiene por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Y el papel que desempeña el plazo presuntivo en el contrato de trabajo por término indefinido es, justamente, el de extinguirlo. Así lo prescribe el literal a) del artículo 61 del CST.

La cláusula de reserva es a la vez derecho y facultad. El plazo presuntivo depende de la ley; la cláusula, de la ley y de la voluntad de las partes: La cláusula es también medio para que cualquiera de los sujetos de la relación de trabajo, de plazo indefinido, le ponga término, a vista de lo estatuído en el artículo 48 del CST.

De acuerdo con el fallo arbitral, el patrono no puede dar por terminado el contrato de trabajo en uso de la cláusula de reserva, y no lo extingue el advenimiento del plazo presuntivo. Para tal fin debe invocar una de las justas causas de que tratan los artículos 62 y 63 del CST. La confrontación entre el laudo arbitral y lo que previenen los artículos 47 y 49 en relación con el 61, literal a) de la obra citada, por una parte, y la comparación entre el mismo acto procesal y el artículo 48 en relación con el 61, literal g) del estatuto en mención, por la otra, demuestra, palmariamente, la oposición entre la ley y el fallo recurrido. Se cumplen, pues en el presente caso, los presupuestos necesarios para que no reciban homologación las decisiones del laudo a las súplicas contenidas en el punto Primero del pliego de peticiones. Si el legislador quiso que la relación de trabajo dependiente tuviera un límite temporal, sin perjuicio de su renovación periódica, previo el lleno de ciertas condiciones, no puede el árbitro, sin desconocer el artículo 458 del prementado código, suprimir los medios establecidos por aquél para que la relación termine.

Examina la Sala las razones que el laudo impugnado expone en pro de su determinación. Todas giran alrededor del principio sobre estabilidad en el empleo, que para el fallo arbitral es un derecho y un deber. En su sentir, protegen el derecho a la estabilidad: las declaraciones formuladas por la Organización de las Naciones Unidas, la Carta Constitutiva de los Estados Americanos, la Constitución Nacional y la Ley del Trabajo.

La Sala observa:

a) Son simples declaraciones de principios las que hicieron los dos organismos internacionales sobre derechos humanos. Valen como recomendaciones para los estados que las proclamaron o suscribieron, pero únicamente en el sentido de que ellos se obligan a adoptar en su legislación normas positivas que protejan debidamente el trabajo e instituyan los sistemas más convenientes para procurar ocupación a la respectiva clase trabajadora, disminuír el desempleo, y elevar su nivel de vida. Cada Estado queda en libertad para llevar a su legislación las medidas que con el propósito de realizar la justicia social esté en posibilidad de establecer, según su capacidad económica. No es otro el alcance que tienen las declaraciones de que se trata.

De la Carta Constitutiva de los Estados Americanos el fallo arbitral cita el artículo 29, literal b), al tenor del cual "el trabajo es un derecho y un deber social; no será considerado como artículo de comercio; reclama respeto para la libertad de asociación y ha de efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso...", pero se abstiene de mencio-

nar el primer inciso del precepto, al cual están subordinadas sus demás disposiciones, que a la letra dice: "Los Estados Miembros están de acuerdo en la conveniencia de desarrollar su legislación social sobre las siguientes bases:"

Lo que en su legislación social se prometen realizar los Estados Americanos en el futuro, lo toma el fallo arbitral no como promesa sino como derecho positivo, revestido de la coacción peculiar a toda norma legal imperativa y obligatoria.

b) No es exacto que la Constitución Nacional establezca el derecho a la estabilidad en el empleo. Su artículo 17 dispone: "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado". Y el 32 autoriza la intervención estatal, por medio de la ley, en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin, entre otros, "de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho".

Una forma de proteger el trabajo es sin duda la que garantice la estabilidad en el empleo; empero el constituyente se limita a marcar la orientación que debe seguir el legislador en la materia, dejándolo en libertad para que escoja el sistema de protección que mejor se acomode a la intención de aquél.

c) El Código Laboral, expedido con posterioridad a la Constitución, tampoco recoge en su articulado el principio sobre estabilidad en el empleo. El artículo 7º del estatuto de trabajo repite lo que dice el constituyente en el artículo 17 de la Carta; el 9º de aquél repite otro principio del mismo artículo 17 sobre protección al trabajo, agregando que a ella están obligados los trabajadores públicos, de acuerdo con sus atribuciones; y el 11 del primer código declara que toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger la profesión y oficio que le plazca, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley.

La fuente legal que el laudo señala como origen de la estabilidad, contenida en los tres preceptos citados del Código del Trabajo, no abonan su tesis. Fuera de ellos no se encuentra precepto alguno de derecho positivo que le sirva de fundamento.

Otra es la reglamentación positiva sobre duración del contrato individual de trabajo. El legislador le fija un límite temporal tanto al contrato a término fijo como al de plazo indefinido: para el primero un mínimo de cuatro meses y un máximo de dos años; y para el segundo un plazo de seis meses (artículos 46, 47 y 49 del C. del T.). El contrato a término fijo es renovable indefinidamente, y el contrato cuya duración no haya sido estipulado y no resulte de la naturaleza de la obra o servicio, es renovable de la misma manera, de acuerdo con lo que prescriben los citados preceptos legales. La renovación periódica de la relación de trabajo descubre una orientación favorable a su mantenimiento, pero no se puede sostener que sea ella la doctrina legal imperante, pues el código laboral autoriza la terminación unilateral del contrato a término indefinido como el sujeto a término fijo, vencido el plazo legal respecto del primero, o el contractual en relación con el segundo, conforme a lo prescrito en los literales a) y g) de su artículo 61, respectivamente. Además el contrato de la primera clase puede expirar, cualquiera que sea el tiempo que haya corrido, por virtud de la cláusula de reserva, según el artículo 48 del mismo estatuto.

Visto el desarrollo que el legislador ha dado a los mandatos de la Carta política en materia social, preciso es admitir que aquél no se decidió por la estabilidad en el empleo. El régimen legal deja a las partes en libertad para que mantenga el contrato mediante su renovación periódica, o para que lo den por terminado.

d) La cláusula de reserva y el plazo presuntivo —dice el laudo— son contrarios a preceptos de la Carta, por lo cual debe prevalecer ésta sobre las normas legales que establecen las dos instituciones.

El razonamiento del fallo se apoya en la norma del artículo 215 de la Ley de Leyes, a virtud del cual, en caso de incompatibilidad entre un precepto del constituyente y otro del legislador, aquél debe aplicarse de preferencia. No dándose el supuesto en que se funda la hipótesis, no viene al caso invocar la excepción de inconstitucionalidad.

e) En los países subdesarrollados, como Colombia, dice el laudo, cuyo sistema de previsión social es deficiente y sin subsidio para los desocupados, es necesaria la garantía de la estabilidad en el empleo, pues sin ella nada valen las conquistas sociales más avanzadas. Al respecto la Sala observa:

Se refiere el laudo a cuestiones de política legislativa, que no son de la competencia del Juez; sus argumentos son valederos para el cambio del régimen vigente.

La historia conoce dos sistemas de formulación del derecho: el de la jurisdicción de equidad, an-

terior a la aparición del estado moderno, y el de la jurisdicción de derecho, fundado en la separación de las distintas ramas del poder público, que es el previsto en nuestra organización constitucional. El Juez de equidad creaba la norma para la solución del caso sometido a su juicio, pues su actividad no estaba sometida a precepto legal alguno; realizaba, como lo dice con acierto Calamandrei, un trabajo de diagnosis política de las fuerzas sociales, que en el sistema de la jurisdicción de derecho está realizado exclusivamente por los órganos legislativos.

Escribe el mismo expositor:

"En el sistema de la legalidad, hay entre legislador y juez una división de trabajo: todos los factores políticos deben ser llevados a la valoración de los órganos competentes para crear las leyes, no de órganos que, como los jueces, corresponde sólo aplicarlas como son. En este sentido está en vigor, en el sistema de la legalidad ,(y no en el de la equidad) la separación entre justicia y política; al juez y con mayor generalidad al jurista, no corresponde discutir la bondad política de las leyes; corresponde solamente, en cuanto juez y en cuanto jurista, observarlas y hacerlas observar.

"En otras palabras: al juez no le es lícito realizar sobre el derecho constituído las valoraciones críticas de **iure condendo**, a base de las cuales pueden ser calificadas de 'justas' o 'injustas', según que corresponda más o menos a ciertos ideales de justicia en sentido moral o social, que se establecen como criterios de valoración de las mismas. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, calificar de injusta la ley puede parecer una **contradictio in adiecto**. La justicia que administra el juez en el sistema de la legalidad, es la justicia en sentido jurídico, es decir, en el sentido más estrecho y menos opinable, de conformidad con el derecho constituído, independientemente de la correspondencia entre éste con la justicia social". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, págs. 38 y 39).

f) No es esencial a la libre empresa la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, por lo cual los árbitros tienen facultades para eliminarlos. Funda el fallo el argumento en estas razones:

1ª—Algunas empresas, en convenciones colectivas con sus sindicatos, han suprimido las dos instituciones; y 2ª El Gobierno propone su abolición en el proyecto de reforma al Código del Trabajo presentado a la consideración del Congreso.

Observa la Sala: si las partes tienen facultad para prescindir de la cláusula y el plazo, la afirmación no demuestra que de ella gocen también los árbitros. En capítulo anterior de este fallo se dejó dicho que los poderes del árbitro, en el conflicto colectivo de tipo jurídico, dependen de la ley y no de la voluntad de los interesados. La iniciativa oficial para que el Parlamento suprima los dos medios de extinción del contrato de trabajo, es prueba elocuente del respeto al régimen legal imperante, el cual, mientras subsista, debe ser acatado tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción arbitral.

Por lo demás, el proyecto mencionado no acoge el sistema que implanta el fallo arbitral, según el cual el contrato de trabajo sólo puede terminar por una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST., debidamente comprobada y declarada judicialmente, pues en el proyecto el contrato de plazo indefinido puede hacerlo cesar cualquiera de las partes sin prueba de la justa causa y con intervención de la justicia o sin ella, siendo de cargo de la parte que lo incumplió el pago de la indemnización de perjuicios, en la forma y términos prescritos por su artículo 63.

g) El hecho de que en otras legislaciones el contrato se mantenga mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, no amerita la tesis del fallo arbitral, pues se sabe que la ley tiene un límite espacial constituído por el territorio del respectivo estado, fuera del cual no operan la ley ni la jurisdicción nacional. A falta de legislación positiva, la ley del trabajo permite acudir a fuentes diversas, entre las cuales no figura la ley extranjera (artículo 19 del CST.), pero existiendo el precepto regulador del caso, no le está permitido al juez basar su decisión en otras fuentes. El juez, como todo funcionario público, tiene obligación de cumplir lo que la ley le manda por mandato de la Constitución (artículo 20), y es responsable si así no procede. Lo que del juez se predica rige para quien, como el árbitro, tiene la misma función de aquél, así sea de manera transitoria. A lo expuesto conviene agregar lo siguiente:

Tesis cardinal del laudo es la de que la estabilidad del empleado en el cargo es derecho que en la regulación positiva amparan tanto la constitución como la ley. No guarda conformidad la premisa con este concepto del fallo arbitral: "... .....en Colombia se consagraron los principios fundamentales que tienden a la realización del

derecho al trabajo pero sin la garantía real y el acceso permanente a la ocupación". Admite, pues, la existencia del precepto, sin la sanción correspondiente. Por tanto, sin demostrar que el árbitro tiene facultades iguales a las del legislador —principio a todas luces inaceptable— no podía el laudo hacer uso de atribuciones que competen exclusivamente a la ley.

Si por razones de **iure condicto** la Corte no admite la tesis del Tribunal arbitral, no quiere significar con ello que dentro del **iure condendo,** sus argumentos sean inatendibles. Al contrario, la Sala reconoce que muchas de las apreciaciones del laudo son acertadas. Es cierto que en doctrina el pensamiento dominante es el que propende por la estabilidad en el empleo, como también lo es que sin ella no se le presta al asalariado una protección eficaz. La obligación de proporcionarla incumbe al Estado y a la comunidad política bajo su mando, no al patrono de modo preferente, como hasta ahora se ha venido entendiendo. La falta de correspondencia entre el estado social existente y el que debería regirlo según los principios que dominan la materia, explica el hecho de que los trabajadores organizados, mediante la lucha sindical, pretendan eliminar las fallas existentes. Una de esas fallas es la cláusula de reserva que, sin autorización legal para estipularla, carecería de validez. El precepto que la instituye parte del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, del libre consentimiento, ignorando que en el plano económico impera entre las partes la desigualdad, e ignorando también que con base en ese presupuesto el estatuto laboral establece numerosas restricciones a la libertad contractual. No se aviene con ese régimen intervencionista el mandato del artículo 48 del CST., esencialmente individualista, por lo que, dentro del espíritu del derecho social, constituye un verdadero retroceso. Quizá no sería excesivamente audaz clasificar el contrato de trabajo entres los llamados "contratos necesarios", según la terminología de Demogue. En efecto, quien solicita un empleo movido por la urgencia de atender a su propio sostenimiento y al de su familia, padece un estado de necesidad que lo obliga a no discutir las cláusulas que le proponga el patrono, aunque tenga la certeza de que son lesivas de sus intereses y aun de su dignidad personal. Sobre la autonomía de la voluntad en los contratos en que la desigualdad económica entre los contratantes sea manifiesta, Marcel Waline, profesor de la Facultad de Derecho de París, declara que no se puede dejar en libertad a los individuos para crear derechos y obligaciones a su antojo, por medio de contratos, porque una de las partes empujada por la necesidad, se ve obligada a aceptar la ley contractual dictada por la otra, aunque tenga el convencimiento al dar su aceptación, que el contrato la lesiona.

En el caso de los Bancos, la cláusula, en verdad, no ha tenido operancia, de manera que actúa más como instrumento de coacción que como medio legal para terminar el contrato. Si ello es así, no existen razones valederas para que la ley mantenga una ordenación que en el fondo representa una simple amenaza pero también una fuente permanente de conflictos sociales. Si esa es la significación de la cláusula, como parece acreditarlo la realidad, se explica la repudiación que de ella hace la clase trabajadora. Pero el cambio, mediante la contratación colectiva, esto es, previo acuerdo de las partes, no puede ser utilizado por el Juez particular, por las razones que se han dejado expuestas.

El punto **quinto** del pliego contiene tres súplicas, de las cuales, la relacionada con el reintegro del personal despedido, expresa: "**Reintegro inmediato del personal despedido en el último año, por cláusula de reserva o contrato presuntivo.** Sin perjuicio de la acción judicial para quienes han sido despedidos, con aplicación de los artículos 62 y 63 del C. S. del Trabajo, sin previa comprobación".

El fallo arbitral decidió la petición en esta forma:

"**Primero.**—Dentro del término de sesenta (60) días, contados a partir de la fecha del presente laudo, las partes procederán a reconsiderar los despidos originados en la aplicación de la cláusula de reserva y del plazo presuncional en que exista abuso del derecho. Para ese efecto los empleados despedidos que así lo deseen, dentro de ese plazo, presentarán, por conducto de la respectiva organización sindical, sus reclamaciones fundamentales y los Bancos deberán entrar a estudiar y resolver cada situación siguiendo los principios de la parte motiva de este punto quedando a salvo el derecho de reclamación ante la Justicia Laboral en los casos contemplados en los artículos 62 y 63 y demás pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo...".

La Corte considera:

Los despidos realizados por los Bancos en uso

de la cláusula de reserva y los empleados retirados por expiración del plazo presuntivo, crearon situaciones jurídicas definitivas, consumadas bajo el imperio de preceptos legales que las reconocen y tutelan. Disponer, pues, como lo hace el fallo arbitral, la revivicencia de hechos que el legislador considera irrevocables, es obrar contra su voluntad, cuyo acatamiento es obligatorio para el árbitro.

El artículo 16 del CST., a diferencia de lo que ocurre con el contrato en el derecho común, manda regir por la nueva ley el de trabajo vigente al tiempo de su expedición, declarando que la ley posterior no rige las relaciones jurídicas ya consumadas. Si la propia ley se detiene ante la irretroactividad y limita sus poderes para respetar los contratos ya extinguidos, no es posible que la jurisdicción arbitral goce de atribuciones de que no disfrute el titular de la soberanía.

El laudo manda revisar los contratos terminados por expiración del plazo presuntivo, o en uso de la cláusula de reserva, en los cuales el patrono haya incurrido en abuso del derecho. El contrato que terminó por la expiración del plazo presuntivo no es susceptible de la calificación que utiliza el Tribunal, pues el hecho ocurre sin intervención del empleador, por el sólo transcurso del tiempo. De otro lado, no es corriente que el legislador sancione normas que conlleven abuso del derecho, pues debe suponerse que procede siempre inspirado en el bien común, tal como lo entendió al expedir el mandato.

En relación con la cláusula de reserva, la teoría a que alude el laudo puede tener aplicación, pues de la cláusula cualquiera de las partes ha podido hacer uso indebido. Debe anotarse que la locución —ABUSO DEL DERECHO— aunque corriente en la literatura jurídica, es equívoca o se presta a confusiones, por lo cual predomina en la doctrina la expresión "abuso en el ejercicio de un derecho". La primera comprende todas las instituciones jurídicas integrantes del estado de derecho, esto es, el derecho positivo; la segunda alude al derecho subjetivo, esto es, al derecho como facultad, como poder o autorización para obrar o abstenerse. Sólo respecto del derecho subjetivo cabe pensar en el mal uso de la facultad, poder o autorización, es decir, el mal uso es predicable respecto de un derecho en ejercicio.

El derecho positivo colombiano no contiene normas que acojan la teoría. Aplicaciones de ella se encuentran en algunos casos, relativos al ejercicio del derecho de propiedad, como el que contempla el artículo 1.002 del Código Civil y el 21 de la Ley 200 de 1936. Este último dispone que el Juez, en los procesos entre titulares del derecho de dominio y ocupantes de inmueble, al aplicar la ley sustantiva, debe interpretarla con el criterio de que no debe protegerse "el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley". En el derecho de obligaciones se hallan también casos de represión del uso excesivo de un derecho, cuando el titular solicita la tutela judicial, entre los cuales merecen citarse el que regula el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil sobre reducción del secuestro en cuanto al exceso que se acredite.

La teoría, en otras legislaciones, ha recibido consagración legislativa. El nuevo código civil italiano (artículo 833) la recoge en estos términos: "El propietario no puede ejecutar actos que no tengan otro fin que el de perjudicar a otro"; la ley civil alemana, a diferencia de la anterior, adopta el principio con aplicación a toda clase de derechos, así: "El ejercicio de un derecho no está permitido, cuando no puede tener otro fin que el de causar un daño a otro (artículo 226); el código polaco de las obligaciones ordena la reparación del daño al que intencionalmente o por negligencia lo causa, si excedió los límites fijados por la buena fe o el fin en vista del cual el derecho fue conferido (artículo 137); el código civil ruso, en su artículo 1º, declara: "Los derechos civiles están tutelados por la ley, salvo los casos en que ellos sean ejercitados en contradicción con su destinación económico-social"; y el suizo (artículo 2º) dispone: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abúso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley".

Bonnecase estima que los elementos integrantes del principio en estudio, son los siguientes: a) Ejercicio de un derecho; d) Falta de toda utilidad para el titular de ese derecho; c) Intención nociva; d) Perjuicio causado efectivamente a un tercero. Y resume los expresados requisitos en esta fórmula: "ejercicio de un derecho, sin utilidad para su titular, con un fin exclusivamente dañoso". (Suplemento al tratado de Baudry-Lacantinerie, t. 3º, pág. 441).

El dolo, la falta de utilidad para quien ejercita el derecho y el perjuicio, se destacan como presupuestos de la doctrina que se analiza. La simple intención de causar el daño coloca la doctrina en un plano de subjetividad. El mismo Josse-

rand, para quien el derecho subjetivo es función social, opta por una fórmula de transacción entre el sistema objetivo, acogido por el código soviético, y el subjetivo de otras legislaciones. Sostiene el mismo autor que para llegar a la conclusión de que un acto se ha cumplido fuera o en contra de la función social del derecho de que se trate, es preciso preocuparse por la conducta del agente, ya sea por qué ha obrado o de qué modo, o si obedeció al obrar a un modo legítimo; "es preciso, pues, proceder a una encuesta subjetiva, y desde este punto de vista y con esta medida, la teoría del abuso toma un sentido, cuando no intencional, por lo menos subjetivo". (Del Espíritu de los Derechos y su Relatividad, pág. número 386).

Nadie sería osado a discutir que el derecho del trabajo tiene un fin predominantemente social. Su propósito no es el de proteger al hombre que trabaja, de manera exclusiva, sino también el interés de la comunidad a que pertenece. Aun dejando de lado la teoría sobre abuso en el ejercicio de un derecho, puede afirmarse que éste es siempre relativo, pues el derecho absoluto o insular es simple abstracción. En la referida disciplina, más que en ninguna otra, se destaca la limitación del derecho subjetivo con miras a detener el abuso en su ejercicio. Para demostrar el aserto bastaría hacer mérito de las normas que restringen la libertad contractual, como la referente a la invalidez de la renuncia por el trabajador de los derechos que la ley le acuerda, y la de ineficacia de las estipulaciones que menoscaben esos derechos (artículos 14 y 13 del C.S.T.).

Pero el hecho de que en el estatuto laboral cobre énfasis especial el principio sobre relatividad de los derechos, no lleva a la conclusión de que pudieron existir casos de abusos en el ejercicio de la cláusula de reserva por parte del patrono, como lo insinúa el fallo arbitral. Ni siquiera plantea éste una hipótesis sino la posibilidad de su ocurrencia, y sobre esa base deleznable, no tiene fundamento atendible la resolución dada a la súplica del punto **Quinto** del pliego. En la cláusula de reserva basta su invocación por la parte que la utilice para que se produzcan los efectos en ella contemplados, sin necesidad de expresar las razones de la determinación, lo cual quiere decir que los móviles determinantes son desconocidos, esto es, dependen de la voluntad del autor y actúan, por consiguiente, en un plano de absoluta subjetividad. Esa situación inaprensible le impide al juzgador, frente a la hipótesis legal, declarar que pudo haber despidos contrarios a la buena fe. Sólo en presencia de hechos concretos y objetivos, debidamente comprobados, de los cuales aparezca que la cláusula fue utilizada con intención nociva, sin utilidad y con el fin de perjudicar al empleado, cabría hablar de abuso en su ejercicio. El Tribunal Arbitral no contempló ni halló demostrado caso alguno en que la buena fe hubiera sido desconocida por cualquiera de las entidades bancarias que utilizaron la cláusula, ni para adoptar su resolución investigó los móviles que determinaron el acto, ni las situaciones fácticas que hubieran podido servirle de fundamento. Se atuvo a la simple teoría, sin previo examen de los hechos, lo cual es suficiente para considerar que no fue acertada su decisión.

Cuanto se ha expuesto acerca de la resolución recaída a los puntos **primero** y **quinto** del pliego, lleva a la conclusión de que no es ella exequible, y así habrá de ser declarado por la Corte.

Continúa la Sala el estudio de la primera demanda. (Bancos del grupo A).

PUNTO SEGUNDO DEL PLIEGO

La decisión que a este punto recayó, en relación con la resolución sobre efectos y vigencia del laudo, es inexequible, según el recurrente, en cuanto da retroactividad a los aumentos de salario y en cuanto toma como base para liquidarlos, no los salarios señalados por el laudo presidencial de 1959, que el nuevo fallo arbitral vendría a reemplazar, sino los que regían el 1º de julio de 1960, sin contemplar las compensaciones por aumentos voluntarios. Esta retroactividad —continúa el cargo— implica la violación del artículo 30 de la Constitución y del 16, inciso 1º del C.S.T. Y al no tomar en cuenta los aumentos de salario concedidos por los Bancos, voluntaria o convencionalmente, con posterioridad a los ordenados por el laudo presidencial, viola el inciso 2º del mismo artículo 16 citado y los artículos 1.625, 1.626, 1.627, 1.653, 1.654 y 1.655 del C. C. El parágrafo quinto de esta decisión permitiría ciertamente, abonar al nuevo aumento "las alzas generales de salario que hayan decretado los Bancos a partir del 1º de julio de 1960", pero no las individuales, en ningún caso, ni aun las alzas generales que, como en el caso del Royal Bank of Canada, se hayan hecho a partir del 1º de mayo de 1960 en relación con los salarios ya aumentados por virtud del laudo presidencial de 1959.

Solicita el pliego en su punto segundo:

SALARIOS

"El Banco a partir del vencimiento del laudo arbitral aumentará los salarios a sus empleados en la siguiente proporción:

"a) Por los primeros $ 100.00.....$ 35.00
Por los segundos $ 100.00....." 30.00
Por los siguientes $ 100.00....." 25.00
Por los siguientes $ 100.00....." 20.00
Por los siguientes $ 100.00....." 15.00
Por los siguientes $ 100.00....." 10.00
Por los siguientes $ 100.00....." 5.00

De la última suma en adelante se aumentarán $ 5.00 por cada $ 100.00 de sueldo; las fracciones menores de $ 100.00 recibirán un aumento proporcional.

SALARIO MINIMO

"b) La Empresa no podrá contratar los servicios de porteros, celadores, cobradores, patinadores de cuentas corrientes y similares con asignación inferior a $ 350.00.

"Queda entendido que quienes desempeñen estas funciones, en caso de que el aumento de salarios pedido en el punto segundo de este pliego de peticiones no alcance a este salario mínimo, deberá ser nivelado inmediatamente sin perjuicio de su correspondiente calificación".

La petición fue resuelta por el laudo así:

"**Primero.**—Señálase los siguientes salarios mínimos:

"a) En las ciudades capitales de Departamento y Armenia, Barrancabermeja, Dorada, Girardot, Mompós, Palmira, Pamplona, Pereira, San Gil y Socorro, la cantidad de $ 350.00 mensuales.

"b) En las demás ciudades la cantidad de $ 300.00 mensuales.

"**Segundo.**—La tabla conforme a la cual los Bancos procederán a ajustar sus salarios básicos es la siguiente:

"Sobre los primeros $ 300.00.....$ 60.00
"Sobre los siguientes $ 100.00....." 15.00
"Sobre los siguientes $ 100.00....." 10.00
"Sobre los siguientes $ 100.00....." 5.00
"Sobre los siguientes $ 100.00....." 5.00
"Sobre los siguientes $ 100.00....." 5.00
"Sobre los siguientes $ 100.00....." 3.00

"De $ 800.00 en adelante se aumentarán $ 3.00 por cada $ 100.00 hasta el límite de $ 1.500.00 de asignación mensual. Las fracciones menores de $ 100.00 recibirán un aumento proporcional.

"**Parágrafo primero.**—Si al liquidarse el respectivo aumento el sueldo reajustado resultare inferior al salario mínimo, el sueldo deberá llegar al nivel de éste.

"**Parágrafo segundo.**—El reconocimiento del salario mínimo y de los aumentos contemplados en esta decisión se aplicarán sin perjuicio de condiciones más favorables que tengan establecidas los Bancos.

"**Parágrafo cuarto** (debía seguir el tercero).—Los Bancos que tengan establecidas primas sobre costo de vida las conservarán en la forma que se vengan aplicando.

"**Parágrafo quinto.**—Del aumento liquidado según la tabla anterior se descontarán las alzas generales de salario que hayan decretado los Bancos a partir del 1º de julio de 1960. En todo caso se aplicará el sistema de aumento que más beneficie al empleado".

El apoderado de las entidades sindicales le pidió al Tribunal en escrito obrante a folios 246 y 247, aclaración de la resolución recaída al punto segundo del pliego, en estos términos:

"Tercero.—Algunos Bancos venían reconociendo a sus trabajadores una llamada prima de carestía de vida.

"Deben los Bancos liquidar los aumentos decretados por el laudo sin incluír la prima en el salario base de la liquidación o por el contrario incluyendo la prima para luego efectuar la liquidación o reajuste para el alza?

"Cuarto.—Si un Banco tenía pactado con su sindicato de base un salario ligeramente superior al decretado en el laudo, el alza decretada en el laudo debe hacerse sobre el salario que tenía pactado? Esta alza cobija a todo el personal?

Al resolver las dos cuestiones propuestas en el memorial de aclaración, el Tribunal, en auto del 12 de diciembre anterior (fls. 249 a 251), dijo:

"Punto tercero.—Al decidir sobre aumentos de salario, el Tribunal ordenó: 'La tabla conforme a la cual los Bancos procederán a ajustar sus **salarios básicos** es la siguiente: Y en el parágrafo 4º de este mismo punto se dispone que los Bancos que tengan establecidas primas sobre costo de vida las conservarán en la forma que se venga aplicando.

"Sobre esta materia no existe ambigüedad. Los aumentos decretados en el punto segundo del laudo (fls. 94 y 95) se deben liquidar sobre los salarios básicos.

"**Punto cuarto.** — En el parágrafo segundo del punto segundo del laudo (fl. 95) se dice expresamente:

" 'El reconocimiento del salario mínimo y de los aumentos contemplados en esta decisión se aplicarán sin perjuicio de condiciones más favorables que tengan establecidas los Bancos. Y en el parágrafo quinto del mismo punto se ordena: Del aumento liquidado según la tabla anterior se descontarán las alzas generales de salario que hayan decretado los Bancos a partir del 1º de julio de mil novecientos sesenta (1960). En todo caso se aplicará el sistema que más beneficie al empleado.

"En esta materia se debe, pues, aplicar el sistema que más beneficie al empleado".

El personero del Banco Cafetero le pidió al Tribunal reposición de la providencia anterior en la parte que aclara la decisión del punto segundo del pliego, y, en subsidio, interpuso contra ella el recurso de apelación. La súplica no fue resuelta por haberes remitido el expediente a esta Superioridad para los fines del recurso de homologación. En atención a tal circunstancia, el mandatario judicial del nombrado Banco impugna la referida decisión del laudo, cuya nulidad solicita, porque viola normas legales y afecta derechos de la mencionada entidad bancaria.

Como la acusación se refiere al mismo punto de la resolución arbitral impugnado por los Bancos del grupo A), la Sala examina las dos conjuntamente.

En el escrito en que el apoderado del Banco Cafetero (fls. 268 a 271), ataca la resolución recaída al punto segundo del pliego, aclarada en los términos antes expuestos, dice:

Es cierto que "inicialmente el Tribunal ordenó el ajuste de los **salarios básicos** en los Bancos según la tabla prevista en el laudo, pero también es cierto que en la última parte de dicha decisión se dice lo siguiente:

" 'De $ 800.00 en adelante se aumentarán $ 3.00 por cada $ 100.00 hasta el límite de $ 1.500.00 de asignación mensual. Las fracciones menores de $ 100.00 recibirán un aumento proporcional' ".

Hay contradicción —dice el recurrente— si se dá interpretación distinta a los términos "salarios básicos" y "asignación mensual", pero no si a los dos vocablos se les asigna el mismo significado. Agrega que las directivas del Banco han entendido que el salario básico es el que sirve de base para la liquidación de las prestaciones sociales, porque lo constituye la asignación mensual que percibe el trabajador; que de no ser ello así, el solo hecho de existir en el Banco Cafetero un salario móvil mensual como prima de carestía de vida, "al no tenerlo en cuenta como constitutivo del salario básico o asignación mensual, con el salario fijo o permanente, derivaría hacia un tratamiento injusto e irregular para dicho Banco, en perjuicio notorio del mismo, al aplicarse la tabla de aumentos en correlación con los otros Bancos". Observa además, que si la prima móvil mensual de carestía de vida es un sobresueldo que se paga en proporción a la remuneración fija o periódica, se debe entender que todo ello sumado constituye la "asignación mensual" del trabajador y que, por tanto, sobre esta asignación deben operar los aumentos decretados por el fallo.

Aspira el recurrente a que por asignación mensual en el Banco Cafetero se entienda el sueldo fijo más el variable por prima de carestía de vida, y a que el salario así constituído sirva de base para aplicar la tabla de reajustes de sueldos ordenado por el laudo.

En cuanto a vigencia del laudo, el pliego de peticiones (parágrafo segundo, punto noveno) solicita que su duración sea de doce meses, contados a partir de la expiración del fallo arbitral anterior. El Tribunal la resolvió así: "El presente laudo surte efectos a partir del 1º de septiembre de 1960 y tendrá vigencia hasta el 31 de agosto de 1961".

Se anota que el término de duración del fallo arbitral, al cual estaban sujetas las partes, del 14 de julio de 1959, corriente en autos (fls. 1 a 10), debía expirar, según su ordenación final, el 1º de septiembre de 1960.

La Corte considera:

El cargo de los Bancos del grupo A.

El laudo impugnado declara que surtirá efectos desde el 1º de septiembre de 1960. Las alzas generales de salario decretadas por algunos Bancos a partir del 1º de julio de 1960, que según el parágrafo quinto de su punto segundo deben descontarse al liquidar el aumento que dicho punto reconoce, en el supuesto de que el aumento sea superior al otorgado por las empresas, no conduce a la retroactividad que alega el recurrente, pues el aumento comienza a regir, no desde el 1º de julio de 1960, como lo entiende el impugnador, sino desde el 1º de septiembre del mismo año.

El argumento de que el fallo arbitral incurre

en el mismo vicio de retroactividad, porque para el aumento de salario que decreta toma como base no los salarios señalados en el laudo presidencial sino los que regían el 1º de julio de 1960, carece de fundamento, porque el pliego de peticiones no solicita el aumento sobre la base de la tabla de salarios adoptada por el laudo referido, sino que presenta una muy distinta, como resulta de la comparación entre una y otra.

Si algunas entidades bancarias aumentaron los salarios decretados en el laudo anterior y durante la vigencia de éste, voluntaria o contractualmente, y el Tribunal no los tuvo en cuenta, la determinación no tiene el alcance retroactivo que le asigna el recurrente, pues al respecto goza de facultades discrecionales. Si vigente el laudo de 1959, parte de los Bancos aumentaron espontáneamente el salario señalado en aquél, o el aumento fue pactado en convención colectiva, no puede sostenerse razonablemente que el laudo de 1960 viole derechos adquiridos con quebranto consiguiente de los artículos 30 de la Constitución, 16 del C.S.T. y las normas del Código Civil que la acusación relaciona, pues en el primer caso la concesión la otorga el titular del derecho y en el segundo obedece a la voluntad de ambas partes. Sobre el punto la decisión arbitral (parágrafo segundo, punto segundo) dispone que el salario mínimo, como los aumentos, se apliquen sin perjuicio de condiciones más favorables establecidas por los Bancos, acogiendo sobre el particular normas positivas del derecho del trabajo y principios generalmente aceptados en doctrina y jurisprudencia.

El cargo del Banco Cafetero

Si el laudo hubiera dispuesto que el aumento de salarios de que trata la tabla del punto segundo, en cuanto al Banco mencionado, debía liquidarse sobre la asignación fija mensual, el reparo del recurrente tendría justificación, pero no habiendo usado el adjetivo "fija" sino la expresión "asignación mensual", la contradicción entre esta frase y la de "salario básico", en realidad no existe, pues la resolución del fallo arbitral no ofrece duda ni ambigüedad alguna ni se presta para ver en ella las confusiones que preocupan al apoderado de la entidad bancaria. La decisión dice que la tabla conforme a la cual los Bancos procederán a ajustar "sus salarios básicos" será la que a continuación inserta. Si la prima móvil o de carestía de la vida, que el Banco paga mensualmente, es un complemento del sueldo fijo, aquélla y éste integran el salario, como se desprende de la norma del artículo 127 del C.S.T. y sobre el salario así obtenido deberá liquidarse el aumento que el laudo decreta. Al mismo resultado se llega si en vez de hablar de salario básico se opta por la expresión "asignación mensual" que utiliza el fallo, pues la prima de carestía la cubre el Banco mensualmente, como el propio recurrente lo expresa. No está, pues, justificado el cargo.

PUNTO TERCERO DEL PLIEGO

Sostiene el apoderado de los Bancos del grupo A) que la decisión del laudo sobre este punto es inexequible, porque viola los artículos 458 del C.S.T. y 142 y 143 del C. de P. L., en relación con los artículos 30 y 32 de la Constitución y 669 del C. C. Dice en apoyo del cargo que los árbitros extralimitaron el objeto para el cual se les convocó e invadieron una zona reservada por la Carta y por la ley al ejercicio lícito de la propiedad privada. "Los sindicatos pidieron que se elaborara y reglamentara el escalafón bancario, aspiración legítima y plausible a la cual muchos Bancos ya vienen atendiendo. El Tribunal eludió lo pedido pero, en cambio, se arrogó la potestad de crear departamentos y comisiones o secciones dentro de cada Banco, franco e insólito atentado contra los principios de la libertad de empresa, que no les fue siquiera pedido por los sindicatos".

Dice el punto tercero del pliego:

ESCALAFON BANCARIO

"La Empresa procederá dentro del término de sesenta días, de común acuerdo con la organización sindical, a elaborar el escalafón, teniendo en cuenta:

"a) La asignación a los cargos.

"b) Los tiempos en que deba calificarse.

"c) Las condiciones preferenciales para los ascensos.

"d) La provisión de vacantes que deberá hacerse siempre por la base.

"e) Las normas compensatorias que favorezcan al trabajador cuando no pueda considerarse su ascenso. Solamente quedará excluído de este escalafón el cargo de Gerente General.

"La Empresa no podrá crear nuevos cargos sin previa aprobación de la Organización Sindical, y el nuevo cargo quedará sometido al Escalafón".

"La decisión del laudo fue la siguiente:

"**Primero.**—Créase, en cada Banco, el Departamento de Relaciones Industriales y de Trabajo.

"**Segundo.**—En cada Banco funcionará una Co-

misión de Evaluación del Trabajo y Escalafón que estará integrada por representantes de la Empresa y un Delegado de sus empleados.

"Los organismos son de carácter permanente y deberán empezar a funcionar en el término de noventa (90) días, contados a partir de la fecha del presente laudo.

"**Parágrafo.**—A excepción de los cargos de Gerente, Sub-Gerente, Secretarios Generales, Revisores Fiscales o Auditores y Asistentes del Personal Directivo, todas las posiciones y oficios de los trabajadores bancarios deben ser evaluados, estableciendo un mínimo técnico de clasificación por la agrupación de funciones y responsabilidades homogéneas o similares, y, consecuentemente, un número determinado de tipos de salario. La evaluación del trabajo se hará con base en la descripción previa de funciones y responsabilidades del cargo u oficio y para la calificación por puntos de los factores que determinen su categoría, se aplicarán los coeficientes aceptados por la técnica y la experiencia para medir, en cada caso, la influencia de los siguientes factores principales: Antigüedad y experiencia, instrucción teórica mínima necesaria, esfuerzo físico que desarrolla, esfuerzo mental requerido, grado de responsabilidad económica, por equipo y sobre vidas humanas, peligros a que esté sometido el trabajador, condiciones ambientales, salud ocupacional e higiene industrial, capacidad de mando necesario, condiciones para los ascensos y normas compensatorias que favorezcan al trabajador cuando no pueda considerarse su ascenso por razones especiales".

Se considera:

El pliego pidió la elaboración de un escalafón bancario, señalando al efecto los elementos integrantes. El laudo acogió la petición, fijando bases distintas de las propuestas, que, sin embargo, se acomodan al pensamiento consignado en la súplica. No contiene ésta, es cierto, la solicitud sobre creación de los dos organismos a que se refieren los puntos primero y segundo de la resolución arbitral. Estima legítima el recurrente la aspiración de los trabajadores relativa a la creación, en cada empresa, de un escalafón bancario; censura y halla contrario al régimen de la libre empresa, el procedimiento adoptado por el laudo. No es, pues, la institución lo inaceptable sino el procedimiento que debe regirla. No halla la Sala fundada la acusación: toda función necesita un órgano que la ponga en movimiento. La función sin instrumento de ejecución, no cumple ningún fin. El derecho material v. gr., sin el proceso que lo actúe, permanecería en situación estática e inobservado. Lo propio cabe decir con relación al punto que se examina. Puede, pues, considerarse implícita en la súplica del pliego la relativa a la creación de organismos adecuados para darle vida al escalafón, por lo cual, no es posible ver en el ordenamiento del laudo extralimitación alguna ni quebranto de las normas de derecho que el recurrente estima infringidas. Aceptada la conveniencia del escalafón, que en el pliego petitorio es lo esencial, las normas sobre su desarrollo son simplemente complementarias. La decisión no rebasa las facultades del árbitro, pues es manifiesta su repercusión en el campo económico, ya que objeto del escalafón es el de que rijan unas mismas condiciones de trabajo para los empleados que desempeñen funciones iguales, facilitando así la aplicación del principio consagrado en el artículo 143 del C. del T., al tenor del cual, a trabajo igual salario igual, aparte de que es un medio adecuado para que la retribución consulte mejor los dictados de la justicia distributiva.

El recurso de los Bancos del grupo A) formula, además, dos cargos, que se examinan a continuación.

PUNTO QUINTO DEL PLIEGO — PARAGRAFO SEGUNDO

Dice la petición:

"La convención colectiva de trabajo que celebre el Sindicato con el Banco sólo se aplicará a sus afiliados. Los empleados no sindicalizados que resulten beneficiados de ella, en todo o en parte, deberán pagar al Sindicato durante su vigencia una suma igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización. El Banco retendrá automáticamente, de los salarios de tales empleados, la cuota correspondiente".

La súplica, que en la decisión al punto quinto del pliego se distingue con el ordinal tercero, fue resuelta en estos términos:

"Cuando los Bancos hagan extensivo, en todo o en parte, a los empleados no sindicalizados los beneficios de este laudo, deberán descontar de los salarios de tales trabajadores, sin necesidad de orden o solicitud escrita de los mismos, una cantidad igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización

sindical respectiva que sea parte del presente conflicto".

Afirma el recurrente que la decisión es inexequible porque viola el artículo 458 del C.S.T. en relación con los artículos 57, ordinal 4º, 59, ordinal 1º de la misma obra; 149, 150 y 400 del referido Código y 2º del Decreto-Ley 018 de 1958. Como fundamento del cargo dice que los empleados no afiliados a los sindicatos y enumerados en el laudo, son extraños al conflicto, por lo cual tienen derecho a la integridad de su salario y prestaciones, sin que pueda afectarlos ningún acuerdo entre su empresario y terceros.

Se considera:

Afecta a los empleados no afiliados a las respectivas entidades sindicales y no a los Bancos, lo resuelto por el fallo arbitral en el ordenamiento a que la acusación se refiere. Sobre el punto ningún interés tienen las empresas. Con todo, como la Corte, en el recurso de homologación, está facultada para estudiar el laudo de manera oficiosa y decidir sobre su conformidad con la Constitución o la ley, cumple ese deber y lo hace mediante las siguientes consideraciones:

Dispone el artículo 2º del decreto legislativo 018 de 1958:

"La convención colectiva de trabajo que celebre un Sindicato sólo se aplica a sus afiliados. Los trabajadores no sindicalizados que quieran beneficiarse de ella deberán pagar al Sindicato durante su vigencia una suma igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización. El patrono deberá retener del valor de los salarios de tales trabajadores la cuota correspondiente".

El pago de cuotas ordinarias a la asociación sindical, es obligación de los empleados afiliados a ella únicamente. Surge de la ley y de las estipulaciones del acto creador del sindicato, en la forma y términos previstos en el artículo 400 del C.S.T. La extensión de la convención colectiva a trabajadores extraños a la entidad sindical, como la del laudo arbitral, que en cuanto a las condiciones de trabajo tiene el mismo valor de aquélla (artículo 461 ibidem), no se produce por obra de la ley, como lo estableció el artículo 470 del código en cita, previo el lleno del requisito allí contemplado, sino en la forma prevista en la norma del decreto que se deja inserta. Al tenor de ésta depende de la voluntad del trabajador extraño al sindicato la obligación de pagar la cuota ordinaria fijada en los estatutos y durante la vigencia de la convención únicamente, en la cuantía que señala el precepto del decreto.

Ahora bien: según el laudo, lo que determina la aplicación de éste a los trabajadores extraños a la asociación y la obligación para ellos sobre pago de un porcentaje de la cuota ordinaria, no es la voluntad del trabajador extraño al sindicato, sino la del patrono, que es quien tiene la facultad de aplicarle el laudo y hacerlo partícipe de sus beneficios. Es clara la oposición entre el ordenamiento del fallo arbitral en examen y lo que dispone la norma de derecho material de que se ha hecho mérito, por lo cual será declarada inexequible por la Corte. Sobre el punto deberá tener, pues, aplicación la doctrina que consagra el decreto 018 de 1958, en su artículo 2º.

PUNTO SEXTO DEL PLIEGO

Su tenor es el siguiente:

SERVICIO MEDICO FAMILIAR

"La Empresa contratará el servicio médico para los familiares de los empleados, de común acuerdo con la Organización Sindical, a más tardar dentro de los sesenta días a partir de la fecha de la firma de la convención".

La petición fue resuelta por el laudo así:

"Los Bancos establecerán, por el sistema que ofrezca mayor garantía, el servicio médico para la familia inmediata de sus empleados con los límites y términos expresados en los considerandos de esta decisión. Dicho servicio comprende los beneficios de hospitalización (este último en los lugares en donde no funcione el Instituto Colombiano de Seguros Sociales) en los casos en que científicamente sea necesario. Los Bancos procederán a organizar y reglamentar, por el sistema más conveniente, la prestación de este servicio, o directamente o mediante la contratación de adecuadas pólizas de seguros, dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la fecha del presente laudo, siendo entendido que al hacer esta reglamentación se tendrá en cuenta los límites que los cálculos actuariales de este tipo de servicio determinen".

La decisión del punto sexto —dice el recurrente— "es inexequible porque excede lo pedido por los sindicatos, violando así el artículo 458 del C.S.T. y los artículos 142 y 143 del C. de P. L., en relación con los artículos 204, ordinal 1º, 277, 311, 317, 326, 327 y 350 del mismo código. Lo pedido era un 'servicio médico para los familiares de los empleados' y lo otorgado por los árbitros fueron

los servicios médicos, y, además los hospitalarios y quirúrgicos, claramente diferenciados en la ley laboral".

Se considera:

La comparación entre la súplica del pliego petitorio y el ordenamiento del laudo, pone de manifiesto el exceso en la resolución. Solicitó el pliego el servicio médico para los familiares de los empleados, y la decisión lo extiende a la hospitalización en los lugares en que no funcione el Seguro Social. Además, como el servicio médico deben otorgarlo los Bancos "con los límites y términos expresados en los considerandos de esta decisión", la prestación comprende también el quirúrgico, como se deducé de este pasaje de la parte motiva: "para el establecimiento inicial del servicio médico a los familiares de los empleados, debe programarse la prioridad de casos que revistan mayor gravedad, por ejemplo, los tratamientos médico-quirúrgicos que requieren hospitalización y los casos de maternidad, en aquellos lugares en que no funcione el Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

En el capítulo segundo de esta providencia se dejó dicho que el pliego de peticiones limita las facultades de los árbitros en los conflictos colectivos de tipo económico, por lo cual, toda resolución que lo rebase extralimita sus poderes y es contraria a lo preceptuado en el artículo 143 del C. de P. L. El servicio médico es prestación distinta, tanto del hospitalario como del quirúrgico, al tenor de las normas pertinentes del Código de Trabajo. Circunscrita la petición del pliego al servicio médico, la del hospitalario y quirúrgico no pueden considerarse incluídos en ella. Por tanto, la decisión del punto sexto sólo es exequible en cuanto decreta el servicio médico y no es homologable en cuanto incluye también el servicio hospitalario y el quirúrgico.

PUNTO SEPTIMO DEL PLIEGO

Seguro de vida

Su tenor es como sigue:

"Los beneficiarios del seguro de vida del trabajador bancario, recibirán el 100 por 100 de recargo sobre la indemnización que actualmente fija la ley o el reglamento de la empresa, pero en ningún caso podrá ser inferior a la suma de $ 20.000. Las publicaciones oficiales se harán en los primeros diez días, después del fallecimiento del trabajador y el pago del seguro treinta días después de éste".

A la súplica recayó esta decisión:

"Los beneficiarios del seguro de vida del trabajador bancario, recibirán el ciento por ciento (100%) de recargo sobre la indemnización que actualmente fija la ley o el reglamento de la empresa pero en ningún caso podrá ser inferior a la suma de $ 20.000.00.

"Las publicaciones se harán en los primeros diez (10) días después del fallecimiento del trabajador y el pago del seguro treinta (30) días después de éste".

En su primera parte la resolución es inexequible, en cuanto concierne al Banco Comercial Antioqueño, dice el recurrente, porque esta entidad bancaria, en su reglamento, ha elevado espontáneamente los límites máximos legales del seguro de vida y de la indemnización por muerte en accidente de trabajo. El recargo del 100% de la prestación, pedido por los sindicatos, no afectaría a dicho Banco en forma distinta de los demás. Pero al denominar reglamento la resolución interna número 47 de 4 de junio de 1957, de la Junta Directiva del Banco, los árbitros duplicarían a $ 40.000.00 y $ 80.000.00 aquellos límites prestacionnales, cuando para los demás Bancos, referidos a la ley, quedarían duplicados, en $ 24.000.00 y $ 48.000.00, respectivamente. Con ello el laudo no sólo rompe la equidad sino que viola los artículos 458 del C.S.T., 142 y 143 del C. de P. L. al excederse de lo pedido, pues la petición sindical se circunscribe al reglamento de trabajo, de que tratan los artículos 104 y siguientes del C.S.T.

También es inexequible la decisión en su segunda parte, dice el recurrente, porque recorta el plazo que ha de mediar entre la segunda de las publicaciones previstas en el artículo 294, ordinales 5º y 6º del C.S.T., y el momento del pago, con lo cual viola el artículo 458 del citado código, en relación con los artículos 294 y 295.

Se considera:

Sobre la petición, en cuanto al aumento del seguro de vida, dice el laudo en su parte motiva:

"El Banco Cafetero, en la etapa de arreglo directo, ofreció aceptar en su totalidad esta petición. El Banco Comercial Antioqeño en su reglamento adoptado por la resolución número 47 de su Junta Directiva y en uso de facultades es-

tatutarias, de fecha 3 de junio de 1957, amplió el máximo del valor del seguro por muerte no causada por accidente de trabajo, a la cantidad de $ 20.000.00 y a la de $ 40:000.00 cuando el fallecimiento fuere causado por accidente de trabajo.

"La naturaleza del riesgo y el contenido de su probabilidad, dada la estructura del empleo en la Banca, permite estimar que el costo adicional a que se contrae la petición, no incide fundamentalmente en la expresión financiera del Banco, máxime si se tiene presente que algunas entidades bancarias asumen el autoseguro con adecuada autonomía y organización".

La súplica pide el aumento del seguro de vida tomando por base el importe que al derecho fija la ley o el reglamento de la empresa. Según el recurrente, la petición sindical alude al reglamento de trabajo, no al de la empresa, sobre el seguro de vida, consignado en la resolución número 47 de 1957. A lo cual la Sala observa: El reglamento de trabajo, según la jurisprudencia, "es instrumento normativo de carácter general y permanente, destinado a regular la vida interna de la empresa". (Sentencia de 12 de septiembre de 1951, G. del T., T. VII). Su objeto no es, pues, fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, ámbito de la convención colectiva, cuya celebración propuso el pliego de peticiones. Por tanto, no cabe duda que tal documento se refirió a reglamentos de la empresa sobre pago de seguro de vida a los beneficiarios de la prestación, y no al acto de que habla el impugnador. Así lo entendió el Banco Comercial Antioqueño, como resulta de este pasaje de su memorandum del 11 de octubre de 1960 para el Tribunal de Arbitramento: "Respecto al seguro de vida el Banco tiene ya establecidos en sus reglamentos internos una ampliación de las obligaciones legales y en todo momento ha estado dispuesto que en los términos del reglamento del Banco se celebre convención colectiva. Aceptaría en consecuencia que tales términos se incorporen en el fallo arbitral. Pero no puede acceder a la solicitud de los trabajadores en cuanto a la cuantía del seguro porque su mínimo es excesivo, y en cuanto a la duplicación de la indemnización por muerte del trabajador sobre la base de la legal o del reglamento vigente en la empresa, traería una obligación que excede totalmente a lo que el legislador ha juzgado prudente".

El fallo arbitral le dio a la súplica del pliego la misma significación que le atribuyó el Banco mencionado. No habiéndose presentado entre las partes discusión alguna sobre el sentido y alcance de la solicitud, la diversa inteligencia que a ella le dá el recurrente, es inadmisible, y no entraña, por tanto, cargo alguno atendible contra el laudo. La afirmación de que la decisión es contraria a la equidad, porque coloca al Banco en situación distinta de la de las otras empresas, carece de sustentación. Al respecto debe decirse que el Tribunal goza de facultades discrecionales. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En cuanto a la segunda parte de la decisión, la Sala observa:

El Código del Trabajo, en su artículo 294, establece un procedimiento especial para el pago del seguro de vida a los beneficiarios del trabajador fallecido, dividido en dos partes, así: la primera, destinada a la comprobación de la calidad de beneficiario por el reclamante del seguro; y la segunda, a la observancia de las formalidades que deben cumplirse para efectuar el pago. Consisten esas formalidades en un emplazamiento previo de los posibles beneficiarios del derecho. El emplazamiento se realiza mediante publicación de un aviso, dos veces por lo menos, en un periódico del domicilio de la empresa, cuyo contenido indica el numeral 4º del precepto. El término del emplazamiento es el de treinta días, contados a partir desde el siguiente a la fecha de la publicación del segundo aviso. El pago debe hacerlo la empresa siempre que dentro del término del emplazamiento no hayan comparecido otros beneficiarios del seguro ni se hayan presentado controversias sobre el derecho (numeral 6º de la norma).

El ordenamiento del laudo altera el régimen legal, como resulta de la lectura de su texto, y ya se sabe que al árbitro no le está permitido desconocer ordenaciones del derecho positivo. La empresa no realiza oficiosamente las publicaciones del aviso, sino a instancia de quien haya acreditado la calidad de beneficiario del seguro, requisito del cual prescinde la decisión arbitral. Además, el término del emplazamiento no puede contarse sino desde que éste se efectúe, esto es, hechas las publicaciones del aviso, no desde la muerte del trabajador, conforme al precepto legal citado.

El sistema de publicidad establecido por la ley, destinado al emplazamiento impersonal de posi-

bles beneficiarios de la prestación, como el plazo que debe mediar entre el segundo aviso y el pago del seguro, tienden a proteger derechos de terceros y a resguardar debidamente los de la empresa, pues si el pago lo hace ésta sin el lleno del rito previsto en el mencionado artículo 294, su obligación no queda legalmente extinguida, soportando el riesgo de satisfacerla de nuevo. La consecuencia que se anota fluye de lo preceptuado en los artículos 294 y 295 del C.S.T.

Por tanto, no es exequible la decisión arbitral en examen, pues contraría las normas legales de que se ha hecho mérito.

La segunda demanda contra el laudo, formulada por el Banco Cafetero (fls. 166 a 178) presenta dos cargos, de los cuales el segundo ya fue considerado. El primero ataca el laudo por extralimitación de funciones y persigue el mismo fin del segundo la declaratoria de inexequibilidad del fallo en cuanto a la decisión a los puntos primero y quinto del pliego (supresión de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo y reintegro de personal). En vista de que la Corte acogió el segundo cargo, carece de objeto el estudio del primero.

Analizadas por la Sala las decisiones recaídas a los puntos del pliego que no fueron materia de acusación por los dos recurrentes, no encuentra reparos qué formular ni por su aspecto formal ni en cuanto a su conformidad con mandatos de la Constitución o la ley. Igual observación hace respecto de la resolución dada por el laudo a la petición relacionada con el pago de salarios a los trabajadores durante la suspensión de actividades, de que trata el numeral cuarto del convenio de fecha 22 de septiembre de 1960.

El apoderado de las entidades sindicales le pidió a la Corte la declaración de nulidad de lo actuado desde el auto del 2 de diciembre (fls. 228 a 233) en adelante, por estimar sin fundamento legal la providencia, deduciendo de allí falta de competencia del Tribunal al cumplir lo que en ella ordenó la Sala. Esta, en proveído del 17 de enero (fls. 283 a 285) no accedió a decretar la nulidad pedida. Inconforme con la resolución, el mismo personero suplica su revocatoria en memorial obrante a folios 286 a 289. Examinadas las razones que sustentan el pedimento, anota la Sala que son las mismas que se dieron para fundar el de nulidad, que ella no consideró aceptables. Le preocupa al reclamante que sin haber adquirido jurisdicción la Sala hubiera solicitado algunos documentos, dando a entender con la observación inconsistencia en la tesis sostenida en la providencia de diciembre, primeramente citada. Debe anotarse al respecto que el presente fallo no hace mérito de los informes de que habla el memorialista. Por lo expuesto, la Sala mantiene la providencia recurrida.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Primero.—No es exequible el laudo arbitral en cuanto considera como parte en el conflicto al Banco Comercial de Barranquilla, al Royal Bank of Canada y al del Estado de Popayán.

Segundo.—Se declara inexequible el laudo arbitral de fecha nueve (9) de noviembre de mil novecientos sesenta (1960) en cuanto a la decisión que resolvió el punto primero del pliego de peticiones.

Tercero.—Se declara inexequible la decisión del laudo a la petición del punto quinto del pliego, a excepción de la recaída a la súplica contenida en el parágrafo primero del mismo punto.

Cuarto.—Se declara inexequible la decisión del mismo fallo recaída a la petición del punto sexto del pliego, pero sólo en cuanto decreta en favor de los familiares de los empleados servicios quirúrgicos y hospitalarios. Es exequible en lo demás.

Quinto.—Es inexequible el fallo arbitral en la decisión que resuelve el punto séptimo del pliego, pero sólo en el aparte que dice: "Las publicaciones oficiales se harán en los primeros diez (10) días después del fallecimiento del trabajador y el pago del seguro treinta (30) días después de éste".

Sexto.—Se homologa el laudo arbitral en sus demás disposiciones.

Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

Publíquese. notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A.—José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



ERROR DE HECHO EN UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL PAGO DE DETERMINADAS PRESTACIONES SOCIALES DEMANDADAS EN JUICIO ORDINARIO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., febrero diez de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

Enrique Pinzón, mayor y vecino de Bogotá, por medio de apoderado, demandó por la vía del juicio ordinario laboral, a la Sociedad Copre Limitada, también domiciliada en Bogotá, a fin de que fuera objeto de las siguientes declaraciones y condenas: que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y que se condenase a la demandada a pagarle al actor los derechos correspondientes a salarios insolutos, remuneración de los descansos obligatorios, cesantía, prima de servicios, lucro cesante, indemnización moratoria y las costas del juicio.

El demandante expuso estos hechos:

"1º—Según carta contrato de julio 29 de 1955 dirigida por "Copre Limitada" al señor Enrique Pinzón, en la cual se estipulan las condiciones del contrato de trabajo entre la sociedad demandada y el actor, éste laboró para Copre Ltda., desde el 1º de agosto de 1955 hasta el 20 de marzo de 1956.

"2º—El cargo desempeñado por el doctor Enrique Pinzón al servicio de la demandada, fue el de Agente o Jefe de Ventas, de los equipos para riego que tenía para el comercio la contraparte en este negocio. En razón de su cargo suministraba los planos, características y datos necesarios para el completo estudio hidráulico y ejecutaba los cálculos de equipos, en materia de ingeniería.

"3º—Como retribución a sus servicios la empresa patronal le reconoció a mi poderdante, la suma de $ 400.00 fijos y mensuales, más un 6% sobre el valor total del equipo vendido fuere de $ 10.000.00 o menor; y el 5% cuando dicho valor pasare de los indicados $ 10.000.00 m. cte. Estos porcentajes, suman en promedio mensual una suma de $ 700.00.

"4º—La sociedad demandada, canceló a mi patrocinado los valores correspondientes, a la retribución fija de que dá razón el hecho 3º de la demanda, o sea cuatrocientos pesos, únicamente en relación a los tres primeros meses de labores, adeudándole hasta la fecha la remuneración correspondiente al resto del tiempo de servicios.

"5º—Al demandante la contraparte en este negocio tampoco le canceló la retribución dominical y festiva, respecto de los $ 700.00 mensuales que en promedio, devengó a título de comisiones, ni los demás conceptos reclamados en el libelo de la demanda".

En derecho la demanda se apoyó en los artículos 98, 179, 249, 306 y demás normas pertinentes del C. S. del T. Citó también el Decreto número 2.158 de 1948.

La entidad demandada, al contestar el respectivo libelo, negó todos los hechos relatados e interpuso las excepciones perentorias de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inepta demanda sustantiva y las demás que resultaran probadas en los autos.

Correspondió el conocimiento del negocio al Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual por fallo de septiembre 30 de 1959, lo decidió declarando probada la excepción perentoria de inepta demanda sustantiva; absolvió a la empresa demandada de todos los cargos formulados y condenó en costas a la parte vencida.

Del fallo del Juzgado apeló el apoderado del demandante. Conoció de la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, Corporación que profirió su decisión de segunda instancia, el día 23 de octubre de 1959, por la cual revocó en todas sus partes la sentencia apelada y, en su lugar, condenó a la Sociedad demandada a pagar $ 598.80 por cesantía; $ 458.30 por prima de servicios, y $ 36.66 diarios, a partir del 17 de febrero de 1956 hasta cuando se efectúe la cancelación de las anotadas prestaciones, por indemnización moratoria. Contra la providencia anterior presentó recurso de casación el apoderado de la Sociedad demandada. En vista de que ha sido concedido, admitido y tramitado en legal forma, la Sala pasa a decidirlo, previo el examen de la respectiva demanda y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El recurso tiene por finalidad obtener la casación del fallo acusado y, consecuencialmente, conseguir que quede en firme el de primer grado.

Causal de casación

El recurrente invoca la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo.

Primer cargo

Afirma que la sentencia impugnada viola, por "vía indirecta y como consecuencia de graves y evidentes errores en la estimación de unas pruebas y en la desestimación de otras, los artículos 65, 249 y 306 del Código del Trabajo y del Decreto 0243 de 1951" El recurrente sostiene que debido a los errores enunciados el Tribunal llegó a la conclusión equivocada de que entre la demandada y el actor existió realmente un contrato de trabajo.

A continuación el libelista puntualiza las pruebas erróneamente apreciadas y las desestimadas por el sentenciador.

De otro lado, se observa que el Tribunal hace la motivación de su pronunciamiento condenatorio en estos términos:

"...Con las documentales de folios 36, 37 y 38, presentadas por la parte demandada, se establece que el demandante Enrique Pinzón, inició su contrato de trabajo con la demandada el 31 de julio de 1955, y que la relación laboral finalizó el 17 de febrero de 1956. El primero de dichos documentos es un verdadero contrato escrito de trabajo por medio del cual el demandante se obligó a prestar a la demandada sus servicios como agente vendedor de equipos e instalaciones con un sueldo de $ 400.00 mensuales que se abonarían a las comisiones de venta, y se fija allí mismo el porcentaje de dichas comisiones. El segundo de esos documentos es una declaración del demandante que pone fin a lo convenido en el contrato de trabajo antes mencionado, y que tiene fecha 29 de julio de 1955".

Y más adelante:

"...Se pretende que la sociedad 'Copre Ltda.', a quien se demandó, representada por el señor Joaquín Vargas R., no es la obligada a responder por las obligaciones de carácter laboral que aquí se han deducido en su contra, sino que lo es 'Irrigaciones Aéreas Ltda.'. Pero esto no tiene fundamento.

"En la diligencia de inspección ocular antes mencionada se examinaron los libros de la sociedad 'Copre Ltda'. y en el libro Auxiliar del Mayor, el Juzgado y el testigo actuario pudieron constatar que existe una hoja que en su encabezamiento dice. (Véase fls. 103 a 106 del expediente): "**(Sueldo varios) Trabajos varios**", con los siguientes asientos que dicen relación con el señor Enrique Pinzón: 'Y siguen los asientos de las diversas sumas pagadas al demandante por concepto de honorarios hasta el 13 de agosto de 1956, sumas que en total ascienden a $ 9.420.56'.

"En la misma diligencia se lee lo siguiente: 'Los anteriores asientos de contabilidad se confrontaron con el libro auxilio (sic) de Caja de la sociedad 'Copre Ltda.' correspondiente a los años de 1955 y 1956' ".

Basta esta prueba documental extraída de los libros de la demandada, para que el Tribunal de acuerdo con el artículo 61 del C. P. del T. tenga como establecida con toda certeza que los servicios prestados por el demandante lo fueron a la entidad demandada o sea a 'Copre Ltda.' representada por su gerente Joaquín Vargas R.".

Se considera:

Como primera medida, debe observarse que los documentos de folios 36, 37 y 38 a que alude el **ad-quem** no registran mención alguna a la sociedad Copre Ltda. Más aún, están escritos en papel que lleva el membrete de "Irrigaciones Aéreas

Ltda.". El primero de esos documentos contiene estipulaciones contractuales que el trabajador demandante señala como punto de partida de su convenio con Copre Ltda., apreciación que acoge integralmente el Tribunal. Pero de ninguna manera la Sala puede compartir ese punto de vista puesto que no es posible considerar, en un sentido general, como parte de un contrato a una persona que no ha intervenido en su celebración y en donde figura como expresamente obligada una persona distinta.

La circunstancia de que en la contabilidad de Copre aparezcan pagos efectuados a nombre del demandante Pinzón, unas veces denominados sueldos y otras honorarios, en modo alguno puede servir, por sí sola, para acreditar plenamente el contrato de trabajo con dicha sociedad. Ese hecho constituye un dato contable de algún valor pero en ningún caso la prueba suficiente de la existencia del vínculo laboral que, como se sabe, ha rechazado la mencionada empresa. Además, en los comprobantes que aparecen de folios 41 a 44, se aprecia que varios de esos pagos los hizo Copre Ltda. por cuenta de Irrigaciones Aéreas Ltda.

La estimación probatoria, pues, que hace el Tribunal para deducirle responsabilidad a la firma Copre Ltda. no es acertada y está en ostensible contradicción con la realidad procesal que indica que la persona obligada es Irrigaciones Aéreas Ltda.

Por consiguiente el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia acusada.

La Sala considera que no es del caso estudiar el segundo cargo en vista de que tiene el carácter de subsidiario del primero, que ha prosperado.

Como consideraciones de su decisión en instancia, la Sala además de las que se han dejado expuestas, acoge las del Juzgado del conocimiento.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, CONFIRMA la de primer grado de fecha 30 de septiembre de 1959.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

IMPRECISA Y ANTITECNICA ACUSACION CONTRA UNA SENTENCIA QUE ABSOLVIO A UNA EMPRESA DEL PAGO DE CIERTAS PRESTACIONES DEMANDADAS

La demanda carece de ordenación lógica, clara y precisa de las razones que puedan sustentar el cargo, no se expresan los motivos de casación ni el concepto de la infracción de la ley. Y si procediendo con un criterio amplio, pudiera estimarse que el recurrente se propuso impugnar el fallo por violación indirecta de la ley, sucede que el escrito de acusación no contiene indicación singularizada y concreta de las pruebas que se suponen mal apreciadas y capaces de configurar un evidente error de hecho, no se expresa en qué consistió tal error, ni siquiera se intenta demostrarlo. En tales condiciones no es posible concretar el entendimiento del cargo, ni realizar la confrontación entre la ley y la sentencia, es decir, que el escrito del recurrente es inestimable en casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., diez de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Justo Pastor Bernal, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra la empresa denominada "Construcciones Moore Ltda.", para que, por sentencia definitiva, se declare que la demandada está obligada a pagarle la suma de $ 13.896.00 por los conceptos de: "reajuste de cesantía por horas extras", "preaviso", "brazos caídos" de conformidad con el artículo 65 del C. S. del T." por 119 días; indemnización por accidente de trabajo y "enfermedad de la garganta y sinusitis con ocasión del trabajo", más la indemnización a que haya lugar según el artículo 65 del C. S. del T.

Refiere la demanda que el actor trabajó al servicio de la empresa demandada y que fue retirado de la misma bajo el prtexto de terminación de la obra, lo cual no fue cierto, o por lo menos la obra continuó hasta mucho tiempo después de haber sido retirado; que al tiempo del despido no se le cubrió el total de las prestaciones sociales, ni se le indemnizó por el accidente de trabajo sufrido al servicio de la demandada; que la liquidación del auxilio de cesantía fue hecha sobre un salario inferior al que devengaba el demandante, el cual era "últimamente" de $ 9.00 diarios; que el señor Justo Pastor Bernal "fue despedido de la empresa sin pagarle el preaviso que determina la ley y la empresa ha incurrido en las sanciones que ordena el artículo 65 del C. S. del Trabajo"; que la demandada incurrió también en la sanción de que trata el numeral 3º del artículo citado; que al servicio de la empresa y con ocasión del trabajo el demandante sufrió una lesión en la garganta y una sinusitis que no han sido curadas y de las cuales aquélla es responsable por haberlo despedido sin los requisitos legales; que la cesantía no se le liquidó incluyendo el valor de las horas extras por lo que la empresa es deudora de la diferencia y que el actor ha requerido a la demandada para que se le arregle su problema y los directores se han negado a hacerlo.

El apoderado el actor, en la primera audiencia de trámite, corrigió la demanda incoada contra la empresa "Construcciones Moore Ltda.", en el sentido de señalar como representante legal de la misma, al señor Carlos H. Hernan, en vez del señor Gerolamo Zanchi, como lo hizo inicialmente.

El apoderado de la empresa, al contestar la demanda, negó los hechos en que se funda y manifestó atenerse a lo que se demuestre en el curso del proceso.

El Juzgado del conocimiento, cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, desató la litis por sentencia de fecha 25 de febrero de 1958, y absolvió a la sociedad demandada de todos y cada uno de los cargos formulados en el libelo inicial.

Por apelación interpuesta por la parte demandante contra el fallo de primera instancia se remitieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, entidad que decidió la alzada por sentencia de 9 de abril de 1958, confirmatoria, en toda sus partes, del fallo apelado.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, el que le fue concedido. Admitido éste y rituado en legal forma, la Corte pasa a decidirlo. El opositor, en su oportunidad legal, presentó el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación

Al finalizar la demanda, solicita que la Corte "revoque las sentencias proferidas, tanto del Juzgado a-quo, como la del Honorable Tribunal Superior de Bogotá (Sala Laboral), porque como he venido demostrando, ambas entidades violaron el Derecho Laboral Sustantivo, lo mismo que el Procesal. Los derechos de mi mandante son claros y están probados a lo largo del expediente; en cambio que se condene a la empresa demandada "Construcciones Moore Ltda.", a que pague a mi mandante Justo Pastor Bernal, las prestaciones y demás indemnizaciones, que se cobran y a que tiene derecho por virtud de la ley".

El recurrente sin señalar la causal en que funda su impugnación, expresa lo siguiente:

"4º—Las sentencias que se han apelado, son violatorias de las disposiciones legales, sustantivas y procesales y su alcance es tolerar el abuso de las empresas extranjeras y violar, para dejar burlados los derechos del trabajador, lo cual constituye una monstruosidad, ya que ni siquiera se le reconocieron a mi mandante los elementales derechos que tiene y sólo faltó, que el Juzgado a-quo ordenara que mi mandante devolviera los dineros que recibió a buena cuenta".

El impugnador sustenta la acusación, expresando lo siguiente:

"5º—Los preceptos legales violados son:

"a)—Código Sustantivo del Trabajo: Artículo 23, por cuanto existe como existió, la relación de trabajo entre patronos y el trabajador que represento, contrato probado con todos sus elementos, y que las sentencias lo desconocen; artículo 249, por cuanto la empresa debe el reajuste de cesantía que se cobra en el libelo de la demanda; artículo 65, por cuanto la empresa demandada, 'Construcciones Moore Ltda.', debe los salarios caídos hasta el momento en que se hizo la consignación, que recibió a buena cuenta mi mandante, de las prestaciones sociales; artículos 209 y siguientes, por cuanto las enfermedades están probadas, lo mismo que las lesiones sufridas en accidente de trabajo y en ejercicio de sus funciones y por cuanto las cicatrices son perjudiciales a mi mandante, y la empresa debe pagar el daño emergente y el lucro cesante; artículos 205 y siguientes, por cuanto el servicio que prestaba mi mandante, fue la causa y origen de la lesión sufrida que se reclama.

"b)—Código de Procedimiento Laboral: artículos 25 y siguientes, por cuanto el procedimiento se siguió por parte de mi mandante, pero los Juzgados a-quo omitieron algunas actividades procesales; artículos 54 y siguientes, por cuanto el Juzgado Cuarto como el Honorable Tribunal, no decretaron las pruebas de oficio, que eran necesarias para la claridad del debate, y que al haber decretado pruebas como la inspección ocular, no habría quedado duda alguna.

"El mismo Honorable Tribunal se negó a la reapertura a prueba y a practicar las pruebas, que el suscrito insinuó y solicitó, según aparece a los folios 130 y siguientes del expediente, cuaderno principal".

Se considera:

Según aparece del escrito de impugnación presentado por el apoderado del actor, que en lo fundamental se ha transcrito, se llega a la evidente conclusión de que él no puede considerarse ni tenerse como la "demanda de casación" de que habla la ley. Esta Sala, ha dicho en reiterados fallos, que el recurso de casación, por ser un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, está sometido a una técnica especial en su formulación, para que resulte estimable, tanto porque así lo establece la ley, como porque lo enseña la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia.

En el caso **sub-judice** se observa que la acusación adolece de graves deficiencias. En efecto: carece de ordenación lógica, clara y precisa de las razones que puedan sustentar el cargo; no se expresan los motivos de casación ni el concepto de la infracción de la ley. Y si procediendo con un criterio amplio pudiera estimarse que el recurrente se propuso impugnar el fallo del Tribunal por violación de la ley, de manera indirecta y por aplicación indebida de las normas que invoca, como consecuencia de supuestos errores de hecho o de derecho en la estimación probatoria, resulta que, aún en tal supuesto, el escrito de acusación no contiene la indicación singularizada y concreta de las pruebas que se suponen mal apreciadas y capaces de configurar un evidente error de hecho; ni se expresa en qué consistió tal error, ni siquiera se trata de demostrarlo. En tales condiciones, por las graves deficiencias anotadas, no es posible concretar el entendimiento del cargo en algún concepto claro que permita realizar la confrontación entre la ley y la sentencia recurrida, por lo que resulta que el escrito del recurrente constituye una simple alegación de instancia, que lo hace inestimable en casación. Por tanto, el cargo no prospera.

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 objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



EQUIVOCADA APRECIACION DE PRUEBAS Y CONSECUENCIAL APLICACION INDEBIDA DE LA LEY, AL NEGAR EL SENTENCIADOR LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE UN COLOCADOR DE CEDULAS DE CAPITALIZACION Y LA ENTIDAD QUE UTILIZO SUS SERVICIOS

La Corte ya expresó en anterior ocasión su criterio: Si el Banco no liga a su agente colocador de pólizas de capitalización por vínculos de horario y por obligaciones de oficina, estas modalidades, determinadas por la forma peculiar como éste debe desarrollar sus labores, no pueden estimarse aptas para destruír la subordinación o dependencia. Este elemento, esencial al contrato de trabajo, se deduce de la cláusula que impone al trabajador la obligación de efectuar correrías por determinada zona, sometiendo al Banco los itinerarios, para su previa autorización y aprobación, como requisito indispensable para obtener el reconocimiento y pago de los transportes y viáticos estipulados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., febrero trece de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

Por medio de apoderado, Hortensia Chisays inició juicio ordinario laboral contra el Banco Central Hipotecario, para que, previos los trámites legales fuera condenada dicha entidad a pagarle las cantidades correspondientes a auxilio de cesantía, primas de servicio, compensación pecuniaria de vacaciones, salarios del tiempo faltante para completar la duración presuntiva de la última prórroga sobre contrato de trabajo, indemnización especial por falta de pago oportuno de las prestaciones y costas del juicio, con inclusión de honorarios por la gestión en derecho.

El libelo refiere los siguientes hechos:

"1º — Mi representada, la señorita Hortensia Chisays prestó sus servicios a la entidad demandada, como colocadora de pólizas de capitalización desde el día 30 de marzo de 1953 hasta el día 19 de junio de 1956.

"2º—En desarrollo de sus funciones mi representada debía personalmente ocuparse, como en efecto se ocupó personal y exclusivamente, de colocar pólizas de capitalización o sea conseguir clientes que las tomaran en las condiciones ofrecidas por el Banco Central Hipotecario.

"3º—El Banco Central Hipotecario pagó a mi representada, como remuneración de sus servicios, un sueldo por el sistema de comisiones sobre el valor de las cédulas colocadas, así:

"Tres pesos por cada mil del valor de las cédulas de capitalización corrientes y cuatro pesos por cada mil del valor de las cédulas de capitalización con el accesorio del seguro de vida. Este sueldo se le pagaba por quincena.

"4º—Mi representada, señorita Hortensia Chisays, obtuvo por concepto de sueldo por el sistema de comisión, las siguientes cantidades:

"En 1953	.....	$ 16.932.75
"En 1954	.....	20.004.75
"En 1955	.....	21.733.75
"En 1956	.....	14.084.50

"5º—Mi representada la señorita Hortensia Chisays, estaba sujeta al Banco Central Hipotecario S. A. por un contrato de trabajo, entre cuyas manifestaciones de subordinación o dependencia figuraban las obligaciones de colocar un mínimo de cincuenta cédulas de capitalización mensualmente, y de hacer correrías por el Departamento de Bolívar, aprobadas previamente por el Banco, así como los itinerarios correspondientes.

"6º—El contrato de trabajo a que se alude en

el punto anterior fue celebrado por escrito en la fecha de iniciación indicada —30 de marzo de 1953—, y en él se estipuló la cláusula de reserva de la facultad de terminarlo con previo aviso, típica de esta clase de convenciones, aunque equivocadamente pactada por cuanto el contrato era de duración determinada.

"7º — Mi representada, la señorita Hortensia Chisays no constituía, por sí misma, una empresa comercial sino, al contrario, como he dicho, era empleada del Banco Central Hipotecario S. A., dedicada personal y exclusivamente a la colocación de cédulas de capitalización del Banco Central Hipotecario.

"8º — Mi representada, señorita Hortensia Chisays, fue despedida intempestivamente por el Banco Central Hipotecario S. A., Sucursal de Cartagena, el día 19 de junio de 1956, mediante comunicación número 034378, de tal fecha.

"9º—Su despido intempestivo se produjo, como he dicho, el día 19 de junio de 1956, es decir tres meses y 11 días antes de que expirara el período correspondiente a la última prórroga ya que la fecha de iniciación del contrato fue el 30 de marzo de 1953

"10º—A la expiración del contrato de trabajo entre mi representada y la empresa demandada, ésta no pagó a aquélla el valor de las prestaciones que le corresponden, ni le ha pagado aún.

"11º—Como el Banco Central Hipotecario S. A. no ha pagado hasta la fecha a mi representado el valor de las prestaciones sociales que le corresponden, ni ha hecho la consignación de lo que crea deber por tal concepto, ha causado en su contra la obligación de pagar salarios caídos, desdel día 30 de septiembre de 1956 —fecha de expiración de la última prórroga del contrato— hasta el día en que haga cancelación total de lo debido.

"12º—A la fecha de la celebración del contrato de trabajo entre el Banco Central Hipotecario y mi representada —30 de marzo de 1953— ejercía el cargo de Director o Gerente de la Agencia del Banco citado en Cartagena el señor don Carlos Stevenson P. y a la fecha del despido —19 de junio de 1956— servía el cargo de Gerente de la misma Sucursal el señor Juan Hernández.

"13º—El empleo de la señorita Hortensia Chiyass era de confianza y manejo, pues recibía la primera cuota del cliente que tomaba la cédula y la llevaba al Banco Central Hipotecario".

En derecho fueron citados los artículos 22, 23, inciso 2º, 24, 45, 46, 47, 48, 49, 64, 65, 94, 98, 186 a 192, 249 a 258, 306 a 308 del Código Sustantivo del Trabajo.

La entidad bancaria al contestar el libelo por intermedio de apoderado, negó unos hechos y aceptó otros con modificaciones. El punto central de su defensa lo apoya al manifestar que entre el Banco demandado y la actora nunca existió contrato de trabajo.

El Juzgado Segundo del Trabajo de Cartagena, que fue el del conocimiento, desató la controversia condenando al Banco Central Hipotecario a pagar a la demandante Hortensia Chisays las siguientes cantidades: $ 3.954.65 por concepto de auxilio de cesantía; $ 1.842.54 por concepto de vacaciones compensatorias; $ 4.842.64 por concepto de primas de servicio; y $ 549.45 por concepto de preaviso. Igualmente absolvió a la entidad bancaria demandada por concepto de salarios caídos pero la condenó en costas. Fallo de fecha 16 de diciembre de 1957. Total: $ 11.189.28.

Por apelación de los apoderados judiciales de ambas partes subió el juicio a conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena —Sala Laboral—, entidad que por medio de fallo fechado el 4 de julio de 1958 revocó la sentencia de primer grado apelada y en su lugar absolvió al Banco Central Hipotecario S. A., de todos los cargos que le fueron formulados por la actora. No impuso costas.

Contra la sentencia del **ad-quem** recurrieron en casación los apoderados de las partes litigantes, recurso que fue concedido y tramitado ante esta Superioridad. El Banco demandado desistió del recurso extraordinario y se celebró audiencia pública. La Sala pasa a estudiar la demanda sustentatoria del recurso presentada por el demandante-recurrente, la cual contiene dos cargos, y el escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que la Corte case totalmente el fallo acusado y a que en su lugar, como Tribunal de instancia, reforme el del **a-quo** despachando favorablemente las peticiones, por lucro cesante, indemnización moratoria y las costas de segunda instancia y casación.

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. del Trabajo, el impugnador fomula las acusaciones que entra a examinar la Sala.

Primer cargo

Está enunciado así:

"Acuso la sentencia de ser violatoria por aplicación indebida (en la modalidad de falta de aplicación) de los artículos 22, 23, 24 y 26 del CST. y subsidiariamente del 19 y 94 ibidem, y por el mismo concepto, en su modalidad de aplicación indebida, de los artículos 65 y 331 del C. Co., todos ellos en relación con los artículos 249, 253, 306, 186, 64 y 65 de la obra primeramente citada, dejados de aplicar a consecuencia de errores de hecho, que aparecen de manifiesto en los autos, en la estimación de una prueba y por la falta de apreciación de otras, cada una de las cuales singularizaré, que condujeron al Tribunal de Cartagena a desconocer la existencia del contrato de trabajo que vinculó a los litigantes y a absolver, por ello, al demandado de las peticiones del libelo inicial".

Las pruebas que el recurrente señala como dejadas de apreciar son: la presunción del artículo 24 del CST., el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena de folio 10, las posiciones absueltas por la demandante, los testimonios de Alberto Fadul, de Gilberto González Franco, de Carlos Stevenson y Washington Ariza y la diligencia de inspección ocular de folios 36 a 50. La prueba puntualizada como mal apreciada es el documento de folios 11 y vuelto.

Los errores de hecho los concreta el recurrente en esta forma:

"1º—Fundamentalmente, en negar la existencia de un contrato de trabajo entre la señorita Chisays y el Banco Central Hipotecario S. A., en las fechas y para las funciones varias veces mencionadas, cuando las probanzas del juicio —empezando por la prueba de presunción— establecen ese vínculo jurídico;

"2º—Concurrente con el error anterior y acaso como determinante del mismo, en dar por establecido, cuando no lo está, que la señorita Chisays sólo recibió del Banco demandado, en la dicha relación y para los efectos de su desarrollo, ejecución o cumplimiento, una 'autorización' para transmitir proposiciones y procurar la aceptación de las mismas, percibiendo en cambio una 'compensación';

"3º—Involucrando con el anterior, o al lado del mismo, en dar por demostrado, contra toda evidencia, que la demandante era una trabajadora autónoma o independiente;

"4º—Concurrente o involucrado con los errores anteriores, en no dar por probado, cuando sí lo está, que la señorita Chisays recibió 'instrucciones' del Banco demandado, con obligación de cumplirlas, y

"5º—En dar por establecido, siendo todo lo contrario, que el Banco Central Hipotecario era para la demandante, en sus relaciones contractuales, un cliente y no un patrono".

Y agrega el impugnador:

"Los errores expresados determinaron al Tribunal de Cartagena, a calificar a la promotora del juicio como comisionista de la órbita mercantil, por lo que aplicó indebidamente los textos del Código de Comercio enunciados al principio de este cargo a negar el contrato de trabajo que vinculó a los litigantes, dejando de aplicar los artículos 22, 23 y 24 del CST. —y subsidiariamente, por analogía, los artículos 19 y 94 ibidem—; y a absolver, al Banco Central Hipotecario, en consecuencia, de las súplicas sobre cesantía (artículos 249 y 253), primas (artículo 306), compensación pecuniaria de vacaciones (artículos 186 y 189), salarios del tiempo faltante para el vencimiento presuntivo del contrato de trabajo (artículo 64) e indemnización por falta de pago oportuno de las prestaciones sociales (artículo 65) preceptos todos estos del Código Sustantivo del Trabajo, que el dicho Tribunal dejó de aplicar".

Se considera:

El presente negocio tiene mucha similitud con otro ya resuelto por la Corte, en el cual sustancialmente se debatió el mismo problema jurídico, esto es, si entre los colocadores de pólizas de capitalización y las entidades que utilizan sus servicios puede existir o no contrato de trabajo. Es oportuno, pues, dar a conocer ese criterio, sobre todo cuando, como en el presente caso, se trata de la misma demandada. En esa ocasión se dijo lo siguiente:

"Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter, para definir lo esencial del contrato. En consecuencia no

puede tener un valor definitivo, la calificación que se dé al trabajador, ni las modalidades relativas a la retribución, ni la amplitud o restricción que se le imponga respecto a su jornada de trabajo, ni las estipulaciones sobre los sitios o lugares en que deba desarrollarse. Por lo demás, éste es el criterio que adopta el Código Sustantivo del Trabajo, cuando establece en el ordinal 2º del artículo 23 que, una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

"El Banco no ligó rigurosamente al trabajador por vínculos de horario y por obligaciones de oficina, porque para su propio interés ello no resultaba necesario y, antes bien, podía ser contraproducente si se tiene en cuenta que la función principal del agente vendedor o colocador es servir de vínculo entre la empresa y el público, buscarle clientela en el mercado para la colocación de sus artículos.

"Estas modalidades de hecho determinadas por la forma peculiar como debía de desarrollar sus labores el trabajador, no pueden estimarse que sirvan para desvirtuar el elemento de la subordinación o dependencia. Así lo ha resuelto la jurisprudencia para casos de los agentes vendedores, quienes desempeñan funciones similares en cuanto a la forma como se desarrolla su actividad, a las de los agentes colocadores de cédulas de capitalización y en donde se ha expresado que "a esos trabajadores no se les puede exigir que vivan sometidos a un horario, ni que su contacto con el patrón sea tan frecuente e inmediato como ocurre con el tipo de trabajadores de planta cuyos oficios sólo pueden llevarse a cabo eficazmente dentro del recinto del taller y mediante horarios y reglamentos especiales" (Tribunal Supremo, Casación de 4 de febrero de 1954; juicio de Luis F. Castro contra Sociedad Industrial Alicachín).

"La estipulación al respecto no puede tener otro alcance que el de entenderse como una especie de delegación en el trabajador, de la facultad patronal de dirección que de ordinario marca el sentido de la prestación de los servicios, lo que aquí es posible, pues esta clase de trabajadores requieren de conocimientos, capacidades y prácticas especiales para el desempeño de sus actividades, que asumen características de una verdadera profesión, razón por la cual se supone que no ignoran sino que conocen y conciben la finalidad última del trabajo que ejecutan, o el valor que tiene ese trabajo en la organización de la empresa a la cual prestan sus servicios. Esa amplitud de conducción en la búsqueda del objeto o prestación del servicio, no destruyé el concepto y posibilidad de jerarquía o de mando que necesariamente debe existir en toda empresa o en toda organización, aplicados como deben ser al servicio o trabajo contratado.

"La determinación del mínimo de cédulas de capitalización que el trabajador debía de colocar mensualmente, no puede entenderse como una obligación de resultado que desvirtúe la naturaleza misma del contrato de trabajo; ello apenas indica una pauta al agente colocador para cumplir su obligación legal de desarrollar el trabajo contratado y de prestar un servicio eficiente, ejecutado con la intensidad, cuidado y esmero apropiados. Se ha dicho ya que en el contrato de trabajo el objeto del acto jurídico es el trabajo mismo, el servicio del hombre, que éste realiza para alcanzar un salario, sin ulteriores fines. De la cláusula que se estudia no resulta que la prestación del servicio sólo se dio para alcanzar la finalidad del Banco —colocar las cédulas entre el público— sino que el fin principal que aparece es el trabajo que debía ejecutar el agente para obtener su colocación. Desde un punto de vista general toda clase de trabajadores ejecutan su trabajo para alcanzar un resultado determinado; pero como el resultado no puede obtenerse sin el trabajo personal, da por consecuencia que en realidad lo que se pacta es la prestación de servicios. De no ser ésta la distinción y el alcance del aspecto que se estudia, se llegaría a la conclusión absurda de que el acto jurídico —contrato de trabajo— no tiene un objetivo o finalidad propias.

"Además, la fijación de un mínimo de rendimiento en el trabajo de colocación de cédulas a que alude la cláusula en estudio, tiene también su incidencia sobre la integración del salario o retribución pactada".

Y más adelante:

"De la cláusula e) del contrato, que impuso al trabajador la obligación de efectuar correrías por las poblaciones del Departamento del Magdalena para cumplir su labor de colocar cédulas de capitalización, deduce la Corte el elemento de subordinación o dependencia de éste respecto de la entidad patronal. En efecto, Morissi debía de someter previamente los itinerarios de viaje al Banco, para que fuesen autorizados y aprobados por éste, como requisito indispensable para obtener el reconoci-

miento y pago de los transportes y viáticos que allí se estipularon. La posibilidad del Banco para exigir al trabajador el cumplimiento de órdenes, se presenta así desde la celebración del contrato con las características de una verdadera subordinación jurídica, que por sí sola es susceptible de configurar o estructurar este elemento esencial, para la existencia del contrato de trabajo. Pero la dependencia o subordinación, en el caso **sub-judice**, no sólo aparece en el proceso como posibilidad jurídica para el Banco, sino, además, como una realidad material y objetiva, por la manera como se desarrolló la relación de trabajo entre las partes. Así resulta de la prueba que obra al f. 114 que contiene la certificación de haberse pagado al Sr. Morissi la suma de $ 2. 640.32 desde el mes de julio de 1951 hasta el mes de mayo de de 1953, "por concepto de viáticos como colocador de cédulas de capitalización según contrato". La constancia del pago de viáticos es prueba elocuente de que si el Banco canceló esa suma a su trabajador Morissi, fue porque éste previamente sometió a su consulta y obtuvo la aprobación y autorización correspondientes, para efectuar las giras por todo el territorio del Departamento del Magdalena". (Noviembre 27 de 1959).

Por la transcripción anterior se aprecia que el asunto **sub-lite** presenta sustanciales puntos de coincidencia con el que fue objeto de la jurisprudencia que se ha reproducido, tal como se observa en los aspectos de la forma de contratación de los servicios, pago de comisiones por pólizas colocadas, obligación de efectuar correrías, etc...- Esta semejanza en la situación de hecho general de los dos casos puede explicarse por el origen de la vinculación jurídica de los nombrados demandantes con el Banco, es decir, por el documento que recoge el convenio inicial entre las partes que en el fondo es igual con ligeras modificaciones en cuanto a circunstancias de época y lugar. En efecto, en el relativo a la Srita. Chisays se encuentran estas cláusulas: "...a) El Banco encarga a la comisionista la colocación de Cédulas de Capitalización del Banco Central Hipotecario en el territorio del Departamento de Bolívar; b) - El Banco reconoce a la comisionista como única remuneración por cada cédula de capitalización de $ 1.000.00 que coloque la cantidad de tres pesos ($ 3.00) moneda legal; por las cédulas sin seguro de vida y la cantidad de cuatro pesos ($ 4.00) moneda cte. por las cédulas con seguro de vida, que le será pagada una vez que el tomador de la cédula haya cubierto las dos primeras cuotas de la misma; ..... d) - El comisionista se obliga a colocar por lo menos 50 cédulas de capitalización mensualmente.....; e) - A fin de que las cédulas puedan ser colocadas hasta donde sea posible, en todo el territorio del Departamento de Bolívar, el Comisionista deberá hacer correrías, con tal objeto, por las poblaciones del mencionado Departamento. Durante tales correrías el Banco pagará al Comisionista el valor de los transportes y, además, viáticos a razón de diez pesos ($ 10.00) diarios cuando la correría la haga por poblaciones distintas de Cartagena, y siempre que el comisionista presente al Banco, previamente, los correspondientes itinerarios de viaje, que el Banco apruebe éstos y los autorice para la respectiva correría. - Las cuentas por gastos de transportes y viáticos deberá presentarlas el Comisionista acompañadas de los correspondientes comprobantes; ..... h) - La duración de este contrato será de doce (12) meses, contados desde el 30 de marzo de 1953, y podrá ser prorrogado a voluntad de ambas partes por períodos de igual duración, pero cada uno de los contratantes se reserva la facultad de terminarlo en cualquier momento mediante aviso dado por escrito al otro contratante, con quince días de anticipación...".

Ahora bien, de los diferentes elementos probatorios allegados al informativo se comprueban estos hechos esenciales de la litis:

Servicios personales. — Sobre el particular no existe duda alguna pues los comprueban no sólo el convenio escrito de folio 11, sino también las declaraciones de los testigos Alberto Fadul y Gilberto González Franco, así como la labor rendida por la actora, en más de tres años, de que da cuenta la inspección ocular.

Remuneración. — La diligencia de inspección ocular acredita la apreciable cantidad de cédulas colocadas y comisiones devengadas por la demandante, semana a semana, desde el mes de abril de 1953 hasta el mes de junio de 1956.

Subordinación. — Se deduce, de la relación de diversos factores probatorios, como son: el documento de folio 11 en que se le fija a la demandante la obligación de colocar un mínimo de cédulas mensualmente, la obligación de efectuar correrías por el Departamento a ella asignado, controladas por el Banco, como se aprecia de la cláusula e) que se transcribió, lo cual está corroborado por el pliego de posiciones propuesto por la entidad demandada a su ex-empleada y absuelto por ésta.

El análisis que antecede lleva al convencimiento de la Sala de que en realidad existió entre las partes contendientes una vinculación de tipo netamente laboral, regulada por las normas generales sobre contrato de trabajo. No era necesario, pues, buscar la solución del problema jurídico a través de las normas excepcionales del artículo 98 del C.S.T., como lo hizo equivocadamente el Tribunal aplicando un indebido criterio analógico, sino encuadrar el caso de autos dentro del régimen general del contrato de trabajo.

Lo anterior pone de presente que el **ad-quem** incurrió en los errores e infracciones legales que el recurrente precisa y, por consiguiente, la acusación debe prosperar.

El éxito del cargo en examen hace innecesario estudiar la otra acusación que tiene el carácter de subsidiaria y persigue la misma finalidad de la que ha acogido la Sala.

Como consideraciones de instancia la Corte comparte la motivación del **a-quo** en cuanto a las condenas por cesantía, compensación de vacaciones y primas de servicio, y la absolución por indemnización moratoria; pero se aparta del fallador de primer grado en lo relativo a la condena por preaviso de quince (15) días, ya que a juicio de esta Corporación lo pertinente en este caso es decretar la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 64 del CST., ya que el Banco demandado rompió unilateralmente el contrato de trabajo, pues la nota de despido del folio 12 no contempla una causal legalmente justificada. Por este último concepto se accederá a lo pedido tanto en la demanda de casación como en el libelo inicial, esto es, el tiempo faltante para la expiración del plazo presuntivo, o sea, los salarios correspondientes al lapso comprendido entre el 19 de junio de 1956 y el 30 de septiembre siguiente, lo que da un valor de $ 4.094.61, con base en un salario promedio de $ 1.228.37 al mes.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, CONFIRMA la del Juzgado del conocimiento en lo relativo a las condenas por auxilio de cesantía ($ 3.954.65), por compensación de vacaciones ($ 1.842.54), por primas de servicios ($ 4.842.64); y REVOCA la condena de $ 549.45 por concepto de preaviso, adicionando, en cambio, la decisión del a-quo con el reconocimiento de la indemnización de perjuicios (lucro cesante) por la suma de $ 4.094.61, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo. Es decir, que la cantidad total a que está obligado a pagar el Banco demandado, es la de CATORCE MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 14.734.44) por los conceptos antes anotados.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Roberto de Zubiría C. —Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Ignacio Reyes Posada (Conjuez. — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

VARIOS CARGOS, CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL PAGO DE CIERTAS PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., febrero quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

Jesús Emilio Zapata Quintero demandó, por conducto de apoderado, a Bernardo Salazar Toro para que por la vía del juicio ordinario laboral fuese condenado a pagarle lo siguiente: auxilio de cesantía, prima de servicios, vacaciones, horas extras, festivos trabajados, prestación por accidente de trabajo, auxilio por enfermedad no profesional, recargo del 35% por jornada nocturna, salarios debidos, reajuste de salarios según el Decreto número 0118 de 1957, indemnización por lucro cesante y los salarios moratorios. Como peticiones subsidiarias formuló la de preaviso en lugar del presuntivo y la aplicación del salario mínimo legal urbano en caso de no demostrarse el salario indicado en la demanda.

Como fundamentos de hecho el demandante expuso estos: que prestó sus servicios al demandado desde el 3 de noviembre de 1955 hasta el 13 de enero de 1958 como chofer de una volqueta; que tuvo un sueldo de $ 250.00; que laboró durante todos los días domingos y festivos entre las cinco de la mañana y las ocho de la noche; que no le pagaron la sobre-remuneración a que tenía derecho y que fue despedido sin justa causa; que en julio de 1956 enfermó en Santa Rosa de Osos y tuvo que tratarse por su cuenta puesto que el demandado no cumplió con sus obligaciones sobre el particular; que en febrero 9 de 1957 sufrió un accidente de trabajo que le causó la fractura de la rótula de la rodilla izquierda e igualmente tuvo que tratarse por su cuenta; que dicho accidente le ha dejado limitación en los movimientos de la mencionada rodilla.

En derecho la acción se fundamentó en las siguientes disposiciones legales: artículos 249, 253, 306, 186, 192 y ss., 172 y ss., 158 y siguientes, 168, 193 y siguientes, 209 y 22, 127 y siguientes, 47, 49, 64, 65 del C.S.T. y en los Decretos números 0616 de 1954, 0243 de 1951 y 0118 de 1957.

Bernardo Salazar Toro dio respuesta a la demanda negando los hechos expuestos en ella y sosteniendo que con Zapata Quintero no lo ligó contrato de trabajo sino que durante el tiempo de servicios a que se refiere el actor (noviembre 3 de 1955 a enero 3 de 1958) "el demandante administró personalmente un automotor que le dí en venta...". Propuso las excepciones de carencia de acción, inexistencia de la obligación y "la genérica".

Conoció de la litis el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, el cual por fallo de septiembre 15 de 1958 absolvió al demandado de todas las peticiones hechas por el actor. De esta sentencia apelaron ambas partes.

La apelación se tramitó por el Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, y fue resuelta mediante fallo de septiembre 29 de 1958 en el que se revocó el del **ad-quem** y se condenó a Bernardo Salazar Toro a pagar a Jesús Emilio Zapata Quintero lo siguiente: $ 545.66 por cesantía, $ 250.00 por prima de servicios $ 500.00 por vacaciones, $ 750.00 por salarios de incapacidad temporal ocasionada por accidente de trabajo, $ 337.50 como reajuste de salario y $ 8.33 diarios por cada día que transcurra "entre el veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta

y ocho y aquel en que se verifique el pago de las sumas anteriores". Se absolvió al demandado de los demás cargos.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada. Como ha sido concedido, admitido y tramitado legalmente, corresponde ahora decidirlo previo el estudio de la demanda que lo sustenta. No se presentó escrito de réplica.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente que se revoque el fallo del Tribunal y se absuelva totalmente a la parte demandada, como lo hizo el Juez del conocimiento, o que, en subsidio, se revoque el fallo recurrido de conformidad con los cargos que formula.

Causal de casación

El impugnador invoca la causal contemplada en el ordinal primero del artículo 87 del C. P. del T., por ser la sentencia acusada violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o por aplicación indebida, de las normas que indica en cada cargo.

Primer cargo

Se plantea por error evidente de hecho, a consecuencia de falta de apreciación de unas pruebas y errónea apreciación de otras, con lo cual se violaron, por aplicación indebida, los artículos 23, 24, 65, 186, 204, 249, 306 y Decreto 0118 de 1957. El error en cuestión se concreta en la circunstancia de haber dado por establecido el sentenciador un contrato de trabajo cuando "sólo había una sociedad de hecho".

Como pruebas que omitió considerar el Tribunal cita el recurrente las siguientes: el contrato de compraventa de la mitad de la volqueta, que obra de folios 43 a 45, las letras de cambio de folios 32 a 42 y las confesiones de Zapata Quintero contenidas en las posiciones que aparecen de folios 26 a 27. Las pruebas equivocadamente apreciadas son: las declaraciones de Virgilio Echavarría, Pedro Nel Gutiérrez y Jesús Suárez, y la sentencia de primer grado en cuanto a la valoración que le dio a los mencionados testimonios.

La demostración del cargo se sustenta en estos términos:

"En ninguna parte de la sentencia recurrida hizo mención la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín del mencionado documento de fls. 43 y siguientes. Ni tampoco de las letras de cambio precitadas, ni menos aún de las decisivas confesiones que hizo Zapata Quintero sobre esa compraventa.

"Del documento de marras se desprenden los siguientes hechos: a) La venta de la mitad de dicha volqueta y la consiguiente entrega de la misma al comprador desde el 1º de noviembre de 1955; b) El precio acordado que fue de $ 7.250.00, pagaderos así: $ 2.500.00 de contado y el saldo en cuotas mensuales de $ 390.95 cada una, representadas en 13 letras de cambio por igual valor. (Cabe agregar de paso que en virtud del artículo 1.857 del C. C., tal venta se reputó perfecta por haberse puesto comprador y vendedor de acuerdo en cuanto a la cosa y a su precio).

"Las letras de cambio que obran a fls. 32 y siguientes complementan el contenido y la veracidad del anterior contrato de compraventa, pues obran allí las once que dejó de cancelar el comprador por causa de su incumplimiento.

"Las confesiones que dejó de apreciar el sentenciador aparecen claramente en las siguientes posiciones que absolvió Zapata Quintero (fls. 26, 27): '2ª—Es cierto, sí o no, desde dicho día primero de noviembre de 1956 usted comenzó a explotar el vehículo en referencia, como comunero de la mitad con el vendedor Salazar Toro?'. 'Preguntado a la segunda: 'Es cierto. Leída la aprobó'. Las preguntas 3ª y 4ª relativas a la forma de la compraventa y al pago de la cuota inicial de $ 2.500.00 y de las dos primeras letras de cambio, también las acepta Zapata, sin cualificación alguna. En la respuesta a la quinta pregunta reconoce el absolvente ser suya la firma puesta en tal documento y haberse suscrito el mismo ante testigos. Finalmente, en la respuesta dada a la sexta pregunta, acepta aquél que las letras eran catorce y y que cubrió el valor de las dos primeras.

"Todas las pruebas anteriores dejan ver, sin lugar a dudas, que entre demandante y demandado se celebró un contrato de compraventa sobre la volqueta de que se trata, de buena fe, claro, concreto, definido y sin viso alguno de simulación.

"En tales condiciones y estando acreditados en forma evidente todos los hechos a que esas pruebas se refieren, podría sostenerse, dentro de una sana interpretación de las mismas, que Zapata al recibir esa volqueta para explotarla el 1º de no-

viembre de 1956 y al continuar su beneficio en tal forma, lo hacía en virtud de un contrato de trabajo?".

Y agrega el recurrente:

"...Si el Tribunal de Medellín hubiese interpretado cabalmente aquellas pruebas habría llegado, como llegó el señor Juez de la primera instancia, a conclusiones contrarias, como son las que se desprenden de la comunidad que se formó entre aquellos para explotar ese mueble.

"Por otra parte, no es cierto, como lo dice el mismo Tribunal en la sentencia recurrida, que con las declaraciones de los tres únicos testigos, con las cartas de fls. 1 y 2 y con las posiciones absueltas por el demandado, se acredite la existencia de ese contrato laboral.

"Aparece de manifiesto que el sentenciador apreció erróneamente tales pruebas. Primero porque las tales declaraciones se contradicen gravemente en sus propios dichos y entre sí; no concuerdan en circunstancias de tiempo, modo y lugar; lo poco que saben al respecto no lo afirman por percepción directa sino "porque se los dijeron"; ninguno de ellos presenció la celebración de un contrato de trabajo. Sustentar un fallo sobre esa prueba de testigos sería tanto como basarlo en el perjurio latente en esas declaraciones.

"Y con el mismo criterio interpretó erróneamente el sentenciador las confesiones hechas por el demandado Salazar Toro al absolver posiciones (fls. 25 vto. y 26). Categóricamente afirma este absolvente que las sumas de dinero que suministró a Zapata Quintero, tenían el carácter de anticipos para ser imputadas a posibles utilidades del negocio común. Y sin embargo de tratarse de una confesión indivisible, el Tribunal acomodaticiamente fracciona esa confesión para darle el carácter de salario, contra toda evidencia.

"En cuanto a las cartas de fls. 1 y 2, se dieron por el demandado al demandante no para acreditar un contrato de trabajo inexistente, sino para que en la Cooperativa Familiar le otorgaran a Zapata algunos de los beneficios que la misma suele conceder. Y de ahí que el señor Juez, dentro de la facultad que sólo a él le confiere el artículo 61 del C. de P. del T. no concediera a esas cartas ni a esas declaraciones el mérito que el Tribunal acomodaticia y arbitrariamente les dio para llegar a la violación de las citadas normas, por aplicación indebida".

Se considera:

A juicio de la Sala, lo que ha ocurrido en el caso de autos es que el Tribunal, ante la contraposición de los diferentes elementos probatorios, optó por darle mérito principal a los que se encaminaban a demostrar la existencia del contrato de trabajo derivando de allí las consecuencias naturales de ese nexo jurídico. En verdad, hay pruebas que se refieren a un contrato de compraventa y pruebas que relacionadas armónicamente establecen el vínculo laboral. Entre las primeras se encuentra el contrato de compraventa de media volqueta, las letras de cambio y la confesión de Zapata Quintero. Entre las segundas, se destacan estas: la consignación del demandado, "con el fin de cumplir con las exigencias del artículo 65 del C. S. del T.", hecha al contestar la demanda inicial del litigio; la carta de folio 2, dirigida a la Cooperativa Familiar, en donde Bernardo Salazar Toro, dice: "...Por medio de la presente quiero dejar constancia de que el señor Emilio Zapata, hace ocho (8) meses que trabaja en la empresa y gana $ 250.00 mensualmente..."; la constancia de folio 3, también suscrita por Salazar Toro, que expresa: "...El señor Jesús Emilio Zapata trabaja desde hace tiempo al servicio de esta empresa..."; la confesión del demandado Salazar, al absolver posiciones, en que reconoce que le pagaba a Zapata $ 250.00 como salario mensual y explica: "Esos $ 250.00 eran del producido de la volqueta y para gastos de él y con cargo a entradas y salidas de la volqueta que ya teníamos en sociedad o compañía".

Sin embargo, la posición del demandado en cuanto a los hechos que podrían justificar la negación del contrato de trabajo, no deja de ser confusa y un tanto contradictoria. En efecto, en la contestación de la demanda dice textualmente que: "....el demandante administró personalmente un automotor que le dí en venta...". En el documento de compra de la mitad de la volqueta en donde se acuerda que su precio es de $ 7.250.00, pagaderos por Zapata así: $ 2.500.00 en el acto de la firma del contrato y el saldo en cuotas de $ 390.95 por cuyo valor el comprador entregó letras de vencimiento mensual. Y luego, la confesión del demandado, que anteriormente se transcribió, en donde habla de que los $ 250.00 que le entregaba a Zapata eran para gastos de éste y con cargo a la volqueta que tenían en sociedad o compañía.

De las pruebas anteriores claramente se des-

prende lo siguiente: que Zapata al comprar la volqueta pagó todo el precio de lo que compró, parte de contado al suscribir el contrato y parte a crédito en letras mensuales a su cargo; por este aspecto, pues, parece que no quedó nada pendiente. De lo que no existe prueba en el proceso es de la compañía o sociedad a que alude Salazar en su absolución de posiciones. Este hecho no se encuentra demostrado en forma satisfactoria. Es un afirmación del demandado sin ninguna comprobación. De manera que al ser preguntado sobre los $ 250.00 que pagaba mensualmente como sueldo a Zapata y contestar que era cierto y luego explicar que se trataba de dineros de la compañía o sociedad que tenía con Zapata, agregó un hecho nuevo y dividió su confesión, por lo cual estaba en la obligación procesal de demostrar la veracidad de tal hecho, lo cual **es jurídicamente obvio, ya que no es** lo mismo recibir dinero por concepto de sueldo, que por razón de un contrato de sociedad.

Del análisis anterior puede apreciarse que la deducción del **ad-quem** no es desacertada y que, por el contrario, se ajusta a la realidad probatoria pues de ésta tomó los elementos que configuran el contrato de trabajo. Puede decirse también que su conclusión está en concordancia con la ley, ya que ésta preceptúa que cuando el contrato de trabajo se presenta involucrado con otro u otros no pierde su fisonomía propia (artículo 25 del C.S.T.).

Por consiguiente, no aparece demostrado que el fallador hubiese incurrido en un evidente error en la apreciación de las pruebas al considerar acreditado el contrato de trabajo. En tal virtud este aspecto del cargo no prospera. Las otras modalidades de la acusación que se refieren a los derechos que emanan del vínculo laboral, se examinarán en los cargos siguientes en que se repite la impugnación.

Segundo cargo

Se propone como subsidiario del anterior y reza así:

"El fallo recurrido infringió directamente las normas contenidas en los artículos 1.849, 1.857, 1.502, 1.602 y 2.322 y siguientes del C. Civil.

"Estando acreditada la existencia de una comunidad o sociedad de hecho, nacida del contrato de compraventa sobre la mitad de la volqueta, indiscutible y no considerada por el sentenciador en el fallo recurrido, resulta evidente que infringió directamente esas normas, aplicables por analogía. Si la compraventa se perfeccionó en virtud de haberse puesto de acuerdo las partes en cuanto a la cosa vendida (la mitad de la volqueta) y en cuanto a su precio ($ 7.250.00) su desconocimiento por la sentencia de que se trata, implicó la violación directa del artículo 1.857 del C. C. Si de conformidad con el artículo 1.602 del mismo Código, los contratos son ley para las partes y sólo se pueden invalidar por el mutuo consentimiento o por causas legales, también infringió directamente esta norma. Si el art. 2.323 del C. C. reconoce la comunidad como una entidad jurídica y el 2.323 declara que el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social, igualmente violó el fallo recurrido, en forma directa, estas disposiciones.

"Al desatender la sentencia recurrida aquellas normas para optar por las del contrato de trabajo, francamente se colocó el sentenciador en abierta rebeldía contra ellas, infringiéndolas directamente.

Se considera:

Para la solución de este cargo bastaría reiterar las razones expuestas para no darle acogida al anterior. Mas ocurre que se puede decir algo más y es esto: la acusación en examen resulta incompleta y carente de eficacia para quebrantar el fallo acusado, ya que no dice en qué forma incidió la violación de las disposiciones del Código Civil, que se citan, en los preceptos laborales que aplicó el Tribunal. Se quedó, pues, a mitad del camino, como se acostumbra decir en estos casos.

Por lo anotado, el cargo no prospera.

Tercer cargo

Tiene el carácter de subsidiario de los anteriores y se enuncia como sigue:

"La sentencia recurrida violó, por aplicación indebida, los artículos 199, 204, 221 y 225 del C. S. del T., como consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas relativas al contrato de trabajo.

"El error en que incurrió el sentenciador consistió en dar por establecido que el accidente ocurrió por causa del trabajo y con ocasión del mismo, sin estar acreditado este hecho. También incurrió en el error evidente de tener al testigo Pe-

dro Nel Gutiérrez como presencial del accidente, no obstante que éste declara expresamente no haberlo presenciado. Las pruebas erróneamente interpretadas sobre este particular, fueron las declaraciones de los testigos Virgilio Echavarría, Pedro Nel Gutiérrez y Jesús Suárez. Como puede constatarse por la lectura de tales declaraciones, Echavarría y Gutiérrez afirman que no presenciaron ese accidente y que tuvieron conocimiento de él por informaciones de terceros. Solamente Suárez dice haberlo presenciado, incurriendo en graves contradicciones que le restan toda credibilidad a su dicho. Además, resulta curioso que estando Suárez en el lugar del accidente no indique la hora en que éste sucedió y él mismo no hubiera ayudado a levantar del suelo a Zapata, pues se limita a decir que éste fue levantado de allí por unos amigos".

Se considera:

Acerca de esta acusación, la motivación de la sentencia es como sigue:

"El testigo Suárez presenció el accidente sufrido por Zapata, en febrero de 1957, al resbalarse de la volqueta, en la Bomba Padilla de Medellín. El hecho ocurrió, según otro testigo (Gutiérrez), cuando 'Zapata subió la volqueta al lavadero y al bajarse tropezó y cayó sobre la rodilla en un muro del lavadero'. Es, así, un típico accidente de trabajo, ya que el trabajador, al sufrirlo, se ocupaba en una tarea esencial para el buen servicio: el mantenimiento del vehículo. Según el Médico Seccional del Trabajo, Zapata estuvo incapacitado temporalmente por tres meses, pero no le quedó ninguna incapacidad permanente. De acuerdo con el artículo 204, el demandante tiene derecho al salario completo de esos tres meses. Son $ 750.00".

Como se ve, para la fundamentación de esta condena el **ad-quem** para nada tuvo en cuenta la declaración del testigo Echavarría. Solamente consideró la de Suárez, en primer término, y la de Gutiérrez, en segundo lugar. Ciertamente este último no ofrece completos motivos de credibilidad pues da a entender que lo del accidente de Zapata le consta porque se lo contaron. En cambio, no puede decirse lo mismo de Suárez, ya que éste declara que trabajaba para Bernardo Salazar como chofer de una volqueta; y sobre el accidente dice: "en febrero de 1957 estábamos el demandante y yo en la Bomba Padilla cuando éste sufrió un accidente, pues se resbaló la volqueta y se reventó una rodilla Zapata, lo cogieron de allí unos amigos y lo llevaron a la Policlínica..."; al ser preguntado sobre el mismo hecho por el apoderado del demandado, responde: ".....el nueve de febrero de 1957 cayó sábado y estaba yo lavando la volqueta, en momentos en que la estaba secando, Zapata resbaló y se fue al suelo y fue cuando se dañó la rodilla, ese accidente lo presenciaron muchos pero yo no recuerdo los nombres...".

Es de observar que el recurrente habla en su cargo de las "graves contradicciones" en que incurrió Suárez mas llama la atención de que no dice cuáles son ellas; no existen y, por lo mismo, es un declarante digno de crédito. De manera que no habiendo demostrado el impugnador fallas atendibles en el testimonio de Suárez, su declaración queda en pie y sirve de soporte a la decisión acusada.

En concecuencia, no se ha demostrado el evidente error de hecho alegado. El cargo no prospera.

Cuarto cargo

Esta acusación también tiene el carácter de subsidiaria. Dice lo siguiente:

"La sentencia recurrida violó, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. del Trabajo, como consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de la prueba relacionada con la consignación de la suma de $ 375.00 pesos, hecha por el demandado con la contestación de la demanda, de cuyo título dejó constancia la Secretaría del Juzgado 1º del Trabajo a fls. 12 vuelto.

"El error del sentenciador consistió en considerar exigua la suma consignada, de una parte, y en desatender la buena fe con que obró el demandado al consignar únicamente esa cantidad que creyó deber, como dueño tan sólo de la mitad de la volqueta, para el evento remoto de que se tuviera por existente un contrato de trabajo.

"Las pruebas erróneamente apreciadas por el sentenciador fueron estas: a) La constancia de fls. 13 suscrita por el demandado; b) Las declaraciones ya analizadas de los tres únicos testigos presentados por la parte demandante. Y c) Las confesiones resultantes de las posiciones absueltas por ambas partes".

El recurrente sostiene que la consignación no fue exigua habida consideración de que el demandado sólo estaría obligado a pagar cesantía, vacaciones y prima de servicio y que de haber

interpretado correctamente el sentenciador, las pruebas citadas, habría llegado a la conclusión de que el demandado procedió de buena fe al consignar la cantidad aludida.

Se considera:

De los planteamientos del recurrente, antes expuestos, no surge el evidente error de estimación probatoria que alega. De ningún modo. En primer lugar, no debe perderse de vista que el demandado ha sostenido que con Zapata Quintero no estuvo ligado por contrato de trabajo. Luego, lógicamente, no ha debido consignar suma alguna en cumplimiento del artículo 65 del C. S. T. De otro lado, la razón que da el Tribunal para justificar la condena por el concepto en examen es lo exiguo del valor consignado. Y en verdad lo es ya que no alcanza a cubrir siquiera la mitad de las condenas por cesantía ($ 546.66), primas de servicio ($ 250.00), accidente de trabajo ($ 750.00) y reajuste de salario ($ 337.50).

Lo anterior es suficiente para demostrar que la acusación no es fundada. Por lo mismo, el cargo no prospera.

Quinto cargo

Está formulado en estos términos:

"Presento esta acusación como subsidiaria de las dos primeras y para el caso de que se considere probada la existencia de un contrato de trabajo.

"La sentencia recurrida infringió directamente los artículos 186 y 189 del C. S. del T. según los cuales se tiene derecho, terminado el contrato de trabajo, a que se compensen en dinero las vacaciones, a razón de quince días por año completo de servicio.

"El hecho primero de la demanda en cuanto al tiempo servido (de noviembre de 1955 a enero de 1958) no fue objeto de discusión. Y sobre esta base el Tribunal ha debido computar por los dos únicos años completos comprendidos en tal período, $ 250.00, o sea el valor de 30 días, ya que la suma de $ 500.00 a que condenó corresponde a 60 días de vacaciones, o sea por 4 años. En esta forma llegó a una conclusión distinta, en parte, de la determinada por tales normas, infringiéndolas directamente".

Se considera:

Una simple relación del tiempo servido (noviembre de 1955 a enero de 1958), del salario devengado ($ 250.00) y del equivalente legal del derecho a las vacaciones (15 días de salario por año de servicio), demuestra palmariamente que el Tribunal incurrió en violación de la ley al fijar la condena por vacaciones en $ 500.00, cuando realmente lo jurídico era haberlas decretado por la mitad de esa cifra. La acusación es procedente, pues, y el fallo acusado habrá de casarse para enmendar la infracción de los preceptos señalados por el impugnador. Estas breves consideraciones son suficientes para fundamentar la decisión de instancia.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENATE la sentencia recurrida en cuanto fijó el monto de la condena por vacaciones en $ 500.00 y, en su lugar, se modifica ésta para rebajarla a la suma de $ 250.00. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DIVERSOS CARGOS, FUNDAMENTADOS EN LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL PAGO DE DETERMINADAS PRESTACIONES SOCIALES

1.—Como ya lo tiene decidido la jurisprudencia laboral, el valor de los finiquitos que expida el trabajador es siempre relativo y no absoluto, y "ellos sirven para demostrar el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones en la cuantía en que aparezcan detallados, pero la declaración de PAZ Y SALVO no anula el derecho del trabajador a reclamar judicialmente cualquier otro valor que el patrono haya quedado debiéndole por estos conceptos".

2.—La jurisprudencia ha sido uniforme y constante en el sentido de que las acusaciones por infracción directa de la ley deben proponerse al margen de toda cuestión de hecho o probatoria discutida en el juicio, ya que de otro modo el concepto de la violación no es directo sino indirecto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., febrero quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

José Jaime Tabares, por medio de apoderado, demandó a Enrique Alvarez a fin de que por los trámites propios de un juicio de trabajo fuese condenado a pagarle cesantía, primas de servicio, vacaciones, zapatos y vestidos de trabajo, reajuste o aumento de salario, salarios retenidos, indemnización por violación del contrato presuntivo de trabajo, descanso remunerado en domingos y festivos religiosos, doble salario en festivos nacionales trabajados, indemnización moratoria y costas del juicio.

Como hechos de su libelo el actor expone que trabajó al servicio del demandado Alvarez, mediante contrato verbal, en el oficio de solador en zapatería, desde el 18 de julio de 1952 hasta el 10 de septiembre de 1958; que laboraba todos los días de la semana y en los festivos nacionales; que percibía un salario promedio de $ 12.00 diarios; que le fueron retenidos $ 153.00 de sus jornales; que no recibió aumento de salario; que fue despedido sin justa causa y que no le han reconocido las prestaciones sociales que reclama.

La demanda señala como fundamentos de derecho los artículos 22, 23, 24, 27, 45, 47, 49, 57, 63, 64, 65, 127, 142, 149, 172 a 185, 186 a 192, 230, 232, 249, 253, 306 y demás pertinentes del C. S. del T.; y los Decretos 616 y 617 de 1954, y 0118 de 1957.

La cuantía se fijó en más de $ 300.00.

El demandado, también por medio de apoderado, contestó la demanda aceptando los servicios del actor durante el período comprendido entre el 18 de julio de 1952 y el 18 de julio de 1958, con un salario promedio de $ 7.00 diarios; manifestó que en el último lapso de trabajo el demandante tuvo el carácter de socio industrial y que no solamente abandonó el trabajo sino también la sociedad. Se opuso a que se accediera a las peticiones solicitadas y alegó la excepción de prescripción.

Conoció del litigio el Juez Cuarto del Trabajo de Medellín, el cual profirió su fallo el día 3 de febrero de 1959, condenando a pagar al señor Enrique Alvarez en favor del trabajador demandante lo siguiente: $ 1.659.75 por cesantía; $ 420.00 por compensación de vacaciones; $ 630.00 por primas de servicios; $ 153.00 por salarios no pagados; $ 308.00 por descansos en días festivos nacionales y religiosos; y la suma de $ 7.00 diarios desde el 18 de septiembre de 1958 "hasta

cuando el pago de los conceptos anteriores se verifique, por cada día de retardo, como indemnización por mora". Se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en cuanto a primas de servicio y vacaciones y se absolvió al demandado de los demás cargos formulados.

Contra el fallo anterior interpusieron recurso de apelación los apoderados de ambas partes.

Correspondió el conocimiento de la alzada al Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, entidad que pronunció su decisión de fondo el 19 de febrero de 1959, mediante la cual confirmó la sentencia del a-quo pero modificándola en el sentido de rebajar la condena por primas de servicio a la suma de $ 584.46 y disponiendo que de las condenas decretadas se dedujera la cantidad de $ 1.260.00. Revocó la condenación por salarios no pagados hecha en el fallo apelado.

Recurrió en casación el apoderado de la parte demandada. El recurso fue concedido por el Tribunal y admitido y tramitado legalmente por la Corte. Corresponde, pues, decidirlo previo el estudio del escrito sustentatorio. No se presentó réplica por el opositor.

Alcance de la impugnación

Lo indica el recurrente así:

"Con el presente recurso aspiro a que la Honorable Sala case en su totalidad la sentencia impugnada y decida sobre lo principal del pleito, absolviendo a mi mandante de los cargos formulados en la demanda origen de este juicio".

Motivos de casación

Los expone el impugnador en esta forma:

"**Primer cargo.**—Invoco la causal primera de casación laboral en su segunda parte, afirmando que la sentencia impugnada viola indirectamente los artículos 174, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida al caso de autos, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador, las cuales singularizaré al poner en evidencia cada error".

A continuación se transcriben y analizan cada uno de los errores que expone el recurrente en este primer cargo.

"**Error de derecho.**— Dejar de apreciar en su pleno valor legal un documento privado debidamente reconocido, suscrito por el trabajador y que se allegó a los autos en forma legal".

"**Prueba mal apreciada.**—El recibo que acompañó el demandado Alvarez al contestar la respectiva demanda, suscrito por el demandante Tabares y de fecha 18 de julio de 1958, en donde éste declara recibir la cantidad de $ 1.260.00 m. l. por seis años de trabajo continuo y declara libremente que Alvarez se encuentra a paz y salvo con él por concepto de vacaciones y primas de servicio. Asimismo, manifiesta que se retira voluntariamente para trabajar en sociedad con el mismo Alvarez. El fallador ha rechazado esta prueba y ha condenado al demandado por los conceptos en donde precisamente el demandante lo ha declarado libre de obligación por medio de documento privado de fuerza legal incontrovertible, violando de paso disposiciones adjetivas terminantes sobre apreciación de las pruebas cuya cita no corresponde al recurso intentado".

Se considera:

A primera vista se ve que el planteamiento del recurrente es errado. En efecto, el error de derecho en la casación laboral tiene un encaje legal preciso e inconfundible, ya que sólo ocurre "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo". Y acontece que para el pago de prestaciones sociales la ley no exige solemnidad especial. De manera que la adecuada o errónea valoración por el juzgador laboral de determinada prueba que registra el pago de prestaciones sociales no es error de derecho.

Por lo expuesto, esta modalidad del cargo no es viable.

"**Primer error de hecho.**—Dando por establecido el fallador que el contrato laboral tuvo una duración de seis años, y que el sueldo devengado por el demandante fue de $ 210.00 mensuales, condena por el aspecto de la cesantía a mi poderdante Alvarez a la cantidad de $ 1.659.75, cuando la simple operación aritmética arroja un resultado de $ 1.260.00 m. l. como valor único de esa prestación, igual al valor pagado por el patrono al trabajador el día 18 de julio de 1958, todo ello en armonía con el recibo acompañado al expediente.

"**Prueba mal apreciada.**—El mismo recibo de que he hecho mención y en donde lógicamente el demandante Tabares dá al demandado Alvarez el finiquito respectivo por concepto de la prestación cesantía".

Se considera:

Para resolver la acusación, es conveniente dar a conocer los fundamentos del **ad-quem** para la condena por auxilio de cesantía. Sobre el particular el fallo acusado dice:

"Al absolver posiciones el señor Enrique Alvarez, reconoció que Jaime Tabares le prestó servicios desde el 18 de julio de 1952 hasta el 10 de septiembre de 1958. No sólo no acreditó el demandado que hubiese mantenido una sociedad con el demandante a partir del 18 de julio de 1958 sino que al responder la pregunta primera en posiciones aceptó lisa y llanamente que la duración de la relación laboral que lo ató al demandante tuvo la duración indicada por éste en la demanda. Como no existe prueba alguna que diga cuál fue el salario obtenido por Tabares, debe aceptarse el confesado por el demandado al responder el hecho cuarto del libelo, de $ 7.00 diarios. Con estos presupuestos se estudiarán las súplicas de la demanda".

Y seguidamente expresa: "Tomando en consideración el tiempo laborado por el demandante y el salario devengado, el derecho a cesantía se concreta en la cantidad de $ 1.659.75 de conformidad con los artículos 249 y siguientes del C. S. del T. y sin restricción alguna porque no se demostró el capital de la empresa en debida forma".

De la transcripción anterior surge con meridiana claridad que el Tribunal no tuvo en cuenta, para su pronunciamiento sobre cesantía, el recibo a que alude el recurrente sino la confesión hecha al contestar la demanda y en posiciones a que se refiere la motivación transcrita. Se ve, pues, que el impugnador no ha atacado los verdaderos soportes de la sentencia recurrida. De manera que éstos han quedado intactos y, por lo mismo, en firme la decisión del fallador.

"**Segundo error de hecho.**—Liquidar las vacaciones compensadas al demandante Tabares en la cantidad de $ 420.00 m. l.

"**Prueba mal apreciada.**—En el recibo de marras, aparece claramente la declaración de Tabares acerca de que su patrono Alvarez nada le debe por tal concepto".

"**Tercer error de hecho.**—Liquidar el valor de las primas de servicio en la cantidad de $ 585.46.

"**Prueba no apreciada.**—El mismo recibo ya citado, en donde el demandante Tabares declara al demandado Alvarez a paz y salvo por tal concepto".

Se considera:

Según lo dice el propio recurrente, el recibo en cuestión dá cuenta del valor de la cesantía liquidada al demandante. En cambio, las alusiones a las primas y vacaciones no dicen relación a las cantidades que pudieron corresponder a Tabares, simplemente se concretan a declarar a Alvarez a paz y salvo por esos derechos. De manera que ante el reclamo del trabajador se hacía necesario una prueba más precisa que acreditara el pago de los derechos en referencia. Como ya lo tiene decidido la jurisprudencia laboral, el valor de los finiquitos que expida el trabajador es siempre relativo y no absoluto, y "ellos sirven para demostrar el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones en la cuantía en que aparezcan detallados, pero la declaración de 'paz y salvo' no anula el derecho del trabajador a reclamar judicialmente cualquier otro valor que el patrono haya quedado debiéndole por estos conceptos". (Sentencia de abril 10 de 1956. Juicio de Juan O. Zaldumbide contra Adler y Compañía, Limitada).

El recibo cuestionado habla de un paz y salvo global en cuanto a vacaciones y primas pero no concreta por qué valor ni cuáles vacaciones y primas fueron reconocidos. La precisión al respecto es de rigor por la circunstancia de que el vínculo laboral se prolongó por más de seis años y el demandado propuso la excepción de prescripción. Por lo demás, debe observarse que quedó pendiente en el juicio el esclarecimiento de la tacha de falsedad opuesta al recibo cuestionado por el demandante y sin demostración su autenticidad, ya que no se tramitó debidamente el incidente que la ley ordena.

En modo alguno, pues, resulta de la apreciación del **ad-quem** un error de hecho, ni mucho menos con el carácter de evidente que se requiere para que la acusación prospere.

"**Cuarto error de hecho.** — Dar por establecido que el demandante trabajó los días domingos y festivos nacionales y religiosos en la forma contemplada por la sentencia origen de la impugnación.

"**Inexistencia de prueba.**—Por parte alguna en el informativo aparece demostrado el hecho a que se refiere tal error. Es innecesario tratar más a fondo este tema por lo exótico que allí aparece".

Se considera:

Acerca de este nuevo punto planteado por el recurrente el sentenciador dijo lo siguiente:

"No demostró el actor que hubiese agotado trabajo durante todos los días de la semana por cuanto que el testigo Irigoyen asevera que Tabares trabajaba la mayoría de los lunes, lo que indica que no laboraba todos los lunes y sobre el particular, los testimonios de Alirio Garcés y Manuel Gómez no son responsivos. El demandante sí es merecedor a los descansos por festivos nacionales y religiosos y debido a que el demandado no demostró el pago. Esta remuneración por descansos tiene un valor de $ 308.00".

De la confrontación de lo sostenido por el recurrente con lo expresado por el Tribunal se aprecia que el ataque del primero no está bien orientado. No es cierto, como lo afirma el impugnador, que el **ad-quem** haya dicho que Tabares trabajó los días domingos y festivos nacionales y religiosos. No, el fallador no ha manifestado tal cosa; lo que dijo fue que el demandante era acreedor a los descansos por festivos nacionales y religiosos debido a que el demandado no demostró haberlos pagado, lo que es cuestión muy diferente. La condena se produjo, pues, no porque se hubiese trabajado en los mencionados días sino porque no se reconoció el descanso remunerado durante los mismos. No se ha atacado, como se ve ,el verdadero soporte de la condena y, por consiguiente ésta habrá de mantenerse.

Segundo cargo

Está propuesto textualmente así:

"Invocando la misma causal, afirmo que la sentencia viola directamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia natural de un evidente error de hecho originado por la indebida apreciación de algunas pruebas".

A renglón seguido el recurrente señala las pruebas sobre que hace recaer el error de apreciación probatoria.

Se considera:

La sola enunciación del cargo indica que carece de toda eficacia para quebrantar el fallo impugnado. La jurisprudencia ha sido uniforme y constante en el sentido de que las acusaciones por infracción directa de la ley deben proponerse al margen de toda cuestión de hecho o probatoria discutida en el juicio, ya que de otro modo el concepto de la violación no es directo sino indirecto. Como el libelista ha incurrido en el error apuntado, la acusación resulta inestimable.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



IMPUGNACION CONTRA UNA SENTENCIA QUE, POR CARENCIA DE LEGITIMACION EN CAUSA PARA LA INSTITUCION DEMANDADA, RESOLVIO ABSOLVERLA DEL PAGO DE UNAS PRESTACIONES RECLAMADAS

Se afirma que la sentencia violó, entre otros, el artículo 36 del C. de P. Laboral, que establece que el demandante no está obligado a probar la existencia de la persona jurídica demandada, al menos mientras no se presente controversia sobre el particular. De las razones en que el Juzgador fundamenta su fallo se deduce que lo que lo determinó a negar las peticiones del profesor que reclamaba las prestaciones, no fue la consideración de aquel presupuesto procesal, sino la de no hallar establecida la titularidad del sujeto pasivo. En otros términos: al echar de menos la prueba de que el establecimiento de educación, donde prestó sus servicios el demandante, fuera de propiedad de la Institución demandada, no encontró razón para que ésta tuviera que responder de los actos realizados por aquel establecimiento educativo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., diez y siete de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

Alfonso Girón V., por medio de apoderado, demandó a la Congregación o Comunidad de los Hermanos de las Escuelas Cristianas y al Liceo de la Salle, solidariamente, para que fueran condenados a reconocerle y pagarle auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, lucro cesante y daño emergente e indemnización por falta de pago oportuno del auxilio de cesantía.

Según los hechos de la demanda, el señor Girón prestó sus servicios como profesor externo en el Liceo de la Salle de esta ciudad, desde el 1º de febrero de 1955 hasta el 31 de marzo del mismo año, fecha en que fue despedido; devengó una asignación de $ 280.00 mensuales; durante los dos meses en que desempeñó el cargo puso constantemente en conocimiento de sus superiores los actos de indisciplina de los alumnos y no se le hizo ninguna observación sobre la manera como dictaba sus clases; ello no obstante ,el señor Rector del Liceo, en la nota en que le comunicó el despido, de fecha 1º de abril de 1955, le expresa que como no ha logrado imponer su autoridad de profesor, es imposible seguirlo empleando como tal; que a pesar de la explicación que dio el actor de haber puesto de presente el grave perjuicio moral y económico que le causaba el despido intempestivo, éste, se hizo efectivo; que el 12 de abril siguiente se le envió un cheque por la suma de $ 190.40, destinado a pagarle el sueldo que le adeudaba y el auxilio de cesantía, cheque que devolvió por no estar de acuerdo con la liquidación practicada. Agrega finalmente que es profesor graduado, escalafonado en primera categoría y que ha ejercido por largos años las funciones docentes en conocidos establecimientos del departamento del Valle.

Fundó su derecho en los artículos 64, 65, 101, 102, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los demandados, al contestar la demanda por conducto de apoderado, dijeron no tener conocimiento de algunos hechos afirmados en ella. En cuanto al motivo del despido, manifestaron que por informe de los profesores del Liceo de la Salle, saben que el señor Girón fue incapaz de dominar a sus alumnos y hacerles guardar el orden y disciplina necesarios, hecho sobre el cual le llamaron la atención al demandante el Director del Liceo de la Salle y además Superiores del mismo, en atención a los continuos reclamos que elevaron por escrito los alumnos de Primer Año D.

y Segundo Año B. Admitieron como cierto el hecho de que el Liceo de la Salle le envió un cheque por valor de salarios prestaciones, del cual tomó el demandante una suma y devolvió el resto. Aseveraron que posteriormente se consignó en el Juzgado 4º del Trabajo, a orden del señor Girón, la cantidad de $ 186.66 por concepto de cesantía y pre-aviso, y propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación y pago, "y todas aquellas de las cuales se infiere la inexistencia de las obligaciones reclamadas o su extinción si alguna vez existieron".

El Juzgado Tercero del Trabajo del Círculo Judicial de Bogotá, condenó en su fallo a la Comunidad de los Hermanos de las Escuelas Cristianas a pagar al demandante, "antiguo profesor del Liceo de la Salle, Colegio de propiedad de la Comunidad", $ 140.00 suma correspondiente al plazo con que debió avisarse la terminación del contrato de trabajo; $ 56.00 por auxilio de cesantía y $ 522.00 por salarios caídos. Absolvió a la parte demandada de las otras prestaciones, sin costas.

De dicha sentencia recurrió la parte demandada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad ésta cuya sentencia, en su parte resolutiva, dice:

"1º—ABSUELVASE a la 'Comunidad de los Hermanos de las Escuelas Cristianas', de todos los cargos contenidos en la demanda y su corrección, por carencia de legitimidad en causa para este demandado.

"b) —ABSTIENESE esta Corporación de efectuar pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto, en lo que se refiere al demandado 'Liceo de la Salle', por falta de los presupuestos procesales, respecto de éste, de capacidad para ser parte y demanda en forma.

"c)—CONDENASE en las costas de la primera instancia a la parte demandante.

"2.—COSTAS a cargo de la parte actora".

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado del actor, fue concedido por el Tribunal Superior y admitido por la Corte en cuanto hace relación a la Comunidad de los Hermanos de las Escuelas Cristianas. Surtido el respectivo trámite legal, va a decidirse previo el estudio de la demanda en que se funda el recurso y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Está señalado así:

"Que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral case la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 27 de abril de 1957 (folios 174 a 179), en cuanto por ella se absolvió a la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas, y se abstuvo de efectuar pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto en lo que se refiere al demandado Liceo de la Salle; y que como Tribunal de instancia revoque la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Tercero del Trabajo de Bogotá el 5 de julio de 1956 (folios 142 a 152), en sus ordinales 1º:, 6º y 7º confirmando sus ordenamientos 2º, 3º, 4º y 5º y condenar a las entidades demandadas solidariamente al pago de:

"a) **Prima de servicios.**—Por este concepto la suma de $ 280.00 m. cte. que se hubiera causado si el contrato de trabajo no se hubiera terminado unilateral e injustamente por el patrono.

"b) **Vacaciones.**—Por este concepto la suma de $ 1.026.30 o sean las correspondientes al mes de junio y finales de 1955, que se hubieran causado si el contrato de trabajo no hubiera sido terminado unilateral e injustamente por los demandados.

"c). **Salarios.**—La suma de $ 2.800.00 m. cte. equivalente a 10 meses a $ 280.00 mensuales, tiempo faltante para completar el año lectivo escolar de 1955, salarios estos que se hubieran causado si mi poderdante no hubiera sido despedido injustamente.

"d) Costas de la primera instancia".

Invocándo la causal 1ª del artículo 87 del C. P. del T., se formulan tres cargos:

Tanto en el primero como en el segundo se acusa de infracción indirecta, por error de hecho, de los artículos 2º y 36 del Código de Procedimiento del Trabajo 249, 306, 101, 102, 63, letra a) numeral 1º, 64 numeral 1º, 65, 66 y 35 del C. S. del T. añadiéndose, además, en el segundo, la cita de los artículos 59 y 55 de este último Código.

En ambos cargos se dice el fallador dejó de apreciar las siguientes pruebas:

"a)—Memorial de pago por consignación del Liceo de la Salle a favor de Alfonso Girón V., folios 18, 19 y 20.

"b)—Poder conferido por el Rector del Liceo de la Salle al señor doctor José Manuel Forero León, para que represente al Liceo de la Salle, folio 48.

"c)—Poder conferido por el Supervisor Visitador de la Congregación de los Hermanos de las Es-

cuelas Cristianas al señor doctor José Manuel Forero León, folio 56.

"d)—Contestación de la demanda por el apoderado de la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas y Liceo de la Salle, folios 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65 y 66.

"e)—Copia del memorial del pago por consignación de la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas y Liceo de la Salle a Alfonso Girón V., expedida por el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá, autos del mismo Juzgado, folios 86, 87, 88, 89 y 90.

"f)—Absolución de posiciones del Rector del Liceo de la Salle, R. H. Florencio Pedro, e interrogatorio de las mismas (folios 96, 97, 98, 99, 100, 101 y folios 92, 93, 94.

"g)—Alegato de segunda instancia del apoderado de los demandados doctor José Manuel Forero León, folios 64 a 169.

"h)—Esquela del Rector del Liceo de la Salle al señor profesor don Alfonso Girón, fechada en Bogotá abril 12 de 1955, y su reconocimiento, absolución de posiciones pregunta y respuesta 14, folios 77, 93 y 100.

"i)—Carta del Rector del Liceo de la Salle, Hermano Florencio Pedro al señor profesor don Alfonso Girón V., fechada en Bogotá, abril 6 de 1955 y su reconocimiento en pregunta y respuesta 14 de la absolución de posiciones, folios 80, 93 y 100".

En el segundo se indican, también como dejados de apreciar, estos otros documentos:

"Certificación de la Dirección de Educación Pública del Valle sobre el registro del diploma del señor Alfonso Girón V. (folio 129).

"Copia de la Resolución número 2.392 de 1950 sobre inscripción en el escalafón nacional de la primera categoría al señor Alfonso Girón V. (folio 130).

"Carta del Director de Educación Pública del Valle al señor Alfonso Girón V., folio 131".

En el tercer cargo se acusa de violación directa de los artículos 80 de la Ley 153 de 1887; 2º y 36 del C. P. del T.; 249, 306, 101, 63, letra a) numeral 1º, 64 numeral 1º, 65, 66, 19, 35 y 55 del C.S.T. por no haberlos aplicado.

En sustentación de los dos primeros cargos dice el recurrente que en el juicio no fue materia de discusión lo atinente a las relaciones de dominio entre la Comunidad o Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas y el Liceo de la Salle, y que, al contrario, la parte demandada reconoció que este establecimiento de educación es de propiedad de la mencionada Congregación.

Al efecto, destaca las manifestaciones contenidas en el poder conferido por el Rector del Liceo al doctor Forero León, en la copia del memorial suscrito por éste en el cual anuncia el pago por consignación de las sumas que la parte demandada estima deber al demandante y en el alegato de segunda instancia del mismo doctor Forero León. Añade que los representantes del Liceo de la Salle obraron como tales, aceptando así inequívocamente su existencia como persona jurídica. Pero que aun en el supuesto de que no lo fuera, no se le puede eximir de responsabilidad por las obligaciones surgidas de la ejecución del contrato de trabajo y de su terminación dada la buena fe y el convencimiento pleno y honesto que tuvo el actor de que el Instituto al que prestó sus servicios sí revestía ese carácter.

El recurrente llega a la conclusión de que el fallador, al absolver a la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas con base en un hecho no planteado por ella ni por el Liceo de la Salle, sino, al contrario, afirmado por la parte demandada, dejó de apreciar las pruebas que obran en el proceso, ya enumeradas, lo cual incidió en la parte resolutiva de la sentencia, y que por esa vía quebrantó las disposiciones legales que menciona.

En desarrollo del tercer cargo sostiene que si de acuerdo con el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, los establecimientos de instrucción pública son personas jurídicas, el Liceo de la Salle como instituto docente, tiene esa condición. Que como tampoco se ha discutido la existencia de la relación de trabajo entre demandantes y demandados, ni "la personería y capacidad de los mismos, su calidad solidaria respecto a las obligaciones originadas en esa relación contractual y de prestación de servicio; la calidad con que actuó o actuaron el Liceo de la Salle y la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas respecto a mi poderdante; así como tampoco la buena o mala fe con que se desarrolló y celebró el contrato de trabajo.....", el sentenciador violó las disposiciones enunciadas en el cargo al dejar de aplicarlas al caso.

El opositor hace reparos de orden técnico a la demanda de casación y anota que ésta es apenas un alegato de instancia en que no se demuestra la violación de los preceptos que señala el recurrente. Pide, en consecuencia, que se desestimen los cargos.

Se considera:

El Tribunal sentenciador en la providencia en que concedió el recurso de casación, la cual fue consentida por el recurrente, lo negó "en cuanto se refiere al Liceo de la Salle, por no tener la sentencia respecto de éste el carácter de definitiva" (folio 182 del cuaderno número 2).

Y la Sala de Casación Laboral, al admitir el recurso, lo hizo sólo respecto del juicio seguido por el recurrente contra la "COMUNIDAD DE LOS HERMANOS CRISTIANOS" (folio 3 del cuaderno de casación).

Por tanto, el examen en casación habrá de limitarse al estudio de los cargos relativos a la parte de la sentencia acusada en que se absuelve a la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas.

Dice la sentencia de segunda instancia:

"En parte alguna del libelo inicial, o de su corrección, menciona el actor el hecho de que el Liceo de la Salle pertenezca a la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas, circunstancia fundamental para que se pueda predicar de tal Congregación la legitimación en causa pasiva en el presente juicio. Tampoco hay en el expediente prueba alguna del hecho mencionado.

"Cabría discutir, si se hubiese señalado como hecho fundamental de la demanda dicha circunstancia, la posibilidad de que sea o no un hecho notorio, el que todos los colegios o liceos denominados "De la Salle" pertenezcan a dicha Corporación. Pero el Tribunal no puede, frente al silencio de la parte, entrar a sostener que el demandante quiso decir en la demanda una cosa que no dijo.

"No estando demostrado que el actor hubiera sido contratado, pagado ni despedido por la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas, ni probado, ni simplemente afirmado en la demanda, que tal Congregación sea propietaria del Liceo de la Salle, con quien dice haber celebrado el contrato, deberá absolverse a dicha Congregación por carencia de legitimación en causa".

Se deduce de lo transcrito que la sentencia impugnada negó las peticiones del actor, no porque faltara la prueba de la existencia de la Comunidad o Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas ni la de la calidad de su representante, lo que implicaría un simple presupuesto procesal (caso a que se refiere el artículo 36 del C. P. T.), sino porque no halló establecida la titularidad del sujeto pasivo de la acción, esto es, la razón por la cual la mencionada Comunidad tuviera que responder de los actos realizados por el establecimiento de educación denominado Liceo de la Salle, ya que echó de menos la prueba de que éste fuera de propiedad de aquélla.

Y en verdad ese hecho no se ha acreditado en forma adecuada. En efecto, la manifestación hecha por el Rector del Liceo de la Salle en el acto en que le confirió poder al doctor Forero León, no puede obligar a la Comunidad de los Hermanos de las Escuelas Cristianas, ni tampoco la confesión de su propio apoderado contenida en el memorial en que dá cuenta de la consignación hecha para atender al pago de las prestaciones sociales que correspondían al demandante ni en las alegaciones de segunda instancia, puesto que no consta que para hacer tal confesión hubiese recibido autorización de la referida Comunidad (artículo 607 del C. J.).

En consecuencia, la acusación no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia de este recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRETENDIDA ILEGALIDAD DE UNA SENTENCIA QUE CONDENO A LA EMPRESA DEMANDADA A SUMINISTRAR UN BRAZO ARTIFICIAL DE FABRICACION EXTRANJERA A UN TRABAJADOR SUYO ACCIDENTADO

1.—Dispone el artículo 204 del Código Sustativo que los accidentes de trabajó y las enfermedades profesionales dan lugar, entre otras prestaciones, al "suministro de aparatos de ortopedia y prótesis que sean necesarios. La finalidad de tal prestación no puede ser otra que la de buscar para el trabajador la recuperación, en el mayor grado posible, de su capacidad disminuída como consecuencia del accidente o de la enfermedad profesional. De allí se deduce que el Juez se ciñó a la ley al disponer que el aparato ortopédico que se debe suministrar al trabajador, sea el que ofrezca "el máximo de rendimiento funcional", porque ello equivale al necesario que manda la norma.

2.—Argumenta el recurrente que el artículo 204 del C. del Trabajo no dice que el aparato ortopédico que el patrono debe suministrar al trabajador sea de "fabricación extranjera" como lo dispone la sentencia acusada. Es verdad que en su literalidad no dice ello la norma invocada, ni tenía por qué decirlo, pues tal determinación puede hacerla el Juez, según las circunstancias concurrrentes en cada caso concreto. No debe olvidarse qué la sentencia no es el fruto de una mera operación intelectual abstracta, sino que es el resultado del proceso y que éste tiene una misión más honda que realizar. En ella el Juez debe traducir en forma concreta la norma jurídica y darle expresión de vigencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Abel Zamudio, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral, de mayor cuantía, contra la "Empresa Colombiana de Curtidos S. A.". para que se la condenara a suministrarle "el aparato ortopédico necesario, adecuado y útil de que habla el artículo 204 del C. S. del T., dotado de movimiento mecánico en cuanto la técnica actual lo permita o su valor correspondiente" para adquirirlo en el país o fuera de él, y con la finalidad de reemplazar el antebrazo derecho que perdiera en un accidente de trabajo acaecido cuando laboraba al servicio de la demandada.

Para fundamentar la acción, el apoderado del actor relató varios hechos que se sintetizan, así: que Zamudio fue trabajador de la Empresa Colombiana de Curtidos S. A. y que éste lo utilizó primero como albañil y luego "como operario en una máquina de escurrir cromo", elemento éste que se emplea en la elaboración de pieles; que el día 18 de junio de 1957, a eso de las 4 p. m., estando el demandante en plena labor, sufrió un accidente de trabajo, a consecuencia del cual perdió el antebrazo derecho que le fue amputado en la Clínica Central de Bogotá; que la Empresa pagó al trabajador accidentado una suma de dinero como indemnización por el accidente sufrido, lo mismo que lo referente a cesantía y primas y otras prestaciones sociales que le fueron "más o menos bien liquidadas"; que, no obstante lo anterior, el trabajador se vio precisado a reclamar

de la empresa el cumplimiento total de las obligaciones a su cargo conforme a lo previsto por el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, y le exigió, en consecuencia, que le suministrara el aparato ortopédico adecuado y necesario, que cumpliendo la finalidad de ser funcional y estético al mismo tiempo, reemplazara el órgano que había perdido como consecuencia del accidente de trabajo; que esa finalidad sólo es posible obtenerla mediante la adaptación del correspondiente aparato ortopédico de fabricación extranjera, porque los producidos por la Ortopédica Nacional o Colombiana sólo cumplen una finalidad puramente estética.

Como fundamentos de derecho invocó lo dispuesto por el artículo 204 y siguientes del C. S. del T. y el Decreto número 2158 de 1948, en cuanto al procedimiento.

La demandada, por medio de apoderado constituído al efecto, al contestar la demanda acepta el hecho de que el demandante sufrió un accidente de trabajo estando a su servicio; que la Empresa suministró al accidentado los auxilios y prestaciones asistenciales y el dinero que ordena la ley, y que al terminar el contrato le pagó las prestaciones a que estaba obligada. Respecto al aparato protésico reclamado, manifestó que la Empresa "no se ha negado nunca a suministrárselo, y al efecto ha estado dispuesta a entregarle el brazo artificial del caso, sin que el reclamante haya querido recibirlo". Expresó además, lo siguiente: "El artículo 204 del C. S. del T. no dá especificaciones sobre los aparatos de prótesis que deben suministrarse en caso de accidente de trabajo, y solamente dice que se debe suministrar el aparato que fuere necesario. La Empresa considera que el antebrazo ofrecido al reclamante es el necesario para él y por tanto no ve la razón de que se la demande para el cumplimiento de una obligación cuya existencia no niega".

Tramitada la controversia, el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató por sentencia de fecha 14 de julio de 1958, y condenó a la Empresa Colombiana de Curtidos S. A. "a suministrar al actor Abel Zamudio un brazo artificial que ofrezca el máximo rendimiento funcional como estético, bien sea de fabricación nacional o extranjera, que pueda adquirirse en el país, o a pagar su valor para que éste pueda adquirirlo dentro o fuera del país". Además, condenó en costas a la parte demandada.

Contra el fallo de primer grado interpusieron ambas partes el recurso de apelación, que correspondió decidir al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de 11 de marzo de 1959, en la que dispuso, lo siguiente: "REVOCASE la sentencia dictada por el señor Juez Sexto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá en el presente juicio y en su lugar condénase a la 'Empresa Colombiana de Curtidos S. A.', a suministrar al señor Abel Zamudio un brazo artificial que ofrezca el máximo rendimiento funcional, que sea de fabricación extranjera y que pueda adquirirse en el país.

"COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada".

Contra el fallo anterior, interpuso el recurso de casación el Procurador Judicial de la parte demandada, el que admitido y tramitado en legal forma, va a decidirse, teniendo en cuenta para ello la demanda de casación y el correspondiente escrito de réplica.

LA DEMANDA

Alcance de la impugnación

El recurrente lo presenta, así: "El recurso de casación interpuesto tiene por finalidad pedir y obtener de la docta Corporación se sirva invalidar, en lo pertinente, el fallo proferido por el **ad-quem** que es motivo de la impugnación y en su lugar, constituída la Sala en Tribunal de Instancia, declare que la única obligación de la Empresa Colombiana de Curtidos S. A. para con Abel Zamudio es la de suministrarle un antebrazo derecho artificial. Al mismo tiempo, absolver a la entidad demandada de las costas del juicio en sus dos instancias, y hacer responsable de ellas en todo el juicio al demandante, señor Abel Zamudio".

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L., formula tres cargos, que se estudian en su orden, pero conjuntamente los dos últimos.

Primer cargo

Acusa violación directa del artículo 204, numeral 1º, del C. S. del T., "en cuanto condena a la parte demandada a suministrar al señor Abel Zamudio 'un brazo' artificial que ofrezca el máximo rendimiento funcional y 'que sea de fabricación extranjera' ".

Manifiesta al desarrollar el cargo, que es verdad que el artículo 204 citado, prescribe la obli-

gación patronal de suministrar al trabajador accidentado los "aparatos de ortopedia y prótesis que sean necesarios", pero que en ninguna parte el texto aludido consagra que deban ser de fabricación extranjera, como lo ordena la sentencia impugnada. Además, dice el recurrente, que la citada norma tampoco ordena el suministro de aparatos no necesarios como sí lo hace el fallo al disponer que se suministre a Zamudio un **brazo**, cuando ambas partes han estado de acuerdo en que lo que el demandante necesita es un **antebrazo.**

Continúa textualmente: "De la anterior confrontación literal se concluye claramente, sin lugar a dudas, que el texto de la sentencia impugnada está en abierta pugna con el de la norma vulnerada, incurriendo así el fallador **ad-quem** en una infracción directa de una norma legal sustantiva de orden nacional y de carácter laboral, violación que conlleva la invalidez del fallo acusado".

Se considera:

Del examen y análisis del fallo impugnado, aparece que el Tribunal, al adoptar su decisión, tuvo en cuenta los fines perseguidos por el artículo 204 del C.S.T., al establecer obligación patronal de suministrar al trabajador "los aparatos de ortopedia y prótesis que sean necesarios". Su objetivo busca obtener, hasta donde ello sea posible, la recuperación de la capacidad laboral, perdida o disminuída como consecuencia de un infortunio de trabajo o como secuela de una enfermedad profesional. Aunque del texto de la norma citada no aparezca expresamente establecida tal finalidad, es indudable que ella emana de la propia naturaleza de la prestación asistencial que allí se consagra. Ciertamente, que fuera de la necesidad de buscar para el trabajador la readaptación y recuperación de su capacidad laboral, no se ve ni descubre otra razón de ser que racionalmente pueda servir de fundamento a la obligación patronal de suministrar los aparatos de ortopedia y prótesis que el trabajador requiera, en los casos previstos por la disposición mencionada.

El **ad-quem**, con base en el material probatorio aportado al proceso, encontró demostrado que era indispensable para que el actor pudiera recuperar en buena parte su capacidad laboral que utilizara un aparato protésico de fabricación extranjera "ya que los nacionales son deficientes y no prestan sino un servicio estético". Ello plantea una cuestión de hecho referida a las pruebas de que se sirvió el sentenciador para pronunciar su decisión, y lleva a la conclusión de que la vía directa de impugnación escogida por el recurrente en el cargo que se estudia, no es viable. Además, como el recurrente plantea la violación de la misma norma en el segundo cargo que formula contra la sentencia y allí se acomoda a la técnica del recurso y adopta la vía idónea, la Sala examinará la cuestión de fondo, al estudiarlo.

Por lo expuesto, no prospera el primer cargo.

Segundo cargo

Dice que "El fallo es violatorio, por vía indirecta y como consecuencia de errores evidentes en la estimación de algunas pruebas, del artículo 204, numeral 1º, del Código Sustantivo del Trabajo, al condenar a la Empresa demandada a suministrar a Abel Zamudio un 'brazo' ortopédico de 'fabricación extranjera' no prescrito por la ley".

Como pruebas equivocadamente estimadas que condujeron al Tribunal a incurrir en evidentes errores de hecho, señala las siguientes:

a) **La demanda.**—Afirma que el **ad-quem** no se dio cuenta de que en la demanda no se solicita brazo alguno sino el "aparato ortopédico necsario" y continúa textualmente: "Luego el Tribunal apreció equivocadamente el texto mismo de la demanda, prueba de altísimo valor en toda controversia judicial, en cuanto es confesión de parte".

b) **Declaración del doctor Rojas** (fl. 23 cuaderno número 2).—Dice el impugnador que este declarante, "quien con toda razón asume en su testimonio la autoridad de perito", manifiesta que no es necesario que el aparato ortopédico exigido por Zamudio sea de fabricación extranjera, luego el Tribunal al proferir su fallo apreció equivocadamente esta prueba.

c) **Dictamen médico-legal** (fl. 21 del cuaderno número 2).—Manifiesta el recurrente que en esta prueba no se encuentra que el médico sub-director de la División de Medicina del Trabajo hubiese dictaminado la obligación de suministrar al demandante un brazo de fabricación extranjera, como lo prescribe el fallo impugnado.

Concluye el cargo, así:

"Por haber estimado equivocadamente las pruebas singularizadas, el Tribunal incurrió en evidentes errores de hecho que lo condujeron a vio-

lar, por vía indirecta, el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que no prescribe la obligación patronal de suministrar a los trabajadores accidentados aparatos ortopédicos de procedencia extranjera".

Tercer cargo

Expresa que "al proferir su fallo el Tribunal de Instancia violó de modo flagrante el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, violación medio que condujo al fallador a infringir el artículo 204, numeral 1º, del Código Sustantivo del Trabajo".

En su desarrollo dice que el artículo 50 del C. de P. L. atribuye única y exclusivamente a los Jueces de primera instancia la facultad de proferir condenas **extra** y **ultra-petita,** atribución que no otorga al **ad-quem.** Concluye que el Tribunal no estaba legalmente facultado para fallar **extra** ni **ultra-petita.**

Después de transcribir fragmentariamente el **petitum** de la demanda inicial y la parte resolutiva del fallo impugnado, agrega que el Tribunal falló **ultra-petita** al condenar a la Empresa a suministrar un "brazo" cuando en los autos como en la demanda sólo se habla de un "antebrazo". Afirma que el sentenciador condenó también **extra-petita,** ya que el demandante sólo exige un "aparato ortopédico", necesario, adecuado y útil, mas en ningún caso un "brazo artificial" de "fabricación extranjera".

Se considera:

Dispone el artículo 204 del C.S.T. que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, dan lugar, entre otras prestaciones, al "suministro de aparatos de ortopedia y prótesis que sean necesarios".

Con apoyo en esa norma, el actor pidió se condenase a la Empresa demandada a suministrarle "el aparato ortopédico necesario, adecuado y útil de que habla el artículo 204 del C. S. del Trabajo, dotado de movimiento mecánico en cuanto la técnica actual lo permita" o su valor correspondiente, para adquirirlo en el país o fuera de él, y para tratar de reemplazar el antebrazo derecho que perdió en accidente de trabajo estando laborando a su servicio.

La sentencia del Tribunal condena a la Empresa Colombiana de Curtidos, S. A., a "suministrar al señor Abel Zamudio un brazo artificial que ofrezca el máximo de rendimiento funcional, que sea de fabricación extranjera y que pueda adquirirse en el país".

Como fundamento de su decisión, el **ad-quem** expresó lo siguiente: "Al informativo se trajeron cotizaciones y referencias sobre las distintas clases de aparatos ortopédicos que existen en el mercado nacional y se constató que bien se puede conseguir en el extranjero un brazo artificial que por su fabricación permite ejecutar trabajos similares a los que el paciente desarrollaba con su brazo natural. Este artefacto tiene un valor aproximado de cinco mil pesos (folios 1, 2 y 3). Asimismo se allegó documentación sobre un brazo de fabricación nacional, que presta más que todo un servicio estético y que tiene un valor de un mil doscientos pesos (folio 4)". Más adelante, el Tribunal se refiere a las pruebas aportadas al proceso, especialmente al concepto del Médico Sub-Director de la División de Medicina del Trabajo (folio 21), y a las declaraciones del doctor Napoleón Rojas, especialista en Medicina Física y Rehabilitación (folio 22), y Antonio Cañizales (folio 240) y, agrega: "De conformidad con estas probanzas, se tiene: Que en los autos se halla plenamente establecido que el actor sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba al servicio de la empresa, como lo acepta ésta en la contestación de la demanda; que por razón de dicho percance su actividad laboral quedó notoriamente disminuída, por lo cual hay necesidad de suplir tal deficiencia mediante la adaptación de un brazo artificial que por sus condiciones técnicas permita desarrollar al paciente actividades similares a las que venía cumpliendo con anterioridad al accidente...". "Y si como en el caso de autos se demuestra que el actor puede recuperar en buena parte su capacidad laboral utilizando un aparato de prótesis de fabricación extranjera, ya que los nacionales son deficientes y no prestan sino un servicio estético, lo indicado es que la empresa le sministre al actor ese aparato de procedencia extranjera con el cual recupera buena parte de su capacidad de trabajo".

Se observa:

Para la Sala, no se configuran los errores ni las irregularidades que anota el recurrente, ni la consecuente violación de las normas legales que invoca, por el hecho de que el Tribunal, en vista de lo alegado y probado, junto con la condena para que suministrase al trabajador accidentado el aparato ortopédico requerido, dispusiese tam-

bién, como complemento de la decisión principal, que dicho mecanismo o aparato protésico "ofrezca el máximo rendimiento funcional" y "que sea de fabricación extranjera".

En efecto, si conforme a la norma del artículo 204 del C.S.T. el aparato ortopédico que debe de suministrarse al trabajador accidentado es el que sea "necesario", quiere ello decir, que la ley está exigiendo el "que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin", conforme al significado que conceptualmente corresponde a ese vocablo y que es el que le atribuye con autoridad idiomática, la Real Academia Española. Ahora bien: la finalidad de tal prestación no puede ser otra que la de buscar para el trabajador la recuperación, en el mayor grado posible, de su capacidad disminuída como consecuencia del accidente o de la enfermedad profesional. De allí que no pueda considerarse superfluo, es decir no necesario, que está de más, el disponer que el aparato ortopédico que se debe suministrar al demandante, sea el que "ofrezca el máximo rendimiento funcional", porque ello equivale al NECESARIO que ordena la ley.

La determinación de que, además, sea de "fabricación extranjera", constituye apenas una modalidad circunstancial, previsible por el juzgador conforme a lo probado en el juicio y como consecuencia de la obligación reconocida a cargo de la Empresa. Si el objeto primordial de las normas que establecen y regulan las instituciones, derechos y deberes contenidos en el C.S.T., es lograr la justicia en las relaciones que surjan entre patronos y trabajadores dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, no se ve cómo el Juez Laboral pueda abstenerse de indicar en la sentencia, por exigirlo así las circunstancias del caso concreto, la manera como la Empresa debe ejecutar lo que para ella no es espontáneo o voluntario, sino obligatorio. En el caso **sub-judice**, tal modalidad es el complemento de la decisión principal que se adopta en la sentencia con apoyo en las pruebas que el Tribunal estimó aptas para justificar la pretensión del demandante y con vista en que los hechos que la fundan están acordes con la norma jurídica invocada en la demanda.

Argumenta el recurrente que el artículo 204 del C.S.T. no dice que el aparato ortopédico que el patrono debe de suministrar al trabajador sea de "fabricación extranjera". Es verdad que en su literalidad no dice ello la norma invocada, ni tenía por qué decirlo pues tal determinación puede hacerla el Juez, según las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, como se ha dicho antes. No debe olvidarse que la SENTENCIA no contiene una mera operación intelectual que deduzca, como del planteamiento de un problema matemático, la abstracta equivalencia de dos términos distintos. La sentencia es el resultado del proceso y éste tiene una misión social mucho más honda que realizar, pues no es solamente "juicio" sino también "acción", por lo que la decisión judicial no abarca por eso únicamente determinados raciocinios, sino que es asimismo una emisión de voluntad de la norma jurídica, o mejor, de la voluntad del Estado, traducida en forma concreta por obra del Juez, quien le dá expresión de vigencia a la norma jurídica. De allí que el mandato a que el particular está obligado a someterse en el caso concreto, proviene de la ley que lo sanciona, no de la sentencia que lo acredita.

Dice el recurrente que el Tribunal violó el artículo 204 del C.S.T. como consecuencia del error de hecho evidente en que incurrió al apreciar equivocadamente la demanda, en cuanto en ella el actor pidió se condenara a la Empresa a suministrarle el aparato ortopédico necesario de que habla la disposición legal invocada y que el Tribunal entendió que lo pedido era un "brazo" y así produjo la condena. Para la Sala no existe el error que señala el recurrente ni la equivocada apreciación del libelo con que se inició la acción. Si en la demanda pidió el actor que la Empresa Colombiana de Curtidos S. A. le suministrara el aparato ortopédico necesario y útil de que habla el artículo 204, no implica una apreciación equivocada de la misma el que el fallador opte por llamar "brazo" a la prótesis que debe adaptarse al demandante en lo que aún le queda del miembro superior derecho. En efecto, ese vocablo, en su sentido o acepción más amplia, indica todo el miembro superior del cuerpo, que comprende desde el hombro hasta la extremidad de la mano. Sólo en un sentido más estricto se emplea para determinar la parte de este miembro desde el hombro hasta el codo. Como es claro, en su primera acepción se comprende, la mano, el antebrazo y la parte de ese miembro superior al codo. Estos mismos significados pueden aplicarse para referirse al aparato de prótesis que debe reemplazar al miembro superior de una persona. De allí que el propio especialista en Medicina Física y Rehabilitación, doctor Napoleón Rojas, quien depone en este juicio, en su exposición declaratoria habla de "brazo" para referirse al aparato

requerido por el demandante, y así, expresa: "En cuanto a si **el brazo o mejor la prótesis** sea nacional o extranjera no importa el origen siempre y cuando llene los requisitos de adaptabilidad y funcionalidad que expuse en el párrafo anterior". Además, es el propio apoderado de la Empresa quien se refiere a la pérdida "del brazo" que sufrió el demandante, como se aprecia del siguiente aparte de su memorial que obra al folio 27 del cuaderno principal y que textualmente dice: "La Empresa pagó al señor Zamudio el valor de su indemnización por la pérdida de su capacidad laboral, **es decir, por la pérdida del brazo**, luego cumplió su obligación.....". (Subraya la Sala). A lo anterior, debe agregarse que según consta del dictamen emitido durante el juicio por el Médico Sub-Director de la División de Medicina del Trabajo, previo el examen correspondiente practicado al trabajador Abel Zamudio, éste, como consecuencia del accidente de trabajo que le sobrevino estando al servicio de la Empresa demandada ,sufrió "la pérdida anatómica con amputación quirúrgica de la extremidad superior derecha a nivel de la articulación del codo". Lo anterior parece indicar que la operación quirúrgica que se le hizo en el miembro superior derecho, no permitió al trabajador conservar la articulación del codo, porque la amputación se realizó a nivel del mismo. De allí que el médico especialista doctor Napoleón Rojas, en su declaración y exposición técnico-científica a que antes se hizo referencia, expresa, lo siguiente: "Desde el punto de vista médico considero que al paciente Abel Zamudio se le puede adaptar una prótesis funcional, previa reparación quirúrgica del muñón (reamputación aproximadamente a una y media pulgadas por encima de la actual); confección y entrenamiento de la prótesis pudiendo el paciente, con buena prótesis y buen entrenamiento reubicarse en sus labores que venía desempeñando". Si como aparece del concepto del médico especialista, para la adaptación de la prótesis que requiere el demandante Zamudio, es necesario practicarle una reamputación en lo que le queda de su extremidad superior derecha, no es equivocado ni erróneo que el Tribunal determine como "brazo artificial" al aparato mecánico que debe suministrarle la Empresa para reemplazar al miembro amputado.

Dice el impugnador que el Tribunal apreció mal la declaración del doctor Napoleón Rojas lo mismo que el dictamen médico legal, en cuanto en ninguna de esas pruebas se ha dicho ni dictaminado que el "brazo" que debe suministrarse al demandante "sea de fabricación extranjera", como se dispone en la sentencia. Es evidente que ni el declarante, ni el perito, al rendir su declaración o emitir su concepto dispusieron tal cosa. Ni podían hacerlo porque esa no es su función dentro del proceso. Es al Juez a quien corresponde adoptar la decisión que dirima la controversia, en vista de lo alegado y probado. En cambio, sí aparece de las pruebas a que alude el recurrente que tanto el especialista en Medicina Física y Rehabilitación, en su exposición que obra de folios 22 a 24, como el perito oficial de la División de Medicina del Trabajo, están acordes en afirmar que el aparato protésico que se aplique al demandante, ya sea de fabricación nacional o extranjera, deberá más que todo, prestar un servicio funcional sin descuidar el aspecto estético. Se ha examinado anteriormente, que el Tribunal al verificar el análisis de las demás pruebas aportadas, llegó a la convicción de que el aparato ortopédico de fabricación nacional ofrecido por la Empresa al demandante, no reunía los requisitos de adaptabilidad y funcionalidad que hicieran posible la recuperación de la capacidad laboral del trabajador. Tampoco se configura el error por el concepto que se deja estudiado.

Finalmente, con base en los razonamientos y análisis probatorios que se dejan puntualizados, la Sala estima que el Tribunal, no produjo una decisión **ultra-petita** ni **extrapetita** en cuanto condenó a la Empresa demandada a suministrar al demandante "un brazo artificial" que sea de fabricación extranjera. Tal resolución está acorde con lo pedido por la demanda.

Las consideraciones anteriores, son suficientes para desechar los cargos que se han estudiado conjuntamente.

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 materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. —José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEFECTUOSA E INEFICAZ IMPUGNACION A UNA SENTENCIA QUE ABSOLVIO A UNA COMPAÑIA DE SEGUROS DEL PAGO DE COMISIONES RECLAMADAS POR UN AGENTE COLOCADOR DE POLIZAS

1.—El servicio personal y la remuneración convienen tanto al contrato de trabajo como al de comisión mecantil, con la diferencia de que en el primero el servicio es subordinado o dependiente y en la comisión puede ser autónomo, y como tal debe ser considerado cuando, como en el presente caso, la acción sobre pago de comisiones insolutas se funda en el decreto 456 de 1956 que faculta a la justicia del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento del derecho a honorarios por servicios personales privados.

2.—Al juzgador no le está permitido fundar la sentencia en hechos no invocados en la demanda, aunque se demuestren en el curso del proceso, pues para el demandado la decisión resultaría sorpresiva, ya que respecto de tales hechos no fue llamado a responder en el juicio ni tuvo por tanto oportunidad para impugnarlos, aportando las pruebas del caso.

3.—No basta que la acusación analice cada una de las pruebas que relaciona y que sostenga que todas concluyen a demostrar el error de hecho alegado, pues es de rigor en casación indicar si éste se produjo por mala apreciación de las mismas o por no haber sido estimadas. El ordenamiento legal contenido en el artículo 87, inciso 2º de su numeral 1º, exige la mayor precisión en la formulación del cargo por error de hecho. La excepción a la regla general, en efecto, es la de que el sentenciador se equivocó en el examen y valoración de pruebas, lo cual requiere de parte del recurrente el cumplimiento de todas las formalidades prescritas por la ley para la demostración de tal error. Si el ataque no se ajusta a ellas, no es atendible.

4.—Según jurisprudencia constante, tanto de la casación civil como de la del trabajo, la infracción de normas de derecho probatorio constituyen infracción de medio, que es necesario completar indicando las de derecho sustancial, violación de resultado. Las de la primera clase sirven de antecedente al error de juicio del fallador, y de consecuente las de la segunda. Por lo demás, se trata de requisito formal de la demanda de casación, establecido en el literal a), numeral 5º, artículo 90, del C. de P. Laboral, sin cuya observancia el ataque resulta infructuoso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

Luis Arturo Hernández, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la Compañía Suramericana de Seguros S. A., domiciliada en Medellín, para que con su audiencia y en sentencia definitiva, se la condene a pagarle la suma de $ 27.792.98, por estos conceptos: comisiones insolutas por ventas de pólizas de seguros; salarios del plazo presuntivo; indemnización moratoria; cesantía y prima de servicio; y compensación por vacaciones causadas y no dis-

frutadas, correspondientes a un año de servicios. Pide, en subsidio, la condena al pago de la remuneración por servicios personales privados prestados a la Compañía como Agente-Colocador de pólizas de seguros.

En sus hechos fundamentales la demanda afirma: Luis Arturo Hernández le prestó servicios a la Compañía Suramericana de Seguros, como Agente-Colocador de pólizas, bajo su dependencia, mediante contrato verbal, de plazo indefinido, que con ella celebró; en desarrollo del contrato, el Agente colocó 59 pólizas, en distintos ramos de seguros, por un valor de $ 4.649.500.00; las primas de los seguros vendidos, recibidas por la Compañía, ascendieron a la cantidad de $ 127.456.24 correspondiéndole de este guarismo al demandante la suma de $ 25.295.28, a título de comisión; Hernández inició labores el 22 de noviembre de 1954, en Barrancabermeja, las cuales terminaron el 27 de noviembre de 1956 por voluntad unilateral de la empresa; a la fecha en que el contrato expiró la Compañía quedó debiéndole al actor la comisión correspondiente a 34 pólizas por un valor de $ 9.178.36, y, además, las primas de servicio, la cesantía y demás prestaciones sociales.

Como fundamentos de derecho la demanda invoca los artículos 24, 25, 34, 94, 59 y concordantes del C. del T., los artículos 1º y 2º del Decreto 3.129 de 1956 y el Decreto 456 del mismo año.

En la respuesta a la demanda la Compañía de Seguros niega los hechos en que se funda, expresando que el contrato entre las partes fue de índole civil y no laboral, por escrito y no verbal, agregando que las comisiones por las pólizas de seguros colocadas por el actor, le fueron cubiertas. Como excepción perentoria propuso la de inexistencia de la obligación.

El Juzgado 5º del Trabajo de Medellín decidió el litigio en primera instancia por sentencia de fecha 30 de abril de 1958, por la cual absolvió a la Compañía de Seguros, tanto de las súplicas principales como de la subsidiaria. Se abstuvo de condenar en costas.

Apeló la parte actora. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, que conoció del proceso en segunda instancia, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada, por medio de la suya de fecha 5 de julio del mismo año. También se abstuvo de condenar en costas.

Interpuso el recurso de casación el demandante, que le fue concedido. Tramitado debidamente el recurso por la Sala, la Corte pasa a decidirlo.

EL RECURSO

Aspira el recurrente, al señalar el alcance de la impugnación, a que la Corte case la sentencia del Tribunal y dicte en su lugar el fallo correspondiente.

Invoca la causal primera de casación, y con base en ella aduce dos cargos, que formula así:

Primer cargo.—Violación de los artículos 333, 335 y 379 del C. de Co. y 1.506 del C. C., de modo indirecto, a causa de error de hecho.

Consiste el error en que el Tribunal admitió como cierto el hecho de que Luis Arturo Hernández fue comisionista de J. F. Troconis y no de la Compañía de Seguros.

El cargo, bajo los literales c) a j) relaciona las pruebas que demuestran el error alegado, a saber: la carta de 22 de mayo de 1954, de F. J. Troconis para Luis Arturo Hernández (f. 85); las comunicaciones dirigidas a Hernández por la Compañía de Seguros, sede central, de fechas 6 de mayo de 1955 (f. 27), 25 de octubre del mismo año (f. 34), de 19 de enero, 6 de marzo, 25 de abril y 20 de junio de 1956 (fs. 35, 36, 37 y 38, respectivamente); las cartas de la misma Compañía, Sucursal de Bucaramanga, para el demandante Hernández, de fechas 14 de junio de 1955 (f. 170), otra de la misma fecha (f. 171), la de 21 de octubre del mismo año (f. 172) y la de 8 de mayo de 1956 (fs. 174 y 175); y la inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento en las oficinas de la Compañía de Seguros (fs. 102, 106 y 108).

Según los documentos relacionados, arguye el recurrente, Luis Arturo Hernández fue un intermediario entre los asegurados y la compañía aseguradora, y "por ello tiene derecho a que ésta le pague sus emolumentos y, por tanto, no se justifica para este fin, la discriminación en las características de la vinculación, pues la remuneración debe existir en todo caso. Esto está establecido en los artículos 2.149, 2.150 y 2.161 del Código Civil".

El error de hecho indicado —prosigue el impugnador— llevó al fallador a violar en forma indirecta, por falta de aplicación, el artículo 333 del C. de Co., según el cual la "comisión es por su naturaleza asalariada". Agrega que el fallo viola tal precepto sobre la base de que la relación contractual entre el demandante y la Compañía existió entre ésta y aquél, directamente, pero que si no se estima así, el precepto violado sería el del ar-

tículo 335 del citado código, pues si Troconis confió a Hernández la comisión de venta de pólizas, según la carta del 22 de mayo de 1954, el provecho lo obtuvo la sociedad; los efectos de la convención deben afectar exclusivamente a la Compañía, sobre todo si se considera que ésta aceptó el contrato entre Troconis y Hernández, tácita y expresamente, según las pruebas antes citadas. De la misma manera resulta violado el artículo 379 del Código en cita, al tenor del cual el comisionista tiene derecho a que se le retribuyan sus servicios, "porque en este caso se dio por satisfecha la obligación mediante retribución parcial". Y viola también el fallo, en forma indirecta, por falta de aplicación, a causa del error de hecho establecido, el artículo 1.506 del C. C., pues según las cartas de que se hizo mención, la sociedad admitió el trabajo del actor desde 1953 en adelante, le dio en ellas instrucciones y le fijaba el precio de su trabajo.

Segundo cargo.—Violación indirecta, por falta de aplicación, del artículo 730 del C. J. El quebranto de la norma proviene "de subestimación o falta de consideración de las actas de inspección ocular en donde se constató la prestación del servicio de Hernández y la falta de pago de sus emolumentos".

Antes de la anterior conclusión, alega el recurrente que en la estimación de la inspección ocular incurrió el Tribunal en nuevo error de hecho, pues dio por establecido que la sociedad había pagado sus comisiones a Hernández, demostrando la prueba aportada al proceso que el pago fue parcial. Sin ese error, el Tribunal habría condenado a la Compañía a cubrirle al actor la comisión por las primas satisfechas por los asegurados en el segundo y tercer año, en las pólizas colocadas por él y aceptadas por la sociedad, respecto de las cuales Hernández recibió la comisión correspondiente al primer año. Agrega que, sin tal error, habría comprendido también la condena las comisiones completas respecto de las pólizas colocadas por el Agente 513, número del actor en la organización interna de la empresa, pendientes de pago casi en su totalidad, según la inspección ocular. "Para esto deberá tenerse en cuenta que en carta dirigida por la Compañía al doctor Luis A. Muñoz Vieira, fechada el 13 de mayo de 1957, que se arrimó o acompañó al memorial de pruebas de la parte actora, la primera manifestó que Hernández había estado figurando en los registros como Agente de la Compañía desde el día 1º de febrero de 1957".

Relaciona el cargo las pólizas colocadas por el demandante según confesión de la Compañía, contenida en la respuesta a la demanda; las que detalla la inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento y las que indica la inspección ocular practicada por el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja, que comprende dos listas. A continuación de cada póliza figura el valor de la respectiva comisión y al final de cada relación la deuda pendiente por tal concepto, cuyo valor total es la suma de $ 9.925.05.

En seguida dice el recurrente que además de las pruebas enumeradas en el primer cargo, el Tribunal dejó de estimar las que particulariza en el segundo, las cuales demuestran que la Compañía le debe a Hernández emolumentos por valores que exceden de $ 15.000.00.

La parte opositora sotiene que el primer cargo ofréce defectos en su presentación, pues no indica si el error de hecho tuvo por causa mala apreciación de pruebas o falta de estimación de ellas y que la delegación de la comisión por Troconis a Hernández no fue hecho alegado en la demanda ni demostrado en el juicio. Respecto del segundo anota que no es atendible porque le dá carácter sustantivo al precepto que señala como violado, simplemente probatorio.

La Corte debe hacer estas consideraciones previas:

La demanda de instancia, en su parte petitoria, acumula varias acciones que tienen por causa de hecho el contrato de trabajo, figurando en primer término la que persigue el pago de salarios a título de comisiones derivadas de la venta de seguros por colocación de pólizas, deducidas como principales, y como subsidiaria, la que exige el pago de las mismas comisiones, a la cual le sirve de título un contrato de comisión mercantil.

Las pretensiones basadas en el contrato de trabajo fueron abandonadas en la sustentación del recurso de apelación, reduciéndose la litis a la petición subsidiaria, como lo anota la sentencia recurrida al decir que el demandante se declaró conforme con el fallo de primer grado "en cuanto definió la existencia del contrato de trabajo, por lo cual la tarea de la Sala se contrae a analizar la procedencia de la acción por comisiones no cubiertas". Aun sin tal limitación, en el recurso extraordinario la reducción tendría completa operancia, pues el recurrente sitúa el caso de la litis dentro del marco de la comisión mercantil y, en consecuencia, en los dos cargos acusa

violación de normas pertenecientes a los códigos de comercio, civil y judicial, y ninguna de derecho laboral.

De los hechos que estructuran la **causa petendi**, convienen al contrato de trabajo y al de comisión mercantil: el servicio personal y la remuneración, con la diferencia de que en el primero el servicio es subordinado o dependiente y en la comisión puede ser autónomo, debiendo advertirse que como tal debe ser considerado en el caso que se debate, pues la acción subsidiaria sobre pago de comisiones insolutas se funda en el decreto 456 de 1956, el cual faculta a la justicia del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento del derecho a honorarios por servicios personales privados. La demanda inicial, respecto del contrato de comisión mercantil, no aduce hechos propios ni modalidades especiales, ateniéndose a los aducidos en relación con el contrato de trabajo.

Hechas las anteriores aclaraciones, se examina el primer cargo:

La acusación presenta dos hipótesis, así: a) La de violación del artículo 333 del C. de Co., si la comisión se estima establecida entre el actor y la Compañía de Seguros, de modo directo; y b) La de infracción de los artículos 335 y 379 del mismo Código y 1.506 del C. C., si se considera que la comisión fue confiada al actor, no por la Compañía de Seguros sino por un tercero, el señor F. J. Troconis.

No es admisible la acusación en cuanto a la segunda hipótesis, pues ya se ha visto que para el reclamo de las comisiones pendientes de pago, la única relación jurídica aceptable es la que se deriva del servicio personal prestado por el actor a la Compañía, mediante encargo encomendado por ésta a aquél. Al juzgador no le está permitido fundar la sentencia en hechos no invocados en la demanda, aun cuando se demuestren en el juicio, pues para el demandado la decisión resultaría sorpresiva, ya que respecto de tales hechos no fue llamado a responder en el juicio ni tuvo por tanto oportunidad para impugnarlos, aportando las pruebas del caso.

En cuanto a la violación del artículo 333 del C. de Co., se observa:

La acusación analiza cada una de las pruebas que relaciona y sostiene que todas confluyen a demostrar el error de hecho alegado, sin indicar si éste se produjo por mala apreciación de las mismas o por no haber sido estimadas, como es de rigor en casación, según el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, inciso 2º de su numeral 1º. El ordenamiento legal exige la mayor precisión en la formulación del cargo por error de hecho, entre otras razones porque en casación la Corte no puede realizar una nueva revisión del material probatorio y cambiar el juicio del Tribunal. La regla general es la de que corresponde al juzgador el examen y valoración de las pruebas, y su consecuencia, la de que en esa operación acertó. La excepción a la regla es la de que el sentenciador se equivocó en el ejercicio de tales facultades, lo cual requiere de parte del recurrente el cumplimiento de todas las formalidades prescritas por la ley para la demostración del error.

El ataque no es atendible por no ajustarse a las formalidades de que se ha hecho mérito. Su inobservancia fluye con claridad de la sola lectura de la exposición destinada a sustentar el cargo en examen, como lo demuestra el primer párrafo que de ella se dejó transcrito.

El concepto del Tribunal es el de que antes del mes de mayo de 1955, fecha en que la Compañía registró al demandante como aspirante al cargo de Agente Colocador de Pólizas, aquél realizó varios negocios en distintos ramos del seguro, sin título expedido por la Compañía según las numerosas declaraciones corrientes en el juicio; que las solicitudes de los clientes conseguidos por el actor eran formuladas por F. J. Troconis, distinguido en la organización interna de la sociedad con el número 460, a quien ella pagó las comisiones correspondientes, todo lo cual indica que "en verdad el señor Hernández actuó en esa primera época en virtud de una relación entre él y Troconis a la que era ajena la sociedad"; que entre aquél y el demandante se operó un convenio particular en que la Suramericana no intervino, de lo cual deduce la conclusión de que "no hay base para formular el reconocimiento de las comisiones perseguidas en la demanda y que por lo tanto debe mantenerse el fallo revisado".

Ahora bien: en la declaración de Troconis (fs. 89 a 91) que en lo pertinente transcribe el Tribunal, funda éste —primordialmente— la tesis de que Hernández fue comisionista del declarante y no de la Compañía, lo cual la exime de responsabilidad por la deuda que de ella se reclama. Y el recurrente no ataca la sentencia por mala estimación de esa prueba, sino el concepto del Tribunal, el cual afirma "está en pugna con el gran número de elementos probatorios que obran en autos".

La defectuosa presentación del cargo, por una parte, y el hecho de no haber intentado siquiera —mal o bien— el ataque de la prueba que sirve de soporte principal a la absolución de la entidad demandada, son razones suficientes para su rechazo.

Tampoco es atendible el segundo cargo, el cual acusa violación del artículo 730 del C. J. Al tenor del precepto el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez. Según jurisprudencia constante tanto de la casación civil como de la de trabajo, la infracción de normas de derecho probatorio constituyen infracción de medio, que es necesario completar indicando las de derecho sustancial, violación de resultado. Las de la primera clase sirven de antecedente al error de juicio del fallador, y de consecuente las de la segunda. Por lo demás, se trata de requisito formal de la demanda de casación, establecido en el literal a), numeral 5º, del artículo 90 del C. P. L., sin cuya observancia el ataque resulta infructuoso.

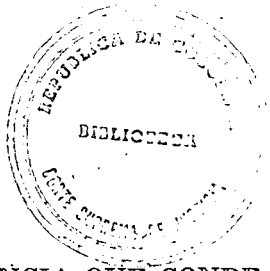
Son, pues, acertadas las críticas que por defectos técnicos formula el apoderado de la parte opositora a la demanda de casación.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — **Roberto de Zubiría C.**— **Luis Fernando Paredes A.** — **José Joaquín Rodríguez.** — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.



ANTITECNICA E INEFICAZ ACUSACION CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL DEMANDADO A PAGAR A UN ABOGADO, POR CONCEPTO DE HONORARIOS PROFESIONALES, UNA SUMA DE DINERO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., febrero veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

Julio de Castro, abogado titulado, obrando en su propio nombre, demandó a Angel **Ramírez, a** fin de que por los trámites propios del procedimiento laboral fuese condenado a pagarle los honorarios profesionales que este último le adeuda, los que estimó en $ 5.000.00 o lo que subsidiariamente determinen peritos. Solicitó también el reconocimiento de "lo demás que se probare en el juicio e indemnización por el no pago oportuno de los honorarios causados y no pagados".

La demanda relata los siguientes hechos:

a)—Leonel Ramírez Alvarez, es hijo legítimo de Angel y Raquel y como tal administraba la lancha REX, de su padre, en la región de Puerto Berrío.

"b)—A consecuencia de tales actividades fue capturado por el detectivismo de Puerto Berrío como presunto comprador de elementos hurtados o robados, el 30 de octubre de 1955.

"c)—Su padre Angel Ramírez y su señora madre Raquel Alvarez, contrataron mis servicios de abogado para velar por sus intereses y atender su defensa.

"d)—Me apersoné del juicio contra Leonel Ramírez el nueve de noviembre de 1955.

"e)—En virtud del auto de detención que se dictó fue remitido a Vélez —Santander— el 29 de noviembre del mismo año; como defensor del sindicado hube de viajar a dicho municipio el 30 del mismo mes y año, en cumplimiento de los deberes que se me encomendaron.

"f)—El primero de diciembre siguiente alegué por ante el Juez Municipal de Vélez y se resolvió mi petición el diez de los mismos, consiguiendo la revocatoria del auto de detención, con la libertad incondicional de Ramírez y regresando con éste a Puerto Berrío el once (11) del mismo mes de diciembre de 1955.

"g)—El señor Juez Municipal de Vélez dictó sentencia absolutoria en favor de mi asistido Ramírez A., el 1º de abril de 1956. A principios del mes de mayo de 1956 alegué por ante el funcionario **ad-quem**, en procura de la confirmación del proveído de instancia, señor Juez Primero del Circuito Penal de Vélez —Santander— lo cual se consiguió y para lo cual me trasladé a dicho lugar.

"h)—Ante la dificultad del caso y la obligación que me imponía el mandato, hube de retirarme de mi oficina de Puerto Berrío del 30 de noviembre hasta el once (11) de diciembre de 1955, ambas fechas, inclusive, con los resultados satisfactorios que he expresado.

"i)—El señor Angel Ramírez, directamente en mi oficina de Puerto Berrío, me encomendó la atención y defensa de su hijo Leonel Ramírez.

"j)—Doña Raquel, madre del detenido y esposa del demandado, me hizo saber que su esposo ratificaba la misma promesa que él personalmente me había hecho o encomendado: la defensa de su hijo.

"k)—El señor don Angel Ramírez estuvo en mi oficina de Puerto Berrío, para realizar el contrato en compañía de don Francisco (a. Quico) Martino, mayor y vecino de Puerto Berrío.

"l)—Por todos los conductos he luchado porque el señor Angel Ramírez, reconozca mis honorarios y todo ha sido inútil, pues ni se me reconocieron los gastos que a mi costa hice en relación con viajes, permanencia en Vélez, alimentación, etc.

"ll)—Ante la negativa de dicho señor Ramírez,

por conducto de su esposa Raquel Alvarez formulé una cuenta de mis honorarios que tampoco tuvo resultado alguno".

Como fundamentos de derecho citó lo pertinente del Título 28 del Código Civil y normas concordantes. En cuanto al procedimiento se acogió al Decreto 0456 de 1956.

El demandado, por medio de apoderado, dio respuesta a la demanda en sentido negativo a los hechos expuestos por el actor y aceptando únicamente el carácter de legítimo de su hijo Leonel Ramírez pero añadiendo que es mayor de edad y capaz de contraer obligaciones. Propuso excepciones dilatorias y perentorias.

Correspondióle el conocimiento del negocio al Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín, el cual pronunció su fallo el día 12 de julio de 1957, resolviendo condenar al señor Angel Ramírez a pagar en favor del actor los honorarios reclamados y disponiendo que su fijación se hiciera por el procedimiento del artículo 553 del C. J.

Las partes apelaron del fallo anterior. Conoció de la alzada el Tribunal Superior de Medellín — Sala Laboral—, entidad que desató el recurso el día 26 de agosto de 1957, confirmando la sentencia apelada pero introduciéndole la reforma de fijar en $ 4.000.00 la suma que debía pagar el demandado. No acogió las excepciones propuestas.

Contra la decisión del **ad-quem** presentó recurso de casación la parte demandada, el cual fue concedido. La Corte lo admitió y tramitó debidamente. En tal virtud pasa a resolverlo previo el examen de la demanda que lo sustenta. El escrito de réplica fue presentado extemporáneamente.

Alcance de la impugnación

En el párrafo final de su demanda el recurrente manifiesta:

"Dejo así, señores Magistrados, formulada la demanda de casación en este negocio. En virtud del primer motivo, os serviréis infirmar totalmente el fallo; mas, si en vuestra sabiduría, dicho motivo no tuviese arraigo en el Derecho, dignaos infirmarla parcialmente, con apoyo en el segundo de los motivos alegados".

Como se ve, el **petitum** del impugnador es deficiente, ya que no dice cómo debe proceder la Corte en el evento de que la sentencia recurrida sea casada total o parcialmente. Es decir, la incidencia de la impugnación sobre el pronunciamiento de primer grado. No obstante la imprecisión anotada, la Sala entra a examinar las acusaciones propuestas.

Primer cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia de violar la ley sustantiva a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Invoco, por tanto, la causal 1ª del artículo 87 del C. P. del T."

Las pruebas en que a juicio del libelista radican los errores expresados son: el poder otorgado al abogado De Castro por Leonel Ramírez; la aceptación del mandato por el nombrado profesional y las diferentes constancias que registra el juicio sobre el ejercicio del referido mandato y sus resultados.

Sostiene el recurrente que al haber omitido el Tribunal la consideración de dicho poder, su aceptación y las constancias sobre el desempeño del mandato, "condenó a persona distinta del propio poderdante", con lo cual incurrió en manifiesto error de hecho.

Al hablar de las incidencias de tal error en las disposiciones legales, expresa que:

En primer lugar, se quebrantaron directamente los artículos 251 y 256 del C. de P. C., "según los cuales es apoderado judicial el que se encarga de representar en juicio a otra persona y se perfecciona el mandato judicial por medio de escritura pública o simple **memorial**"; añade que se violó también el artículo 1.500 del C. C., "de acuerdo con el cual el contrato solemne es aquel que requiere el lleno de ciertas formalidades, como en el caso del mandato judicial, que exige para su existencia el instrumento público o el memorial".

En segundo lugar, asevera que se quebrantó el artículo 2.144 del C. C.

En tercer lugar, sostiene que se violó, "por falta de aplicación, el artículo 2.144 del C. C., porque este precepto manda aplicar a los servicios de profesiones como la del abogado, las reglas del mandato, una de las cuales es la contenida en el ordinal 3º del artículo 2.184 de la misma obra, que resulta infringido también, puesto que habiendo sido perfeccionado el mandato judicial entre Leonel Ramírez, por una parte, y el doctor De Castro, por otra, resulta la sentencia condenando **a otra persona** (subraya el recurrente), a pagar los honorarios correspondientes a los servicios prestados con base en el mandato judicial".

Y en último término dice que se violaron "los artículos 1.494 y 1.495 del C. C. que consagran el

contrato como fuente de obligaciones, violado en este caso precisamente porque se desconoció, como efecto del error de hecho, la verdadera fuente de obligaciones en el presente caso, cual es el mandato judicial, cumplido por el mandatario".

Se considera:

El cargo, como es fácil apreciarlo, se plantea inicialmente por error de hecho debido a omisión en la consideración de ciertas pruebas. Pero al deducir las repercusiones de dicho error en la ley, se sostiene que los artículos 251 y 256 del Código Judicial se violaron "directamente"; que se violaron también el 1.494, 1.495, 1.500, 2.144 y 2.184 del C .C. sin precisar en qué forma; y el 2.144 del C. C. por falta de aplicación. Se afirma, pues, infracción de normas procedimentales por vía directa; de preceptos del Código Civil sin precisar el concepto de la violación, en unos casos, y en otro, precisándolo por falta de aplicación. Se trata de una mezcla de infracciones de la ley en que no es factible desentrañar el concepto viable de la acusación, ya que, no más por el primer señalamiento, el cargo no sería atendible puesto que sostiene violación directa de normas procesales a través de error de hecho, proposición que no se ajusta a la técnica del recurso de casación.

Lo expresado es suficiente para que la Sala estime que este cargo no puede prosperar.

Dentro del primer cargo, el recurrente presenta otra acusación que encabeza así:

"**Error de derecho.** — Subsidiariamente alego error de derecho, como consecuencia del error de hecho antes alegado, por no haberle reconocido al memorial poder, a su aceptación y a las constancias sobre el cumplimiento del mandato por parte del profesional, el valor que le atribuyen los citados artículos 251 y 256 del C. de P. C., esto es, el valor de prueba del mandato judicial perfeccionado en este caso entre el doctor De Castro y Leonel Ramírez".

También sostiene el libelista que hubo violación del artículo 632 del C. de P. C., y de los artículos 1.494, 1.495, 1.142, 2.184, ordinal 3º del C. C.

Se considera:

Esta otra modalidad del primer cargo también se resiente de notorias deficiencias. No dice, por ejemplo, cuál es el concepto de la violación de los textos legales señalados como infringidos. Y, lo más grave, que de unas mismas pruebas primeramente atacadas por error de hecho, ahora las coloca como fundamento de error de derecho. Esto no es jurídicamente aceptable puesto que si determinada prueba sirve para configurar un error de derecho simultáneamente no puede ser la base de un error de hecho, ya que la primera clase de error está concretamente delimitada en la ley, cuando preceptúa: "Sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del Trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por no exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

Por lo anotado, la acusación no prospera.

Segundo cargo

Se presenta con el carácter de subsidiario del primero.

En primer lugar, el recurrente se refiere a diferentes pruebas no estimadas por el **ad-quem.** Y afirma que debido a esa omisión incurrió el fallador en manifiesto error de hecho.

Seguidamente expone que tal error condujo a la sentencia a quebrantar la ley sustantiva en esta forma: "El artículo 2.144 del C. C. por violación directa..."; "...el artículo 2.184, ordinal 3º, directamente..."; "De manera directa el artículo 1.573 del C. C.....".

Se considera:

No es necesario un análisis a fondo de la acusación para llegar a la conclusión de que su planteamiento contradice abiertamente la técnica de la casación, ya que es abundante la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que la infracción directa de la ley no se puede sostener sobre la base de eventuales errores de hecho o de derecho. Por consiguiente, el cargo no es atendible.

El recurrente finaliza su demanda con esta acusación: "Error de derecho. — Subsidiariamente, acuso por error de derecho la apreciación de tales pruebas, en caso de que habiendo sido realmente estimadas, hubiesen sido desechadas. El

error de derecho consiste, por tanto, en haberles negado a tales probanzas el valor que tienen según la ley".

Como disposiciones infringidas señala los artículos 251 y 256 del C. J.

Se considera:

Cabe repetir aquí lo que ya se dijo en el examen de la acusación anterior por error de derecho, esto es, que acerca de unas mismas pruebas no se puede predicar con validez que son simultáneamente objeto de error de hecho y de derecho, ya que este último tipo de error tiene encuadramiento preciso e inconfundible en el procedimiento laboral, tal como lo contempla el artículo 87 del Código sobre la materia. Por lo demás, es de observar que la presentación del error en examen es confuso y contradictorio, pues así lo indica su redacción y la circunstancia de que antes se hubiese dicho que las pruebas cuestionadas no fueron consideradas por el sentenciador. Es obvio que la impugnación de un fallo debe partir de bases reales no hipotéticas, ya que las decisiones de fondo tanto del **ad-quem** como del **a-quo** tienen como apoyo la realidad procesal, máxime cuando se trata, como en el caso **sub-lite** de problemas de índole probatoria.

Por lo anotado, no puede prosperar el cargo.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERRADO PLANTEAMIENTO DE CARGOS CONTRA UNA SENTENCIA QUE SE NEGO A ORDENAR EL PAGO DE UNA PRESTACION EXTRALEGAL QUE, CON INVOCACION DE UN LAUDO ARBITRAL, RECLAMABA UN EMPLEADO DE UNA EMPRESA NAVIERA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

En libelo de demanda de fecha 21 de julio de 1956, repartido al Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá, el señor Rafael Hurtado, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra la sociedad denominada "Transportadora Grancolombiana Limitada", domiciliada en Bogotá, para que con su audiencia y por sentencia definitiva, se haga la declaración de que en cumplimiento de lo dispuesto en los fallos arbitrales de 21 de febrero de 1953 y 2 de julio de 1954, y por cuanto desde el 21 de febrero de 1953 en adelante le ha venido prestando servicios a la sociedad en horas de desayuno, almuerzo, comida y cena, la empresa está en la obligación de pagarle el valor correspondiente a los refrigerios causados. Como consecuencia de tal declaración pide que se condene a la nombrada sociedad a pagarle, por concepto de refrigerio, la suma de dinero cuya cuantía se demuestre en el juicio, y las costas.

En sus hechos fundamentales la demanda afirma: que para decidir conflictos colectivos de trabajo entre la Transportadora Grancolombiana y el Sindicato de Transportes Marítimos de Buenaventura, fueron convocados por el Ministerio del Trabajo los respectivos Tribunales de Arbitramento, quienes expidieron los fallos arbitrales de 21 de febrero de 1953 y 2 de julio de 1954; que el laudo de 1953, al decidir la petición del punto cuarto del pliego petitorio, impuso a la empresa (numeral noveno) la obligación de pagar a cada uno de sus trabajadores la suma de $ 1.50 cuando a causa de las jornadas no pudieran retirarse del buque a tomar el almuerzo o la comida; que el laudo de 1954, al resolver la petición del punto quinto del pliego, dispuso en el numeral tercero de su parte resolutiva, que la empresa continuaría pagando $ 1.50, como lo ha venido haciendo hasta ahora, por concepto de refrigerio, cuando ordene trabajar en horas de desayuno, almuerzo, comida y cena; que el demandante, como empleado de la empresa, le ha prestado servicios en las horas expresadas, adquiriendo el derecho al pago del refrigerio, en el lapso de tiempo comprendido entre el 21 de febrero de 1953 y la fecha de presentación de la demanda (21 de julio de 1956); que los laudos no limitaron el derecho al refrigerio a los trabajadores permanentes; y que la empresa se ha negado a pagarle al actor el valor correspondiente a los refrigerios causados desde el 21 de febrero de 1953 en adelante.

En derecho la demanda se apoya en los dos laudos citados; en los artículos 9º, 10º, 21, 27, 143 y 461 del C.S.T., y en el artículo 5º del C. P. L.

La Transportadora Grancolombiana, en la respuesta que por medio de apoderado dio a la demanda, se opone a sus pretensiones y niega el derecho que ella invoca. Manifiesta que el derecho de "refrigerio" no fue creación del laudo arbitral de 1953, el cual se limitó a darle fuerza obligatoria a la costumbre existente desde tiempo anterior, consistente en el pago de una suma de dinero en las horas de comidas a los trabajadores permanentes que, por disposición de la empresa, tuvieran que trabajar sin solución de continui-

dad, esto es, en jornadas continuas; que la costumbre no cobijó a los trabajadores transitorios, o sea, a los que prestan servicios ocasionales, quienes no se vincularon al patrono mediante continuada dependencia, los cuales quedaron excluídos de la prestación, exclusión que ratificó el laudo de 1954; que por tener el demandante la calidad de trabajador ocasional, no adquirió el derecho a la prestación que reclama.

El Juzgado del conocimiento falló la litis por sentencia de 29 de abril de 1958. El numeral primero de su parte resolutiva declara que la sociedad demandada está en la obligación de pagar al demandante el valor de los refrigerios que solicita, desde el 11 de septiembre de 1953; en el segundo la condena a pagarle a Hurtado por tal concepto, la suma de $ 2.170.50; y el tercero, le impone las costas de la instancia.

Apeló la parte vencida. Conoció de la alzada el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, quien la decidió por sentencia de fecha 4 de julio de 1958. La providencia revoca en su totalidad la de primera instancia y, en su lugar, absuelve a la Transportadora Grancolombiana de todos los cargos de la demanda, sin costas.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso, se remitió el proceso a esta Superioridad. Admitido aquél por la Sala y preparado en debida forma, la Corte pasa a decidirlo.

La demanda de casación

Persigue el recurso el quebrantamiento del fallo recurrido y, en su lugar, la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Invoca el recurrente la causal primera de casación. Con base en ella formula dos cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo

Violación directa del artículo 27 del C.S.T., en relación con los artículos 6º, 9º, 13, 22, 24, 47, 127, 129, 142, 159, 161 (inciso 1º), 166, 167 y 168 ibidem.

Para sustentar el cargo dice el recurrente:

En el juicio se estableció (fls. 149 y 150) que Rafael Hurtado, entre el 11 de septiembre de 1953 y el 11 de septiembre de 1956, le trabajó a la sociedad un total de 8.061 horas; que devengó 1.451 refrigerios, de los cuales aquélla sólo le pagó cuatro, quedándole a deber 1.447 por trabajos ejecutados durante 3.024 horas 30 minutos, en horas de desayuno, almuerzo, comida y cena. Si el artículo 27 del C. del T. prescribe que todo trabajo dependiente debe ser remunerado, salta a la vista la violación directa de ese texto, por falta de aplicación, ya que la sentencia absuelve a la Transportadora Grancolombiana del pago de 1.447 refrigerios causados.

Segundo cargo

Violación del artículo 6º del C.S.T. y como consecuencia de ella, infracción de los artículos 22, 24 y 27 ibidem, en relación con los artículos 9º, 13, 14, 47, 127, 129, 142, 159, 161 (inciso 1º), 166, 167 y 168 del mismo Código, de modo indirecto y por aplicación indebida, a causa de error evidente de hecho.

Consiste el error de hecho en sostener, como lo hace la sentencia, que Hurtado no fue trabajador permanente sino transitorio, y que como el laudo de 1954 limitó el derecho al refrigerio al empleado de la primera clase y no al de la segunda, no quedó el actor amparado por dicho laudo. No concreta el recurrente el error en los términos expresados; la Sala lo ha deducido de la exposición de aquél, tratando de desentrañar su verdadero sentido.

Provino el error de la apreciación equivocada y fragmentaria de las pruebas que analiza la sentencia impugnada.

Para demostrar el error dice el recurrente:

1.—Ni en el numeral noveno de la parte resolutiva del fallo arbitral de 21 de febrero de 1953 (fls. 49 y 50) ni en el tercero de la parte resolutiva del laudo de fecha 2 de julio de 1954 (fls. 17), se hace mención de los "trabajadores de las cuadrillas permanentes", ni de los trabajadores de "la cuadrilla de servicios varios". Lo único que exige el citado numeral 3º, que sustituyó adicionándolo, el numeral 9º también nombrado, para tener derecho al pago del refrigerio, es el hecho de que la empresa ordene trabajar en las horas de desayuno, almuerzo, comida y cena. Por tanto, el argumento de que, según la costumbre, los refrigerios tan sólo se pagaban a los trabajadores pertenecientes a las llamadas "cuadrillas permanentes" y no a los de la llamada "cuadrilla de servicios varios", no tiene fundamento en ninguno de los dos fallos citados.

2.—Aun aceptando la interpretación que el Tribunal le dá a los dos numerales del laudo, ya citados, la naturaleza de la función de un trabajador no depende de la calificación que se le dé sino del hecho de que realmente sea ella perma-

nente u ocasional. Y el dictamen pericial aportado al juicio (fls. 148 a 167) demuestra: a) Que Hurtado le sirvió a la sociedad, sin solución de continuidad, desde el 11 de septiembre de 1953 hasta el 11 de septiembre de 1956, lo que dá un total de 8.061 horas; b) Que durante ese tiempo, el número de horas trabajadas excede de ocho (8) al día; c) Que el tiempo trabájado durante las horas de desayuno, almuerzo, comida y cena, fue de 3.024 horas 30 minutos; ch) Que tomando en cuenta el tiempo laborado, le resultan al actor 1.451 "refrigerios", de los cuales la sociedad le pagó cuatro, quedando a su cargo, pendientes de solución, 1.447.

3.—Los hechos enumerados, no discutidos por la parte demandada, demuestran que Hurtado no sólo fue trabajador permanente, sino que durante las horas de comida trabajó un total de 3.024 horas, que le dan derecho, de acuerdo con los laudos, al reconocimiento y pago de 1.447 refrigerios.

4.—El derecho reclamado, denominado "refrigerios", no es una prestación, sino retribución de un servicio realmente prestado, que según el artículo 127 del C.S.T., constituye salario.

Dice el recurrente que, como resultado de la interpretación errónea de los dos laudos, del equivocado análisis de las declaraciones de los testigos y de la desacertada y fragmentaria estimación del dictamen pericial, la sentencia tenía que cometer forzosamente el error de hecho que le imputa y, en consecuencia, negar el contrato de trabajo entre las partes. No hallando acreditado la sentencia el contrato, fue lógica la conclusión de "que Hurtado no podía exigir el reconocimiento y pago de los supuestos refrigerios causados. Esta falsa apreciación lo condujo al quebranto de las normas legales que el cargo cita.

La Corte considera:

Sobre el caso debatido en el juicio, expone el Tribunal:

".....para analizar y determinar la extensión de tal derecho concedido a los asalariados y de la correlativa obligación patronal, con el objeto de decidir sobre las prestaciones del demandante en el asunto **sub-judice**, resulta ineludible, desentrañar los términos, condiciones y circunstancias en que venía operando la costumbre establecida unilateralmente por la empresa en relación con el pago de tal prestación extra-legal y por el tiempo anterior al laudo de 1953.

"Afirma el testigo Armando Illera (fl. 95) que los denominados **refrigerios** eran pagados por la sociedad demandada, por costumbre, antes del laudo arbitral de 1953, únicamente a los trabajadores permanentes que laboraran en las horas de almuerzo y comida y nunca a los adicionales, ocasionales o eventuales, entre los cuales se contaba el demandante Rafael Hurtado, todo lo cual le consta como Oficial de Tiempo de Personal, de la empresa demandada y por tocarle elaborar las respectivas planillas de pago. Agrega el testigo que a los trabajadores adicionales sólo se les reconoció derecho a los refrigerios por el laudo arbitral de trece de agosto de 1956...

"Dice, en lo pertinente, el testigo analizado: 'Por haberme tocado elaborar personalmente planillas para el pago de refrigerio me consta que éste no se reconocía sino a los trabajadores permanentes y jamás se hizo extensivo a los obreros adicionales, pues esta empresa ni ninguna otra lo ha reconocido desde la fecha en que me encuentro vinculado a la compañía'.

"Y agrega: 'De acuerdo con el fallo arbitral de agosto 13 de 1956, se convino con el Sindicato, en reconocer a todo el personal que preste sus servicios en tales horas el llamado refrigerio, pero anteriormente a este laudo ni esta Compañía ni ninguna otra lo hacía extensivo a todos los trabajadores' ".

Anota la sentencia que en forma idéntica declaran Silvio Castillo (fl. 96), Marco Tulio Paneso Tascón (fl. 97 v.) y Javier Guzmán (fl. 100). Y luego expresa:

"Queda, pues, plenamente acreditado que antes del 21 de febrero de 1953, la costumbre establecida por la empresa demandada en relación con los refrigerios era la de reconocerlos y pagarlos al personal de trabajadores permanentes a su servicio y no a los llamados simplemente adicionales, ocasionales o eventuales y que, igualmente, bajo la vigencia de los laudos arbitrales de 1953 y 1954, por mandato de los mismos, la obligación extra-legal analizada no sufrió modificación en cuanto a las condiciones requeridas por sus beneficiarios. Y como, igualmente, la misma prueba testimonial demuestra fehacientemente que el demandante Rafael Hurtado hacía parte de la cuadrilla adicional, resulta como obligada conclusión la de que el actor en este juicio carece de derecho a la prestación que judicialmente pretende.

"El perito que auxilió a la justicia en la inspección ocular practicada en la primera instancia, dejó expresamente determinado que de conformidad con las constancias examinadas en los libros y archivos de la sociedad demandada, el actor

Rafael Hurtado 'realizó el trabajo propio de la CUADRILLA DE SERVICIOS VARIOS'... (fl. 150) a pesar de lo cual concluyó que había sido un trabajador permanente de la compañía Transportadora Grancolombiana Ltda., con lo cual, cayó en una contradicción simplemente aparente y a la cual llegó por la interpretación de los apartes pertinentes del laudo arbitral de 13 de agosto de 1956, que, aunque como ya se dijo, no tiene influencia en la decisión que se toma en este juicio, conviene analizarlo para aclarar la comentada contradicción pericial y demostrar aun en mejor forma, la legalidad de la decisión que en esta sentencia se adopta.

"Dicen los apartes del último laudo y al cual hace referencia el experto, haciendo las pertinentes transcripciones, lo siguiente:

"'La Cuadrilla Adicional, según explicación dada por las partes, tuvo su origen en la necesidad de llamar personal extraño a la empresa para hacer frente al recargo de trabajo imprevisto y que, por la misma razón, no podía ser atendido con el personal permanente de la empresa. Pero en la actualidad, tal cuadrilla permanentemente está a disposición de la empresa y ésta viene reconociendo a dicho personal las mismas prestaciones sociales que se debe al personal permanente. Por lo demás, en la prestación de servicios de dicha cuadrilla no hay más intermitencia que la propia o natural en las labores del muelle y común a todo el personal de la empresa sin que tal circunstancia implique transitoriedad en el vínculo jurídico de trabajo que, por lo mismo, resulta permanente y continuado. Y como las labores a que se dedican tales trabajadores no son ajenas al giro ordinario de actividades de la empresa, tampoco se les puede llamar ocasionales' (fl 150).

"Explica en los términos anteriores el fallo arbitral de 1956, la génesis de la llamada cuadrilla adicional y su evolución hasta el momento de adoptarse la decisión arbitral, confirmando, en tal forma, la existencia de distintas categorías entre las cuadrillas al servicio de la demandada y que bien podía establecer la empresa patronal para los efectos de la consagración de prestaciones extra-legales como en el caso de los discutidos 'refrigerios' que, como se ha visto, fueron concedidos unilateralmente por el patrono a aquellos trabajadores que, por su solo arbitrio y exclusivamente para tales efectos, fueron considerados permanentes, con exclusión de los llamados para los mismos fines 'adicionales' o eventuales u ocasionales, los cuales, si bien, en un principio, por las modalidades de su trabajo y la transitoriedad de sus funciones y del vínculo jurídico con la demandada, correspondían a lo que para todos los efectos legales entiende el artículo 6º del C.S.T. como trabajadores ocasionales, transitorios o accidentales, adquirieron posteriormente, por virtud de las mayores necesidades del servicio el carácted de permanencia en su trabajo y en el vínculo jurídico-laboral.

"Mas, tratándose de una prestación extra-legal, concedida primitivamente en forma voluntaria por la compañía demandada y luego consagrada como obligación patronal por fuerza de los laudos arbitrales analizados pero sin alterar su extensión ni modificar los términos en que venía siendo concedida, resulta obligatorio para el juzgador atenerse a los términos de los fallos referidos, que, como se ha visto, únicamente concedieron tal derecho a los trabajadores que hasta entonces se tenían, para tales efectos, como permanentes, sin que le sea permitido recurrir a la ley para extender la obligación extra-legal a todos aquellos trabajadores reconocidos como permanentes para todas las prestaciones legales, pues ello implicaría una arbitraria extensión de los términos en que originariamente quiso obligarse unilateralmente la demandada y que, sin modificación, fueron acogidos por las decisiones arbitrales en comento".

De la exposición que precede resulta:

Que el refrigerio, o sea, el pago de una suma de dinero por trabajo realizado en horas de comidas, antes del laudo arbitral de febrero de 1953, fue establecido por la sociedad espontáneamente, por obra exclusiva de su voluntad, como resulta de la prueba testimonial de que hace mérito la sentencia, no atacada por el recurrente, pues se limita a mencionarla para decir que fue mal apreciada; que la prestación fue otorgada a los trabajadores de cuadrillas permanentes, no a los que pertenecían a la de servicios varios, a la cual estuvo adscrito el demandante, como aparece de la referida prueba y del dictamen pericial; que el derecho a la prestación extra-legal lo subordinó la empresa no tanto al carácter ocasional o transitorio de la labor, en los términos que de esta especie de trabajo contempla la ley al definirlo en el artículo 6º del estatuto sustantivo, sino a la circunstancia de que el trabajador estuviera enrolado en la cuadrilla de oficios varios, restricción que bien podía establecer la sociedad, como habría podido sujetarlo a otros requisitos y

condiciones, pues las concesiones que obedecen a la simple voluntad unilateral no tienen otro límite que el orden público y las buenas costumbres; que el laudo de 1953 adoptó la prestación como obligación de la empresa, en la forma y términos imperantes anteriores a su expedición; y, por último, que la prestación fue acogida, con las mismas limitaciones en el laudo de 1954 vigente hasta agosto de 1956, esto es, hasta fecha posterior a la que indica la demanda de instancia como límite temporal del derecho que reclama (julio de 1956).

Estuvo, pues, acertado el Tribunal tanto en la estimación de las pruebas sobre los hechos del proceso como en la decisión que en derecho cabía tomar.

No sobran, además, las siguientes consideraciones:

Las acusaciones de los dos cargos están fuera de lugar y, por tanto, carecen de todo fundamento. Ambas parten de la base de que tutelan el derecho reclamado en el juicio las normas que citan del Código del Trabajo, lo cual es inexacto, pues la demanda de instancia (súplica primera de su parte petitoria) y los hechos que informan su **causa petendi**, le señalan una fuente distinta, a saber: los laudos arbitrales de fechas 21 de febrero de 1953 y 2 de julio de 1954.

No apoya el Tribunal su decisión en norma alguna del Código del Trabajo, ni tenía por qué hacerlo, ya que, según los términos de la controversia, la acción ejercitada aduce como causa jurídica el derecho emanado de los dos laudos, no el sancionado por el legislador colombiano. Aquél ostenta, es verdad, la misma fuerza obligatoria que el derecho sancionado por la ley del Estado y tiene como éste fuerza legislativa, obligatoria e imperativa, a vista de lo preceptuado en el artículo 461 del C.S.T., respecto de los trabajadores de la empresa a quienes afecte el fallo arbitral. Pero ninguno de los cargos acusa como violado ese precepto, como bien lo anota el apoderado de la parte opositora. Aquél observa además, con acierto, que ninguna de las disposiciones que según el recurrente viola el Tribunal, confieren el derecho al refrigerio cuyo reconocimiento se pretende en el juicio.

La demanda de casación sitúa el caso de la litis en plano distinto del planteado por el libelo promotor del proceso, y aunque sostiene que el Tribunal interpretó erróneamente los dos fallos arbitrales antes citados, deduciendo de la equivocada interpretación que le imputa, error de hecho, no desemboca éste en el quebranto de la norma legal que le confiere a aquéllos fuerza obligatoria, sino en previsiones del Código del Trabajo extrañas a las pretensiones del demandante.

En vista de que los dos cargos, por su errado planteamiento, no le permiten a la Sala confrontar la sentencia con las normas legales que aquéllos señalan como violadas, a nada conduciría estudiar las razones en que se sustentan.

El apoderado de la parte recurrente, en el capítulo preliminar de su alegato, anota que el Magistrado ponente en la segunda instancia se halla impedido para conocer del juicio, porque fue miembro del Tribunal de Arbitramento que mediante el laudo de agosto de 1956 decidió el conflicto colectivo entre la sociedad y su sindicato de trabajadores, el cual aprecia en la sentencia contrariando la ley. Agrega que deja al criterio de la Corte la imposición de la sanción a dicho Magistrado, por la falta en que incurrió.

Observa la Sala que, si el Magistrado a que se refiere el recurrente, no podía actuar en la segunda instancia por concurrir en él una causal de abstención, lo adecuado habría sido que el demandante hubiera propuesto el correspondiente incidente de recusación para separarlo del conocimiento del negocio. No habiéndose utilizado la vía legal pertinente, no le corresponde a la Corte, por vía disciplinaria, sin audiencia del acusado y dentro del recurso de casación, imponer sanción alguna, pues para tal fin no es esta Sala el juez competente.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SE CIÑE A LA LEY Y A LAS PROBANZAS LA SENTENCIA ACUSADA, POR MEDIO DE LA CUAL FUE CONDENADA UNA SOCIEDAD DE SEGUROS A PAGAR CIERTA SUMA DE DINERO, POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE, A UN EMPLEADO ILEGALMENTE DESPEDIDO

1. — Como lo tiene establecido en forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala Laboral, cuando una de las partes contratantes da por terminado el contrato de trabajo en ejercicio de la reserva pactada conforme al artículo 48 del C. del Trabajo y no da el preaviso según la ley o no paga previamente el valor de los salarios correspondientes a tal período de aviso, para prescindir de él, la ruptura del contrato se torna ilegal. En este evento, la parte no responsable sólo tiene derecho a la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 64 de la misma obra, sin que pueda reclamar el pago del preaviso.

2.—La ley, en el numeral 2º del artículo 64 del C. del Trabajo, fija concretamente y por anticipado la modalidad compensatoria de los perjuicios que deben indemnizarse al trabajador, por el concepto de lucro cesante, en caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato por parte del patrono, en una suma de dinero equivalente al monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presumtivo del contrato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Por medio de apoderado judicial, Libardo Cañas Palacio, demandó a la sociedad denominada "Seguros Comerciales Bolívar S. A.", representada por su Gerente señor Enrique Cortés, a fin de que fuese condenada a pagarle las siguientes cantidades de dinero: $ 3.131.50 por concepto de salario correspondiente al tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo; $ 1.883.00 como auxilio por enfermedad no profesional. Pidió, además, el suministro de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, como consecuencia de la enfermedad no profesional que padecía el actor en el momento del despido; "Los salarios caídos comprendidos entre la fecha de la terminación del contrato y la fecha en que se haga el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones que se reclaman" y las costas del juicio.

Para fundamentar las peticiones, relató los siguientes hechos: que el actor entró a prestar sus servicios a la sociedad "Seguros Comerciales Bolívar S. A." el 1º de abril de 1952, en el Departamento de Incendios de dicha compañía, y que trabajó hasta el día 5 de octubre, inclusive, del mismo año; que el sueldo básico devengado en el último mes de servicios fue de $ 510.00 mensuales, más la suma de $ 28.00 por concepto de "almuerzos"; que el día 6 de octubre de 1952 recibió una carta fechada el día 2 del mismo mes en la que se le comunicaba su despido, con efecto retroactivo al 30 de septiembre inmediatamente anterior; que al tiempo del despido, se encontraba enfermo, pues padecía de "una úlcera y de apendicitis"; que la empresa demandada no le suministró la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que tenía derecho, ni le pagó el auxilio por la enfermedad no profesional que padecía en el momento del despido y que lo incapacitaba para trabajar; finalmente,

que el contrato de trabajo fue celebrado en forma verbal.

En derecho, se apoyó en los artículos 47, 64, 65, 227 y 277 del C. S. del T. y en el Decreto 2.158 de 1948. En la oportunidad procesal, la entidad demandada, por medio de apoderado, respondió la demanda aceptando algunos hechos, negando los fundamentales y oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Correspondió el conocimiento y decisión del negocio, al Juzgado Primero Laboral del Círculo de Bogotá, el cual por sentencia de fecha 7 de marzo de 1957, condenó a la sociedad demandada, a pagar al actor la suma de $ 3.120.25 por concepto de lucro cesante, la absolvió de los demás cargos formulados y se abstuvo de condenar en costas.

La anterior providencia fue apelada por los apoderados de las partes. Conoció del recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, entidad que lo resolvió por fallo de fecha 20 de mayo de 1957, en el sentido de confirmar en su totalidad el de primer grado. Condenó en costas de la instancia a la parte demandada.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la demandada, el cual fue concedido, admitido y tramitado legalmente. Pasa, ahora, la Sala a decidirlo, previo estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente que se case la sentencia, para que la Sala, como Tribunal de instancia, modifique la de primer grado en el sentido de ordenar se descuente del monto de la condena la suma de $ 267.50 "consignados en favor del actor a título de preaviso" y los salarios que éste confesó haber recibido de la Empresa Aseguradora Mercantil S. A., de Bogotá, entre el 5 de octubre de 1952 y el 31 de marzo de 1953, los que se determinarán mediante un auto para mejor proveer.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L., presenta dos cargos, que la Sala pasa a examinar:

Primer cargo

Dice que la sentencia viola "directamente", y por aplicación indebida, el artículo 64 del C.S.T. en relación con el 48 ibidem y con los artículos 1.714, 1.715, 1.716, 2.313, 2.315, 2.316, 2.317 y 2.318 del C. C.

Para sustentarlo manifiesta que el sentenciador dá por demostrado que la demandada liquidó y consignó lo correspondiente al preaviso de 15 días, como en efecto aparece en autos, de los documentos que cita; que el mismo Tribunal arguye que la tardanza de cinco días en la consignación de la Empresa, la privó de eficacia "para la correcta aplicación de la facultad consagrada en la cláusula de reserva". A continuación, agrega que el Tribunal "no saca la conclusión jurídica de esos supuestos: Si la consignación del equivalente del "preaviso" omitido fue ineficaz, el pago de esos $ 267.50 que el actor retiró del Juzgado (fl. 167) no era debido (artículos 2.313 a 2.318 del C. C.) y extingue parcialmente, por compensación (artículos 1.714 a 1.716), hasta esa misma cuantía, la indemnización del lucro cesante. Al eludir esa consecuencia lógica, el sentenciador aplicó indebidamente la norma que ordena tal indemnización (artículo 64 del C.S.T.)".

Se considera:

El Tribunal para confirmar la condena del a quo sobre pago de los llamados perjuicios compensatorios (lucro cesante) si bien aceptó que por constar en el reglamento de la Empresa las partes podían dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, en cualquier tiempo, era lo cierto que, según resulta de las pruebas del proceso, la Empresa al hacer uso de esa facultad, no se había atemperado a las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 48 del C.S.T., ya que al tiempo de ejercitar la reserva de que se trata, no efectuó la cancelación previa de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que tenía derecho el trabajador, puesto que lo consignado por este concepto, fue posterior a la fecha en que terminó unilateralmente el contrato.

Ahora bien, como lo tiene establecido en forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala, cuando una de las partes contratantes dá por terminado el contrato de trabajo en los casos previstos por el artículo 63 del C.S.T., alegando una de las justas causas allí previstas, o simplemente en ejercicio de la reserva pactada conforme al artículo 48 ibidem y no dá el preaviso según la ley o no paga previamente el valor de los salarios correspondientes a tal período de aviso, para prescindir de él, la ruptura del contrato se torna ilegal. En este evento, la parte no responsable sólo tiene

derecho a la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 64 de la misma obra, sin que pueda reclamar el pago del preaviso.

En el sub-lite, el trabajador no demandó el pago de salarios por concepto de preaviso, ni este punto fue materia de decisión en las instancias. La única condena referente a los derechos debatidos en el juicio, es la de la suma de $ 3.120.25 por concepto de indemnización de perjuicios (lucro cesante) con fundamento en el artículo 64 del C. S. T.

Así las cosas, la Corte al verificar la confrontación entre la sentencia impugnada y las normas legales que se señalan en el cargo como infringidas por violación directa, no puede, como lo pretende el recurrente, entrar a examinar las pruebas que indica, obrantes a folios 138, 141 y 165 a 168 del cuaderno principal, desglosadas unas y en copias las otras, tomadas del juicio que con anterioridad al presente adelantó el mismo Libardo Cañas Palacio contra la COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR, sociedad, compañía o empresa distinta a la demandada en este juicio. Además, si el recurrente pretendía que la totalidad o parte de las sumas de dinero consignadas en el Juzgado y entregadas al trabajador Cañas Palacio con ocasión del primer juicio (folios 165 a 168), debían ser compensadas en éste, especialmente la cantidad de $ 267.50 que, según su afirmación, le fueron pagados por "concepto de preaviso", es lo cierto que sólo ahora, en la demanda de casación que se examina, alega dicha compensación, cuando ello debió ser materia de planteamiento como medio de defensa en su debida oportunidad para que fuese también objeto de la decisión, ya que, como es sabido, en materia laboral la compensación no se produce ipso jure, por el solo ministerio de la ley, sino que requiere autorización del trabajador o mandamiento judicial.

Igual cosa ocurre con relación al otro aspecto de la acusación, pues si el recurrente estima que $ 267.50 pagados al trabajador con ocasión del primer juicio, constituyen pago de lo no debido, por haberlo sido por concepto de "preaviso", debió ejercitar la acción de repetición que consagra la ley.

Por lo anterior, no aparece que el sentenciador haya violado, por el concepto indicado por el recurrente, las normas legales que relaciona el cargo. No prospera la acusación.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de violar "indirectamente, y por aplicación indebida, el artículo 64 del C.S.T., en relación con los arts. 1.602, 1.603, 1.613 y 1.614 del C.C. por error de hecho proveniente de la falta de apreciación de las posiciones absueltas por el actor (fs. 59 a 62) y consistente en dar por demostrado, sin estarlo, que el lucro cesante del actor entre el 5 de octubre de 1952 y el 31 de marzo de 1953 equivalió a $ 3.120.25, y no dar por demostrado, estándolo, que al poco tiempo del despido de autos entró a devengar $ 400.00 mensuales como empleado de 'Aseguradora Mercantil, S. A.'".

Manifiesta luego el recurrente, que en las posiciones aludidas, el actor confiesa que "pocos días" después de haber sido despedido, entró a trabajar a la "ASEGURADORA MERCANTIL S. A.", con un sueldo inicial de $ 400.00 mensuales, aunque no precisa exactamente cuántos fueron esos días. Dice, que al no dar por demostrado lo anterior, incurrió el sentenciador en evidente error de hecho, el cual incide en la parte resolutiva de la sentencia, porque el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en numerosos fallos cuya doctrina no ha sido modificada, sostuvo que el monto del "lucro cesante" se disminuía en el equivalente de los salarios devengados en cualquier otra empresa durante el mismo lapso a que se contrajera la indemnización. Agrega que es por eso que el ataque relaciona el artículo 64 del C.S.T., indebidamente aplicado, con las normas del C. C. sobre indemnización de perjuicios.

El recurrente acepta y hace la afirmación de que en el proceso no logró establecerse la cuantía de los salarios que ASEGURADORA MERCANTIL pagó al actor en el lapso indicado, pues sólo se sabe, por confesión del demandante, que durante varios meses devengó por lo menos $ 400.00 mensuales. Dice, que para completar esa prueba, no hubo esfuerzo que no hiciera su mandante, pero que el Juzgado del conocimiento, no hizo comparecer como testigo al doctor Jaime Parra, Gerente de la "Aseguradora Mercantil", no obstante haberse ordenado su comparecencia desde la iniciación del litigio, y a pesar de la insistencia del recurrente; que tampoco decretó la inspección ocular sobre los libros de contabilidad de la citada empresa, que se solicitó desde la contestación de la demanda, y que aunque posteriormente la decretó de oficio, resolvió no realizarla so pretexto de que el juicio se demoraba mucho.

Para finalizar dice que ha sido también práctica reiterada, tanto del Tribunal Supremo como de la Sala Laboral de la Corte, complementar la prueba deficiente por medio de un auto para mejor proveer y que en el presente negocio se limitaría al testimonio del Gerente de la "Aseguradora Mercantil" o la inspección ocular omitida.

Se considera:

Al estudiar el cargo anterior, se dijo que la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo, por cualquiera de las partes, en ejercicio de la llamada cláusula de reserva, está condicionada al cumplimiento de las formalidades y requisitos que la ley establece, para que dicha terminación unilateral sea legal. Cuando ello no ocurre, el rompimiento del contrato equivale al incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, en los que se comprende el daño emergente y el lucro cesante. La ley, en el numeral 2º del artículo 64 del C.S.T., fija concretamente y por anticipado la modalidad compensatoria de los perjuicios que deben indemnizarse al trabajador, por el concepto de lucro cesante, en caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato por parte del patrono, en una suma de dinero equivalente al monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo del contrato.

Ahora bien: en el caso **sub-judice** no se discute que la empresa demandada rompió unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo que la ligaba con el trabajador Libardo Cañas Palacio. Es el propio apoderado de la empresa recurrente quien lo admite, al consignar en su demanda, lo siguiente: "El caso es sencillo en cuanto a los hechos. Cañas fue despedido por mi mandante el 4 de octubre de 1952 cuando le faltaban 5 meses y 25 días para el vencimiento del plazo presuntivo de su contrato, y reclamó judicialmente, con éxito, la respectíva indemnización porque la empresa, en ejercicio de la cláusula de reserva, prescindió del preaviso en la fecha indicada pero sólo vino a hacer la correspondiente consignación judicial cinco días después. Es tan reiterada la jurisprudencia sobre el particular, que la condenación de mi mandante por ese aspecto resulta inobjetable". Así las cosas, el Tribunal no incurrió en error evidente de hecho cuando para producir la condena de los $ 3.120.25 por concepto de lucro cesante, dio aplicación a la norma legal que los determina en una cantidad igual al "monto de los salarios" de los 5 meses y 25 días que faltaban para cumplirse el nuevo plazo presuntivo de seis meses que se había iniciado el día 1º de octubre de 1952. Por este aspecto, lo anterior es inobjetable. Y resulta además evidente, si se tiene en cuenta que los elementos probatorios de que se valió el sentenciador para fijar el monto de la condena, a saber, salario devengado, fecha inicial del contrato y fecha de la terminación del mismo, no son objeto de ataque por parte del recurrente.

Es cierto que tanto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como esta Sala de la Corte, jurisprudencialmente han admitido en algunos casos que, del valor del lucro cesante debe descontarse lo que el trabajador devengue en otro empleo durante el tiempo a que se refieren los salarios liquidados como indemnización, reconocimiento a que aspira el recurrente por estimar que en el presente caso el Tribunal incurrió en el error de hecho de "no dar por demostrado, estándolo, que al poco tiempo del despido" el trabajador entró a devengar $ 400.00 mensuales como empleado de "Aseguradora Mercantil S. A." Sin embargo, ocurre que en el **sub-lite,** no se demostró plenamente que el demandante hubiese trabajado al servicio de la "Aseguradora Mercantil S. A." durante los 5 meses y 25 días siguientes a su desvinculación de "Seguros Comerciales Bolívar", tiempo al que se refieren los salarios liquidados como indemnización a su favor. Las posiciones absueltas por el trabajador (folios 59 a 62) especialmente la respuesta a las preguntas 8ª y 9ª, no permiten deducir tal hecho en forma cierta. Lo único evidente es que el demandante después de su retiro de la empresa demandada sí trabajó al servicio de "Aseguradora Mercantil S. A.", pero no se sabe con precisión la fecha de su ingreso y su duración.

Resultando que la decisión del **ad-quem** se atempera a las pruebas aducidas al juicio y a lo prescrito por la ley, especialmente al mandato del artículo 64 del C.S.T. el cargo no puede prosperar. Ni vale la argumentación del recurrente de que se dicte un auto para mejor proveer para

complementar la prueba deficiente a que se ha hecho referencia anteriormente, porque ello sólo sería viable para producir la decisión de instancia que reemplazara a la del Tribunal, en el caso de que se hubiese casado la sentencia impugnada. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



MANIFIESTO ERROR DE HECHO CON INCIDENCIA EN LA CONDENA RELATIVA A LA INDEMNIZACION MORATORIA, EN SENTENCIA RECAIDA EN JUICIO ADELANTADO POR UN TRABAJADOR DE MINAS DE CARBON

1.—La Sala estima equivocado el juicio del Tribunal en cuanto afirmó en el fallo que el demandado no había pagado los salarios y prestaciones reclamados por el trabajador y, con base en ello, lo condenó al pago de los perjuicios moratorios en la forma que se indica en la parte resolutiva. En este punto el Tribunal incurrió en manifiesto error, como consecuencia de no apreciar un documento que obra en el expediente y que constituye plena prueba del acto judicial de consignación. Esta equivocación incidió directamente en la sentencia y determinó la violación del artículo 65 del C. del Trabajo.

2.—Estima la Sala que si el valor de los derechos ciertos o indiscutibles reclamados por el trabajador por concepto de salarios y prestaciones que el patrono quedó a deberle al tiempo de la terminación del contrato, fue el de $ 235.00 y que el demandante consignó en el Juzgado la cantidad de $ 200.00 que confesó deber a su trabajador, debe dársele poder liberatorio a la consignación, porque ésta comprende una suma que guarda relación con el monto de lo efectivamente debido.

3.—Como la consignación hecha por el patrono en el Juzgado sólo se efectuó el 19 de diciembre y la relación contractual de trabajo se había dado por terminada el 30 de mayo inmediatamente anterior, el demandado incurrió en mora en el pago de las prestaciones debidas al demandante, por el tiempo comprendido entre la terminación del contrato y la fecha de la consignación, tiempo al que deberá limitarse la condena indemnizatoria de perjuicios que establece el artículo 65 del C. del Trabajo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Por medio de apoderado, Justo Pastor Castaño Giraldo, demandó a Abelardo Cortés para que fuese condenado a pagar los siguientes derechos y prestaciones: cesantía correspondiente a servicios prestados durante "un año o fracción de año" con un salario de $ 270.00 mensuales "o lo que resultare probado"; vacaciones correspondientes al mismo tiempo de servicios y con igual remuneración mensual; salarios caídos desde el 30 de mayo de 1959, hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones reclamadas; plazo presuntivo; calzado y overoles; subsidio familiar; indemnización por accidente de trabajo; primas de servicios; dominicales y días festivos; y, finalmente, lo que resulte demostrado en juicio, más las costas.

Como hechos, para fundamentar su acción, relató:

Que entró a prestar servicios directos bajo la dependencia de Abelardo Cortés, en las minas A. B. C. de propiedad del demandado, ubicadas en Suesca (Cundinamarca), el día 19 de mayo de 1958, hasta el 30 de mayo de 1959, en que fue despedido, sin causa justificativa; que devengaba, en promedio $ 270.00 mensuales; que el demandado se ha negado a pagarle las prestaciones a que tie-

ne derecho, no obstante las reiteradas solicitudes que le ha formulado; que el día 3 de septiembre de 1958, sufrió un accidente de trabajo en las minas, motivo por el cual fue internado en el Hospital del Municipio de Chía, por cuenta del señor Cortés; que como consecuencia del accidente sufrió una "desfiguración física y por consiguiente una deformidad en el rostro" sin que el patrono le haya cancelado ninguna suma por concepto de indemnización; que la empresa posee el capital suficiente para el pago de las prestaciones pedidas; y que laboró continuamente sin que se le reconociese los domingos y festivos.

En derecho, se apoyó en los artículos 155 y concordantes del C. C., 1º, 2º, 3º, 9º, 13, 16, 17, 22, 23, 24, 38, 50, 56, 65, 66, 104, 105, 329 y concordantes del C.S.T., Decreto 2.158 de 1948 y C. J.

Abelardo Cortés, por medio de apoderado, se opuso a todas y cada una de las peticiones de la demanda, negó unos hechos y dijo respecto a los demás, que debían probarse; propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, pago, prescripción y "todas las demás que se desprenden de los hechos probados y alegados en el curso del juicio".

El Juez Quinto Laboral del Círculo de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento, desató la controversia por sentencia de 6 de abril de 1960; por medio de la cual absolvió al demandado de todos los cargos del libelo y condenó en costas al actor.

La sentencia fue apelada por el demandante. Correspondió decidir del recurso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por fallo de fecha 12 de mayo de 1960, por el cual revocó en todas sus partes el apelado y en su lugar condenó al demandado a pagar al actor las siguientes sumas: $ 98.89 por cesantía, $ 48.00 por vacaciones, $ 192.00 como indemnización por accidente de trabajo y $ 88.00 por primas de servicios; y lo condenó a pagar al demandante por "salarios caídos" $ 3.20 diarios a partir del 1º de junio de 1959 hasta la fecha en que se cancelen las sumas a que se refiere la sentencia; absolvió al demandado de los demás cargos de la demanda y le condenó a pagar las costas de la primera instancia.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el apoderado del demandado. Admitido y tramitado en legal forma, corresponde a la Corte decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación

Persigue se case la sentencia del Tribunal para que la Corte constituída en Tribunal de instancia, la revoque y en su lugar absuelva al demandado de los cargos de la demanda, "especialmente en cuanto se refiere al pago de salarios por no pago de prestaciones debidas".

No obstante que el recurrente no indica la causal de casación en que se apoya, del desarrollo del cargo se deduce que se trata de la consagrada en el numeral 1º del artículo 87 del C. de P. L.

Cargo único

Lo presenta así:

"Acuso el fallo recurrido de ser violatorio, por aplicación indebida, de la Ley Sustantiva, del artículo 65 del C. S. del T., violación que tuvo su origen en la falta de apreciación de la prueba del pago de las prestaciones debidas al trabajador demandante (fl. 45)".

Transcribe luego el texto del artículo 65 del C. S. T. y dice que en el caso sub-judice, el demandado cumplió con sus obligaciones ya que acogiéndose a la citada disposición, consignó ante el Juez que conocía del litigio, la suma que consideraba deber, según aparece demostrado en la constancia que obra al folio 45 del expediente, suma que no resultó inferior a la deducida por el Tribunal, en cuanto se refiere a derechos ciertos del trabajador.

Agrega que si el juzgador aplicó una sanción, cuando la misma ley exoneraba al patrono de ella, necesariamente incurrió en violación de la norma acusada (artículo 65 C.S.T.), por aplicación indebida, a la cual llegó por falta absoluta de la apreciación de la prueba que exoneraba al demandado de la sanción prevista en la ley, pues sin razón alguna para ello, dejó de estimar el hecho constitutivo del pago realizado oportunamente por el demandado, y lo condenó al pago de salarios caídos según el numeral 2º de la sentencia.

Se considera:

Aunque el recurrente, en el petitum principal de la demanda, persigue la casación total de la sentencia, es lo cierto que el único cargo formulado lo dirige exclusivamente a atacar el fallo por lo que respecta a la condena por los llamados

salarios caídos de que trata el artículo 65 del C. S. T., que, por otra parte, es la única norma legal que cita como infringida por el Tribunal. Por tanto, la Sala limita su estudio a la parte de la sentencia que es objeto de ataque por el impugnador.

El **ad-quem**, sobre el extremo de la indemnización moratoria, expresó lo siguiente: "SALARIOS CAIDOS. De la contestación de la demanda se observa que no se negó la existencia de un contrato de trabajo puesto que al contestar el hecho 10º el demandado dijo que lo negaba "por cuanto siempre y oportunamente se cancelan los salarios y prestaciones devengados". Agrega más adelante que los salarios y prestaciones reclamados le fueron cancelados de acuerdo con los comprobantes que más adelante allegaría al juicio. Con todo, no demostró dicho pago".

El impugnador estima que el Tribunal incurrió en el manifiesto error de hecho consistente en no dar por demostrado que el demandado había cumplido las obligaciones que le impone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, mediante el pago por consignación que hizo en el Juzgado del conocimiento de la suma de dinero que estimó deber al trabajador. Dice que a ese error llegó el **ad-quem** por no haber estimado el escrito en que consta la consignación, que obra al folio 45 del cuaderno principal.

En efecto, en el expediente obra la prueba que señala el recurrente y que consiste en el escrito dirigido al Juez del conocimiento por el apoderado de Cortés, con el cual presenta el título número A070800 del Banco de la República, en el que consta la consignación de la suma de $ 200.00 "valor que adeuda el demandado por concepto de prestaciones sociales" de Justo Pastor Castaño G. Al pie del escrito de consignación, presentado el 19 de diciembre de 1959, aparece la certificación del Secretario del Juzgado sobre recibo del título de depósito a que se hace referencia en el mismo.

Así las cosas, la Sala estima equivocado el juicio del Tribunal en cuanto afirmó en el fallo que el demandado no había pagado los salarios y prestaciones reclamados por el trabajador y, con base en ello, lo condenó al pago de los perjuicios moratorios en la forma que indica el numeral 2º de su parte resolutiva. En este punto el Tribunal incurrió en manifiesto error, como consecuencia de la no apreciación del documento que obra al folio 45 del expediente, y que constituye prueba plena del acto judicial de consignación. Esta equivocación incidió directamente en la sentencia, con violación del artículo 65 invocado por el recurrente, por lo que el cargo prospera y habrá de casarse parcialmente la sentencia.

Consideraciones de instancia

De los derechos reclamados por el trabajador, el Tribunal estimó demostrados en el juicio y produjo las condenas respectivas, por lo que hace a cesantía, en la suma de $ 98.89, por vacaciones, $ 48.00, como indemnización por accidente de trabajo $ 192.00, por prima de servicios $ 88.00 y, además, lo correspondiente a los llamados salarios caídos. Como se observa, de las pretensiones del actor consignadas en el libelo de demanda, el Tribunal sólo encontró probados o establecidos, como derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, por lo que hace a prestaciones, los referentes a cesantía, vacaciones y prima de servicios. Las condenas que produjo por tales extremos, arrojan un valor total de $ 234.89. Las otras condenas por razón del accidente de trabajo y por la mora en el pago de salarios y prestaciones, tienen el carácter de INDEMNIZACIONES como claramente se advierte de las normas del Código Sustantivo del Trabajo que las consagran. Así las cosas, estima la Sala que si el valor de los derechos ciertos o indiscutibles reclamados por el trabajador por concepto de salarios y prestaciones que el patrono quedó a deberle al tiempo de la terminación del contrato, fue el de $ 234.89, y que el demandado consignó en el Juzgado el día 19 de diciembre de 1959 la cantidad de $ 200.00 que confesó deber a su trabajador, debe dársele poder liberatorio a la consignación, porque ésta comprende una suma que guarda relación con el monto de lo efectivamente debido. Pero como la consignación sólo se efectuó el día 19 de diciembre de 1959 y la relación contractual de trabajo se terminó el día 30 de mayo de 1959, el demandado incurrió en mora en el pago de las prestaciones debidas al demandante, por el tiempo comprendido entre la terminación del contrato y la fecha de la consignación, o sea, entre el 1º de junio y el 18 de diciembre de 1959, lo que arroja un total de seis meses, 18 días, tiempo al que deberá limitarse la condena indemnizatoria de perjuicios que establece el artículo 65 del C.S.T., teniendo en cuenta para liquidarla, el valor del salario que el sentenciador dedujo en el fallo impugnado.

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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, con fecha 12 de mayo de 1960, en cuanto a la condena contenida en el punto 2º de la decisión, y, en su lugar, constituída en Tribunal de Instancia, condena al demandado Abelardo Cortés, a pagar al demandante Justo Pastor Castaño Giraldo la suma de seiscientos treinta y tres pesos con sesenta centavos ($ 633.60) como indemnización de perjuicios moratorios en el período comprendido entre el 1º de junio y el 18 de diciembre de 1959.

La suma de $ 200.00 consignada por el demandado mediante el título número A.070800 deberá ser entregada por el Juzgado al demandante, si antes no lo ha sido, con imputación al pago de las condenas, por concepto de prestaciones.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VIOLACION DE LA LEY, POR FALTA DE APLICACION, AL FIJAR LA SENTENCIA ACUSADA LA CUANTIA DE LA REMUNERACION QUE LE CORRESPONDIA AL DEMANDANTE, DERIVADA DE UN CONTRATO RELACIONADO CON LA CONSTRUCCION DE UN EDIFICIO

1.—No todas las normas de la Constitución Nacional son susceptibles de ser violadas en las sentencias de los jueces y dar lugar al recurso de casación, por el concepto de violación de la ley sustantiva, sino únicamente aquéllas que, por virtud del artículo 52 de la Carta, quedaron incorporadas en el Código Civil y revisten por lo mismo el carácter de leyes, aunque sin perder el rango de superior jerarquía que ostentan. Las demás carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales.

2.—El que los decretos 456 y 931 de 1956 hayan confiado la tutela de los derechos del trabajador independiente a la justicia del trabajo, unificando la garantía jurisdicional respecto a las dos modalidades del trabajo —autónomo y subordinado— no significa que aquellos decretos violen el artículo 17 de la Ley fundamental. Por el contrario, está más de acuerdo con la unidad de la materia, en sus líneas fundamentales, y más conforme con el genuino sentido del mandato constitucional que le impone al Estado el deber de otorgar protección especial al trabajo, cualquiera que sea su clase.

3.—Puesto que el artículo 1º del decreto 456 de 1936 regula sólo lo atinente a la relación procesal en los puicios por servicios personales independientes, la relación jurídico-sustancial conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa de tal servicio. Así, el de autos queda bajo las normas del Código Civil reguladoras del contrato de obra, siendo aplicable en particular el artículo 2054 pues no hubo acuerdo entre las partes sobre la remuneración debida. Conforme a esta previsión legal, la cuantía del derecho reclamado debía sujetarse, forzosamente, a la estimación pericial. Por consiguiente, al apartarse la sentencia del dictamen, viola el artículo antes citado del C. Civil por falta de aplicación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

En escrito repartido al Juzgado 1º del Trabajo de Medellín, Juvenal Manjarrés Mejía promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra Francisco Gaviria Arango. De los hechos de la demanda se destacan los siguientes:

En enero de 1955 Francisco Gaviria Arango contrató los servicios personales de Juvenal Manjarrés para la dirección y administración de un edificio que el primero proyectaba construír en la ciudad de Medellín; bajo la dirección de Manjarrés se inició la construcción del edificio en febrero del año citado; en ejercicio de sus funciones el actor celebró diversos contratos, entre otros, los relativos a la prestación de servicios del personal de trabajadores; Juvenal Manjarrés tuvo a su cargo la dirección técnica, científica y aun material de la obra; en febrero de 1956 terminaron los trabajos, habiendo recibido el demandado la obra a su sa-

tisfacción; entre las partes no hubo acuerdo sobre la remuneración que por sus servicios debía pagarse al actor, pero según las tarifas acostumbradas en la plaza, su importe es el 9% sobre el valor total de la construción.

Con fundamento en los hechos anteriores suplica el demandante que Francisco Gaviria Arango sea condenado a pagarle la suma de $ 12.600.oo, esto es, el 9% sobre el valor de la construcción según registro en los libros del demandado, y el mismo porcentaje sobre la diferencia que resulte entre el valor real de la obra y el que figura en los libros de aquél, según dictamen pericial, por concepto de los servicios que le prestó como director y administrador de la obra de que se ha hecho mérito.

En derecho la demanda se apoya en los decretos 456 y 931 de 1956.

En la respuesta a la demanda Gaviria Arango se opuso a sus pretensiones y niega los hechos que ella afirma.

El Juzgado del conocimiento decidió la litis por sentencia de 29 de marzo de 1958. El fallo condena al demandado a pagarle al actor la suma de $ 7.084.72, por los servicios que éste le prestó a aquél como director y administrador de una obra, y dispone que Arango reintegre a Manjarrés la mitad de los honorarios del perito que intervino en el juicio, de cargo de Gaviria Arango, cubiertos por el actor. No condenó en costas.

Apelaron ambas partes. Conoció del recurso de apelación el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, que ésta resolvió por sentencia del 3 de mayo de 1958. El fallo reconoce que el actor tiene derecho a honorarios por la dirección de la obra únicamente, los cuales fija en la suma de $ 7.412,60 y, en consecuencia, absuelve al demandado del cargo sobre pago de remuneración como administrador de la construcción. Modifica así la causa e importe de la condena de primera instancia y la confirma en lo demás, sin costas.

A petición del demandante, el Tribunal decretó la ejecución provisional de la sentencia, previo el lleno de las formalidades legales, después de haber concedido el recurso de casación que contra aquélla hizo valer el demandado.

Elevados los autos a esta Superioridad y preparado debidamente el recurso, la Corte pasa a decidirlo.

La demanda de casación

Pide el recurrente que la Corte case la sentencia del Tribunal y, en su lugar, revoque la de primera instancia, reemplazándola por la que declare la incompetencia de jurisdicción y ordene al actor devolver al demandado la suma pagada por éste en la ejecución provisional del fallo recurrido, intereses y perjuicios. Solicita en subsidio que, infirmada la sentencia del Tribunal, la Corte confirme la de primer grado en cuanto condenó al pago de honorarios por la dirección de la obra en la suma de $ 3.891.61, pues la condena por honorarios de administración fue revocada por la de segunda instancia, y que se ordene al demandado devolver la diferencia "entre la condenación y lo ya pagado, con los intereses e indemnización de perjuicios".

Alega la demanda la causal primera de casación, y con base en ella formula cuatro cargos contra el fallo recurrido. En vista de que el primero y segundo acusan como violadas unas mismas disposiciones, la Sala los estudia en conjunto.

Primer cargo

Violación directa de los artículos 17, 76, 121 y 215 de la Constitución; 109, 151 y 448 del C. J.; 2º del Decreto 2158 y 1º del Decreto 4133, ambos de 1948; la ley 90 de 1948 en su artículo 27; y los decretos 456 y 753 de 1956.

La infracción del artículo 17 de la Carta la sustenta el recurrente diciendo que, de acuerdo con ese mandato, la protección al trabajo se presta a través de entidades distintas, según la clase de derecho que emane del trabajo y la clase de éste que sirva de fundamento a la pretensión, pues el trabajo subordinado no es igual al libre ni el uno merece la misma protección que el otro, ni son idénticas las autoridades que lo amparan, pues la protección especial se refiere al trabajo dependiente y el libre se presenta a través de empresas grandes o pequeñas.

Explica la violación de las demás normas que acusa, así:

Los decretos 456 y 753 de 1956 excedieron las facultades extraordinarias del estado de sitio, cuyo objeto es restablecer el orden público perturbado por la guerra exterior o la conmoción interior. Por tanto, el decreto que no persiga ese fin carece de fuerza obligatoria, porque según el artículo 76 de la Constitución es función del Congreso hacer las leyes. Los dos decretos expedidos con apoyo en el artículo 121 de la Carta, se refieren a asuntos ajenos al restablecimiento del orden público, pues ni la conmoción interior fue producida

por la forma como se venía conociendo de los negocios sobre honorarios profesionales, ni la perturbación se remediaba con el cambio de competencia sobre la materia; además, las normas de los decretos no son transitorias sino permanentes, por lo cual no corresponden a la naturaleza de las que puede dictar el Gobierno en estado de sitio.

La sentencia desconoce los preceptos sobre competencia contenidos en el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948, que señala los asuntos de que conoce la justicia del trabajo, decreto que tiene fuerza legal por virtud del artículo 1º del Decreto 4133 del mismo año, dictado en desarrollo de las autorizaciones otorgadas al Gobierno por la Ley 90 de 1948 (artículo 27), normas que viola el Tribunal al aplicar otras que no tienen la fuerza legal requerida.

Infringe la sentencia los artículos 109, 151 y 448 del C. J. sobre competencia del Juez Civil del Circuito para conocer de los asuntos civiles de mayor cuantía, los cuales declaran improrrogable la competencia que se determina por la naturaleza del negocio y establecen nulidad por incompetencia de jurisdicción.

La situación de incompatibilidad entre los preceptos constitucionales y los que pretenden ser leyes por virtud de una mala aplicación del artículo 121 de la Carta, está resuelta en el artículo 215 de la misma, al tenor del cual, en ese caso, debe preferirse el mandato de superior jerarquía.

Dice el recurrente que la tesis expuesta encuentra apoyo en la doctrina sustentada por la Corte en fallos de 28 de junio de 1956 y 5 de agosto de 1958.

La sentencia debe ser casada —concluye el cargo— porque la expidió un organismo incompetente que, además aplicó un decreto inconstitucional.

Segundo cargo

Violación de las mismas disposiciones que relaciona el primer cargo, por aplicación indebida.

Dice el impugnador que siendo contrarios a normas constitucionales los Decretos de 1956, fueron aplicados indebidamente, pues se les dio una eficacia que no tienen, y se les aplicó cuando no regulaban la competencia para conocer de los juicios a que se refieren, ya que otras normas de vigencia cierta determinan la competencia distinta.

La Corte considera:

El Decreto 753 de 1956, sobre prohibición de huelga en los servicios públicos, es ajeno al caso debatido en el juicio. Entiende la Sala que el recurrente quiso citar el Decreto 931 del mismo año, complementario del 456, que sí tiene relación con la cuestión jurídica planteada en la acusación.

Es nulo el proceso cuando el Juez que lo decide carece de jurisdicción o no tiene competencia, a vista de lo dispuesto en el artículo 448 del C. J. Por esa clase de vicios no propuso el demandado, en la oportunidad debida, la excepción procesal correspondiente, ni los adujo después en el curso de las instancias como causal de nulidad. En la casación laboral "no puede hablarse de incompetencia de jurisdicción, si las partes han intervenido en el juicio, sin hacer reclamo alguno en su oportunidad' (G. del T. T. VIII). Con todo, como el cargo se funda no sólo en textos legales sino en mandatos de la Constitución, y la jurisdicción y competencia son instituciones de orden público, es posible examinarlo en casación, descartando el medio nuevo que lo haría inadmisible.

De los textos de la Carta Política, se desecha la acusación en lo tocante a los artículos 76 y 121. No todas las normas de aquélla pueden atacarse en sede de casación, sino únicamente las que por virtud de su artículo 52 revisten a la vez el carácter de leyes sin perder el rango de superior jerarquía que ostentan. La limitación la explica así la Corte, Sala de Casación Civil, en doctrina acogida por la del Trabajo: "Las disposiciones de la Constitución Nacional no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el concepto de violación de la ley sustantiva porque aunque indudablementhe tienen ese carácter por su jerarquía dentro de la ordenación jurídica, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales en forma que puedan hacerlas objeto de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. Pero en tratándose de las disposiciones que sobre derechos civiles y garantías sociales integran el título III de la Constitución Nacional, sí es posible que sirvan de base a la casación, porque una disposición expresa ha bajado, por así decirlo, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de simple legalidad, por lo cual las normas contenidas en dicho título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación". (G. del T. T. V.).

Eliminados de los dos cargos los artículos 76 y 121 de la Constitución, queda por examinar el ataque por infracción del artículo 17 de aquélla, el cual, por pertenecer al título III sobre derechos

individuales y garantías sociales, contiene a la vez un mandato legal, incorporado al Código Civil, y el artículo 215 del Estatuto Fundamental.

Como fácilmente se advierte de los razonamientos del recurente, el quebranto del artículo 17 es consecuencia del que predica respecto del 121, pues no habría ocurrido el de aquél si el Gobierno, al expedir los decretos 456 y 931 de 1956, no se desvía en el ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio. Guardando tan estrecha vinculación el desconocimiento del artículo 17 del que se afirma en relación con el 121, no es posible estudiar el cargo independizándolos. Así las cosas, la labor de la Sala se reduce a confrontar los decretos 456 y 931 con el artículo 17 de la Carta, para saber si son opuestos al mandato de éste y, de consiguiente, si era del caso no aplicarlos, en obedecimiento a lo prescrito en el artículo 215 de la ley suprema.

No son aceptables los argumentos que el impugnador aduce para demostrar la violación del artículo 17. Habla éste de protección especial al trabajo, independientemente de la persona que lo preste y de la naturaleza jurídica del vínculo entre ella y quien lo reciba, sin hacer distinción entre trabajo libre y subordinado. Que la tutela de los derechos del trabajador independiente, antes de la expedición de los decretos, fuera del resorte de la justicia ordinaria civil, no lleva a la conclusión de que, por tal motivo, debe mantenerse el mismo régimen. El haber confiado esa tutela a la justicia del trabajo, como lo hacen los decretos, unificando la garantía jurisdiccional respecto a las dos modalidades del trabajo —autónomo y subordinado— no significa que aquéllos violen el artículo 17 de la Ley Fundamental. Por el contrario, está más de acuerdo con la unidad de la materia, en sus líneas fundamentales, la unidad de trato legislativo, y más conforme con el genuino sentido del mandato constitucional que le impone al Estado el deber de otorgar protección especial al trabajo, cualquiera que sea su clase, y no simplemente el dependiente, como lo asevera el recurrente.

Por lo expuesto, no prosperan los cargos examinados.

Tercer cargo

Violación de los artículos 127, 133 y 143 del CST; 2053 y 2054 del C. C. y Decretos 456 y 753 de 1956, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho. Se aduce en subsidio de los dos que le preceden.

Consisten los errores en que la sentencia considera: a) Que por una parte de la dirección de la obra debía pagarse el valor de los honorarios correspondientes a la dirección total; b) Que el Juez de primera instancia hizo varios descuentos por un mismo concepto; y c) Que lo reclamado por el demandante era un salario y devengaba un sueldo.

Se produjeron los errores por indebida apreciación de las pruebas que la acusación detalla.

Para demostrar el cargo, dice el recurrente:

Es hecho aceptado en la sentencia y probado en el juicio, que Manjarrés no dirigió la obra en su totalidad, pues en la labor de dirección colaboraron otras personas, pero a pesar de que así lo acepta el Tribunal, le reconoce al actor el derecho al valor total de los honorarios de un arquitecto, error al cual llegó por no apreciar debidamente la pericia en cuanto ésta señala las tres cuartas partes de los honorarios por el trabajo de dirección que ejecutó el actor. La remuneración que a éste fijó el perito se debió a que no hubo dirección exclusiva por parte de Manjarrés.

Dijo el experto, en la audiencia de trámite, que era costumbre pagar a los directores no titulados un 65 o un 70% de lo debido a un arquitecto diplomado, lo que debía sacarse del valor de los honorarios por la dirección incompleta ejecutada, como lo hizo el fallo de primer grado. Pero el de segundo incurrió en evidente error de hecho al atribuírle al Juez interpretación errónea por haber descontado el 70% de $ 5.559.43 y no de $ 7.412.60, pues según el dictamen cabían los cálculos hechos por el Juez, ya que uno era el descuento del 25% por razón de la dirección incompleta y otro el del 30% por no ser el constructor un profesional sino un práctico.

Para fundar su condena el Tribunal invocó el artículo 143 del CST., lo que indica que consideró los honorarios de Manjarrés como salario, error evidente al cual llegó por indebida apreciación de la demanda inicial, la cual determina el carácter de la remuneración, y por indebida estimación de las posiciones absueltas por el actor, ya que éste no admite dependencia de Gaviria.

La aplicación indebida de las normas se produjo por los errores evidentes anotados y consistió en producir una condena con aplicación de los decretos 456 y 753 de 1956 sobre bases erróneamente apreciadas; en hablar de salario cuando el artículo 127 del CST lo define como la remuneración del trabajador y no de la persona que se encarga de la confección de una obra, es decir, que el actor

devengó un sueldo de $ 617.71 cuanto tal concepto se refiere a remuneración de trabajadores dependientes, por lo cual no era aplicable al caso; en dar aplicación a una norma que consagra la igualdad del salario frente al mismo trabajo, cuando el precepto se refiere a trabajadores exclusivamente; en desatender los artículos 2053 y 2054 del C. C., aplicables al caso, según los cuales, si el precio de la obra no se ha fijado por las partes, se presume como tal el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de él, el que señalen los peritos. Aplicando esas dos normas, se llega a la conclusión de que a los directores sin título se les paga un porcentaje de lo correspondiente a los titulados, como lo dijo el perito.

La Corte considera:

Dictamen pericial.—De su indebida estimación deduce el recurrente el primer error de hecho que alega.

Dice el experto en la pericia (fs. 54 a 57):

"En realidad, el señor Manjarrés participó directamente en la dirección de la obra que nos ocupa, sin descartar la actuación de colaboración por parte del señor Gaviria, ya que éste en asocio del señor Manjarrés, participó en la elección de materiales y colocación de los mismos, recibió obra terminada y consultó varias veces con los arquitectos proyectistas la solución a partes técnicas.

"En cuanto toca a la labor administrativa, por administración se entiende el control del presupuesto, contabilidad de la obra, hechura de contratos parciales, consecución, selección y pago del personal, suministro de herramientas y equipos, y, en general, todo lo relacionado con el control administrativo de la obra.

"En esta actividad, el señor Manjarrés no intervino, como lo demuestran las facturas y comprobantes, en las cuales no aparece material alguno facturado o remitido al señor Manjarrés, ni la cancelación de facturas tiene el Vo. Bo. de este señor. Los jornales fueron pagados por el señor Gaviria, y la contabilidad de la obra fue llevada por éste en general, la labor administrativa fue llevada por el señor Gaviria, o por lo menos así lo demuestran los libros y las facturas".

El valor de la construcción de la obra lo fija el perito en la suma de $ 228.080.oo, y remata su exposición así:

Manjarrés es acreedor a las tres cuartas partes del valor de los honorarios por concepto de dirección, el cual, tomando por base la tarifa de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, da un 3.25% por concepto de dirección para costos entre $ 200.000.oo y $ 400.000.oo. Esto es, tres cuartas partes de $ 7.412.60. o sea un valor de $ 5.559.45.

Al presentar el dictamen en audiencia de trámite (f. 58), el perito responde así una pregunta del Juzgado: En la práctica, la tarifa que cobran individuos no graduados en ingeniería o arquitectura por la dirección y administración de obras de construcción, es más baja que la señalada por los colegios de ingenieros y arquitectos para sus miembros, y viene a ser más o menos un 65% o un 70% de lo que correspondería a un ingeniero o a un arquitecto.

Dice la sentencia acusada (f. 86) que el perito al dar las explicaciones que le fueron solicitadas, (fs. 66 a 68), deja entrever que tanto el actor como el demandado ejecutaron actos promiscuos de dirección y administración durante el desarrollo de la obra, y luego agrega: "Así, pues, la Sala, para evitar esa promiscua confusión, le dará al demandante el carácter predominante de director de la construcción y al demandado el de administrador de la misma, no obstante los actos aislados que ambos llevaban a cabo en una y otra función".

Para el tribunal, demandante y demandado, fueron a la vez directores y administradores de la obra, concepto que deduce de las explicaciones del experto al dictamen pericial. Pero como la misma prueba resulta que en cuanto a dirección fue predominante el trabajo de Manjarés y casi exclusivo el de Gaviria como administrador, a éste le asigna tal carácter y a aquél el de director. El deslinde de atribuciones lo lleva a concluír que el demandante sólo tiene derecho a honorarios como director, negándole los que reclama como administrador.

No encuentra la Sala, en la estimación del Tribunal, el error de hecho alegado. La pericia se presta para fundar en ella la conclusión a que llega el Tribunal. Debe anotarse que éste hace mérito no sólo del texto del experticio y de la declaración del perito en la audiencia de trámite, sino de las explicaciones dadas por éste al dictamen, y el concepto del fallador, con tal fundamento, no es materia de ataque por el recurrente. Cuando se pide aclaración de la pericia, aquélla hace parte integrante de ésta, por lo cual el análisis de la prueba debe tomar una y otra en consideración, como lo hizo el Tribunal, y no úni-

camente el dictamen, sistema que utiliza el recurrente.

El criterio que guió al perito para fijarle al actor un 75% del honorario que la tarifa de la Sociedad Colombiana de Ingenieros asigna al arquitecto titulado, fue el de que Manjarrés es constructor sin título, no la circunstancia de que su labor directiva hubiera sido parcial y no total. De la pericia no resulta que el experto señale dos descuentos así: uno del 25% de la tarifa para arquitectos titulados por dirección incompleta de la obra, y otro del 30% del valor de la misma tarifa por la razón de no ser el demandante arquitecto titulado. La discriminación es obra del recurrente y no del dictamen pericial.

No resulta, pues, justificado el error.

Los descuentos del Juzgado

Son correctos los que hizo el fallo de primera instancia, a juicio del recurrente. Estimar que la providencia realizó varios descuentos por el mismo concepto, como lo asevera el Tribunal, integra el segundo de los errores de hecho que el cargo puntualiza.

Observa la Sala:

Expresa el fallo del Juzgado a-quo que, según el dictamen pericial, a su juicio debidamente fundado, los servicios de dirección valen $ 5.559.45 y los de administración $ 4.561.60, o sea la mitad del cuatro por ciento del valor de la obra. Habiéndose aceptado —agrega— que al actor le corresponde el 70% de esas cifras, sus honorarios valen $ 3.891.61 por la dirección, y $ 3.193.12 por la administración.

Sobre el punto expresa el fallo recurrido:

El Juez de instancia incurrió en interpretación errónea al tomar la cifra de $ 5.559.45 para sacar de allí el 70% como honorarios de dirección, cuando de acuerdo con el dictamen era de la cantidad de $ 7.412.60 de donde se deducía ese porcentaje, pues ya el perito había tomado las tres cuartas partes del ciento por ciento y por ello le resultó una cantidad numéricamente inferior. "En cambio, las operaciones aritméticas para buscar el porcentaje correspondiente a la mitad del 4% para honorarios de administración, están correctas".

El honorario que por dirección de una obra material corresponde a un arquitecto titulado, deducido del valor de aquélla, que en el juicio fue fijado por el perito en la suma de $ 228.080.oo, con aplicación de la tarifa adoptada por la Sociedad Colombiana de Ingenieros y Arquitectos (f. 47) es el de 3.25%.

El 3.25% de $ 228.080.oo es la cantidad de $ 7.412.60.

Al actor, según el dictamen, le corresponde un 75% (tres cuartas partes) de $ 7.412.60 (valor del honorario del arquitecto titulado) el cual asciende a la cantidad de $ 5.599.45.

El fallo de primer grado deduce del honorario del actor ($ 5.559.45) el 70%, porcentaje que da la suma de $ 3.891.61.

Las operaciones demuestran con claridad que el Juzgado sí incurrió en el error de cuenta que el Tribunal rectifica, pues sometió a dos descuentos por un mismo concepto los honorarios del demandante.

Por lo expuesto, no está justificado el segundo error de hecho.

Estimó el Tribunal que lo reclamado en el juicio por el demandante eran salarios y no honorarios como trabajador independiente. Es el tercer error que el cargo le imputa a la sentencia.

Se considera:

Aplica el Tribunal el artículo 143 del C.S.T., al tenor del cual a trabajo igual debe corresponder igual salario, si se llenan los requisitos que enuncia la disposición. Con ese criterio afirma el fallador que el demandante devengó un sueldo de $ 617.71 y que como su trabajo fue eficiente, tiene derecho a un honorario igual al que le hubiera correspondido a un arquitecto titulado.

La demanda de instancia, como lo observa el recurrente, situó el caso de la litis en el campo del trabajo independiente, no en la órbita del contrato de trabajo. Siendo extraño al caso de la litis la relación laboral, la sentencia viola, por aplicación indebida el Decreto 456 de 1956 (artículo 1º) y las normas del Código del Trabajo que la acusación señala.

Sobre el punto esta Sala de la Corte, en sentencia de 31 de mayo de 1960 (G. J. T. XCII) dijo lo que a continuación se transcribe, aplicable a la cuestión jurídica debatida en el presente juicio:

"El decreto 456 de 1956, en su artículo 1º, regula estas materias: a) La jurisdicción; b) La competencia; y c) El trámite, tanto para el juicio de conocimiento sobre declaración de obligaciones derivadas de servicios personales independientes como el de ejecución de las mismas.

"El precepto sustrae de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada para atribuírlo a la justicia del trabajo, y al mismo tiempo señala la vía ordinaria laboral para la decisión del proceso de cogni-

ción y la del procedimiento del juicio ejecutivo del trabajo para su cumplimiento.

"Según los términos de la disposición del decreto, sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. Por consiguiente, la relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente".

Siguiendo la orientación que traza la citada doctrina, el caso de autos queda bajo el imperio de las normas del Código Civil reguladoras del contrato de obra.

La demanda de instancia afirma que no hubo acuerdo entre las partes sobre la remuneración que por sus servicios debía corresponder al demandante. Ese supuesto lo regula el artículo 2.054 del C. C., así:

"Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos".

No fue observada por el fallador la disposición legal transcrita, aplicable al caso de autos.

Conforme la mentada previsión legal, la cuantía del derecho reclamado debía sujetarse, forzosamente, a estimación pericial. La producida en el juicio le mereció al Tribunal pleno acatamiento. En efecto, dice la sentencia (fl. 85) que el dictamen pericial satisface las exigencias del artículo 721 del C. J., "porque se encuentra debidamente explicado y fundamentado, fuera de que proviene de persona idónea para el cargo". Sin embargo, se aparta del dictamen para acoger, no la suma que el perito fija como remuneración de los servicios del demandante ($ 5.559.45) sino la de $ 7.412.60.

Así las cosas, viola la sentencia, por falta de aplicación, como lo sostiene el recurrente, el artículo antes citado del Código Civil. Por tanto, se casará la sentencia, para fijar como cuantía del derecho objeto del pleito, la suma de $ 5.559.45.

Como el cuarto y último cargo, por errónea interpretación del artículo 143 del C.S.T., persigue el mismo fin del tercero, la prosperidad de éste en la forma explicada, hace innecesario el estudio de aquél.

Las consideraciones que preceden sirven para fundar la decisión de la Corte como Tribunal de instancia. A ellas conviene agregar, en cuanto al alcance que el recurrente señala a la impugnación, lo siguiente:

El demandante pidió en el juicio la ejecución provisional de la sentencia, y así lo dispuso el Tribunal, previa la caución real prestada por aquél, para los fines del artículo 525 del C. J. Casada la sentencia, el demandante en casación solicita que la Corte ordene devolver al demandado la diferencia entre el monto de la condenación "y lo ya pagado", con intereses y perjuicios.

No es atendible la solicitud. El artículo 525 del C. J. establece una responsabilidad, que sólo es posible deducir en juicio separado, probado el supuesto en que se funda, esto es, que la ejecución provisional autorizada por el Tribunal tuvo cumplimiento, extremo que el presente juicio no acredita ni podía acreditar.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida en el numeral primero de su parte resolutiva y, en su lugar, reduce el valor de la condena allí señalada, a la suma de cinco mil quinientos cincuenta y nueve pesos cuarenta y cinco centavos ($ 5.559.45) moneda corriente. No la casa en lo demás.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

NO SE ADMITE, POR INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES, UNA DEMANDA TENDIENTE A OBTENER DECLARACION JUDICIAL SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE NEGOCIOS GENERALES. — Bogotá, veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El apoderado de Camila Cuéllar Tamayo y de Lucía Durán de Cuéllar, el 26 de septiembre de 1959, demandó al Estado con el fin de que, en la sentencia definitiva, se declarara que pertenece a sus mandantes la propiedad del subsuelo de los predios denominados El Potrero, Albania y La Florida; sin embargo, por la indebida acumulación de acciones, la demanda fue desechada por auto de fecha 17 de febrero de 1960, en cuya parte resolutiva se lee: "Por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 738 del C. J., previas las cancelaciones necesarias, se dispone devolver la demanda al apoderado de los actores, para los fines legales".

Con fecha 6 de diciembre del año pasado, el mismo apoderado e invocando el artículo 208 del C. J., manifiesta que corrige y aclara la demanda antes presentada, para cuyo fin, en la primera petición enmendada afirma, como lo hizo también en la primitiva, "que los globos de tierra denominados 'Albania' y 'La Florida', que con el globo de tierra denominado 'El Potrero', forman hoy el predio 'Guanata", ubicado en jurisdicción del Municipio de Chía, Departamento de Cundinamarca, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado"; sin embargo, en forma fehaciente aparece que las tres parcelas no forman un solo todo, denominado GUANATA, sino que cada una constituye un cuerpo cierto distinto, según se demuestra con las siguientes consideraciones:

a) Los predios denominados El Potrero, Albania y La Florida, de acuerdo con las lindes descritas en los dos libelos, ni siquiera son colindantes; por tanto, físicamente no pueden integrar un solo todo o un solo inmueble;

b) En ninguno de los dos libelos se describen o señalan las lindes del llamado predio GUANATA, no obstante que en la petición segunda del último, se hace expresa alusión a la circunstancia de que las parcelas El Potrero, Albania y La Florida, "forman hoy el predio GUANATA, ubicado en jurisdicción del Municipio de Chía.....";
sin embargo, las lindes que se describen se refieren a las "particulares del globo El Potrero...";

c) En el supuesto de que las tres parcelas fueran colindantes o formaran, físicamente, un todo, sería una mera circunstancia de hecho, sin base en título alguno, porque, por el contrario, en el hecho primero de la demanda corregida se enumeran las escrituras de adquisición de cada una de ellas, así: Lucía Durán de Cuéllar adquirió el nominado La Florida por compra hecha al doctor Carlos E. Bernal, mediante la escritura número 17 de 17 de marzo de 1943 de la Notaría 3ª de Bogotá; el de Albania lo compró a Pedro Nel Duarte por escritura número 2.474 de 25 de mayo de 1954, Notaría 4ª de Bogotá; y Camilo Cuéllar Tamayo compró El Potrero a Bernardo Espinosa por escritura pública número 764 de 20 de febrero de 1947 en la misma Notaría antes citada.

Por consiguiente, subsiste el defecto anotado en el auto de fecha 17 de febrero de 1960, en cuanto atañe a la indebida acumulación de acciones ejercitadas por dos actores distintos, respecto de ob-

jetos diferentes, con evidente desconocimiento del artículo 209 del C. J.

Tampoco subsana el defecto anotado la escueta afirmación del apoderado de los actores, hecha en el hecho segundo de la demanda corregida, en el sentido de que las parcelas dichas o la finca GUANATA, "hacían parte de terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado"; porque, para dar aplicación al numeral 4º del artículo 398 del C. J. se requiere cuando menos, individualizar o citar el título alegado, con el fin de establecer la identidad de la **causa petendi** que justificaría la acumulación de acciones.

En el hecho primero del mismo libelo se afirma que: "la sociedad conyugal formada por los esposos Camilo Cuéllar Tamayo y Lucía Durán de Tamayo (sic) es dueña del predio denominado GUANATA..." con el propósito de establecer la unidad o el nexo entre los actores; pero semejante finalidad resulta del todo inaceptable, por estos motivos:

a) Porque la sociedad conyugal no tiene capacidad para ser parte en el juicio, pues ni durante el matrimonio ni aún después de disuelto por cualquier causa legal, tiene la calidad de persona jurídica, para que pudiese comparecer como sujeto activo de la relación procesal o de titular del derecho debatido.

b) En el supuesto de que los distintos inmuebles hubiesen sido adquiridos por los cónyuges dentro del matrimonio, esta circunstancia no determina la formación de una comunidad a título singular entre ellos, porque "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera", según se lee en la primera parte del artículo 1º de la Ley 28 de 1932.

c) De acuerdo con la segunda parte del citado artículo, la sociedad conyugal no produce efectos o no pasa de la potencia al acto, sino en caso de disolución del matrimonio "o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil debe liquidarse la sociedad conyugal", como sucede en los casos de divorcio, nulidad o simple separación de bienes; sin embargo, para cohonestar la acumulación de acciones, no se ha probado que la sociedad conyugal se halle en estado de liquidación por alguna causa legal, con el fin de que se hubiese producido el fenómeno de la comunidad de los bienes en el lapso comprendido entre la disolución de la sociedad conyugal y la liquidación de la misma, mediante la correspondiente partición y adjudicación de los bienes sociales. En otras palabras, la acumulación de acciones sería admisible si la sociedad conyugal se hubiese disuelto, pero estuviese aún ilíquida, en cuyo caso cualquiera de los cónyuges o ambos o los herederos del fallecido podrían comparecer en juicio, no en representación de la disuelta sociedad conyugal, sino de la comunidad de bienes que subsiste mientras no se liquide, parta o adjudique el haber social.

Por las razones expuestas, además de otras que pudieran aducirse, una vez que subsiste la indebida acumulación de acciones, no se admite la corrección de la demanda presentada por el apoderado de Camilo Cuéllar y Lucía Durán de Cuéllar.

Se reconoce al doctor Jorge Pachón Padilla, abogado titulado e inscrito, mayor de edad y vecino de Bogotá, como apoderado sustituto del doctor Juan Pachón Padilla, con las mismas facultades y atribuciones conferidas al abogado sustituyente por los actores.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Efrén Osejo Peña.

Jorge García Merlano, Secretario.

SE MODIFICA LA SENTENCIA APELADA, POR LA CUAL SE CONDENO A LA NACION A INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES OCASIONADOS POR LA MUERTE DE UN ESTUDIANTE DE MEDICINA, CAUSADA EN ACCIDENTE DE TRANSITO POR UN CAMION DEL EJERCITO NACIONAL

1.—Para que resulte comprometida la responsabilidad del Estado por el hecho dañoso de sus agentes o dependientes, se requiere el concurso de los siguientes factores: un daño, un delito o culpa en una persona, una relación de causalidad entre el daño y el hecho de esa persona y una relación de dependencia entre el Estado y la persona a quien se le imputa el daño. Faltando alguno de tales factores la responsabilidad estatal no queda comprometida, así como cuando puede aprovecharse de una circunstancia eximente.

2.—Lo que permite el artículo 553 del C. Judicial es la avaluación en concreto del importe de los perjuicios, pero la producción de éstos debe quedar establecida, sin duda alguna, en el plenario. El pronunciamiento que al respecto hizo la sentencia apelada debe, en consecuencia, ser revocada; pues no hay prueba alguna de que la demandante hubiera sufragado los gastos de clínica, drogas, médicos y entierro de la víctima del accidente ocasionado por el vehículo del ejército, que dio lugar a la demanda contra la Nación.

3.—La doctrina y jurisprudencia nacionales son hoy unánimes en aceptar que el daño futuro pero cierto puede ser objeto de indemnización, sobre la base de que si no hubiera ocurrido la muerte de una persona, otra habría podido en lo futuro recibir asistencia económica de aquélla. Pero ello a condición de que las probalidades sean muchas, que en cierto modo sean capaces de convertirse en certidumbre. A pesar de los grandes esfuerzos que han hecho los tratadistas para distinguir entre el daño futuro indemnizable y el eventual o hipotético no resarcible, es el buen sentido jurídico del juzgador el que en cada caso puede decir la palabra definitiva.

4. — La jurisprudencia de la Corte se ha orientado en el sentido de no reconocer indemnización de perjuicios materiales por la muerte de una persona que al momento del deceso era económicamente improductiva, y por ende ninguna ayuda proporcionaba al demandante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

En demanda presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el apoderado que al efecto nombraron Marta Upegui de González, Nedjibia González Upegui y Oscar González Upegui, vecinos de Medellín las dos primeras y de Pereira el último, pidió que se hicieran contra la Nación los siguientes pronunciamientos:

"1)—Que la República de Colombia es civilmente responsable ante mis representados Martha Upegui de González, Nedjibia y Oscar González Upegui, por la muerte del señor doctor Armando González Upegui, acaecida el día veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), a causa del accidente de tránsito producido por el soldado Luis Agudelo, en las primeras horas de la noche del veintidós (22) de los

mismos mes y año, en el crucero de la carrera Venezuela con calle Bolivia, de esta ciudad de Medellín.

"2)—Que, en consecuencia de la declaración anterior, se condene a la República de Colombia, a pagar a mis mandantes, a título de indemnización de perjuicios, por el daño moral y por el daño material sufrido por ellos con ocasión del fallecimiento, en la forma ya dicha, del doctor Armando González Upegui la suma de doscientos cincuenta mil pesos m. c. ($ 250.000.00), y los intereses de esta cantidad desde la fecha del accidente que ocasionó la muerte del doctor González Upegui, hasta el pago total y definitivo de la cantidad expresada, a la tasa legal.

"3)—Que igualmente se condene a la República de Colombia a pagar a mi mandante señora Martha Upegui de González todos los gastos de clínica, médicos, drogas, entierro, etc., y por todos los servicios de esta clase prestados al doctor Armando González Upegui con motivo del accidente de que se dá cuenta en la parte motiva de esta demanda.

"4)—Que las cantidades a que se refieren los numerales anteriores debe pagarlos la República de Colombia, a mis mandantes o a quien legalmente represente sus derechos, en esta ciudad de Medellín, dentro de los tres días subsiguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al juicio presente.

"5)—Que, subsidiariamente y para el caso de que no se hiciera la declaración solicitada en el aparte 2) anterior, se condene a la República de Colombia a pagar a mis mandantes, a título de indemnización de perjuicios, tanto materiales como morales, la cantidad de dinero que sea señalada por peritos nombrados al efecto dentro del presente juicio o en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, todo con sus intereses legales a contar de la fecha del accidente de tránsito, hasta que se verifique el pago total de la obligación".

Para fundamentar tales peticiones expuso los siguientes hechos:

"Primero.—La señora Martha Upegui de González, mi poderdante, es hija legítima de los señores Vicencio Upegui y Angela Sánchez; y nació el día.... del mes de.... de mil novecientos....

"Segundo.—La señora Upegui contrajo matrimonio con el señor Joaquín González, hijo de Joaquín María González y Clara Rosa Uribe ,el día diez y nueve (19) de agosto de mil novecientos treinta y uno (1931) en la Iglesia Parroquial de la Catedral de Manizales.

"Tercero.—De ese matrimonio nacieron los señores Armando, ya fallecido, Nedjibia y Oscar González Upegui. Los últimos viven y me han conferido también su representación en el presente juicio.

"Cuarto.—Desde la más tierna infancia de los mencionados Armando, Nedjibia y Oscar González Upegui, éstos estuvieron bajo el amparo material y moral de su madre señora doña Martha Upegui —mi poderdante— pues ella era quien atendía a todas las obligaciones de asistencia, crianza y educación y sostenimiento de dichos hijos, ya que su padre, señor Joaquín González Uribe ,abandonó el hogar, a su esposa y a sus hijos, desde hace muchísimos años.

"Quinto.—En esta forma, bajo la asistencia, crianza, educación y sostenimiento de la señora Martha Upegui de González, y rodeado del cariño y admiración de sus hermanos Nedjibia y Oscar, transcurrieron los años de la niñez y de la adolescencia del señor Armando González Upegui, hasta el infausto día en que, a la edad de veintitrés (23) años, y cuando terminaba su penúltimo año de estudios profesionales en la ciencia de la Medicina, cayó triturado por un vehículo automotor del Ejército Nacional, el día veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

"Sexto.—En efecto: El día veintidós (22) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), a eso de las ocho y media (8½ p. m.) los señores Armando González Upegui y Antonio J. Restrepo P. se encontraron en el Café Miami de esta ciudad, y como el primero, o sea Armando, iba hacia la casa de su prometida, el segundo le ofreció llevarlo en la "Vespa" de su propiedad, distinguida con las placas número 305, ofrecimiento que fue aceptado por Armando.

"Séptimo.—Cuando los señores Armando González Upegui y Antonio J. Restrepo P. se dirigían por la carrera 'Venezuela', de sur a norte, en la esquina de la calle de 'Bolivia' con la carrera 'Venezuela', fueron atropellados por un camión del Ejército Nacional, aparato que iba accionado por el soldado de nombre Luis Agudelo, y que estaba distinguido con las placas 'B. R. 4-802'. El camión venía a gran velocidad por la calle de 'Bolivia', de occidente hacia oriente, y tomó a los motociclistas por la izquierda, proyectando a éstos con-

tra las gradas del atrio de la Catedral o Basílica de Villanueva, y dejando aprisionada la 'Vespa' bajo el vehículo agresor. Ante la sorpresa del ataque que por la izquierda les hacía el vehículo del Ejército Nacional, los motociclistas estuvieron impotentes para evitar el accidente que se produjo con la más absoluta culpa del conductor del vehículo.

"Octavo.—Este accidente produjo al doctor Armando González Upegui (y lo titulo doctor, porque ya estaba para salir con sus títulos académicos en Medicina), lesiones de tanta gravedad que el día veintisesis (26) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956) dejó de existir por esa causa, sin que hubieran sido bastantes los esfuerzos que los médicos y la madre doña Martha Upegui de González hicieron para salvar esa preciosa existencia.

"Noveno.—Los médicos certificaron la muerte del doctor Armando González Upegui, como producida por contusiones craneanas y torácicas. Así lo afirmó el doctor Jorge E. Restrepo G.

"Décimo.—El soldado que conducía el camión que produjo el accidente mencionado no era experto en el manejo de vehículos, no conocía las normas que regulaban el tránsito en la ciudad de Medellín, no estaba provisto del pase de conductor, como él mismo lo confesó ante el agente o guardia de tránsito que tuvo su primera intervención en la toma de los datos o elementos primeros para la investigación de la responsabilidad penal por el accidente y sus consecuencias.

"Undécimo. — Adelantadas las investigaciones penales por la muerte del doctor Armando González Upegui, se siguió contra el señor Luis Agudelo, el soldado conductor, el correspondiente juicio penal que culminó con un consejo de guerra en el cual resultó condenado a la pena de ocho meses de prisión por el delito de homicidio, todo lo cual está demostrando la culpabilidad y responsabilidad en que incurrió por el accidente de tránsito mencionado.

"Duodécimo. — El hecho delictuoso llevado a cabo por el soldado Luis Agudelo, cuando manejaba el vehículo de propiedad del Gobierno Nacional, en su rama correspondiente al Ministerio de Guerra, hace responsable civilmente a la Nación, por responsabilidad extracontractual, y a que se declare esa responsabilidad y se condene a la Nación al pago de los perjuicios correspondientes, dice relación la presente demanda.

"Décimotercero.—La señora Marta Upegui, mi mandante, destituída de todo medio económico, con su solo esfuerzo personal, con trabajo intenso como empleada oficial, trabajando en el día para conseguir el sustento y atendiendo en la noche los quehaceres domésticos, logró llevar a su hijo Armando casi hasta la culminación de una gran carrera profesional; y de esa formación, educación e instrucción de su hijo ella esperaba, con toda razón y con toda justicia, encontrar un apoyo no solamente moral sino material que le permitiera vivir con holgura y comodidades en el resto de su existencia. Pero ocurrió el accidente de tránsito que en forma inmisericorde tronchó todas estas esperanzas y realidades próximas, al ocasionar la muerte violenta del referido doctor Armando González Upegui. De suerte que a más del daño moral sufrido por la señora Martha, ella sufrió una intensísima y gravísima lesión material los cuales deben traducirse en la indemnización de perjuicios a cargo de la Nación.

"Décimocuarto. — Armando no era solamente una esperanza cierta de redención económica y de complacencias morales para la madre, era también el guión, el orientador, el animador, el sostén moral, el amigo tierno y cariñoso, el compañero fiel de sus hermanos Nedjibia y Oscar González Upegui, por lo cual al arrancárselos la muerte en la forma violentísima en que lo hizo el accidente de tránsito, no solamente les causó a dichos hermanos —mis mandantes— un fortísimo daño moral, sino también el daño material derivado de la pérdida de quien, siendo el hermano varón mayor, estaba destinado por Dios para llenar el vacío material que había dejado el padre al abandonarlos en la más tierna infancia. De estos daños también debe responder la Nación como responsable extracontractualmente de los perjuicios ocasionados con el accidente de tránsito que le es imputable, civilmente.

"Décimoquinto.—Dada la edad del doctor Armando González Upegui, el magnífico éxito con que venía adelantado sus estudios profesionales, su inmenso e intenso amor al trabajo, todo lo cual hacía prever que dicho señor sería un magnífico profesional de la Medicina; y dada la edad de la señora Martha Upegui de González, lo mismo que las de los señores Nedjibia y Oscar González Upegui, resulta claro que la indemnización a que tienen derecho mis mandantes no puede ser en ningún caso inferior a doscientos cincuenta mil pesos m. c. ($ 250.000.00), y en esa cantidad avalúo, a nombre de los actores, la indemnización

que les corresponde y que debe pagarles la Nación".

Y en cuanto al derecho dijo:

"Fundo la presente acción en lo dispuesto por los arts. 2.341, 2.342, 2.343. 2.344, 2.347, 2.349 y siguientes, y concordantes del Código Civil; y 76, 1º, 155, 205 y siguientes, 227 y siguientes, 251 y siguientes, 734 y siguientes, 737 y siguientes, y concordantes todos del Código Judicial; y, en general, en todas lás disposiciones civiles o procedimentales que les son adicionales reformatorias y afines".

El señor Fiscal del Tribunal, al descorrer el traslado, se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y dijo que "propongo como excepción la genérica, o sea, todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

La primera instancia finalizó con sentencia de 3 de julio de 1959, cuya parte resolutiva reza:

"1º.—No procede la excepción alegada en la contestación de la demanda.

"2º.—La nación colombiana es civilmente responsable de la muerte del señor Armando González Upegui, acaecida a consecuencia de las lesiones que sufrió al ser atropellado, el día veintidós (22) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en el cruce de la carrera Venezuela con la calle Bolivia de esta ciudad, por el vehículo automotor, tipo camión, distinguido con placas BR4.802, al servicio del Batallón Nº 10 "Girardot", conducido por el soldado Miguel Angel Agudelo Herrera.,

"3º—Como consecuencia de la declaración anterior, está en la obligación de indemnizar los perjuicios morales sufridos por doña Martha Upegui de González, madre del occiso, lo mismo que los de sus hermanos legítimos Nedjibia y Oscar González Upegui, perjuicios que se estiman en dos mil pesos ($ 2.000.oo), para cada uno.

"4º—Se condena **in genere** a la Nación a indemnizarle a la señora Martha Upegui de González todos los gastos de clínica, médicos, drogas y entierro por los servicios de esta clase prestados al señor Armando González Upegui con motivo del accidente que le ocasionó la muerte. También deberá satisfacer los perjuicos materiales por la asistencia congrua que el hijo habría de proporcionarle a la madre si viviera; para esta última indemnización podrán tenerse en cuenta las bases dadas en la motivación de éste fallo cuando se proceda a hacerla efectiva mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial".

Apelada la sentencia por el señor Fiscal del Tribunal vino el negocio a esta Corporación, donde ha sufrido la tramitación legal corespondiente.

De tiempo atrás nuestra jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad del Estado por el hecho dañoso de sus agentes o dependientes, siguiendo en esto la tendencia general de la doctrina contemporánea nacional y extranjera.

Para que resulte comprometida tal responsabilidad, se requiere, como es bien sabido, el concurso de los siguientes factores: un daño, un delito o culpa en una persona, una relación de causalidad entre el daño y el hecho de esa persona; una relación de dependencia entre el Estado y la persona a quien se impute el daño. Faltando alguno de tales factores la responsabilidad estatal no está comprometida, como cuando puede aprovecharse de una circunstancia eximente.

El Tribunal consideró plenamente comprobados todos los aludidos factores, y, de otro lado, no encontró circunstancia alguna que liberara al Estado de su responsabilidad.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que en esta segunda instancia ha llevado la personería de la Nación, en su extenso alegato ha impugnado los fundamentos de la sentencia apelada, sosteniendo que casi ninguno de los aludidos factores aparece plenamente establecido, por lo cual ha pedido la revocatoria de dicha providencia y su reemplazo con una absolutoria.

El daño.—Con relación a los perjuicios morales subjetivos, su reconocimiento no ofrece dificultad aguna, y el señor Procurador Delegado no formuló objeción al respecto.

Comprobada la muerte de Armando González Upegui, así como que Martha Upegui de González es su madre legítima, y que Oscar y Nedjibia González Upegui son sus hermanos legítimos, se establece la seria presunción de que la muerte de aquél les causó intenso dolor, tal como lo tiene admitido la doctrina y la jurisprudencia, y por ende, su derecho a obtener la correspondiente indemnización. De conformidad con la doctrina constante de la Corte el importe de esos perjuicios no pueden estimarse en más de los $ 2.000.oo contemplados por el artículo 95 del C. Penal. Este paso de la sentencia apelada debe, pues, ser confirmado.

En cuanto a los perjuicios materiales, la sentencia en consonancia con lo pedido solamente

hizo condena a favor de Martha Upegui de González, y la concretó a "todos los gastos de clínica, médicos, drogas y entierro" que hizo dicha señora y al equivalente de la "asistencia congrua que el hijo habría de proporcionarle (...) si viviera".

Como bien anota el señor Procurador Delegado, no hay prueba alguna de que doña Martha hubiera realmente sufragado los antedichos gastos, y si bien podría presumirse la afirmativa, partiendo de la simple base de la hospitalización, atención médica y deceso de Armando, de estas circunstancias no puede colegirse seriamente que las consiguientes expensas hubieran corrido a cargo de ella, y no de otras personas, como por ejemplo, de sus otros hijos o de la universidad; incluso no puede descartarse la posibilidad de la gratuidad respecto a algunos de tales servicios, como los médicos y hospitalarios.

Lo que permite el artículo 553 del C. J. es la avaluación en concreto del importe de los perjuicios, pero la producción de éstos debe quedar establecida sin duda alguna en el plenario.

El pronunciamiento que al respecto hizo la sentencia debe en consecuencia, ser revocado.

También se impone la revocación de la condena al pago del importe de los alimentos congruos que habría suministrado Armando a doña Martha si no hubiera fallecido.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales son hoy unánimes en aceptar que el daño futuro pero cierto puede ser objeto de indemnización, y sobre la base de que sin la muerte de una persona otra habría podido en lo futuro recibir asistencia económica de aquélla, no han vacilado en reconocer el derecho a la indemnización correspondiente. Pero ello a condición de que las probabilidades sean muchas, que en cierto modo sean capaces de convertirse en certidumbre; de lo contrario el daño sería eventual o hipotético y no daría lugar a reparación. A pesar de los grandes esfuerzos que han hecho los tratadistas para distinguir entre el daño futuro indemnizable y el eventual o hipotético no resarcible, es el buen sentido jurídico del juzgador el que en cada caso puede decir la palabra definitiva.

Al momento de acaecer el accidente en que perdió la vida Armando González, éste no constituía ninguna ayuda económica para doña Martha, y a la verdad ella no ha intentado afirmar ni probar lo contrario. Su pretensión a recibir una indemnización se desplaza hacia lo futuro, sobre el supuesto de que Armando habría terminado sus estudios y, ya graduado y en ejercicio de su profesión de médico, habría ganado dinero, lo bastante para que le diera buena parte a ella y le "permitiera vivir con holgura y comodidades en el resto de su existencia". Estas esperanzas sin embargo, no aparecen para la Sala con el sello de una probabilidad tan grande como para que pudiera reconocérsele ese cierto grado de certeza ha poco aludido. Bien es cierto que Armando era buen estudiante, y era muy probable, que completaría los dos años que le faltaban para coronar su carrera, así como que habría obtenido el título que lo habilitaría para ejercer la profesión médica. Pero ya no reviste el mismo grado de probabilidad la esperanza materna de que llegaría a ser un profesional de grandes ingresos; o que siéndolo en alguna medida, le permitiera darle a su madre la holgada vida con que soñara. Acaso no era igualmente probable, y muy probable, entre otros acaeceres, que Armando se casara y tuviera larga familia que mantener?

De otro lado, teniendo doña Martha dos hijos más, no se ve por qué éstos, de quienes, por cierto, no hay constancia de que fueran personas sin porvenir, no puedan constituír una ayuda para ella en lo futuro. Además, acaso no podría doña Martha demandar alimentos a su cónyuge? Se afirma en la demanda y lo corroboran testigos, que él la había abandonado de tiempo atrás, pero nada aparece en los autos que haga pensar en que ella no podía ejercitar un tal derecho o que en la práctica resultara ilusorio.

Todas las anteriores circunstancias y la apreciación global del caso, llevan a la Sala a la convicción de que no se está en presencia de un daño cierto aunque futuro, sino de uno eminentemente eventual o hipotético, y, por tanto, no indemnizable.

La jurisprudencia de la Corte se ha orientado en el sentido de no reconocer indemnización por la muerte de una persona que al momento del deceso era económicamente improductiva, y por ende ninguna ayuda proporcionaba a la demandante. En providencia del 27 de septiembre de 1951 (G. J. T. LXX Nos. 2115/16, pág. 648) afirmó que "ha sido jurisprudencia constante de la Corte que para efectos de la condenación de perjuicios materiales en juicios sobre responsabilidad civil extra-contractual o aquiliana, ha de probarse que la víctima del accidente o del daño efectivamente estuviera prestando algún apoyo económico a las personas que quieran beneficiarse con la condena a los perjuicios materiales. Si no existe de parte de la víctima ningún apoyo económico has-

ta la fecha de producirse el accidente que lo imposibilite para seguirlo prestando, es claro que los perjuicios materiales no se han causado".

En providencia de 22 de julio de 1943 (G. J. T. LV. Nº 1996/7 págs. 764 y ss.) parecería haberse contradicho tal jurisprudencia, pero estudiada a espacio se tiene que entre los hechos de la demanda que dio lugar al juicio en que se profirió figura la afirmación de que los padres del occiso estaban recibiendo apoyo material de éste.

En su enjundioso alegato el señor Procurador Delegado ha hecho referencia a la doctrina francesa, que, para casos como el de autos de responsabilidad por muerte de una persona, exige como requisito mínimo para conceder la indemnización el que el demandante se encuentre en la situación concreta que le daría derecho a recibir alimentos del difunto, aunque no hubiera presentado demanda, y afirma que en este proceso no hay constancia del estado de necesidad de doña Martha, que le habría permitido demandar alimentos a su hijo, de conformidad con los artículos 411 y 420 del C. C. Cree la Sala que, en términos generales, tal exigencia es válida en Francia, donde como dicen los Mazeaud, "la mayor parte de los autores y numerosas sentencias afirman que, para comprometer la responsabilidad de su autor, el daño debe 'comportar la lesión de un derecho adquirido'" pero no en Colombia dado que el artículo 2.341 del C. C. a este respecto solo exigen la comisión de un "daño". Por tal motivo la Sala ha preferido sustentar su negativa a la indemnización, directamente sobre la circunstancia, ya estudiada, de estarse en presencia de un perjuicio puramente eventual.

La culpa.—El Tribunal consideró plenamente comprobada la culpa del soldado Miguel Angel Agudelo respecto al acidente de tránsito del que resultó mortalmente lesionado el estudiante Armando González Upegui, con el dicho de varios testigos y con la sentencia del Consejo de Guerra que condenó a Agudelo a 11 meses de prisión como responsable del delito de homicidio culposo perpetrado en el aludido accidente. A tenor del artículo 29 del C. de P. P. tal providencia merece pleno crédito al respecto, y así lo aceptó el señor Procurador Delegado.

La relación de causalidad.—Para el Tribunal ésta resulta "de la consideración y análisis de las distintas versiones juratorias de las personas que presenciaron el choque de los vehículos y las lesiones que sufrió el señor González Upegui, y del certificado médico de quienes practicaron la necropsia".

Aunque el señor Procurador Delegado declara que "del acta de necropsia es plausible interferir que la muerte de Armando González Upegui se produjo como consecuencia necesaria del accidente sufrido, y por tanto que entre uno y otro existió una relación de causa a efecto", agrega que "empero, debe considerarse también el testimonio del médico Mario Robledo Villegas, quien intervino en la diligencia de necropsia", y a cuyo juicio las heridas sufridas por González Upegui en el accidente de tránsito "por sí solas no eran esencialmente mortales", sino que la "muerte fue debida a la complicación de estas lesiones, que no era posible prever a pesar de la diligencia y de los cuidados médicos de que estuvo rodeado el enfermo", si bien acepta que "esta complicación se presenta con relativa frecuencia en este tipo de lesión".

Esta última frase vendría a neutralizar la primera afirmación de Robledo Villegas, aparte de que su solo dicho no podría contradecir las conclusiones terminantes del certificado de quienes practicaron la necropsia. En todo caso, huelgan mayores dilucidaciones sobre las consideraciones del señor Procurador Delegado en torno al factor que se estudia, puesto que también sobre él hace plena prueba, a tenor del ya citado artículo 29 del C. de P. P., la sentencia que el Tribunal Militar dictó contra el soldado Agudelo, a quien consideró responsable de la muerte de González Upegui. Tal precepto claramente estatuye que no puede ponerse en tela de juicio la responsabilidad declarada por el juez penal, y, naturalmente esa declaración se hace en cada caso con relación al sujeto pasivo del reato.

La dependencia de Angel Agudelo respecto al Estado.—Que Miguel Angel Agudelo pertenecía al ejército de la República y que además realizaba actividades relacionadas con el servicio militar cuando ocurrió el accidente del que resultó la muerte de González Upegui, aparece plenamente establecido con los siguientes documentos: a) copia del "artículo 510 de la orden del día, Nº 41 para el día 2 de junio de 1955", en la que consta que con fecha 6 de junio había sido dado de alta como conscripto perteneciente al primer contingente de 1955, en el Batallón de Infantería Nº 12, "Bomboná"; b) copia de partes del "folio disciplinario correspondiente al soldado Agudelo H. Miguel Angel", en el que aparecen diversas anotaciones, sobre el mismo, como una felicitación, una

presentación, una detención, una comisión y un castigo; c) certificación expedida por el comando del "Batallón Nº 10, Girardot", según la cual el 22 de noviembre de 1956 el soldado Miguel Agudelo conducía el camión del ejército con el que se produjo el accidente de tránsito que causó la muerte a González Upegui, y d) la sentencia del Tribunal Militar, que lo condenó como responsable de homicidio culposo en la persona de éste último.

El señor Procurador Delegado considera que en el caso de estudio ha quedado desvirtuada la presunción de responsabilidad que, por aplicación al Estado de los artículos 2347 y 2349 del C. C., ha venido reconociendo la jurisprudencia en contra de éste, y al respecto dice que "existen algunos elementos probatorios que tienden a demostrar, precisamente, la ausencia de culpa del Estado colombiano". Tales elementos probatorios son, a su juicio: a) la indagatoria que rindió Agudelo en el proceso penal, en la que según el señor Procurador Delegado manifiesta que "había sido trabajador del Automóvil Club de Colombia, cargo que debía habilitarlo ampliamente, en estimación de sus superiores, para la conducción de vehículos automotores. Así mismo consta de la indagatoria del citado Agudelo que al ocurrir el trágico accidente había ya hecho un viaje del Cuartel al Estadium, en forma absolutamente normal y adecuada. Este hecho tiende a demostrar que Agudelo era apto para la conducción de vehículos y que, en consecuencia, la Nación no cometió culpa al elegirlo para conducir el camión que causó el accidente, ni tampoco en el control de su actividad. La ausencia de culpa de parte del Estado se hubiera comprobado en forma aún más clara y evidente si el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín hubiera solicitado la práctica de pruebas; b) la hoja de vida, en la que "consta la excelente conducta y capacidad del soldado Agudelo, quien no había sido objeto de sanción disciplinaria alguna, sino quien por el contrario, recibió frecuentes felicitaciones de sus superiores por su conducta y capacidades".

Es claro que en un juicio civil como el presente lo afirmado por el soldado Agudelo en su descargo en el proceso penal no puede ser tenido en cuenta, a menos que aparezca corroborado por otras probanzas. Por otra parte, si él mismo afirma que sabía manejar desde los 15 años y que había trabajado en el Automóvil Club, sin que esta afirmación conste con el menor respaldo probatorio, también confiesa que carecía de patente o pasè para conducir, y es acreditando este hecho como debe comenzarse cualquier intento de demostrar las óptimas cualidades de un conductor de vehículos.

En cuanto a la hoja de vida cabe anotar que si bien en este documento aparece haber recibido una felicitación, aunque no como conductor de vehículos, sino por su destreza en el uso de las armas de fuego, allí mismo consta que una vez fue detenido y otra castigado.

Dista mucho, pues, de aparecer establecida la pretendida irreprochable conducta de los superiores del soldado Agudelo al haberlo utilizado para el manejo de un vehículo automotor el día del accidente.

De todo lo anteriormente dicho resulta que los demandantes sufrieron perjuicios morales subjetivos por la muerte de Armando González Upegui; que dicha muerte se debió a la conducta culposa de Miguel Angel Agudelo, y que éste era soldado del ejército de la República, vale decir, dependiente del Estado. En otras palabras, por lo que hace a los perjuicios morales subjetivos que reconoció el Tribunal concurren factores que, en casos como el de autos, hacen nacer la responsabilidad del Estado.

En cuanto a los daños materiales, ya se vio que unos no se comprobaron y otros no tienen el carácter de ciertos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º.—Revócase el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada;

2º.—Confírmanse los demás numerales.

En los anteriores términos queda modificada la sentencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña. — Ramiro Araujo Grau. — Carlos Peláez Trujillo. — Luis Carlos Zambrano. — Jorge García Merlano, Secretario.



SE CONFIRMA, CON ALGUNAS MODIFICACIONES, LA SENTENCIA QUE CONDENA A LA NACION A INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA MUERTE DEL MAGISTRADO NICOLAS ALVAREZ GOMEZ, AGREDIDO POR UN PRESO AL PRACTICAR VISITA DE CARCEL

Historia de la evolución de la jurisprudencia nacional, en lo tocante al criterio aplicable para deducir la responsabilidad extrancontractual de las personas jurídicas, y especialmente del Estado, por hechos culposos de sus representantes, funcionarios o dependientes.

1.—La cuestión atinente a la determinación de si el hecho dañoso puede estimarse jurídicamente como un acto de la administración, abstraída la personalidad del autor del ilícito, o como un acto del empleado dependiente de aquélla pero que compromete la responsabilidad de dicha entidad de derecho público en forma refleja y por culpa presunta, tiene evidente importancia desde el punto de vista de la prescripción de la acción y también de la responsabilidad del agente del daño frente a la víctima y con respecto a la Administración misma, ya que el C. Civil gobierna tales situaciones de manera diversa en relación con cada uno de los indicados casos.

2.—En el presente evento, que contempla el caso de la muerte, a manos de un preso, de un funcionario judicial que practicaba la visita reglamentaria a la cárcel, no se configura la responsabilidad indirecta prevista en los artículos 2347 y 2349 del C. Civil, si se observa que los errores de conducta causantes de la tragedia no dimanan exclusivamente de actos u omisiones individuales de personas que, por razón de lazos de subordinación o dependencia, comprometan la responsabilidad del ente jurídico demandado, sino que tales imputaciones se enderezan contra la Nación misma en forma preferente y directa, predicándose la consiguiente responsabilidad civil por actividades negligentes o descuidadas de gestores que tienen bajo su dirección un determinado servicio orgánico de dicha entidad de derecho público, es decir, de los agentes superiores de la función o rama penitenciaria (artículo 2341 ibidem).

3.—Las personas jurídicas de derecho público pueden incurrir en responsabilidad civil por hechos propios (responsabilidad directa) y en responsabilidad por hechos ajenos o de otras personas (responsabilidad refleja), según que los actos culposos originantes del daño se hubieren cometido por funcionarios-órganos, o por funcionarios-dependientes. A este propósito la jurisprudencia ha dicho que son órganos de la persona jurídica "los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado", pero que "hay empleados públicos **que no son** funcionarios, **y dentro de los funcionarios puede haber algunos que en el ejercicio de sus funciones no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por lo tanto a comprometer su responsabilidad directa".**

4.—En materia de responsabilidad por culpa aquiliana, y en lo tocante al daño moral subjetivo, inasible por su naturaleza e

imposible de someter a una escala de compensación monetaria, la ley ha aceptado que su existencia se pruebe presuntivamente y, al efecto, admite que tenga una pequeña satisfacción pecuniaria, dejando su medida y estimación al libre arbitrio del juez, según los vínculos de afecto que liguen a la víctima con determinada persona y dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del C. Penal.

5.—También son indemnizables, como consecuencia de la responsabilidad extracontractual por culpa, los perjuicios morales objetivos u objetivados; porque el daño que sufre una persona en su patrimonio moral puede materializarse por sus repercusiones en el campo económico. "Surge entonces el daño moral objetivado que fácilmente puede repararse, porque es tangible, estimable en dinero y concretable en cifras numéricas". Más la demostración indirecta o presuntiva que acepta la ley en lo referente a la existencia del daño moral subjetivo, no se extiende a estos otros perjuicios antes enunciados, por lo cual es necesario establecer plenamente la existencia de ellos en forma cierta y no simplemente hipotética.

6.—En relación con la responsabilidad civil extracontractual, los perjuicios materiales que la supresión de la vida de una persona pueden causar a quienes dependían económicamente del muerto, debe anotarse que si bien "la vida humana jamás puede considerarse en sí misma como un bien patrimonial, para que la privación de ella llegue a estimarse como un perjuicio indemnizable", tal apreciación no significa que esa eliminación "no pueda segar, en múltiples ocasiones, provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamo".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano)

En virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes litigantes contra la sentencia de primer grado dictada por el Tribunal de Bogotá el 12 de marzo de 1959, ha venido el juicio ordinario propuesto contra la Nación por María Sarmiento, quien actúa en su propio nombre y en representación de sus menores hijos naturales Gonzalo, Beatriz y Luis Guillermo Alvarez Sarmiento, y por Hernando Alvarez S.

Los numerosos hechos básicos indicados por el apoderado de los querellantes como fundamento de la acción, son los que en seguida se sintetizan:

El 15 de diciembre de 1951, el doctor Nicolás Alvarez Gómez, en ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal de Santa Marta y para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 716 del Código de Procedimiento Penal, practicaba la visita reglamentaria en la cárcel nacional de ese Distrito Judicial. Mientras se cumplía dicha misión legal, de manera repentina el reo Tomás Mena —quien purgaba una condena por homicidio en tal establecimiento— salió de la pieza destinada a enfermería y en la cual estaba recluído, penetró al salón de visitas judiciales por la puerta que comunicaba esos dos recintos, y armado de un cuchillo de los usados en la cocina del penal, atacó por la espalda al doctor Alvarez, causándole varias lesiones que le produjeron la muerte. Mena se suicidó el mismo día de la comisión de su acto homicida.

Luego, afirman en general los actores que la Nación es civilmente responsable por el fallecimiento del doctor Alvarez porque a ésta le correspondía mantener las medidas de seguridad indispensables en la cárcel de Santa Marta y ofrecerle a aquél la protección adecuada para el cumplimiento de funciones inherentes a su investidura judicial en la visita de reglamento aludida, sin peligro para su vida e integridad personal, lo cual no ocurrió por estas circunstancias:

a)—Porque el Director y demás empleados nacionales del penal en mención incurrieron en faltas de cuidado y diligencia al no tomar las precauciones necesarias con el fin de evitar el deplorable hecho, imprevisiones constitutivas de culpa grave y consistentes: en no someter a conveniente vigilancia a peligrosos reclusos de esa penitenciaría, impidiéndoles el porte de armas, como en el caso de Mena; en no guardar o asegurar la puerta de comunicación entre el recinto de visitas judiciales y el de la enfermería, en donde se encontraban dos detenidos, lo que permitió que por esa puerta irrumpiera al otro lugar uno de ellos —Tomás Mena— y perpetrara el

aludido crimen: en haber confiado el Director de esa cárcel los oficios de cocinero mayor de la misma al reo Pablo Galvis, siendo así que éste podía permitir que los cuchillos que mantenía a su cuidado pasaran a las manos de otros penados.

b)—Porque en la fecha del trágico acontecimiento el referido lugar de reclusión "carecía de paredes, rejas o puertas de hierro que impidieran cualquier contacto directo entre los detenidos y las personas que como funcionarios iban al dicho establecimiento para practicar las visitas de cárcel ordenadas por la ley, existiendo por lo demás condiciones de inseguridad para dicho personal de funcionarios". Agregan los demandantes que sólo después de la ocurrencia del suceso y ante el reclamo reiterado de las autoridades judiciales de Santa Marta, ordenó el Ministerio de Justicia la realización de algunas obras indispensables para el acondicionamiento adecuado de la penitenciaría, lo cual indica que ésta "no ofrecía las debidas seguridades" cuando fue asesinado el doctor Alvarez Gómez y que, por lo tanto, hubo omisión culposa de la Nación al no ordenar oportunamente las reparaciones y acondicionamiento del edificio en cuestión.

c)—Porque Adolfo Lara Peña —Director de la citada cárcel por la época del desgraciado accidente— había sido designado por el Gobierno para tal cargo, no obstante que sus antecedentes personales contraindicaban esa escogencia pues contra él cursaban sumarios por los delitos de lesiones personales y de estafa.

d)—Porque, en fin, Tomás Mena, autor de la muerte violenta del doctor Alvarez Gómez, se encontraba recluído en la cárcel nacional de Santa Marta en cumplimiento de una condena por uxoricidio, en virtud de lo cual la Nación es responsable de los actos que dicho individuo ejecutó mientras estaba bajo su custodia.

El doctor Alvarez Gómez, persona versada en la ciencia del derecho y de buena reputación profesional en varios lugares del país, devengaba a la época de su fallecimiento un sueldo mensual de novecientos pesos ($ 900.00) como Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta, "motivo por el cual, aún en el caso de que él hubiese dejado el cargo de Magistrado, habría podido obtener, por medio del ejercicio libre de su profesión de abogado o en el desempeño de cualquier otro empleo público o privado, una renta mensual que en ningún caso habría sido inferior al sueldo por él devengado como Magistrado".

"En su unión con María Sarmiento procreó Alvarez Gómez a Hernando, Gonzalo, Beatriz y Luis Guillermo Alvarez Sarmiento, que aquél reconoció legalmente como hijos naturales y personas todas ellas a quienes suministró medios de subsistencia y de mantenimiento hasta el día de su muerte.

"De los anteriores hechos se desprende claramente que mis poderdantes sufrieron perjuicios materiales con la muerte del doctor Nicolás Alvarez Gómez, consistentes en la falta de ayuda económica, el pago que desde entonces tuvieron que hacer de todos sus gastos personales a los cuales proveía y hubiera seguido proveyendo el doctor Nicolás Alvarez Gómez, tales como alimentos, vestidos, educación, habitaciones, etc. Hernando y Gonzalo sufrieron, además, el perjuicio de no haber podido continuar sus estudios y por lo tanto perdieron la posibilidad de obtener puestos y entradas profesionales, además de tener que pagar sumas de dinero para atender a los gastos de educación y demás de sus hermanos menores, y la señora María Sarmiento sufrió perjuicios al tener que pagar parte de los gastos de sus menores hijos que venía atendiendo el doctor Nicolás Alvarez Gómez.

"Por su carácter imprevisible, por la forma trágica como ocurrió el fallecimiento del doctor Nicolás Alvarez Gómez y por ser éste el padre de mis poderdantes, dicho fallecimiento no les privó sólo del afecto, cariño y cuidados, tanto materiales como morales de su padre, sino que les causó un profundísimo e imborrable sufrimiento y honda impresión, lo mismo que un gran dolor y una pena moral, fenómenos todos éstos que redundaron en su capacidad económica y que además constituyen perjuicios morales, objetivos y subjetivos, que aparecen relacionados en los hechos anteriores".

El hecho delictuoso y causante de la muerte del doctor Alvarez Gómez dio lugar a que se adelantara la respectiva investigación ante el Juzgado 1º Superior de Santa Marta, pero dicha acción penal se declaró extinguida de conformidad con el artículo 100 del C. Penal, en concordancia con el 153 del C. de Procedimiento Penal.

"El doctor Alvarez Gómez al tiempo de morir era una persona llena de vida, pues en dicha fecha contaba apenas con 54 años aproximadamente de edad, como quiera que nació el 10 de septiembre de 1887 y por lo tanto había podido seguir sosteniendo a mis poderdantes durante mucho tiempo".

Tales antecedentes dieron lugar a la demanda inicial contra la Nación, incoada ante el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de noviembre de 1954 por Hernando Alvarez Sarmiento y María Sarmiento, tendiente a obtener la correspondiente indemnización de perjuicios materiales y morales sufridos con la muerte del doctor Nicolás Alvarez Gómez por Hernando Alvarez Sarmiento y los menores Gonzalo, Beatriz y Luis Guillermo Alvarez Sarmiento, estos últimos representados por su ya nombrada madre natural, según se desprende de las súplicas principales del libelo.

La parte actora fundamenta principalmente el derecho alegado en los artículos 16, 20 y 51 de la Constitución Nacional, 2.341, 2.347, 2.349 y 2.356 del C. Civil; título 21 de la misma obra (de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas); Ley 45 de 1936; y, por último, artículo 205 y concordantes del Código Judicial.

La parte demandada, cuya representación llevó el señor Fiscal del Tribunal de Bogotá, se opuso a la acción, negó los hechos fundamentales de la demanda o los remitió a prueba y propuso la excepción de inexistencia de la obligación y la innominada consistente en todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de aquella o la declaran extinguida.

El Tribunal, según sentencia de 12 de marzo de 1959, falló así:

"1º—La Nación es civilmente responsable de la muerte del doctor Nicolás Alvarez Gómez, ocurrida en las circunstancias de lugar, tiempo y modo relatadas en esta sentencia.

"2º—Condénase a la Nación a indemnizar a los demandantes los perjuicios materiales que por tal causa han recibido, a reserva de fijar su importe por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

"3º—Condénase a la Nación a pagar a cada uno de los demandantes la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) a título de satisfacción por los perjuicios morales subjetivos que recibieron por tal causa.

"4º—Niéganse las demás súplicas de la demanda.

"5º—La liquidación de la condena debe promoverse dentro de cuatro meses contados de la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior, so pena de caducidad.

"6º—Sin costas".

Como de este fallo apelaron las partes trabadas en la litis, ha venido el negocio a esta Sala y surtídose aquí el trámite pertinente al recurso.

II

La sentencia de primera instancia, al señalar los fundamentos doctrinarios sobre los cuales sustenta la resolución condenatoria contra el Estado Colombiano, sostiene que para deducir en el caso sub-examine la responsabilidad civil de dicha entidad pública "importa averiguar si está probado el mal comportamiento general y anónimo del servicio, ya sea en su organización y funcionamiento, respecto de la cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta". En eventos de esta o semejante naturaleza —añade— no es necesaria la demostración de que determinados funcionarios señalados por sus nombres cometieron culpa, sino sólo la comprobación del servicio defectuoso y de que a ese defecto pueda imputarse el daño para que responda directamente la administración pública por esa "culpa del servicio" y no en virtud de preposición, comisión o mandato.

El Tribunal sentenciador, basándose en tales principios y después de analizar los elementos de convicción traídos al juicio, concluye que de estos últimos "se deduce un defectuoso funcionamiento del servicio, de manera general y anónima, en su organización, y que el accidente en que perdió la vida el doctor Alvarez Gómez fue consecuencia de la omisión de los deberes legales y reglamentarios de los empleados públicos y de la falta de seguridad del edificio destinado a la penitenciaría. Porque es indiscutible que si el reo Mena, dadas sus condiciones de peligrosidad, hubiera sido sometido a vigilancia; si se le hubiera impedido llevar armas; si el salón de visitas se hubiera aislado de los demás locales y lugares en donde los presos discurrían libremente; si la reparación y acondicionamiento del edificio se hubiera efectuado oportunamente; si al menos se hubiera destinado un vigilante a custodiar el recinto en donde se acostumbraba a practicar las visitas, el accidente desgraciado en que perdió la vida el progenitor de los demandantes no se habría producido, cuando éste cumplía con un deber legal inherente al cargo de Magistrado".

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil expresa en su alegato ante la Corte que "el criterio de las faltas de servicio, como base de la responsabilidad civil extracontractual de las entidades de derecho público, ha sido revaluado por reiterada jurisprudencia de esta superioridad, pues tal fundamento de la responsabilidad no tiene arraigo ninguno en la noción civil de la culpa, sino que encuentra su origen en

el criterio de los doctrinantes franceses de derecho administrativo que han fundado la responsabilidad del Estado en el concepto de la garantía, en la que predomina la noción del riesgo, ya que la persona natural se constituye fatalmente en garante ante terceros de las consecuencias perjudiciales del deficiente y anónimo funcionamiento del servicio público".

Y más adelante manifiesta, apoyando su aserto en algunas decisiones de esta corporación, que la noción simple y administrativa de la falta de servicio no es hoy guía jurisprudencial para dilucidar la responsabilidad civil de la administración pública y que, por lo tanto, los principios reguladores de ésta no pueden ser otros que los artículos 2.347 y 2.349 del C. Civil, los cuales reglamentan la responsabilidad por el hecho ajeno. "No queda, pues —concluye— la menor duda de que es la responsabilidad indirecta la que gobierna la culpa de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y por razón de ellas, y con reflejo en la persona moral que representan".

Con sustento en tales orientaciones doctrinales y teniendo en cuenta que de acuerdo con ellas sería indirecta la responsabilidad de la Nación por el hecho ilícito de que aquí se trata, propone el personero de la entidad querellada la excepción de prescripción de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.358 —inciso 2º— del C. Civil, por cuanto "en el caso de autos, el desgraciado acontecimiento en el que perdió la vida el doctor Nicolás Alvarez Gómez, por culpa de los agentes del Estado, ocurrió el 15 de diciembre de 1951, y a pesar de que la demanda fue instaurada el 30 de noviembre de 1954, es decir, dentro de los tres años a que alude el precepto atrás citado, la demanda sólo vino a notificarse al representante de la entidad demandada el 7 de febrero de 1955, o sea, pasados los tres años a que hace referencia el aludido artículo 2.358 del C. Civil".

III

La cuestión atinente a la determinación de si el hecho dañoso puede estimarse jurídicamente como un acto de la administración, abstraída la personalidad del autor del ilícito, o como un acto del empleado o dependiente de aquélla pero que compromete la responsabilidad de dicha entidad de derecho público en forma refleja y por culpa presunta, tiene evidente importancia desde el punto de vista de la prescripción de la acción y también de la responsabilidad del agente del daño frente a la víctima y con respecto a la Administración misma, ya que el Código Civil gobierna tales situaciones de manera diversa en relación con cada uno de los indicados casos.

Y como el señor Procurador ha propuesto la excepción perentoria de prescripción por entender que aquí se está frente a una culpa aquiliana proveniente del hecho de personas bajo el cuidado o dependencia de otra, excepción que impediría entrar a un análisis de fondo de la acción y de sus elementos estructurantes acreditados procesalmente, debe, en consecuencia, procederse antes al estudio del medio exceptivo alegado por el representante legal de la Nación.

El artículo 2.358 del C. Civil —en su inciso segundo —establece la norma de excepción de que las acciones reparatorias del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto. Los eventos contemplados por el precepto en cita, como es obvio, implican la coexistencia en el hecho culposo originante de la obligación indemnizatoria del perjuicio de un autor material y de otra persona que debe responder por éste en virtud de la relación de dependencia que los une.

Ahora bien: se advierte, desde luego, que el libelo de demanda revela faltas de precisión y claridad en cuanto al planteamiento concreto de la responsabilidad aquiliana que a la Nación deba deducírsele en este juicio por razón de los hechos generadores de aquélla, si se considera que en las bases fácticas sobre las cuales se fundamenta la acción parece proponerse —y por cierto en forma indiscriminada y confusa—, en veces, la responsabilidad directa de esa persona jurídica por daño emanado de culpa imputable a los agentes superiores de la función respectiva, o sea, de quienes tenían a su cargo la organización, reglamentación y vigilancia inmediata de la rama penitenciaria, como también por grave ineficacia en la atención de ese servicio y, otras veces, se postula allí la responsabilidad refleja de la administración por el daño proveniente de omisiones culposas atribuídas a simples empleados inferiores a aquélla, omisiones que por razón del anotado vínculo de subordinación repercuten en esa persona jurídica y, por lo tanto, la hacen indirecta y civilmente responsable en los términos consagrados en los artículos 2.347 y 2.349 del C. Civil.

Pero no obstante la ya anotada imprecisión en la parte fáctica de la demanda puede colegirse que en el presente evento no se configura la res-

ponsabilidad indirecta contemplada en las precitadas normas, si se observa que los errores de conducta causantes del perjuicio no dimanan exclusivamente de actos u omisiones individuales de personas que por razón de lazos de subordinación y dependencia comprometan la responsabilidad de otro, o sea, del ente jurídico demandado, sino que tales imputaciones se enderezan contra la Nación misma en forma preferente y directa, predicándose la consiguiente responsabilidad civil por actividades negligentes o descuidadas de gestores que tienen bajo su dirección un determinado servicio orgánico de dicha entidad de derecho público, es decir, de los agentes superiores de la función o rama penitenciaria. En efecto, en los hechos del libelo se indica —y así lo revela la más ordenada presentación y compendio que de ellos se ofreció en anterior parte motiva de esta providencia— que el establecimiento carcelario en cuestión no prestaba seguridad necesaria a los funcionarios que practicaban las visitas judiciales de reglamento el día del suceso de autos, bien por patentes deficiencias en la vigilancia y en el acondicionamiento del edificio carcelario o ya por errores cometidos por agentes legales del Estado en la organización y en el funcionamiento de dicha cárcel nacional. Además, se responsabiliza en general a la Nación por las consecuencias de un hecho culposo ocurrido mientras la víctima se encontraba bajo su especial protección. Es decir, la responsabilidad del Estado surge del evento dañoso como consecuencia de que éste no tomara las medidas adecuadas de amparo y vigilancia que debía adoptar para tales situaciones y a fin de garantizar la seguridad individual del Magistrado Alvarez Gómez, ya que las circunstancias particulares de este caso creaban o imponían un deber especial de protección de la autoridad pública competente de impedir que se realizara ese ataque a la integridad personal del distinguido funcionario.

Por tanto, en tratándose de un evento litigioso en que los hechos fundamentales de la acción y la causa jurídica de la misma están constituídos no sólo por imputaciones culposas a simples dependientes de la Nación, sino primordialmente por atribuciones directas de culpa contra dicha entidad en la forma ya indicada, es natural que ésta deje de ser responsable de manera refleja para convertirse en persona jurídica demandada por su propia culpa. Todo lo cual significa que la acción indemnizatoria del daño así promovida, en cuanto a su prescripción, está gobernada por las disposiciones generales sobre la materia y no por la regla de excepción contenida en el inciso 2º del artículo 2.358 del Código Civil.

De otra parte, los principios anteriores, en cuanto se aplican al caso de autos, encuentran apoyo en claros antecedentes jurisprudenciales. Debe admitirse, desde luego, que ante la ausencia de normas expresas y claras al respecto el problema de la responsabilidad extracontrato de las personas jurídicas de derecho público por hechos culposos de sus representantes, funcionarios y dependientes ha dado origen a vacilaciones en cuanto a la fijación de un firme criterio doctrinal que establezca si esa responsabilidad es directa o indirecta. Refléjase el cambiante criterio y ese movimiento de vaivén en las distinciones elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina al enfocar las relaciones de esas entidades públicas con terceros, cuando en virtud de ellas surge el derecho a la indemnización de perjuicios. En efecto, desde tiempo atrás la jurisprudencia nacional, rechazando las manifestaciones y las tendencias de los privilegios regalistas, ha aceptado que dichas personas jurídicas están obligadas a reparar los daños causados a otro y que son consecuencia de culpas civiles, si bien en un principio predicaba que el Estado no respondía en tales eventos por hechos propios sino por actos ajenos de sus agentes, actos que sólo eran susceptibles de comprometer indirectamente la responsabilidad de la Administración, a la manera como lo hacen los terceros que están bajo la dependencia, autoridad o cuidado de otro, en los términos consagrados en los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil.

Mas otra vertiente jurisprudencial que especialmente buscó la fuente de esta responsabilidad en el artículo 2.341 de la citada obra, recogió el concepto de que los agentes de tales entes morales, "cualquierà que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, carecen de toda personalidad; sus actos no son, por tanto, personales suyos, sino de la persona moral, y directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origina, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando sólo lo ha sido con ocasión de ella... De suerte que, o el hecho se realiza en ejercicio de la función o con ocasión de ella, y se tiene la responsabilidad directa y exclusiva de la persona moral; o se produce por fuera de la función o traicionándola, y entonces la responsabilidad, como originada en un hecho personal de quien la ejercita, es ya directa y exclusiva de éste". (G.

J. Tomo LXVIII, pág. 467). Mas esta orientación monista tampoco ha sido uniforme, porque a partir de 1941 aceptó la Corte nuevos conceptos en cuanto a la extensión de la responsabilidad directa del Estado, admitiendo al efecto la noción de la llamada "falta o culpa del servicio", conforme a la cual incumbe a la Administración responder de los daños ocasionados a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos. De acuerdo con este criterio de Derecho Administrativo, "más que a la falta personal del subalterno se atiende a la culpa impersonal de la Administración, generada en las fallas y deficiencias de un servicio público que en un momento dado se revela mal organizado". (G. J. Tomo LIV-bis, pág. 430).

Pero también a partir de la sentencia de 15 de mayo de 1944 de esta Sala de la Corte —como lo anota el señor Procurador en su alegato de bien probado—, se anuncia y desarrolla una nueva orientación al respecto, pues allí se expresa claramente que las personas jurídicas de derecho público pueden incurrir en responsabilidad civil por hechos propios (responsabilidad directa) y en responsabilidad por hechos ajenos o de otras personas (responsabilidad refleja), según que los actos culposos originantes del daño se hubieren cometido por funcionarios —órganos o funcionarios— dependientes. Se acepta en dicho fallo que los órganos de la persona jurídica "son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado", pero que "**hay empleados públicos** que no son **funcionarios,** y dentro de los funcionarios puede haber algunos que dentro del ejercicio de sus funciones no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por lo tanto a comprometer su responsabilidad directa".

Posteriormente, en sentencia de 16 de abril de 1955, la Corte postuló el mismo criterio de la responsabilidad dual del Estado, por estimar que la tendencia jurisprudencial que sólo admite la responsabilidad de las entidades de derecho público en forma directa, es "una tesis tan original por la generalidad de sus términos y tan peligrosa por lo rígida y falta de matices, que por lo mismo se halla en pugna con la variada gama de situaciones que se presentan en el campo de la responsabilidad extracontractual, especialmente con motivo de actos dañosos realizados por personas naturales que comprometen la responsabilidad de la administración pública". Contiene tal fallo estas advertencias: "es directa la responsabilidad de personas jurídicas con motivo de faltas cometidas por sus órganos porque cuando éstos quieren y actúan en su nombre, dentro del círculo de acción que les ha sido trazado, es la persona jurídica la que en realidad quiere y actúa. El órgano no existe jurídicamente en sí mismo, sino como parte integrante de la persona, formando con ella un todo indivisible. En consecuencia, cuando incurre en culpa el órgano que actúa y quiere en nombre y por cuenta de la persona moral, es ésta misma quien quiere y realiza el acto culposo. La persona moral, es, pues, responsable directamente por los actos de sus órganos, porque a los ojos de la ley son sus propios actos". Se agrega que "los empleados subalternos como los choferes, al servicio de las personas jurídicas de derecho público" no son órganos de aquélla y que su actividad en el campo de la responsabilidad extracontractual no puede ser considerada como actividad propia de la persona jurídica.

Después, la Corte en sentencia de 28 de febrero de 1958 reafirma y amplía las nociones en cuestión a fin de estructurar con mayor rigor lo que pudiera llamarse teoría de los órganos de las personas jurídicas. A esa sentencia pertenecen las siguientes transcripciones: "En general, pues, el órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de 'una función colectiva' propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; y por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines colectivos de la persona jurídica; por ser parte integrante de su propia existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica. De manera que dos condiciones esenciales dan a una o varias personas físicas la calidad de órgano de una persona jurídica: a) ejercer una función colectiva (o pública si se trata de personas jurídicas de derecho público), es decir, una actividad propia del giro ordinario de los negocios a que se dedican las personas jurídicas de derecho privado o de los servicios públicos a que se dedican las personas jurídicas de derecho público; b) que dichas personas hayan sido designadas como órganos de actuación para la realización de tal función por el ordenamiento jurídico o por los estatutos, pues sólo esto hace que sus actos se consideren como actos propios de la persona jurídica (de derecho privado o de derecho público)". Agrega esta sentencia que "mediante la teoría de los órganos se estatuye una responsabilidad di-

recta, es decir, por hechos propios de la persona jurídica", pero que también existe la responsabilidad refleja de ésta, la cual encuentra su fuente en el artículo 2.349 del C. Civil, norma aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Por lo tanto, "la persona jurídica en los casos en que tiene la calidad de amo (patrón, jefe, director), responde del daño causado por sus dependientes trabajadores (criados o sirvientes), 'con ocasión de servicios prestados por éstos o aquéllos"... No es muy difícil en cada caso concreto distinguir la responsabilidad indirecta de la persona jurídica de la responsabilidad directa. Toda persona jurídica tanto de derecho público como de derecho privado se sirve, en el desarrollo de su actividad, de sus órganos y del denominado por la doctrina 'personal auxiliar'. Cuando "la persona jurídica realiza sus funciones sirviéndose de uno de sus órganos, tenemos la responsabilidad directa o responsabilidad por hecho propio, en razón de daños causados a terceros; y cuando los órganos se sirven de personas auxiliares, mediante una relación de subordinación que dé a la persona jurídica la calidad de patrón y al trabajador la de dependiente, los daños que éste cause a terceros en el cumplimiento de órdenes, genera la responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno de la persona jurídica".

De esta suerte, y con fundamento en la aplicación que de las doctrinas últimamente citadas debe hacerse al caso de autos en la forma antes expresada, no procede la declaratoria de la excepción de prescripción presentada por el personero de la Nación, pues no se trata de una culpa indirecta de ésta, por lo cual debe entrarse a la decisión de fondo del negocio.

IV

Y para pronunciar la Sala esa decisión final y resolver sobre el recurso interpuesto, se contemplará el evento sub-examine por sus diversos aspectos, a saber: hechos fundamentales de la demanda; procedencia de la acción propuesta, en principio; existencia del daño inferido a las víctimas; culpa y localización de la responsabilidad; relación causal entre la culpa y el daño sufrido; y por último, determinación de la indemnización.

Con pruebas adecuadas y conducentes, cuales son: actas de nombramiento y posesión del doctor Alvarez Gómez como Magistrado del Tribunal de Santa Marta, certificación sobre el ejercicio del aludido cargo al tiempo del evento, partida notarial de defunción de la citada persona y certificado médico-legal de autopsia, certificación del Director del Departamento General de Prisiones sobre el carácter de entidad nacional de la cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta, copias de las sentencias dictadas en el proceso seguido contra Tomás Mena por el delito de homicidio en la persona del doctor Alvarez Gómez, declaración plural de testigos sobre la ocurrencia de tal hecho y otros documentos, aparece plenamente acreditada en el juicio con esas pruebas —se repite— el trágico suceso acaecido el 15 de diciembre de 1951 y del cual fue víctima el progenitor de los demandantes, cuando aquél, en cumplimiento de sus deberes legales de Magistrado y mientras practicaba la visita judicial reglamentaria en la cárcel nacional de Santa Marta, fue lesionado mortalmente por el reo Tomás Mena, condenado por uxoricidio, y quien para la perpetración del delito pasó de la enfermería del penal —lugar en donde se hallaba recluído— al salón de visitas por la puerta que comunicaba esos dos recintos y atacó por la espalda al doctor Alvarez, armado de un cuchillo de los usados en la cocina de la cárcel, asestándole dos profundas puñaladas que le produjeron la muerte; el agresor fue luego dominado y conducido al taller de zapatería del establecimiento en donde, con una de sus herramientas, se suicidó.

Con el libelo de demanda y en orden a la comprobación de la personería de la parte actora y del interés jurídico que invocan los demandantes, se presentaron las correspondientes partidas de origen eclesiástico o notarial tendientes a comprobar que María Sarmiento es madre natural de los menores Beatriz, Gonzalo y Luis Guillermo, a quienes en tal carácter representa en este juicio, como también la declaración del Juzgado Unico del Circuito Civil de Santa Marta sobre reconocimiento de algunos de esos menores como herederos del causante Nicolás Alvarez Gómez, en su calidad de hijos naturales, o la aceptación de dicha relación paterno-filial en relación con los restantes menores hecha en las actas de nacimiento de los hijos reconocidos, firmadas por el mencionado padre natural.

Ahora bien: en materia de responsabilidad por culpa aquiliana —como lo ha expuesto la Corte en reiterada jurisprudencia— la víctima tiene de-

recho a la indemnización de los perjuicios tanto materiales como morales subjetivos u objetivados. Tratándose del daño moral subjetivo, inasible por su naturaleza e imposible de someter a una escala de compensación monetaria, la ley ha aceptado que su existencia se pruebe presuntivamente y, al efecto, admite que tenga una pequeña satisfacción pecuniaria, dejando su medida y estimación al libre arbitrio del Juez, según los vínculos de afecto que ligen a la víctima con determinada persona y dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal. Mas esa demostración indirecta del daño moral subjetivo no se extiende a los otros perjuicios antes enunciados, por lo cual es necesario establecer plenamente la existencia de éstos en forma cierta y no simplemente hipotética.

En relación con los perjuicios materiales que la supresión de la vida de una persona pueden causar a quienes dependían económicamente del muerto (esposa, hijos, etc.) debe anotarse —como lo expresa con rigor y justedad la jurisprudencia nacional (G. J. Tomo LXXVII, pág. 55)— que si bien "la vida humana jamás puede considerarse en sí misma como un bien patrimonial, para que la privación de ella llegue a estimarse como un perjuicio indemnizable", tal apreciación no significa que esa eliminación "no pueda segar en mútiples ocasiones provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamo. En esa cesación de beneficios es en lo que el perjuicio se concreta: no en la misma muerte del benefactor".

En el caso de autos los presuntos damnificados con la muerte del doctor Alvarez Gómez han acreditado no sólo el carácter abstracto de acreedores alimentarios de su mencionado padre natural (artículo 411 del C. Civil y 25 de la Ley 45 de 1936), sino también la calidad actual y cierta de la lesión patrimonial demandada, comprobando al efecto que el difunto subvenía a las necesidades y mantenimiento de los actores y que, además, la capacidad productiva de aquél le permitía satisfacer esa asistencia; es decir, los demandantes han establecido la situación jurídica concreta de acreedores alimentarios de la persona muerta por el ilícito de que se responsabiliza civilmente a la Nación.

La prueba demostrativa de tal situación surge clara en el proceso, así: de las declaraciones de Ricardo Gaitán Palacios y Carlos Puerta (folios 43 y 44 del cuaderno número 2), quienes expresan en síntesis, dando razón de sus dichos, que el Dr. Alvarez Gómez, tratado y conocido por los testigos en un lapso mayor de diez años, sostenía a sus hijos naturales Hernando, Gonzalo, Beatriz y Luis Guillermo, "y era quien les suministraba alimentos, educación, vestidos y demás cosas necesarias hasta cuando murió"; comprobantes reconocidos por el Director y el Secretario de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Santa Marta, relacionados con varios giros comprados allí por el doctor Alvarez Gómez a favor de la señora María Sarmiento, de Facatativá, y pagados en esta última oficina, giros que, en atención a su regularidad y número, demuestran la permanencia de la asistencia alimentaria; certificado de la Administración de Hacienda Nacional del Magdalena sobre el sueldo que devengaba el doctor Alvarez Gómez el 15 de diciembre de 1951 en su calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta.

De los principios que se dejan expuestos y de las pruebas antes analizadas, resulta evidente que la muerte del doctor Nicolás Alvarez Gómez suprimió a los actores una fuente legítima y actual de concretos beneficios económicos, porque aquéllos tenían derecho a que su padre natural les suministrara alimentos congruos durante el tiempo de su vida (artículo 411 del C .Civil y 25 de la Ley 45 de 1936), y al desaparecer el alimentante se les privó de los aludidos beneficios, causándoles los consiguientes perjuicios.

Pero como el monto respectivo de éstos no se logró establecer en el juicio de manera tal que permitiera decretarse el pago de una cantidad de dinero representativa del aprecio de la reparación, ni en la sentencia recurrida se fijaron las bases indispensables que debieran tenerse en cuenta para su deducción, dichos perjuicios se estimarán dentro del incidente de la ejecución de este fallo, previsto en el artículo 553 del Código Judicial, con fundamento en estos factores: capacidad productiva del doctor Alvarez Gómez en el momento de su fallecimiento; suma de dinero que periódicamente aquél habría destinado a sus necesidades particulares y, hecha esta deducción, para el sostenimiento y educación de sus hijos naturales según el medio social en que nacieron; tiempo durante el cual hubiera tenido la obligación de prestar esa asistencia en atención a la vida probable del padre y al período de duración de estas prestaciones que no sobrepasará al día en que cada menor cumpla la edad de 21 años; determinación del capital total que para el cum-

plimiento de tal obligación debe entregarse a los damnificados, del cual se descontarán los intereses en razón de su cancelación inmediata, aplicando las tablas de Garuffa. En lo tocante a los perjuicios morales subjetivos o de afección, el Tribunal reguló la indemnización de los ocasionados por tal concepto a los demandantes de acuerdo con las normas de artículo 95 del Código Penal, sin que tal regulación merezca reparo, pues dado el cercano vínculo de parentesco que unía a los actores con su padre natural es obvio que la trágica muerte de éste les causara hondo e intenso dolor y que, en consecuencia, tengan derecho a la reparación reclamada al respecto.

La parte actora protesta la sentencia en estudio por cuanto declaró que los perjuicios morales objetivados u objetivos no estaban probados, siendo así que la muerte del doctor Alvarez Gómez produjo a sus hijos naturales "la pérdida de su tranquilidad, principalmente económica, y la disminución permanente de sus ingresos patrimoniales", además de que les mermó las posibilidades de "prepararse en la vida para obtener fuentes mayores de ingresos económicos", todo lo cual "constituye un sinnúmero de perjuicios morales objetivados". Ha entendido la Corte (G. J. Tomo LXXX, pág. 567), que el daño que sufre una persona en su patrimonio moral puede materializarse por sus repercusiones en el campo económico. "Surge entonces el daño moral objetivado que fácilmente puede repararse, porque es tangible, estimable en dinero y concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el rezarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio se objetive y por esa vía se llega a la reparación debida. Tal es el caso del perjuicio sufrido por una persona a causa de la difamación que afecte su crédito con menoscabo de sus negocios, o por quien a causa de un ataque a sus sentimientos y afectos, sufre una depresión psíquica y disminuye su capacidad de trabajo".

Mas es lo cierto que en el proceso se advierte la ausencia de prueba en lo tocante a hechos concretos de los cuales se deduzca que ha sobrevenido a los actores una merma patrimonial originada en la pena y en el dolor en cuestión, y que éstos por su intensidad hubieran sido capaces de inhibir la voluntad para el trabajo y de reducir los rendimientos que los damnificados derivan de él en sus ocupaciones habituales. De otra parte, "la disminución de los ingresos patrimoniales" de los demandantes se derivan en el caso de autos de la supresión de los recursos que el trabajo de la víctima les proporcionaba para sus gastos de crianza, sostenimiento y educación, y el resarcimiento por la ayuda económica de que quedaran privados aparece ya decretado a título de perjuicios materiales, como en realidad lo son. Y en cuanto a los otros perjuicios morales objetivos que simplemente se enuncian en el alegato mencionado, basta observar que ellos tienen un carácter eventual y es sabido que "un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, por fundadas que parezcan, sea presente o futuro, no da derecho a indemnización", como lo afirma Alessandri Rodríguez.

La acción incoada se deriva primordialmente de la culpa propia y directa que se imputa a la Nación por la muerte del doctor Alvarez Gómez, según ya se indicara al interpretar el libelo de demanda. Y en orden a la demostración de las omisiones o errores de conducta que se atribuyen a la entidad de derecho público querellada y que se señalan como originantes del hecho dañoso, aparece establecido en autos lo siguiente: a) el trágico suceso en que perdió la vida la precitada persona, el cual ocurrió en las circunstancias de modo, lugar y tiempo antes referidas y procesalmente comprobadas; al tiempo del evento el doctor Alvarez Gómez cumplía un deber legal inherente a su cargo de Magistrado y en tal condición practicaba la visita judicial reglamentaria en la cárcel nacional de Santa Marta, como lo indica el acta respectiva, la cual quedó inconclusa por razón del criminal atentado de que fue víctima (pág. 117, cuaderno número 2). Al respecto, el artículo 716 del C. de Procedimiento Penal preceptúa "que los establecimientos de detención preventiva serán visitados todos los sábados por el Juez o Jueces en lo criminal residentes en el lugar del establecimiento... En las cabeceras de Distrito Judicial presidirán las visitas de cárcel, por turno, los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior"; b) Después del deplorable hecho los Magistrados del Tribunal Superior de Santa Marta dejaron testimonio en el acta del libro respectivo (página 117 v.) de que como "aún el salón destinado para visitas no presta las debidas seguridades se abstienen de asistir a las visitas en adelante, mientras no haya las debidas garantías de seguridad"; c) El Director de la Cár-

cel Nacional de Santa Marta en informe dirigido al Departamento Nacional de Prisiones, solicitó la realización de reparaciones y obras urgentes en dicho edificio, advirtiendo, de otra parte, que "después de la lamentable tragedia ocurrida en este establecimiento el día 15 de diciembre del año próximo pasado, en la cual perdieron la vida el Magistrado del Tribunal Superior de esta ciudad doctor Nicolás Alvarez Gómez y el secretario del señor Alcalde, señor Manuel S. Pinto Mazo, los funcionarios no han concurrido a este penal a practicar las visitas reglamentarias, alegando no haber seguridad material para ellos y manifestando que no volverán hasta tanto no se les garantice esa seguridad"; d) El Ministerio de Justicia en Resolución número 613 de 1952, reconoció la necesidad de que se llevaran a cabo esas obras y apropió la partida del caso "para reparaciones locativas, obras de seguridad y ampliación del edificio de la citada cárcel, consistentes en acondicionar debidamente el salón de visitas judiciales, construcción de garetas (sic) en la parte alta y separación total de la cárcel de mujeres" (pág. 25, cuaderno Nº 1). El acta de la diligencia de inspección ocular practicada dentro del término probatorio del juicio, con intervención de peritos, en la cárcel judicial de Santa Marta (página 113), revela que en dicho establecimiento se llevaron a cabo las obras de seguridad a que se refiere la Resolución número 613 de 23 de marzo de 1952, emanadas del Ministerio de Justicia, así como otras reformas posteriores, consistentes "en el levantamiento de un muro de mampostería de uno con cincuenta metros de altura, prolongado con rejas de hierro hasta el techo, y una tapia levantada en donde claramente se observa que existía una puerta", tapia que hoy separa el antiguo lugar destinado a las visitas judiciales del local que sirve aún para enfermería del penal, y en donde se encontraba Tomás Mena al tiempo del suceso de autos. También se localizó "el sitio en donde se practicaba la visita de cárcel el día 15 de diciembre de 1951, presidida por el doctor Alvarez Gómez", el cual queda hacia el costado sur de un patio situado en el sector occidental, hoy guarecido por un cobertizo y destinado al funcionamiento de un taller de zapatería; f) Los peritos que intervinieron en la citada diligencia, al dictaminar sobre la cuestiones sometidas a su veredicto, reseñan las obras que en la citada cárcel se realizaron con posterioridad a la muerte del doctor Alvarez Gómez y de las cuales da cuenta el acta de la referida vista de ojos, y concluyen que esas obras o reformas "no eran necesarias ni indispensables en cuanto a la seguridad de la penitenciaría, pero indudablemente que sí lo eran para garantizar la seguridad de las personas que iban o van de visita". Agregan que las obras en mención se hicieron "como consecuencia" del trágico hecho en que perdió la vida el doctor Nicolás Alvarez Gómez "y con el fin de dar garantías a esas mismas personas (los empleados judiciales), al practicar las visitas semanales de presos, y desde luego para evitar la repetición de suceso semejante al ocurrido el 15 de diciembre de 1951". Al contestar los peritos el punto del cuestionario atinente a la seguridad que prestaba el sitio destinado a visitas de cárcel el día del deplorable hecho, el cual fue posteriormente cambiado para esos fines, expresan: "Sólo podemos dictaminar que el salón donde se verificaban las visitas antes de hacer las reformas que actualmente existen, no podía ofrecer ninguna seguridad a las personas que esas visitas practicaban, pues, además del contacto directo del mismo personal con los presos, hay que agregar la falta de vigilancia o mejor dicho de personal suficiente de vigilancia en el momento de la visita". También indica la peritación que en tal ocasión se cometieron faltas de cuidado en la vigilancia de los presos recluídos en la enfermería del penal, en la cual se encontraba Tomás Mena, y en la guarda de la puerta que comunicaba ese recinto con el lugar en donde se llevaba a cabo la visita de cárcel.

De las pruebas anteriores se desprende que las omisiones originantes del daño cuya indemnización se reclama fueron cometidas por agentes superiores de la persona jurídica de derecho público demandada, quienes tenían bajo su inmediata dirección una función colectiva o, mejor dicho, un servicio orgánico propio de los fines que esa persona debía cumplir en el ramo penitenciario. En efecto, los referidos elementos de convicción establecen que al desarrollo de la tragedia contribuyeron primordialmente circunstancias tales como la falta de seguridad que ofrecía el establecimiento carcelario nacional a los funcionarios que realizaran la visita judicial de reglamento el día del suceso, inseguridad resultante no sólo de insuficiente vigilancia penitenciaria, sino también del inadecuado acondicionamiento del penal en cuestión, el cual carecía entonces de recintos aislados o libres de riesgos en donde aquellos empleados del órgano jurisdiccional pudieran cum-

plir dicha atribución legal debidamente protegidos.

De acuerdo con nuestra ley civil se puede incurrir en culpa tanto por la comisión de un hecho positivo, como por omisión proveniente del descuido y de la negligencia. Y se ha dicho con razón que no evitar un resultado dañoso naturalmente previsible y que en cierto modo se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo.

En el caso de autos, según lo revela el haz probatorio antes relacionado, se advierte lo omisión de reglas de prudencia en la conducta de los órganos de la persona jurídica querellada, y aún la pretermisión de deberes legales, por incuria u olvido en la adopción de medidas de amparo, y vigilancia que debieron tomarse oportunamente en cuanto a la organización y acondicionamiento del edificio carcelario en donde estaban recluídos los individuos sindicados o convictos de peligrosidad social; aquellas medidas, según se desprende de las anteriores probanzas, eran indispensables para garantizar la seguridad de los empleados judiciales que practicaron la visita de cárcel el día del trágico acontecimiento, por lo cual la omisión de tomarlas, con eficacia y en la oportunidad debida, revela negligencia en los respectivos agentes superiores de la administración, pues tales medidas de protección se imponían como necesarias y racionalmente exigidas por la naturaleza de los riesgos y demás circunstancias en que se encontraban colocados aquellos funcionarios, y, desde luego, ese error de conducta se vincula con relación de causalidad al daño sufrido por los actores, como ya se indicara.

Como han prosperado las súplicas principales formuladas en el libelo de demanda, no es el caso de resolver sobre las subsidiarias tendientes a que se declare que la Nación colombiana está obligada a pagar a Hernando Alvarez Sarmiento y a María Sarmiento el valor de los perjuicios materiales que sufrieron con motivo de la muerte del doctor Nicolás Alvarez Gómez.

Debe revocarse el numeral 5º de la sentencia recurrida, como lo solicita la parte actora apelante, por cuanto el plazo de caducidad que allí se determina para la ejecución del fallo ha establecido por norma alguna restrictiva que en esa forma consagre tal caducidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA parcialmente la sentencia apelada que pronunció el Tribunal de Bogotá en este asunto el 12 de enero de 1959, en los siguientes términos:

PRIMERO. — Confírmanse los ordinales 1º, 3º, 4º y 6º de la sentencia apelada.

SEGUNDO. — Revócase el ordinal 5º de dicho fallo.

TERCERO.—Se reforma el ordinal 2º, el cual quedará así:

"2º—Condénase a la Nación colombiana a pagar a Hernando Alvarez Sarmiento y a los menores Gonzalo, Beatriz y Luis Guillermo Alvarez Sarmiento los perjuicios de orden material que sufrieron por causa de la muerte de su padre natural Nicolás Alvarez Gómez.

"Estos perjuicios se determinarán dentro del incidente de ejecución de este fallo, previsto en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta los factores o bases ya señalados en esta sentencia".

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de procedencia.

Efrén Osejo Peña. — Ramiro Araújo Grau. — Carlos Peláez Trujillo. — Luis Carlos Zambrano. —Jorge García Merlano, Secretario.



LA SALA MODIFICA EN VIRTUD DE RECURSO DE SUPLICA, LA PROVIDENCIA QUE DECRETO LA PRACTICA DE UNAS PRUEBAS EN JUICIO SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO DE UN INMUEBLE

1.—En el procedimiento civil, a diferencia de lo que ocurre en el penal, el juez no tiene iniciativa alguna en cuanto atañe a la investigación o invención de pruebas, pues esta actividad, en virtud del principio dispositivo, corresponde a las partes. Por tanto no puede admitirse que un medio de prueba encaminado, como el de la inspección ocular, al examen y reconocimiento "de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", sea desnaturalizado en tal forma que, en lugar de encaminarse al fin indicado por la ley, se torne en un sistema para investigar, buscar, descubrir o inventar los documentos o instrumentos, cuya existencia desconoce la misma parte actora.

2.—El instrumento o prueba preconstituída, si no se ha presentado antes, puede adjuntarse al memorial en que se solicita la práctica de las respectivas pruebas; ahora, si en tal oportunidad no está en poder de la parte, debe procederse en la forma indicada en el artículo 636 del C. J., mediante despacho librado "al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento"; pero no está autorizado u ordenado que el juzgador se traslade a los archivos a inquirir o buscar los títulos que la parte necesita, labor que le corresponde a ésta en forma exclusiva y previo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES. — Bogotá, diez de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El apoderado de Ricardo Vargas Iriarte en el juicio ordinario adelantado contra la Nación, sobre la propiedad del subsuelo del inmueble denominado VERAGUAS, integrado por varias parcelas, dentro del plazo para pedir la práctica de pruebas, entre otras, solicitó las siguientes:

"IV

"Se ordene la práctica de una inspección ocular con intervención de testigos actuarios en los archivos HISTORICO NACIONAL, a fin de que se tome nota de las mercedes de tierras, actas de posesión, composiciones, etc., que sobre tierras de Melgar y Cunday que incluyen el globo de INALI, existen en sus archivos de Encomiendas y Títulos, y de las controversias habidas sobre dichas tierras, a fin de acreditar la Trasladición (sic) de dominio por parte del Estado y la posterior explotación económica de la tierra.

"V

"Se ordene la práctica de una INSPECCION OCULAR con asesoría de peritos, en la finca de 'Veraguas', a que se contrae la demanda, a fin de tener por cierto:

"a) Su identidad y ubicación.

"b) Si dicho inmueble se halla incluído dentro de los límites del globo de terreno que forma la propuesta número 884 formulada por INTERCOL y aceptada por el Ministerio de Minas.

"c) Si dicho inmueble está dentro de la zona de terreno a que se refieren los títulos que obran en los autos, y los que se presentarán en dicha ins-

pección ocular, como parte de los que salieron del patrimonio nacional antes de 1873, y aparecen secularmente como objeto de explotación económica por parte de sus diversos propietarios" (fls. 1 vto., cuaderno número 2º).

Mediante providencia de 28 de septiembre del año pasado, el señor Magistrado ponente decretó las pedidas en los dos apartes transcritos, en los párrafos IV y VII del dicho auto, contra los cuales ha interpuesto el recurso de súplica el señor Procurador 2º Delegado en lo Civil, porque, tal como se decretaron, viola el principio de la publicidad y de la contradicción de las pruebas, una vez que la parte demandada, la Nación, desconoce las copias o títulos que se allegarán al expediente; ni en el acto de la llamada inspección ocular podría producir prueba alguna en contra, por hallarse fenecido el lapso para pedirlas (artículo 746 del C. J.), como tampoco dispondría del tiempo necesario para investigar y allegar las contrapruebas conducentes.

En efecto, dice así el Procurador Delegado en uno de los párrafos:

"Pero una prueba pedida en esa forma vaga y generalizada, sin que se sepa cuáles son los documentos que el actor quiere se revisen por el personal de la diligencia, esas '...mercedes de tierras, actas de posesión, composiciones, etc.', amén de que no indica respecto de qué tierras concretamente rezan o deben rezar esos documentos del Archivo Histórico Nacional, pues las menciona en forma igualmente vaga y abstracta como las '...tierras de Melgar y Cunday que incluyen el globo de INALI', peca contra el principio de contradicción, así como contra el principio de publicidad exigido por nuestro sistema procedimental civil. Un modo como el precedente de pedir pruebas, impide que la contraparte pueda o esté en capacidad, de saber qué documentos son los que se examinarán, para a su turno hacer uso del legítimo derecho de contraprobar. Queda sometida al secreto y vaguedad que envuelve el enuncio de documentos de que no está enterada esta parte, sujeta por lo tanto a las sorpresas pues no vendría a tener conocimiento de que existan pocos o muchos títulos y documentos sino en el desarrollo de la diligencia, y a conocer cuáles eran los que pretendía se examinaran la parte actora. O este modo de solicitar esa inspección ocular se traduce en decir: 'Que se practique una diligencia de inspección ocular en todos los documentos que se hallen en el Archivo Histórico Nacional y que sirvan para comprobar que hubo actos que constan en esos documentos en virtud de los cuales salieron los globos de terreno objeto de este litigio del patrimonio nacional. Todos los que se encuentren, buscándolos en tal Archivo, aunque ni la misma parte solicitante sepa a ciencia cierta de su existencia. Mucho menos la contraparte, para contrarrestar con otras probanzas que enerven esa prueba, o establezcan otros hechos' " (fls. 5, cuaderno número 2º).

Además, transcribe la siguiente doctrina de la Corte:

"Nuestro sistema probatorio está regulado por las siguientes normas: Fijación previa de los medios probatorios a los cuales hay que recurrir aislada o conjuntamente para probar todo hecho o todo acto jurídico; asignación en la ley de un determinado valor probatorio a cada uno de esos medios, y excepcional delegación al juez de la facultad de apreciar su valor de convicción, como en los indicios; sometimiento de cada prueba a un sistema ritual para allegarlas a los autos, que es de orden público, porque no puede alterarse por convenio entre las partes. Sistema que, se caracteriza por la marcada tendencia a que la iniciativa en la elección de las pruebas corresponda exclusivamente a los litigantes, y por el principio de contradicción y publicidad". (G. J. Tomo LXXII, números 2.116, y número 2.117, páginas 426 y siguientes". (fs. 6, cuaderno número 2º).

En lo concerniente al párrafo VII del auto, el Procurador observa:

"Comedidamente solicito se reforme el auto recurrido en el aparte VII en cuanto decreta la práctica de una inspección ocular pedida por la parte actora con la intervención de peritos sobre la finca 'Veraguas' 'con el fin de comprobar los hechos indicados en los apartes a), b) y c) de la petición V'. La reposición se dirige en este punto concreto a obtener que se reforme la providencia en el sentido siguiente: que el aparte c) del memorial de pruebas no puede decretarse como lo pide el solicitante sino en la primera parte en cuanto pide que se establezca si dicho inmueble de 'Veraguas' 'está dentro de la zona de terreno a que se refieren los títulos que obran en los autos', no en lo demás de tal aparte. O que al menos se modifique en el sentido de que se establezca lo que pide la parte actora en ese aparte, teniendo en cuenta los documentos que 'obran en el expediente' y 'los que fueren allegados en forma legal a tal expediente'. No con examen o consideración de 'los que se presentarán en dicha inspección ocular, como parte de los que salieron del

patrimonio nacional antes de 1873, y aparecen secularmente como objeto de explotación económica por parte de sus diversos propietarios'.

"Las razones para pedir esta reforma del auto, son porque una prueba pedida en esa forma, adolece de la misma vaguedad y abstracción, en cuanto a indicación de los documentos que servirán para establecer lo que se pide en ese aparte del memorial por el actor, violaría los principios de publicidad y contradicción de la prueba en la parte que solicito se reforme el auto.

"Los mismos argumentos expuestos antes (aparte número I) ruego se tengan en consideración para este punto concreto" (fl.s. 9 y 10, cuaderno número 2º)".

Con el objeto de resolver el recurso interpuesto contra el auto del señor Magistrado Ponente, se hacen las siguientes consideraciones:

Investigación de las pruebas. — Está fuera de toda duda que en el procedimiento civil, a diferencia de lo que sucede en el penal, el juez no tiene iniciativa alguna en cuanto atañe a la investigación o invención, no sólo respecto de los medios de prueba adecuados, sino de los documentos que deben ser allegados al expediente, con el objeto de comprobar los hechos debatidos. Esta actividad, en virtud del principio dispositivo, corresponde a las partes, que deben desarrollar, aún antes de promover la litis, la actividad suficiente y cumplir la investigación necesaria, con el fin de señalar, determinar o individualizar el documento o instrumento que contiene el acto o contrato objeto del debate judicial.

Por tanto no puede admitirse que un medio de prueba, encaminado, como el de la inspección ocular, al examen y reconocimiento "de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", se lo desnaturalice en tal forma que ,en lugar de encaminarse al fin indicado por la ley, se torne en un sistema para investigar, buscar, descubrir o inventar los documentos o instrumentos, cuya existencia desconoce la misma parte actora; porque, si así no fuera, le habría sido suficiente indicar la fecha de la merced, composición o adjudicación de las tierras realengas o baldías, con el objeto de que el funcionario encargado del respectivo archivo expidiera la copia requerida.

Basta leer el aparte IV del memorial de pruebas, para llegar a la evidente conclusión de que la parte pretende que en la inspección ocular, llevada a efecto con la asistencia de testigos actuarios al Archivo Histórico Nacional, se investigue, inquiera o busque "las mercedes de tierras, actas de posesión, composiciones, etc., que sobre las tierras de Melgar y Cunday que incluyen el globo de INALI, existan en sus archivos de Encomiendas y Títulos.....". La misión del funcionario, como la de los testigos actuarios, no se limita, según las pretensiones del apoderado del actor, a buscar los títulos, sino que también debe precisar que "incluyen el globo de INALI", con el solo examen de los archivos, sin medio alguno para hacer semejante deducción que requiere una confrontación física sobre el terreno.

Asunción de la prueba.—Si la presentación o solicitud de los medios probatorios está confiada a la parte, mas no a la inquisición o investigación del juzgador, la oportunidad, procedimiento y diligenciamiento de la prueba están regulados en la ley, para la eficacia de la allegada al juicio.

En cuanto a la oportunidad, las pruebas deben pedirse, en la primera instancia del juicio ordinario, dentro de los primeros diez días, como así lo establece el artículo 746 del C. J.; y además, cumplido este requisito, la asunción de la prueba debe hacerse mediante el procedimiento determinado por las normas correspondientes.

En tratándose de instrumentos o pruebas precostituídas, se pueden presentar al juicio con la demanda, la contestación o acompañarse al escrito de excepciones; pero si esto no se hace y el instrumento está en poder de la parte, puede adjuntarlo al memorial en el cual solicita la práctica de las respectivas pruebas; ahora, si en tal oportunidad no está en su poder, debe procederse en la forma indicada por el artículo 636 del C. J., mediante despacho librado "al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento..."; pero no autoriza ni ordena que el juzgador se traslade a los archivos a inquirir o buscar los títulos que la parte necesita, labor que le corresponde a ésta en forma exclusiva y previa.

Además, "para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso..... 2º . Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que interviene el Juez y las partes" (artículo 597 C. J.); sin embargo, para la

recta inteligencia de este numeral, como ya en otras ocasiones lo ha dicho esta Sala, las pruebas presentadas en las diligencias de inspección ocular deben haberse pedido y decretado dentro del plazo legal (artículo 746 C. J.); porque de otro modo la contraparte sería sorprendida con una prueba desconocida para ella, sin la oportunidad ni tiempo para contraprobar, o sea, faltarían los esenciales elementos de contradicción y de publicidad de la prueba sorpresivamente allegada a los autos.

Lo expuesto es suficiente para revocar el aparte IV del auto de fecha 28 de septiembre del año pasado; por tanto, se niega la práctica de la inspección ocular solicitada en el párrafo IV del memorial de pruebas.

Se reforma el aparte VII del auto suplicado en el sentido de que, en la inspección ocular solicitada en el numeral c) del párrafo V del memorial de pruebas, se tengan en cuenta los documentos, instrumentos y demás pruebas que, pedidas y decretadas en tiempo hábil (artículo 746 del C. J.), se presentaren en la diligencia dicha.

Notifíquese, cópiese, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Efrén Osejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. — Luis Carlos Zambrano. — Jorge García M., Secretario.

SE DECIDE COLISION NEGATIVA DE COMPETENCIAS ENTRE DOS MAGISTRADOS DE LA SALA CIVIL DE UN MISMO TRIBUNAL, ORIGINADA EN QUE UNO DE ELLOS SE MANIFESTO IMPEDIDO, SIN FUNDAMENTO LEGAL EN CONCEPTO DEL OTRO MAGISTRADO

1. — Como ineludible consecuencia de la prohibición contenida en el artículo 434 del C. Judicial, el juez impedido debe indicar la respectiva causal, "exponiendo en un auto el hecho o los hechos que la constituyen" (artículo 437); y si el impedimento no es allanable, ordena pasar el asunto al juez o magistrado que siga en turno; en cambio, si fuese allanable, dispone poner el impedimento en conocimiento de las partes para que la interesada manifieste si lo allana o no; en este último caso, lo mismo que cuando guarda silencio, el juez "queda POR EL MISMO HECHO separado del conocimiento" (artículo 438).

2. — De ninguna manera puede el juez o magistrado a quien le corresponde sustituir al que se ha declarado impedido, entrar a calificar el impedimento, sin cometer una patente arbitrariedad; porque además de arrebatar un derecho exclusivo de las partes, desconoce un hecho consumado por ministerio de la ley, pues basta que ellas guarden silencio para que "dicho funcionario quede POR EL MISMO HECHO separado del conocimiento", como textualmente lo dice el artículo 438 del C. Judicial.

3.—El numeral 1º del artículo 38 del C. Judicial tiene la finalidad de que exista, en todo caso de colisión de competencia, un superior jerárquico que la decida, con el objeto de que el juicio tenga un juez, pues si así no fuera, se incurriría en evidente denegación de justicia. La enumeración que hace el citado numeral no puede considerarse taxativa, sino que enunció, por vía de ejemplo los casos más frecuèntes, para deducir de allí la regla general de que esta clase de conflictos deben resolverse mediante decisión del superior jerárquico de los dos jueces, magistrados o tribunales en colisión.

4.—Como es posible que se presente una colisión de competencias entre dos magistrados del mismo tribunal y de la misma Sala, no ciertamente por razón de la materia, de la cuantía o de las personas, pero sí respecto de la eventual competencia funcional, como ha sucedido en el presente negocio, tal situación no puede quedar sin juez que la decida en definitiva. Porque si es incontrovertible que el numeral 1º del artículo 38 del C. J. atribuye a la Sala de Negocios Generales de la Corte la resolución de la colisión de competencias, con fundamento en la necesaria o en la relativa, no excluye ni expresa ni tácitamente la ocasionada en razón de una competencia funcional, surgida entre dos magistrados del mismo tribunal y de la misma Sala.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, trece de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

Cursa ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Pereira, el juicio especial hipotecario adelantado por el Banco Popular contra el doctor Walter Velasco Mejía, en el cual se dictaron tres autos: el uno, de fecha 1º de septiembre y los otros, del dos de octubre, todos del año de 1959, sobre

suspensión de este juicio con fundamento en el artículo 11 del C. de P. P.; aceptación del depositario designado por la parte actora, y expedición de las copias para que se surtiera la apelación, en el efecto devolutivo.

Llegado el expediente al Tribunal Superior de Pereira, en la respectiva diligencia de repartimiento, le correspondió al magistrado Moisés Marín Flórez, en Sala Unitaria, según lo previsto en el inciso 2º del artículo 84 del C. J., quien, el dos de septiembre del año pasado, ordenó poner en conocimiento de las partes los impedimentos manifestados, con fundamento en los ordinales 3º, 9º y 16 del artículo 435 del Código antes citado.

Cumplida la formalidad ordenada, como las partes guardaron silencio respecto del impedimento denunciado, por auto de 19 del dicho mes de septiembre, el magistrado se consideró "separado del conocimiento de este asunto", y dispuso pasarlo al magistrado que le seguía en turno.

Pasado el expediente al magistrado Luis Zuluaga procedió a calificar el impedimento manifestado por el magistrado Marín Flórez, para llegar a la conclusión de que los motivos o causales expuestas no existen o carecen de fundamento legal.

El magistrado Moisés Marín Flórez, en providencia de tres de octubre del año pasado, resolvió: "Por lo expuesto se dispone que el presente negocio vaya a la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que esta Superioridad decida cuál de los dos magistrados debe continuar el conocimiento del mismo".

Contra esta decisión, el apoderado del Banco Popular interpuso el recurso de **"súplica"**, el cual, sin dar cumplimiento mediante auto, a lo dispuesto en el artículo 511 en armonía con el 488 del C. J., con la escueta constancia de la secretaría de haber dejado el memorial a disposición de "la parte contraria por el término de dos días", fue fallado en forma adversa a las pretensiones de la parte actora, por el magistrado Marín Flórez, en proveído de 20 de octubre del año pasado.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Civil, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 422 del C. J., emitió el concepto de rigor, en el cual sustenta distintos puntos de vista. Así, por ejemplo, comienza afirmando que la Corte no es competente para conocer del problema planteado entre los dos magistrados del tribunal de Pereira, porque, en el fondo, se debe decidir sobre "la validez y eficacia legal del impedimento manifestado", sin que exista disposición legal que le confiera tal atribución, que "corresponde decidirlo, **en casos excepcionales** a que a ello haya lugar, a los respectivos magistrados de la Sala respectiva del Tribunal Superior", para lo cual transcribe los artículos 437 y 438 del C. J.

Como el impedimento manifestado por el magistrado Marín Flórez no es allanable, según el ordinal 3º del artículo 435 en concordancia con el 439 del C. J., ni la parte interesada lo allanó, concluye el señor Procurador Delegado: "En consecuencia, de conformidad con el artículo 438 del Código Judicial, quedó dicho funcionario separado del conocimiento".

A continuación alude a la reforma del antiguo Código Judicial, hecha por la Ley 105 de 1931, que suprimió la calificación del impedimento manifestado por el juez o magistrado; sin embargo, menciona una antigua doctrina de la Corte, según la cual "si de la exposición de los hechos que hace el Magistrado aparece que el impedimento no existe legalmente, no puede cumplirse con la segunda parte del artículo expresado (artículo 437 C. J.), es decir, no puede disponerse que pase el expediente a quien corresponda conocer del asunto (G. J. T. 39, pág. 3).

Esta doctrina sugiere, dice el Procurador Delegado, "la necesidad de una calificación del impedimento declarado por el juzgador"; y si se trata de un magistrado, "corresponde calificar el impedimento, en los casos extraordinarios a que a ello hubiere lugar, a los restantes Magistrados de la respectiva Sala, por aplicación analógica del inciso 1º del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil que reglamenta el procedimiento a seguirse en caso de recusaciones".

Con esta premisa, el Procurador Delegado concluye que, como la calificación del impedimento no la hicieron "los restantes magistrados de la Sala respectiva, carece de fundamento la alegación del H. Magistrado Zuluaga de no ser competente para conocer del litigio...".

El Procurador Delegado termina su concepto en la siguiente forma; "No sucede lo mismo con la incompetencia de jurisdicción alegada por el H. Magistrado Marín Flórez. Dicha Magistrado, al separarse del conocimiento del negocio por no haber sido allanada la causal de impedimento, perdió la competencia que tenía para continuar conociendo del litigio, según lo dispone expresamente el ordinal 1º del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, si existe una verdadera colisión de competencia negativa cuya decisión corresponda a esa H. Sala, debe ella desatarse en favor del H. Magistrado Moisés

Marín Flórez, quien en efecto carece de competencia para continuar tramitando el juicio de la referencia.

"Finalmente observa esta Procuraduría que en el caso de existir una auténtica colisión de comtencia es por lo menos dudoso que su decisión corresponda a la H. Sala de Negocios Generales, toda vez que no existe disposición en virtud de la cual la Sala de Negocios Generales sea competente para dirimir conflictos de competencia entre Magistrados de una misma Sala y de un mismo Tribunal; el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil faculta a la H. Corte, Sala de Negocios Generales, únicamente para decidir las colisiones de competencia que se presenten entre los tribunales superiores de distintos distritos.

"Con base en las anteriores consideraciones esta Procuraduría conceptúa que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, debe abstenerse de decidir el problema planteado, por carecer de jurisdicción para este efecto. Pero en caso de que la Sala de Negocios Generales estime lo contrario, considera esta Procuraduría que el incidente debe decidirse en favor del H. Magistrado Marín Flórez, por aplicación del artículo 146, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Civil" (fls. 9 y 10, cuaderno número 3º).

Con el objeto de resolver el conflicto surgido entre dos magistrados del mismo tribunal y de la misma sala, en cuanto atañe al conocimiento de este negocio, se procede a considerar los argumentos expuestos en los distintos actos del proceso; sin embargo, por razones de claridad, se comienza por hacer algunas aclaraciones a la doctrina atribuída a la Corte, sobre previa calificación de los impedimentos.

Doctrina de la Corte—En efecto, el aparte transcrito no pertenece a un auto o providencia de la Corte, sino a un informe rendido por tres magistrados, con ocasión de la demanda de inexequibilidad de la Ley 37 de 1932, pues allí se lee: "En el presente caso el señor Magistrado declara que está impedido para conocer de la acusación de la Ley 37 de 1932, sobre deudas particulares, y de los decretos sobre lo mismo, porque se aprovechó de los beneficios que para los deudores otorgaban tales disposiciones, con un arreglo que verificó con un banco acreedor, cuando entraron a regir la ley y los decretos que son materia de la acusación". (G. J. Tomo XXXIX, pág. 3ª).

Por tanto, el concepto contenido en el informe no se refiere a un proceso civil, promovido entre particulares, sino a uno de carácter especial o de orden público, en virtud de la jurisdicción conferida a la Corte para "la guarda de la integridad de la Constitución"; de manera que no existe paridad entre las dos clases de procesos, regulados en forma diferente por las leyes, porque en el aludido informe, los magistrados se anticiparon a sentar un principio restrictivo, en cuanto a impedimentos y recusaciones, posteriormente admitido por el artículo 4º de la Ley 96 de 1936, en esta forma: "En los mismos asuntos no habrá más causales de impedimento y recusación que haber conceptuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, haber dictado dicha disposición, haber sido miembro del Congreso que la dictó o estar dentro del cuarto grado de parentesco de consaguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado". (V. artículo 3º ibidem, artículo 103, Ley 167 de 1941).

Principio dispositivo.—El Código Judicial o ley 105 de 1931 estableció un procedimiento distinto según se tratase de resolver sobre un impedimento o una recusación; y así, en cuanto al primero, la actuación está regulada por los artículos 437, 438 y 439 del dicho Código, como ineludible consecuencia de la prohibición contenida en el artículo 434 ibidem, que dice: "Ningún Juez puede conocer de un negocio para el cual esté impedido por causa legítima, sin que se le haya prorrogado la jurisdicción, conforme a la ley".

En obedecimiento a la norma transcrita, el juez impedido debe indicar la respectiva causal, "exponiendo en un auto el hecho o los hechos que la constituyan"; y si el impedimento no es allanable, ordena pasar el asunto al juez o magistrado que siga en turno; en cambio, si fuere allanable, dispone poner el impedimento en conocimiento de las partes para que, la interesada, manifieste si lo allana o no; en este último caso, lo mismo que cuando guarda silencio, el juez "queda por el mismo HECHO separado del conocimiento". (Subraya la Sala).

El auto por medio del cual el juez manifiesta un impedimento, allanable o no, está sujeto, en virtud del principio dispositivo, a la censura de las partes, que pueden interponer los recursos legales, como el de apelación, el de reposición o el de súplica, si se trata de la Sala de Decisión de un tribunal; pero de ninguna manera puede el juez o magistrado a quien le corresponde sustituír al impedido, entrar a calificar el impedimento, sin cometer una patente arbitrariedad,

porque, además de arrebatar un derecho exclusivo de las partes, desconoce un hecho consumado por ministerio de la ley, pues basta que las partes guarden silencio para que "dicho funcionario queda POR EL MISMO HECHO separado del conocimiento", como textualmente lo dice el artículo 438 del C. J.; por tanto, el juez o magistrado a quien le corresponde, en turno, avocar el conocimiento del asunto, carece de competencia funcional para entrar a calificar el impedimento, tanto desde el punto de vista de los hechos como del derecho, aun en el supuesto de la inexactitud de los primeros y la equivocada apreciación del segundo por parte del impedido, quien, en tal hipótesis, responderá de su conducta de acuerdo con las leyes respectivas.

Competencia funcional. — Se deduce de lo expuesto que la Sala no tiene para qué entrar a estudiar "la validez y eficacia legal del impedimento manifestado" por el magistrado Marín Flórez —debidamente fundado según lo dice el señor Procurador Delegado— sino que basta demostrar que el otro magistrado no tiene competencia funcional, para entrar a calificar los fundamentos de hecho y de derecho respecto de la inhibición de aquél. (Artículos 434, 438 del C. J.).

Dentro del mismo orden de ideas, resulta del todo inadmisible la sugerencia del señor Procurador Delegado para que "los restantes Magistrados de la Sala respectiva del Tribunal Superior" decidan o resuelvan sobre la existencia o inexistencia del impedimento manifestado, porque se incurriría en el mismo defecto o falla antes anotado: también carecerían de competencia funcional, para entrar a calificar el impedimento aducido por el primer ponente, porque esta modalidad no la ha establecido el Código de Procedimiento Civil dictado en el año de 1931; ni tampoco se trata del número de funcionarios que deben intervenir, sino de una cualidad o atribución de la cual carecen "los restantes magistrados" de la Sala respectiva, como cada uno de ellos en particular o individualmente considerados.

En la parte transcrita del concepto del Procurador Delegado pone en tela de juicio la competencia de la Corte, aun cuando se trate de una colisión de competencias, para decidir el conflicto surgido entre los dos magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Pereira, según el artículo 38 del C. J.

No comparte la Sala la opinión del Procurador Delegado, por estas razones:

a) El numeral 1º del artículo 38 del citado Código tiene la finalidad de que exista, en todo caso de colisión de competencia, un superior jerárquico que la decida, con el objeto de que el juicio tenga un juez, pues si así no fuera, se incurriría en una evidente denegación de justicia;

b) La enumeración hecha en el citado numeral del artículo 38 no puede considerarse taxativa, sino que enumeró o enunció, por vía de ejemplo, los casos más frecuentes, para deducir de allí la regla general de que esta clase de conflictos deben resolverse o solucionarse mediante decisión del superior jerárquico de los dos jueces, tribunales o magistrados en colisión; y aún más, si la colisión se presenta entre funcionarios de distintas jurisdicciones, con base en la competencia externa, el memorado ordinal confió a la Sala de Negocios Generales de la Corte la misión de desatar el conflicto: Así, si ocurre una colisión de competencias entre un Tribunal Superior y uno Seccional Administrativo, esta Sala debe decidirla, como lo propio habría que resolver si la colisión se provoca entre un juez de circuito y un tribunal administrativo, aun cuando no lo diga expresamente el numeral comentado.

c) Sería absurdo que se presentara una colisión de competencias entre dos magistrados del mismo Tribunal y de la misma Sala, en relación con el conocimiento de un negocio por razón de la materia, de la cuantía o de las personas, mas no sucede lo mismo respecto de la eventual competencia funcional, como ha sucedido en el presente negocio, que tampoco puede quedar sin juez que la decida en definitiva, porque si es incontrovertible que el numeral 1º del artículo 38 del C. J. atribuye a la Sala de Negocios Generales de la Corte la resolución de la colisión de competencias, con fundamento en la necesaria o en la relativa, no excluye ni expresa ni táxitamente la ocasionada en razón de una competencia funcional, surgida entre dos magistrados del mismo tribunal y de la misma Sala.

En consecuencia, corresponde al magistrado Luis Zuluaga avocar el conocimiento del presente juicio especial, promovido por el Banco Popular contra el doctor Walter Velasco Mejía con el fin de hacer efectiva la garantía hipotecaria.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña. — Ramiro Araújo Grau. — Carlos Peláez Trujillo. — Luis Carlos Zambrano. —Jorge García M., Secretario.

NO SE ACCEDE A DECRETAR UNA NULIDAD INVOCADA POR LA PARTE DEMANDANTE, EN UN JUICIO ORDINARIO DE PETROLEOS

El apoderado sustituto de la parte demandante pide que se decrete la nulidad del juicio a partir de la fecha en que el apoderado principal, delegante suyo, fue elegido representante principal a la Cámara; alega que por haber continuado, a pesar de ello, ejerciendo el poder conferido contra la Nación, ocasionó la nulidad de las actuaciones, de conformidad con los artículos 2º y 4º de la Ley 8ª de 1958. Esta nulidad se rige por las reglas aplicables a la que se produce por ilegitimidad de la personería adjetiva (artículo 448, numeral 2º, del C. J.) y una de ellas es, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la de que "no puede ser alegada ni durante la instancia ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, diez y siete de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo)

El señor apoderado sustituto del municipio de Sonsón, ha provocado incidente de nulidad en este juicio del nombrado distrito municipal contra la Nación, a partir del veinte de marzo de mil novecientos sesenta en que el delegante y procurador principal judicial de la parte actora fue elegido representante principal a la Cámara, por haber continuado ejerciendo durante varios meses después de su elección el poder que le había sido conferido, no obstante lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 8ª de 1958 que prohibe a los miembros del Congreso defender o gestionar intereses contrarios a los de la Nación so pena de nulidad.

Esta nulidad, pues que se funda en la inhabilitación legal del apoderado para llevar la personería que ejerce, no es sino una modalidad específicamente regulada de la que produce la ilegitimidad de la personería adjetiva, por lo cual se rige por las reglas aplicables a esta última, entre ellas, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la de que "no puede ser alegada ni durante la instancia del juicio ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente" (G. J. LXV, 668); doctrina que se funda en el principio universal de derecho de que nadie debe ser oído cuando alega su propia falta: **nemo auditur propiam turpitudinem allegans.**

En el caso contemplado en estos autos, alega la nulidad el delegado o sustituto del representante judicial que habría incurrido en la violación de precisas normas que establecen incompatibilidad entre el ejercicio de cargos de representación nacional y la procuración de intereses contrarios a los del Estado, por lo cual deriva de él su mandato, el que, por otra parte, ejerce en nombre de la parte que se aprovecharía de la nulidad invocada no obstante haber dado lugar a ella pues que consintió en continuar representada por quien se hallaba inhabilitado legalmente para hacerlo; y la declaración de nulidad pronunciada en tales circunstancias repugna al espíritu del ordena-

miento jurídico procesal, que no ha establecido las nulidades como recurso que pueda aprovechar a la parte que deliberadamente las causa, sino que las ha instituído para garantizar los derechos procesales de los litigantes, así como por vía de sanción al desconocimiento y violación de esos derechos. De otro modo se quebrantaría un principio —nemo auditur...— que, si bien no aparece consagrado en la ley en forma expresa, sí lo está tácitamente en numerosas disposiciones de los códigos civil y judicial, y es tenido por la jurisprudencia y la doctrina como regla general que orienta nuestras instituciones.

Son estos motivos suficientes para no acceder, como no se accede, a declarar la nulidad invocada por la parte demandante.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Carlos Peláez Trujillo. — Jorge García Merlano, Secretario.

La Sala de Negocios Generales dictó también los fallos siguientes, en juicios ordinarios sobre dominio del subsuelo petrolífero, durante el mes de febrero, en los cuales fueron negadas las respectivas peticiones de la demanda:

1) Julio C. Sierra Laverde contra la Nación (Febrero 1º/61. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).
2) Teresa Grillo Díaz contra la Nación (Febrero 1º/61. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).
3) Clara Sierra Cadavid contra la Nación (Febrero 1º/61. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).
4) Alexander Davidson y otros contra la Nación (Febrero 13/61. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).
5) Ernesto Quintero Uribe contra la Nación (Febrero 24/61. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

La Corte expresa su reconocimiento a los Magistrados doctores Arturo C. Posada y Luis Alberto Bravo, por la digna labor que realizaron como Presidente y Vicepresidente de la Corporación.—Proposiciones aprobadas por la Sala Plena, en tal sentido, en sesión de fecha 19 de enero de 1961..... 465

Moción de duelo aprobada por la Corte con motivo del fallecimiento de su Secretario señor don Jorge Soto Soto.—Sesión de Sala Plena de 17 de enero de 1961..... 466

Palabras pronunciadas por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Carlos Peláez Trujillo, al recibir a los Delegados a la XII Conferencia Interamericana de Abogados que visitaron la Corte el 31 de enero de 1961 467

Inexequibilidad de los artículos 1º, 2º y 3º del proyecto de ley por la cual se nacionalizan las Normales de Ituango y Anorí.— Por sentencia de 31 de enero de 1961, se declaran inexequibles las mencionadas disposiciones.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 469

Inexequibilidad del proyecto de ley por la cual se provee a la reconstrucción de la ciudad de Concepción de Neguá.—Por sentencia de 31 de enero de 1961, se declara inexequible el mencionado proyecto.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 472

Págs.

Inhibitoria para proveer en el fondo acerca de la inexequibilidad del Decreto Legislativo 1.824 de 1954 que creó la Intendencia de la Guajira.—Por sentencia de 2 de febrero de 1961, se abstiene la Corte de todo pronunciamiento acerca del aludido Decreto, por sustracción de materia.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez... 477

Inexequibilidad de los artículos 4º y 10º del proyecto de ley por el cual se provee a la construcción del alcantarillado de Cartagena y se dictan otras disposiciones. — Por sentencia de 13 de febrero de 1961, se declaran inexequibles las citadas disposiciones.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 478

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 481

SALA DE CASACION CIVIL

Incompetencia de la Corte para reconstruír procesos desaparecidos o extraviados.—Por providencia de 14 de octubre de 1960, no se accede a darle curso a la demanda de reconstrucción del juicio ordinario seguido por María de Jesús Díez Vélez contra Gabriel Junca Ospina.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 482

No se repone la providencia anterior, de 14 de octubre de 1960, por medio de la cual la Corte se declaró incompetente para recons-

Págs.

truir un proceso civil.—Por providencia de 24 de enero de 1961, así lo resuelve la Corte.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 484

No se admite una demanda de revisión.— Recurso de restitutio in integrum del derecho canónico.—Por providencia de 17 de enero de 1961, se deniega la admisión de la demanda de revisión de la sentencia de 15 de mayo de 1954, pronunciada por la Sala Civil de la Corte, en el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato, adelantado por el Obispo —Diócesis de Tunja— contra Virgilio Sánchez.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 487

Se desestima una demanda de casación por estar indebidamente formulada.—Por sentencia de 24 de enero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre existencia y liquidación de un contrato de cuenta corriente adelantado por Estela Páez de Manjarrés contra Mariano Orozco Rubio.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 492

Errores de prueba en la partición de una herencia.—Por sentencia de 25 de enero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el sucesorio de Rufina Gaviria de Restrepo.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón.. 496

Acción de reivindicación de una finca agrícola.—Por sentencia de 25 de enero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el ordinario adelantado por el doctor Edmundo Lizarazo contra Victoria Caicedo y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 501

Impugnación de una sentencia que declaró resueltos unos contratos y decretó restitución de inmuebles. — Confesión.—Escritura pública.—Por sentencia de 30 de enero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre resolución de unos contratos adelantado por Simeón Rentería Ponce contra Francisco Villegas Gómez.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 506

Se acusa, por pretendidos errores en la estimación de las pruebas, una sentencia que negó la declaratoria de filiación natural.— Excepción de cosa juzgada.—Por sentencia de 31 de enero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario adelantado por Luis Eduardo Urriago y otros contra Rosa Torres v. de Barbosa.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 513

La Corte carece de facultad para conocer del recurso de casación informalmente concedido.—Por providencia de 4 de febrero de 1961, proferida en el ordinario promovido por Justo Céspedes Neira contra Dámaso Almanza, se ordena devolverlo al Tribunal Superior de Villavicencio, para que el auto por medio del cual se concedió el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, sea firmado por todos los Magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 521

Diversos cargos, con invocación de la causal primera de casación, contra una sentencia que declaró la culpa contractual de una Empresa de transportes y condenó al pago de perjuicios.—Por sentencia de 13 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios provenientes de culpa contractual, promovido por Samuel Lancheros contra la "Flota Ubaté—Luciano Pinilla & Cía."—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 522

Se acusa de errores varios relacionados con la prueba, una sentencia que se negó a declarar simulado un documento presentado como título en juicio ejecutivo.—Por sentencia de 13 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un documento, promovido por Susana Angel contra Salomón Fayad. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.... 528

Págs.

Se acusa una sentencia que se negó a condenar al pago de ciertas sumas de dinero, correspondientes al pretendido incumplimiento de un contrato de explotación de minas de aluvión.—Amplio análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 1.535, 2.011 y 1.602 del Código Civil.—Revaluación de las normas consagradas en los artículos 1.618 y siguientes del mismo Código, relativas a la interpretación de los contratos. — Nuevo alcance de las mismas en referencia con el recurso de casación.— Por sentencia de 23 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario promovido por la "Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí" contra la "Compañía Minera de Nariño, S. A." — Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava..... 535

Salvamento de voto del Magistrado señor doctor José J. Gómez, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 552

Diversos cargos, con fundamento en la causal primera de casación, contra la sentencia aprobatoria de partición de una herencia.— Por sentencia de 24 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio de sucesión de Consejo Mancipe de Arias—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 561

Interpretación errónea, en una sentencia sobre filiación natural y petición de herencia, del ordinal 4º, artículo 4º, de la Ley 45 de 1936.—Amplio estudio, a la luz de los antecedentes, la jurisprudencia y la doctrina, sobre el alcance de esta disposición legal.— Por sentencia de 28 de febrero de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario adelantado por Bertha Lenis, en nombre de la menor Carmenza Lenis, contra María Elena Becerra de Soto.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 566

SALA DE CASACION PENAL

Nulidad de un proceso en que se incurrió en el error de calificar como incendio un delito de naturaleza diferente.—Por sentencia de 30 de enero de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado contra Félix Mesa Rendón. — Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 579

Se inhibe la Corte de conocer de un proceso penal contra un Consejero de Estado y se dispone remitir los autos a los señores Jueces Superiores del Distrito Judicial de Bogotá.—Así lo resuelve la Corte en providencia de 2 de febrero de 1961, proferida en el proceso adelantado contra el doctor Andrés Augusto Fernández por el delito de homicidio (uxoricidio).—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta..... 589

Salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez, en la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice..... 596

Se confirma la providencia por la cual un Tribunal Superior se niega a aceptar el impedimento propuesto por un Juez.—Así lo decide la Corte en providencia de 3 de febrero de 1961, proferida en el proceso adelantado contra Humberto Martínez Orozco por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.... 602

De nulidad constitucional y otros vicios se acusa una sentencia condenatoria de homicidio, recaída en un proceso tramitado de conformidad con el Decreto 0012 de 1959.— Por sentencia de 4 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Pablo Díaz y otro por el delito de homicidio (asesinato). — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 604

Conceptúa la Sala que no es el caso de cambiar la radicación de un proceso por delito de homicidio.—Así lo dispone la Corte en providencia de 6 de febrero de 1961, proferida en el proceso adelantado contra Antonio Barón Jaime.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 611

Infracción directa de la norma "Non bis in

Págs.

idem" (artículo 37 del C. P.) en sentencia recaída en un proceso por violencia carnal. Por sentencia de 10 de febrero de 1961, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso adelantado contra Ernesto Tavera Rosales. Magistrado Ponente: Doctor Angel Martín Vásquez A. 613

Con base en las causales 4ª, 2ª y 1ª de casación, se acusa una sentencia condenatoria por delito de robo agravado.—Por sentencia de 11 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra José de Jesús Segura Jiménez.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 627

Infundada acusación, con invocación de nulidades legales y constitucionales, contra una sentencia que condenó por doble homicidio y robo.—Por providencia de 15 de febrero de 1961, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso adelantado contra José Eustaquio Pérez y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres..... 635

Principalmente por errada interpretación de los hechos, se acusa una sentencia condenatoria por delito de asesinato.—Por providencia de 15 de febrero de 1961, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado contra Fabio López Hoyos. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria.... 640

Supuestas nulidades constitucionales en un proceso por homicidio que finalizó con sentencia condenatoria.—Por sentencia de 15 de febrero de 1961, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso adelantado contra Eduardo Sarasty Terán. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 657

Error de hecho en una sentencia que, atribuyendo a ciertas pruebas un valor de que carecen y negándole a otras el que tienen, profirió condena por falso testimonio.—Por sentencia de 17 de febrero de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado contra Ignacio Alberto Díaz Santacruz y otro.-Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 661

Se declara infundada la recusación propuesta contra los Magistrados que forman la Sala de Decisión de un Tribunal en un proceso penal. — Así lo dispone la Corte, por providencia de 17 de febrero de 1961, proferida en el proceso adelantado contra Carlos J. Abussaid por el genérico delito "contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio".—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 678

Por hallar que la denuncia es notoriamente temeraria, la Corte se abstiene de abrir investigación, por prevaricato, contra los Magistrados de un Tribunal. — Así lo resuelve la Corte, en providencia de 17 de febrero de 1961 proferida en el denuncio formulado contra los Magistrados doctores Manuel J. Troya, Guillermo Zarama V. y José Marcial Córdoba.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 681

Sobreseimiento definitivo en favor de un Magistrado de Tribunal acusado de morosidad en la tramitación de un proceso.—Tal es la decisión de la Corte, de fecha 20 de febrero de 1961, proferida en el proceso adelantado contra el doctor Alfonso Cardoza Ortiz, ex-Magistrado de Tribunal Superior.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 683

No se repone la providencia por la cual la Corte se declaró inhibida para conocer de un proceso penal contra un Consejero de Estado.—Así lo resuelve la Corte, en providencia de 21 de febrero de 1961, respecto de la proferida, el día 2 de los mismos, en el proceso adelantado contra el doctor Andrés Augusto Fernández por el delito de homicidio (uxoricidio)—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta..... 688

Págs.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez, en la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice: 695

Reitera la Corte su concepto desfavorable a una solicitud de extradición. — Así lo resuelve la Corte, en providencia de 22 de febrero de 1961, proferida en la formulada por la Embajada de Venezuela respecto de Hugo Luis o Carlos Luis Contreras.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 699

Infundada alegación de nulidades constitucionales en un proceso por homicidio que finalizó con sentencia condenatoria. — Por providencia de 23 de febrero de 1961, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Quibdó en el proceso adelantado contra Julio César Mosquera. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 705

Supuestas nulidades legales y constitucionales en un proceso por homicidio.—Por providencia de 24 de febrero de 1961, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso adelantado contra Otilio Patiño Monsalve.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria.... 709

SALA DE CASACION LABORAL

Se declara exequible el laudo arbitral de 22 de septiembre de 1960, por medio del cual se puso fin a un conflicto colectivo del Banco Popular.—Por sentencia de homologación de 26 de enero de 1961, se declara exequible el parágrafo del artículo primero del laudo aludido, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento constituído para el estudio y fallo del conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular, S. A. y la entidad bancaria del mismo nombre, y se homologa en todo lo demás.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 714

Inexequibilidad de algunas disposiciones del laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento que puso término a un conflicto bancario.—Homologación del laudo en todas sus disposiciones restantes.—Por sentencia de homologación de 27 de enero de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del laudo proferido por el Tribunal Especial constituído para el estudio y fallo del conflicto colectivo de trabajo surgido entre la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y otros, y el Banco de Bogotá y otros. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 720

Error de hecho en una sentencia que condenó al pago de determinadas prestaciones sociales demandadas en juicio ordinario.— Por sentencia de 10 de febrero de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Enrique Pinzón contra la sociedad Copre Limitada.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 752

Imprecisa y antitécnica acusación contra una sentencia que absolvió a una empresa del pago de ciertas prestaciones demandadas.— Por sentencia de 10 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Justo Pastor Bernal contra "Construcciones Moore Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.... 755

Equivocada apreciación de pruebas y consecuencial aplicación indebida de la ley, al negar el sentenciador la existencia de contrato de trabajo entre un colocador de cédulas de capitalización y la entidad que utilizó sus servicios.—Por sentencia de 13 de febrero de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario laboral adelantado por Hortensia Chisays contra el Banco Central Hipotecario.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 758

Varios cargos, con fundamento en la causal primera de casación, contra una sentencia que condenó al pago de ciertas prestaciones sociales e indemnizaciones. — Por sentencia

Págs.

de 15 de febrero de 1961, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por Jesús Emilio Zapata Quintero contra Bernardo Salazar Toro. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 764

Diversos cargos, fundamentados en la causal primera de casación, contra una sentencia que condenó al pago de determinadas prestaciones sociales.—Por sentencia de 15 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por José Jaime Tabares contra Enrique Alvarez.— Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 770

Impugnación contra una sentencia que, por carencia de legitimación en causa para la institución demandada, resolvió absolverla del pago de unas prestaciones reclamadas.- Por sentencia de 17 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Alfonso Girón V. contra la Congregación o Comunidad de los Hermanos de las Escuelas Cristianas y el Liceo de La Salle.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo... 774

Pretendida ilegalidad de una sentencia que condenó a la Empresa demandada a suministrar un brazo artificial de fabricación extranjera a un trabajador suyo accidentado. Por sentencia de 21 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Abel Zamudio contra la "Empresa Colombiana de Curtidos, S. A." — Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 778

Defectuosa e ineficaz impugnación a una sentencia que absolvió a una Compañía de Seguros del pago de comisiones reclamadas por un agente colocador de pólizas.— Por sentencia de 21 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Luis Arturo Hernández contra la Compañía Suramericana de Seguros S. A.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 784

Antitécnica e ineficaz acusación contra una sentencia que condenó al demandado a pagar a un abogado, por concepto de honorarios profesionales, una suma de dinero. — Por sentencia de 22 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Julio de Castro contra Angel Ramírez.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 789

Errado planteamiento de cargos contra una sentencia que se negó a ordenar el pago de una prestación extralegal que, con invocación de un laudo arbitral, reclamaba un empleado de una Empresa Naviera. — Por sentencia de 24 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Rafael Hurtado contra la sociedad denominada "Transportadora Grancolombiana Limitada".—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 793

Se ciñe a la ley y a las probanzas la sentencia acusada, por medio de la cual fue condenada una Sociedad de Seguros a pagar cierta suma de dinero, por concepto de lucro cesante, a un empleado ilegalmente despedido.—Por sentencia de 27 de febrero de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Libardo Cañas Palacio contra la Sociedad denominada "Seguros Comerciales Bolívar, S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 798

Manifiesto error de hecho con incidencia en la condena relativa a la indemnización moratoria, en sentencia recaída en juicio adelantado por un trabajador de minas de carbón.—Por sentencia de 28 de febrero de 1961, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Justo Pastor Castaño Giraldo contra Abelardo Cortés.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando

Págs.

Paredes A. 803

Violación de la ley, por falta de aplicación, al fijar la sentencia acusada la cuantía de la remuneración que le correspondía al demandante, derivada de un contrato relacionado con la construcción de un edificio.— Por sentencia de 28 de febrero de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Juvenal Manjarrés Mejía contra Francisco Gaviria Arango.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 807

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

No se admite, por indebida acumulación de acciones, una demanda tendiente a obtener declaración judicial sobre propiedad privada del subsuelo.—Por providencia de 23 de enero de 1961, no se admite la corrección de la demanda presentada por Camilo Cuéllar Tamayo y otra contra la Nacin.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 814

Se modifica la sentencia apelada, por la cual se condenó a la Nación a indemnizar los perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte de un estudiante de medicina, causada en accidente de tránsito por un camión del Ejército Nacional.—En sentencia de 31 de enero de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario promovido por Marta Upegui de González y otros contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 816

Se confirma, con algunas modificaciones, la sentencia que condena a la Nación a indemnizar los perjuicios ocasionados por la muerte del Magistrado Nicolás Alvarez Gómez, agredido por un preso al practicar visita de cárcel.—Historia de la evolución de la jurisprudencia nacional, en lo tocante al criterio aplicable para deducir la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, y especialmente del Estado, por hechos culposos de sus representantes, funcionarios o dependientes.—En sentencia de 31 de enero de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido contra la Nación por María Sarmiento, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos naturales Gonzalo, Beatriz y Luis Guillermo Alvarez Sarmiento, y por Hernando Alvarez S.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano 823

La Sala modifica, en virtud de recurso de súplica, la providencia que decretó la práctica de unas pruebas en juicio sobre propiedad del subsuelo de un inmueble.—Por providencia de 10 de febrero de 1961, así lo resuelve la Sala en el negocio adelantado por Ricardo Vargas Iriarte contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 835

Se decide colisión negativa de competencias entre dos Magistrados de la Sala Civil de un mismo Tribunal, originada en que uno de ellos se manifestó impedido, sin fundamento legal en concepto del otro Magistrado.—Por providencia de 13 de febrero de 1961, proferida en el juicio especial hipotecario adelantado por el Banco Popular contra el doctor Walter Velasco Mejía, se decide que corresponde al Magistrado doctor Luis Zuluaga avocar el conocimiento del aludido negocio.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña..... 839

No se accede a decretar una nulidad invocada por la parte demandante, en un juicio ordinario de petróleos.—Por providencia de 17 de febrero de 1961, así lo resuelve la Sala en el proceso adelantado por el Municipio de Sonsón contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 843

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. DIEGO E. CRISTANCHO

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCIV — BOGOTA — 1966 — NUMERO 2237

EXTRACTOS DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO XCIV (Nos. 2233 A 2236, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1960 Y ENERO Y FEBRERO DE 1961) DE LA "GACETA JUDICIAL"

A

1

ABOGADOS

(Etica profesional).

Ley 69 de 1945. Artículo 115 del Código Penal.

Sin perjuicio de la acción penal para los casos de infracciones estrictamente delictivas, los hechos, graves o leves, previstos por la Ley 69 de 1945 en armonía con la Ley 21 de 1931 como contrarios a la moral y a la delicadeza en el ejercicio de la abogacía, son allí reprimidos a simple título de faltas, por medio de un procedimiento especial y sumario, y con el claro propósito de mantener a tono el sentido ético en el ejercicio de esta profesión, eminentemente social. Trátase, pues, de contravenciones cuyo término prescriptivo, en lo tocante a la acción, es el de un año, conforme al mandato del artículo 115 del Código Penal. (Sala de Casación Penal, 9 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234), 179, 1ª y 2ª.

2

ABUSO DE AUTORIDAD

(Morosidad del funcionario).

Artículo 172 del Código Penal.

Dentro de los principios fundamentales que inspiran la ciencia del derecho penal, la sola morosidad en un negocio, aisladamente considerada, no basta para que se tipifique jurídicamente el delito a que se refiere el artículo 172 del Código Penal; es indispensable que en el funcionario o empleado público exista un especial estado subjetivo que le determine a abstenerse de realizar el acto que debe ejecutar. A falta de ese elemento volitivo la infracción se desnaturaliza, quedando sustraída del campo de la justicia penal. (Casación Penal, 20 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236), 686, 1ª y 2ª

3

ABUSO DE AUTORIDAD

(Morosidad del funcionario).

Artículo 172 del Código Penal.

Ha dicho la Corte, refiriéndose al artículo 172 del Código Penal, que el abuso de autoridad sólo tiene entidad delictual cuando el acto se produce voluntariamente o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los deberes que la ley impone al funcionario, y también ha sostenido que para que exista la infracción penal no basta la prueba del elemento objetivo o material, sino que es indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, o sea la negligencia o descuido del funcionario o la intención dolosa de rehusar hacer o ejecutar el acto a que está obligado. (Casación Penal, 20 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236), 686, 2ª.

4

ACCIDENTES DE TRABAJO

(Suministro de aparatos de ortopedia).

Artículo 204, numeral 1º del Código del Trabajo).

Si conforme a la norma del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo el aparato ortopédico que debe de suministrarse al trabajador accidentado es el que sea "necesario", quiere ello decir, que la ley está exigiendo el "que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin", conforme al significado que conceptualmente corresponde a ese vocablo y que es el que le atribuye con autoridad idiomática, la Real Academia Española. Ahora bien: la finalidad de tal prestación no puede ser otra que la de buscar para el trabajador la recuperación, en el mayor grado posible, de su capacidad disminuída como consecuencia del accidente o de la enfermedad profesional. De allí que no pueda considerarse superfluo, es decir, no necesario, que está de más, el disponer que el aparato ortopédico que se debe suministrar al demandante, sea el que "ofrezca el máximo rendimiento funcional", porque ello equivale al necesario que ordena la ley. (Casación Laboral, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236), 782, 1ª.

5

ACCIDENTES DE TRABAJO

(Suministro de aparatos de ortopedia).

Artículo 204, numeral 1º del Código del Trabajo).

Argumenta el recurrente que el artículo 204 del Código del Trabajo no dice que el aparato ortopédico que el patrono debe suministrar al trabajador sea de "fabricación extranjera", como lo dispone la sentencia acusada. Es verdad que en su literalidad no dice ello la norma invocada, ni tenía por qué decirlo, pues tal determinación puede hacerla el Juez, según las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. No debe olvidarse que la sentencia no es el fruto de una mera operación intelectual abstracta, sino que es el resultado del proceso y que éste tiene una misión más honda que realizar. En ella el Juez debe traducir en forma concreta la norma jurídica y darle expresión de vigencia. (Casación Laboral, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236), 782, 1ª y 2ª.

6

ACCION DECLARATIVA

Artículo 205 del Código Judicial.

Contemplada para casos especiales por diversas disposiciones legales (por ejemplo, Ley 120 de 1928; Ley 45 de 1936), nada dice

nuestro Código Judicial respecto a la acción meramente declarativa, como tampoco dice nada respecto a las acciones de condena y constitutivas. Pero, por otra parte, ninguna cosa se opone en él a la admisión de esta categoría de acciones, una de las conquistas más preciadas del moderno derecho procesal. Como reza la declaración que con la colaboración de Chiovenda hizo el Congreso de Derecho Comparado celebrado en La Haya en agosto de 1932, "el juicio puramente declarativo es una forma de procedimiento que no contradice en absoluto el carácter esencial y la función del Poder Judicial; porque declarando la existencia o inexistencia de un derecho sobre cuestiones concretas, obliga para el futuro a las partes por la fuerza de la cosa juzgada. Este procedimiento es, por el contrario, la forma más delicada y señera del ejercicio del poder judicial, y debe considerarse como muy útil, así para la vida social como para los litigantes, puesto que asegura el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y previene los actos ilegítimos, en lugar de castigarlos con pesadas responsabilidades, y, además, porque provee a las partes de una norma que determina su conducta ulterior. Debe, sin embargo, el procedimiento —agrega la declaración— contenerse por obra de la prudencia judicial, en los límites impuestos por el interés **real** y **serio** en que se haga esa declaración" (citado por De la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", T. I. Pág. 116). (Sala de Negocios Generales, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234), 415, 2ª.

7

ACUMULACION DE ACCIONES

Artículos 209 y 398 del Código Judicial.

El artículo 209 del Código Judicial autoriza la acumulación de dos o más acciones en la misma demanda, si el Juez es competente para conocer de todas ellas, entendiéndose la prórroga de jurisdicción, cuando se proponen de mayor y de menor cuantía; si todas siguen el mismo procedimiento, y si no son contrarias e incompatibles entre sí, o, aunque siéndolo, se proponen subsidiaria o condicionalmente "siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". No obstante que a las dos acciones principales de simulación se agregan en forma condicional las de nulidad y lesión enorme de los mismos actos, el cargo no toca con este aspecto de la acumulación sino que se refiere solamente a las principales concurrentes, por cuanto falta en ellas la conexidad o continencia de la causa.

La Corte, en fallo de 18 de julio de 1960, en que hace un estudio completo de la materia, dice: "Al requisito de la conexión aluden los artículos 397 y 398 del Código Judicial bajo el nombre de continencia de la causa para autorizar la acumulación de procesos y evitar la división de esa continencia. Toda acción tiene tres elementos integrantes que son: el sujeto o sujetos, el objeto y la causa o título. La conexión entre dos o más acciones dimana de la presencia común en ella de uno, de dos o de los tres elementos que las constituyen. Según sea el elemento común, la conexión se distingue en subjetiva, objetiva y causal. El citado artículo 398 consagra cinco casos de conexión de pretensiones. El primero consiste en la comunidad de los tres elementos definidores, lo que equivale a la identidad de las acciones y da lugar a la litis-pendencia o a la cosa juzgada cuando dichas acciones se ventilan por separado. El segundo caso es aquel en que hay identidad de sujetos y de objeto y diversidad de causa. El tercer caso se asienta en la comunidad de sujetos y de causa y en la diversidad de objetos. El cuarto caso es aquel en que hay comunidad de causa y diversidad de sujetos y de objetos. El quinto caso se refiere a la comunidad de causa y de objetos y a la diversidad de sujetos. La doctrina ad

mite dos casos más de conexión, consistentes uno en la comunidad de sujetos y la diversidad de causa y de objeto, y el otro en la identidad de objeto y la diversidad de sujeto, pero estos dos casos no están previstos por el dicho artículo 398. Aunque las acumulaciones de acciones y de autos no siempre coinciden, sí puede sentarse el postulado de que donde es viable la segunda también puede llevarse a cabo la primera. Tratándose no de fenómenos diversos, sino de un mismo fenómeno que puede ocurrir en distintos momentos del proceso, es obvio que las reglas normativas del uno (acumulación de autos) son aplicables al otro (acumulación de acciones)". (G. J. T. XCIII, pág. 88).

En el presente negocio, resulta que, fuera de la comunidad de demandante en las dos acciones, los demás elementos son diferentes. Y si, en la acumulación objetiva y subjetiva planteada en este juicio, se da la compatibilidad procesal, porque las dos acciones se tramitan bajo la misma cuerda, no existe, en cambio, la continencia de la causa requerida, dado que ante la sola comunidad de demandante y la diversidad de causa, objeto y demandados, el caso no encuadraría dentro de ninguno de los cinco supuestos que estatuyen los artículos 397 y 398 del Código Judicial, como tampoco en los dos aceptados por la doctrina que exigen la comunidad de sujetos el uno, y la de objeto, el otro.

Infiérese que el Tribunal, al considerar debida la acumulación de las dos acciones de simulación por la simple afinidad de hecho y de derecho, que dice existe entre ellas, y propio el litis-consorcio pasivo, violó los artículos 209 y 398 del Código Judicial, que no autorizan la acumulación objetiva y subjetiva inicial o sucesiva sino en los casos y con las condiciones prescritas por ellos. (Sala de Casación Civil, 30 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 108, 1ª y 2ª, y 109, 1ª.

8

ACUMULACION DE AUTOS

(Petróleos).

Artículo 398, numeral 4º, del Código Judicial.

El hecho, puramente externo, de que varios predios se encuentren ubicados dentro del área de una misma propuesta de contrato, por sí solo no constituye motivo para decretar, con base en el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, la acumulación de autos. (Sala de Negocios Generales, 7 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 419, 1ª.

9

ACUMULACION DE AUTOS

(Petróleos).

Artículo 398, numeral 4º, del Código Judicial.

El título originario emanado del Estado, en cuanto ampara la propiedad privada del suelo de los inmuebles, objeto de una adjudicación, merced o composición antes del 28 de octubre de 1873, sirve de fundamento para establecer una vinculación entre los litigantes, que justifica la acumulación de autos, en punto al aprovechamiento del mismo título originario y de las demás pruebas conducentes al establecimiento de los otros hechos básicos de la acción de oposición a la propuesta de contrato.

En desarrollo de estas ideas, en el auto de fecha 28 de septiembre de este año, en el juicio promovido por Sofía Londoño contra la Nación, se dijo:

"Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de contrato, si las personas, vale decir, los actores legitimados ad causam, son distintos, la vinculación jurídica para la prosperidad del incidente debe bus-

carse en el objeto del litigio, el cual consiste en la propiedad del subsuelo respecto del inmueble que salió del dominio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, en virtud de un **determinado título,** merced o adjudicación de tierras realengas o baldías; pero si el título no se determina, individualiza o especifica cumplida y exactamente, o bien se invocan varias mercedes respecto de numerosos inmuebles que se suponen amparados con tales instrumentos, la vinculación jurídica no se ha establecido, porque no dependen "de una misma causa", sino de cinco "mercedes de tierras que entre sí se mezclan (sic) o sobreponen"; pero que no han integrado una sola propiedad sino varias, cuyos derechos emanarán de una u otra merced o título según la ubicación de cada parcela dentro del área del inmueble primitiva o antiguamente adjudicado, objeto mediato del litigio de oposición a la propuesta de contrato, cuya precisa y exacta determinación resulta del todo necesaria e indispensable para los fines perseguidos por los actores.

"Resulta, pues, que la vinculación jurídica sustancial, indispensable para la acumulación prevista en el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, surge en estos procesos de oposición a la propuesta de contrato, de la especificación o determinación del título antiguo, expedido antes del 28 de octubre de 1873, juntamente con la individualización del predio objeto de la transferencia de dominio del Estado al particular o adjudicatario, que no puede hacerse en cualquier estado del juicio, como al tiempo de pedir las pruebas o de promover un incidente o articulación, sino en la misma demanda, porque es allí donde se establece la relación procesal entre las partes, para saber sobre qué litigan y sobre qué recaerá la sentencia del juez, en vista del planteamiento del litigio, de la controversia o de las opuestas pretensiones de las partes". (G. J. XCIII, página 1087). (Sala de Negocios Generales, 7 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 419, 1ª y 2ª.

10

ACUMULACION DE AUTOS

(Petróleos).

Artículo 398, numeral 1º, del Código Judicial).

Cuando, respecto de dos o más juicios ordinarios sobre propiedad del subsuelo petrolífero, se solicita la acumulación de autos con fundamento en que las demandas respectivas se han promovido en representación de una misma comunidad, por varios condóminos, y con el objeto de conseguir la declaración de que la propiedad del subsuelo pertenece a la tal comunidad, es claro que procede la acumulación con fundamento en el numeral 1º del artículo 398 del Código Judicial. (Sala de Negocios Generales, 7 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 420, 2ª.

11

ACUMULACION DE AUTOS

(Petróleos).

Artículo 398, numeral 4º, del Código Judicial.
Artículo 34 del Decreto 1056 de 1953.

Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de contrato, si las personas, vale decir, los actores legitimados ad causam, son distintos, la vinculación jurídica para la prosperidad del incidente, debe buscarse en el objeto del litigio, el cual consiste en la propiedad del subsuelo respecto del inmueble que salió del dominio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, en virtud de un **determinado título,** merced o adjudicación de tierras realengas o baldías; pero si el título no se determina, individualiza o es-

pecifica cumplida y exactamente, o bien se invocan varias mercedes respecto de numerosos inmuebles que se suponen amparados con tales instrumentos, la vinculación jurídica no se ha establecido, porque no dependen "de una misma causa", sino de varias mercedes de tierras, en relación con numerosos propietarios, cuyos derechos emanarán de una u otra merced o título según la ubicación de cada parcela dentro del área del inmueble primitiva o antiguamente adjudicado, objeto mediato del litigio de oposición a la propuesta de contrato, cuya precisa y exacta determinación resulta del todo necesaria e indispensable para los fines perseguidos por los actores.

Resulta, pues, que la vinculación jurídica sustancial, indispensable para la acumulación prevista en el numeral 4º del artículo 338 del Código Judicial, surge en estos procesos de oposición a la propuesta de contrato, de la especificación o determinación del título antiguo, expedido antes del 28 de octubre de 1873, juntamente con la individualización del predio objeto de la transferencia de dominio del Estado al particular o adjudicatario. (Sala de Negocios Generales, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 436, 1ª.

12

ACUMULACION DE AUTOS

(Petróleos).

Artículo 338, numeral 4º, del Código Judicial. Artículo 34 del Decreto 1056 de 1953.

La acumulación de autos procede en vista de la vinculación jurídica de alguno de sus elementos, cuando menos; y como los elementos del litigio atañen a los sujetos o personas legitimadas ad causam, por activa o por pasiva; al objeto de las pretensiones de las partes, y al nexo, título o causa petendi o fundamento del derecho invocado, todos estos deben estar determinados en forma precisa en la demanda, que solamente podrá corregirse en la oportunidad señalada por la ley; porque la relación procesal no podría establecerse respecto de personas indeterminadas (artículo 205 del Código Judicial) o inciertas; o respecto de la propiedad de un predio cuyas lindes y ubicación se ignoran o por lo menos no se describieron en el libelo (artículo 222 del Código Judicial); o con fundamento en numerosos títulos respecto de varias propiedades o de mercedes indeterminadas; si a la vez se conjuga la indeterminación del objeto con la de los títulos, se comprenderá fácilmente que resulta del todo imposible establecer la vinculación jurídica entre litigios en tal forma propuestos, para decretar la acumulación de los procesos o autos. (Sala de Negocios Generales, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 436, 1ª y 2ª.

13

ACUSADO

(Derecho de intervenir en la audiencia).

Artículo 471 del Código de Procedimiento Penal.

Al procesado le brinda la ley todas las garantías requeridas para sincerar su conducta. En guarda de ellas, uno de sus derechos es el de intervenir personalmente, como parte en el juicio, durante la audiencia pública (artículo 471 del Código de Procedimiento Penal); pero a este derecho puede renunciar, sin menoscabo alguno, toda vez que por imperativo de la misma ley ha de estar asistido por un abogado defensor, quien profesionalmente es el llamado a debatir, con conocimiento de las ciencias jurídicas, los cargos resultantes a su representado. (Casación Penal, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 708, 1ª.

14

ADUANAS

(Pérdida de mercancías).

Artículo 2º del Decreto 630 de 1942.

Cuando se habla de pérdida de mercancías depositadas en una aduana, es preciso distinguir dos hechos, pues no es dable asimilarlos ni en el tiempo ni en sus consecuencias jurídicas. Porque uno es el hecho del depósito de las mercancías en la aduana, con el fin del pago de los impuestos fiscales; y otro, la posterior sustracción o pérdida de la mercadería, como consecuencia de un delito de hurto o robo, imputable a empleados oficiales o a terceros, o por cualquier otra causa. (Sala de Negocios Generales, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 449, 2ª, y 450, 1ª.

15

ADUANAS

(Responsabilidad por pérdidas).

Artículo 2º del Decreto 630 de 1942.

El artículo 2º del Decreto 630 de 1942, y lo propio ocurría durante la vigencia del subrogado artículo 55 de la Ley 79 de 1931, tiene la finalidad de presumir la responsabilidad del Estado con relación a las mercancías perdidas de las aduanas, sin necesidad de que el importador establezca, con precisión, la verdadera causa de la pérdida; en otras palabras, el memorado artículo tiene el objeto de dispensar al comerciante de probar el delito o la culpa de los dependientes de la aduana. (Sala de Negocios Generales, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV: Números 2233 y 2234). 450, 2ª.

16

ADUANAS

(Competencia por responsabilidad aduanera).

Artículo 76 (numeral 1º), y artículo 37 (ordinal 1º) del Código Judicial.

Corresponde ahora determinar si, no obstante el carácter netamente civil de la responsabilidad del Estado, consagrada primero en el artículo 55 del Código de Aduanas, el Decreto número 183 de 1958 modificó la competencia a que se refieren los citados artículos 76 y 37 del Código Judicial, para lo cual será menester hacer una breve alusión a las disposiciones que han regulado la materia, a partir de la Ley 79 de 1931.

El artículo 322 de la ley mencionada decía: "Las apelaciones, reclamaciones y protestas, se surtirán ante el correspondiente Tribunal Distrital de Aduanas en los siguientes casos:

"...

"d) Las reclamaciones por indemnización de pérdidas o daños sufridos por la mercancía".

En el artículo 9º del Decreto número 2218 de 1950, se dispuso:

"Desde la fecha del presente Decreto suprímense todas las atribuciones consultivas, administrativas y arancelarias que ejercen en la actualidad el Tribunal de Aduanas y los Juzgados Distritales de Aduana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de este mismo Decreto. En consecuencia, los organismos mencionados sólo tendrán en adelante, y mientras el Gobierno efectúa la reorganización prevista en el mencionado artículo, las funciones relativas a la jurisdicción penal para la represión del contrabando y a la civil para establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materias aduaneras. (Subraya la Sala).

"Sin embargo, tales entidades seguirán conociendo hasta su solución definitiva de todos los asuntos que se hallen actualmente a su estudio, así como de los que puedan suscitarse todavía en relación con la aplicación de la tarifa de aduana que queda subrogada".

En el artículo transcrito puede observarse que la responsabilidad contractual y extracontractual, en materia aduanera, la reputa propia de la jurisdicción civil, cuyo conocimiento o competencia atribuye a los tribunales y juzgados de aduanas.

El artículo 3º del Decreto 700 de 5 de marzo de 1954 disponía:

"Corresponde a la Jurisdicción Aduanera:

"a) Conocer de los procesos que se adelantan en el territorio de la República por el delito de contrabando.

"b) Conocer sobre los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera.

"c) Conocer de todos los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950".

Según el artículo 4º del mismo Decreto número 700: "Ante los Juzgados de Aduanas se surte la primera instancia de todos los negocios a que se refieren los ordinales b) y c) del artículo anterior, cualquiera que sea su cuantía.

"En tales casos, toda providencia de primera instancia por la cual se condene al Estado, deberá ser consultada".

Los artículos copiados fueron sustituídos por el 4º del Decreto número 183 de 1958, que dice:

"Ante los Jueces Superiores de Aduana se surte la primera instancia en todos los negocios penales que se adelanten por el delito de contrabando cuando la cuantía sea o exceda de $ 5.000; la segunda ante el Tribunal de Aduanas.

"Parágrafo 1º Toda providencia de primera instancia que ponga fin a la actuación o incida sobre el fondo del asunto, como la que ordena la entrega de la mercancía, deberá ser consultada.

"Parágrafo 2º En los casos a que se refieren los ordinales b) y c) del artículo 3º del Decreto 700 de 1954, conocerá la justicia ordinaria o la de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las normas legales ordinarias".

El Decreto número 188, en el parágrafo 2º del artículo preinserto, para determinar la competencia, se remite a "las normas legales ordinarias"; ahora, como las materias a que hace referencia el aparte b) del derogado artículo 3º del Decreto número 700 de 1954 corresponden a la jurisdicción civil como así lo expresa el artículo 9º del Decreto 2218 de 1950, antes copiado, y se confirma con lo expuesto al principio de esta providencia, "las normas legales ordinarias" son los numerales 1º del artículo 76 y 1º del 37 del Código Judicial, una vez que en los litigios "sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera" (numeral b) artículo 3º del Decreto número 700 de 1954), "se ventilan cuestiones de derecho privado" (numeral 1º, artículo 76, Código Judicial), que deben decidirse de conformidad con las normas propias de cada contrato (artículo 40, Código Judicial); o bien, si a la responsabilidad extracontractual se refiere, según las disposiciones del Título 34 del Libro IV del Código Civil, adicionadas con los artículos 55, 56 y 57 del Código de Aduanas, en cuanto concierne a la presunción allí establecida en favor de los importadores, como también a las causas de exoneración del Estado respecto de éstos, como a la de los dependientes o empleados de la aduana en sus relaciones con el Estado.

Las materias a que se refiere el aparte c) del artículo 3º del citado Decreto 700 de 1954 tienen la calidad de administrativas, de com-

pet.ncia de la jurisdicción contencioso administrativa, como se comprenderá fácilmente si se hace memoria del artículo 332 de la Ley 79 de 1931, derogado parcialmente por el artículo 5º de la Ley 80 de 1955; y luégo a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 2218 de 1950, en armonía con el memorado artículo 4º del Decreto 188 de 1958, que en el parágrafo 2º indudablemente se remite a los artículos 33 y 34 del C. C. A. (Ley 167 de 1941), pues en el último artículo se lee:

"Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

"..... .....

"10. De los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquier autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén atribuídos a una jurisdicción distinta".

Evolución de la competencia aduanera. De acuerdo con las normas contenidas en la Ley 79 de 1931, la jurisdicción aduanera tenía competencia para conocer de los siguientes negocios contencioso-administrativos:

1º De las actuaciones administrativas de los Administradores de Aduana relacionadas con el aforo de las mercancías, aplicación de las tarifas del arancel, liquidación del impuesto, imposición de multas, recargos, etc., etc., según los artículos 323 a 332 de la citada Ley.

2º De acuerdo con la última parte del artículo 332, "las sentencias del Tribunal Supremo de Aduanas serán definitivas si no son apeladas ante el Consejo de Estado, cuya Sala de lo Contencioso Administrativo tiene la facultad de decidir las controversias que se susciten sobre la legalidad de puntos de derecho o procedimiento comprendidos en el caso, o cuestiones de interpretación de tratados y demás convenios internacionales".

3º Esta facultad del Consejo de Estado de revisar las sentencias del Tribunal Supremo de Aduanas por apelación, prácticamente una tercera instancia, fue abrogada por el artículo 5º de la Ley 80 de 1935, en estos términos: "Las sentencias que pronuncie el Tribunal Supremo de Aduanas, conforme a lo estatuído en el artículo 332 de la Ley 79 de 1931, no son apelables".

4º En virtud de esta abolición, el Consejo de Estado no podía revisar las decisiones de la jurisdicción aduanera, que adquirió competencia exclusiva, a la vez que operaban las prohibiciones contenidas, respecto del Consejo de Estado, en el artículo 34, numeral 10 in fine del C. C. A., en relación con el 73 ibídem, en cuanto dispone: "No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa... 4º Las atribuídas por la ley a otra jurisdicción", como a la aduanera, ineludible consecuencia del artículo 5º de la Ley 80 de 1935.

5º Sin embargo, el artículo 3º del Decreto 2218 de 1950 sustrajo de la competencia de la jurisdicción aduanera todas estas cuestiones, para adscribirlas a los funcionarios administrativos, en estos precisos términos: "A partir de la expedición del presente Decreto, corresponderá a la Dirección General de Aduanas, dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la facultad privativa de aplicar e interpretar la Legislación Aduanera y Arancelaria y supervigilar su cumplimiento en todo el país, con el fin de hacer más eficaces y técnicos los servicios administrativos correspondientes.

"Para tal efecto la Dirección General de Aduanas quedará constituída por los siguientes departamentos:

"a) Departamento Administrativo;

"b) Departamento Jurídico, encargado de la aplicación del Código de Aduanas y sus reglamentos, así como la legislación referente a la represión del contrabando;

"c) Departamento del Arancel, Oficina Técnica encargada de la aplicación, interpretación y unificación de la tarifa de aduanas".

El artículo 9º del mismo Decreto, ya copiado, reitera la supresión de tales atribuciones a la jurisdicción aduanera que, en lo sucesivo conocería "de las funciones relativas a la jurisdicción penal para la represión del contrabando y a la civil para establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materia aduanera". (Subraya la Sala).

Por tanto, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 3º y 9º del Decreto 2218 de 1950, las materias a que se refieren tales disposiciones, ipso jure, quedaron nuevamente de competencia del Consejo de Estado, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 34 y en armonía con el artículo 82, ambos del C. C. A., dejando de operar las prohibiciones antes mencionadas.

6º El numeral c) del artículo 3º del Decreto 700 de 1954, para un caso excepcional, restableció la competencia de la jurisdicción aduanera, con el fin de que pudiera "conocer de todos los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950".

7º El parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958 nuevamente sustrajo de la competencia de la jurisdicción aduanera "los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950", para adscribirlas a lo contencioso-administrativo, vale decir, al Consejo de Estado.

Resumen. En conclusión, la competencia para el conocimiento de los distintos negocios, atribuídos inicialmente a la jurisdicción aduanera por la Ley 79 de 1931, en la forma antes descrita, ahora se distribuye así:

I. La justicia ordinaria conoce, privativamente, de los litigios que tengan por objeto "establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materias aduaneras", según el artículo 9º del Decreto 2218 de 1950 y el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, en armonía con el numeral 1º del artículo 76 y ordinal 1º del artículo 37 del Código Judicial.

II. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo, o sea el Consejo de Estado, conoce exclusivamente de las actuaciones administrativas de los funcionarios de las aduanas relacionadas con el aforo de las mercancías, aplicación de las tarifas, inclusive las vigentes antes del Decreto 2218 de 1950, liquidación de los impuestos respectivos, etc., etc., según el artículo 3º del mismo Decreto (2213 de 1950) y del parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, en armonía con el numeral 10 del artículo 34 y del 82 del C. C. A.

III. La jurisdicción aduanera conoce, únicamente, de las causas "para la represión del contrabando", según el artículo 9º del Decreto 2218 de 1950, ratificado por el primer inciso del artículo 4º del Decreto 188 de 1958.

El artículo 19 del Decreto últimamente citado (188 de 1958) atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento del "recurso de casación contra las sentencias proferidas en segunda instancia por el Tribunal Superior de Aduanas, cuando la cuantía sea por lo menos de cien mil..." (V. artículo 1º del Decreto número 073 de 1958). (Sala de Negocios Generales, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 451, 1ª y 2ª; 452, 1ª y 2ª; y 453, 1ª y 2ª.

17

AMNISTIA

Decreto 2062 de 1954.

Las disposiciones del Decreto 2062 de 1954 crearon una dualidad de competencias que, en situaciones un poco complejas, como cuando se trata de la investigación de varios

delitos y pluralidad de copartícipes, dificulta y a veces hace prácticamente imposible la aplicación del beneficio de la amnistía, sobre todo cuando la situación jurídica de los varios sindicados no se ha definido aún, ni se ha perfeccionado la investigación. (Sala de Casación Penal, 22 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 223, 1ª.

18

AMNISTIA

Decreto 2062 de 1954.

Cuando es negado el beneficio de la amnistía en razón de que el estado imperfecto del proceso no suministra suficientes elementos de juicio, los sindicados no quedan inhibidos para insistir en su petición cuando la investigación esté perfeccionada. (Sala de Casación Penal, 22 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 224, 1ª.

19

AMNISTIA

Decretos 1823 y 2062 de 1954.

En materia de amnistía para delitos políticos y de procedencia política, es menester ceñirse estrictamente a los decretos que definen cuáles son esos delitos y autorizan el beneficio, cuyos límites están determinados y circunscritos por sus mismos términos, mucho más amplios que los que pudieran contener definiciones puramente doctrinarias y tradicionales. Con el propósito de extenderlo a muchos hechos que no podrían acogerse a él si se aplicara un criterio restrictivo, el Decreto 1823 de 1954 amplió, en su contenido y aplicación, el beneficio de la amnistía, pero condicionándolo a determinados requisitos, que cuando no se cumplen, el beneficio debe denegarse necesariamente. (Sala de Casación Penal, 16 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 214, 2ª.

20

APELACIONES

(Objeto limitado del recurso).

Artículo 494 del Código Judicial.

Si bien es cierto que la interposición del recurso de apelación abre la posibilidad de que el superior, al resolverlo, reconozca peticiones no acogidas por el inferior o acogidas parcialmente; sin embargo, este criterio general que inspira el recurso de alzada, experimenta restricción cuando el propio apelante circunscribe el alcance del recurso. (Sala de Casación Laboral, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 339, 1ª.

21

APODERADOS

(Principales y sustitutos).

Artículo 268 del Código Judicial.

Conferido poder a varios abogados conjuntamente, cada uno de ellos puede ejercerlo, sin necesidad de que en cada caso sea necesaria expresa sustitución, en el orden establecido en el artículo 268 del Código Judicial. (Sala de Casación Laboral, 25 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 384, 2ª.

22

ARBITRAJE OBLIGATORIO

(Limitación de las facultades de los árbitros).

Artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral.
Artículo 458 del Código del Trabajo.

Las restricciones legales al poder de los árbitros están contenidas, en lo concerniente al arbitraje obligatorio, en el artículo 143 del

Código de Procedimiento Laboral y en el 458 del Código Sustantivo del Trabajo. Estas normas registran dos sistemas de control judicial del laudo: el primero se conforma al fallo decisorio del conflicto económico o de intereses simples, esto es, a la esfera de atribuciones del arbitrador; el segundo se atempera al poder de decisión del conflicto jurídico, es decir, al campo de acción del árbitro. Según tales normas, los árbitros tienen estas limitaciones: el **petitum** (pliego de peticiones) para el arbitrador; el **petitum**, la Constitución, la ley y las convenciones colectivas vigentes para el árbitro y para el árbitro-arbitrador. Para el primero rige un control de forma, para el segundo un control de forma y de fondo. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 736, 2ª, y 737, 1ª.

23

ARBITRAJE OBLIGATORIO

(Facultades de los árbitros según la clase de conflicto).

Artículos 142 y 143 del Código de Procedimiento Laboral.
Artículo 458 del Código del Trabajo.

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 458, sometió el laudo del conflicto económico en empresas de servicio público al mismo régimen previsto para el laudo del conflicto jurídico en el artículo 142 del Código de Procedimiento Laboral. La igualdad de tratamiento puede explicarse si se toma en cuenta la modalidad, muy frecuente, del conflicto mixto. El árbitro, en estos conflictos mixtos tiene como límite de sus atribuciones toda la legalidad; mientras que en el conflicto económico o de intereses simples, sus atribuciones sólo están limitadas por los dictados de la equidad (Artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral). El hecho de que en el primer caso el árbitro deba juzgar **secumdum ius**, obliga al Juez del recurso de homologación a revisar su actividad en forma análoga a como procede cuando obra en sede de casación. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 737, 1ª.

24

ARBITROS Y ARBITRADORES

Artículo 1.216, numeral 3º, del Código Judicial.

Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto: si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al Juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el Juez particular será un árbitro-arbitrador.

La doctrina distingue las dos modalidades del arbitraje, que la ley positiva no separa. Con todo, un criterio de orientación en la materia enuncia el Código Judicial en su tratado sobre "Arbitramento". Según su artículo 1.216, pueden las partes, al estipular el compromiso, disponer que los arbitradores decidan en derecho o en conciencia.

La decisión en conciencia, o verdad sabida y buena fe guardada, es propia del arbitrador; el juicio del derecho, propio del árbitro. Sobre el tema discurre Carnelutti: "El arbitrador es un Juez que toma de la voluntad de las partes no sólo la designación sino la razón misma de su poder; el árbitro es designado por las partes para que ejerza un oficio que el Estado le confiere. El arbitrador es libre porque la materia de su juicio está exclusivamente dominada por la voluntad de las partes, el árbitro no porque sustituye al Juez ordinario. El arbitrador no tiene la jurisdicción y la tiene el árbitro, porque el poder de éste, no el de aquél, procede de la ley y no de la voluntad de las partes. El elemento característico de la jurisdicción no es la de-

cisión según el derecho, sino la decisión de la litis. Que sea una litis quiere decir que no depende de la voluntad de las partes la posibilidad de su decisión, lo cual procede en todo caso de la voluntad del Estado. El contrato o la cláusula de arbitraje atribuyen a las partes una tutela jurídica que antes no existía; el compromiso, con amigable composición o sin ella, modifica sólo el órgano o el modo de una tutela ya existente". (Estudios de Derecho Procesal. T. 2º, pág. 496).

La anterior exposición deslinda con toda claridad la posición del árbitro de la que corresponde al arbitrador. Juzga éste el hecho litigioso según su conciencia; aquél, de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las pretensiones del pliego en todo o en parte, o transigir las pretensiones opuestas. El árbitro hace, no lo que las partes no pudieron o no quisieron realizar, sino lo que la ley le manda que haga. Las distinciones que preceden han llevado a la doctrina a sostener que el fallo del arbitrador es constitutivo y de declaración el que pronuncia el árbitro, pues su función, como la del Juez ordinario, es decir el derecho. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 736, 1ª y 2ª.

25

ASESINATO

Artículo 363, numeral 1º, del Código Penal.

De la aceptación del dicho del sindicado, de no haber cumplido la cópula con su esposa, no se desprende la consecuencia jurídica que pretende el demandante, esto es, la improcedencia de la circunstancia de asesinato prevista en el transcrito ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal, pues la calidad de cónyuge tomada en cuenta en esta norma agravadora de la pena del delito de Homicidio que sanciona el artículo 362 del mismo Código no deja de existir por la falta de consumación del matrimonio, pues la validez del vínculo, en ausencia de tal consumación, nadie podría jurídicamente discutirla y mucho menos negarla.

El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 establece que "son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico".

Y el canon 1015 expresa que "el matrimonio válido de los cristianos se llama rato, si todavía no ha sido consumado; rato y consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges hacen una sola carne".

De las disposiciones anteriores se desprende que para los efectos jurídico-penales y para los civiles y políticos a que se refiere la Ley 57 de 1887, es tan válido el matrimonio rato como el matrimonio consumado.

Esta distinción entre matrimonio rato y entre matrimonio consumado sólo tiene importancia dentro del Derecho Canónico, ya que de acuerdo con el Canon 1119 "el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga". Y es lógico que, aun frente a las normas de este derecho canónico, el vínculo matrimonial persiste y es válido hasta tanto esa disolución, por las causas señaladas en la disposición transcrita, no se haya declarado.

De otra parte, el ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal no distingue entre la situación de cónyuges de matrimonio rato y de

matrimonio consumado, respecto del contraído ante la Iglesia, para los efectos indicados en el citado ordinal. Y no corresponde al intérprete distinguir donde la ley no distingue, para hacer pertinente esa disposición de la Ley Penal, como pretende el demandante, sólo en cuanto a los cónyuges de un matrimonio consumado. (Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 260, 1ª y 2ª.

26

ASESINATO

Artículo 363, ordinales 5º y 6º del Código Penal.

El único argumento del demandante para fundamentar el segundo cargo que hace al fallo recurrido, por supuesta indebida aplicación de lo que señala el ordinal 5º del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, es el de que "la situación de indefensión debe ser propiamente creada, estudiada y planeada por el actor del delito, para asegurar la realización del crimen", lo cual, dice, no ocurrió en este caso.

Respalda su argumento en lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá (Justicia, Tomo 15, números 156 y 157), según lo cual "el hecho de que la paciente del delito haya sido una criatura recién nacida, cuya resistencia, como es obvio, a la actividad homicida del procesado era nula, no encaja dentro de lo prescrito en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, porque esta situación de indefensión no fue propiamente creada, estudiada, planeada por el actor del delito para asegurar la realización del crimen, ni las mismas condiciones elementales síquicas del niño eran susceptibles de hacerla presa de ningún engaño o artificio".

Pero no tuvo en cuenta el demandante que el Tribunal Superior de Manizales no alude a lo previsto en ese numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, sino a lo que señala el 6º del mismo artículo (en su última parte) donde se dice lo siguiente:

"Artículo 363. El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

"... ... ...

"6º..., o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido".

En efecto, en la sentencia acusada, se dice que "resumiendo, vemos que no pueda hablarse, como lo hace el señor Juez en la sentencia que se revisa, de un homicidio simplemente voluntario. En la comisión del ilícito concurrieron, claramente manifiestas, las dos principales características del homicidio agravado: la premeditación y el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima. Y es natural que alude el Tribunal al citado ordinal 6º del artículo 363 y no al ordinal 5º del mismo artículo.

Ciertamente la Corte (G. J. Tomo LV, pg. 90) dijo que "para que el homicidio tome la denominación de asesinato en el evento previsto por el numeral 5º del artículo 363, no es necesario que a ese estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios adecuados para repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por falta de sentido moral, o por el poco o ningún riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentre la víctima. Lo esencial es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente".

Y bastaría la anterior doctrina para desechar el cargo que, por este aspecto, hace el demandante a la sentencia.

Pero resulta más protuberante la inocuidad de ese cargo, si se considera que la agravación del homicidio simplemente voluntario (artículo 362 del Código Penal) por el [illegible]e las condiciones de inferioridad personal del ofendido, no se desprende de lo previsto en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, como equivocadamente lo da a entender la Corte en sus fallos de 9 de febrero de 1943 (G. J. Tomo LV, pg. 90) y de 5 de marzo de 1947 (G. J. Tomo LXII, pg. 769), sino del mandato expreso contenido en el transcrito ordinal 6º del mismo artículo 363 del Código Penal.

Tiene razón el doctor Luis Carlos Pérez cuando en su obra sobre "Derecho Penal Colombiano" (Parte Especial. Vol. III, pgs. 95 y siguientes), dice que la citada doctrina "desconoce que la ley habla de dos clases de inferioridad: la procurada por el agente y la no procurada por éste, pero aprovechada por él".

El numeral 5º del artículo 363 del Código de Procedimiento, anota ahora esta Sala, se refiere a la perpetración del homicidio con el aprovechamiento de circunstancias, que el agente procura o busca, que coloquen a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento. En cambio, las condiciones de inferioridad personal 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 (por caso, esperar a que esté vuelta de espaldas, para atacarla), indicado como circunstancia para que "el homicidio tome la denominación de asesinato", en el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal. (Sala de Casación Penal, 9 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 173, 1ª y 2ª, y 174, 1ª.

27

ASESINATO

Artículo 363, numeral 5º del Código Penal.

No es gratuita la calificación de asesinato, deducida del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, cuando el ataque no sólo se produjo de manera sorpresiva, tomando a la víctima desprevenida y confiada por los inmediatos antecedentes de fingida amistad, sino que el agresor descargó su arma de manera aleve y traicionera, cuando el occiso le daba la espalda para marcharse tranquilamente. (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 656, 1ª.

28

AUTOS INTERLOCUTORIOS

Artículo 466, numeral 2º, del Código Judicial.

La ley no define qué es auto interlocutorio, si no es en la forma descriptiva del artículo 466, que contiene una enumeración simplemente ilustrativa, mas no taxativa —como lo anota el procurador— de tal especie de providencias; pero al distinguir los autos de sustanciación de los interlocutorios no es difícil observar que si la función de aquellos es de mero desarrollo o impulso procesal; la de éstos es de verdadera dirección del juicio en cuanto lo enderezan hacia la adecuada solución mediante decisiones que contienen una calificación de elementos o actuaciones procesales, la función del interlocutorio supera, así pues, la del auto de sustanciación en cuanto no se limita a desarrollar formalmente el trámite sino que califica actos y situaciones jurídicas y selecciona los elementos o las formas procesales que se entienden más apropiados para los fines que la causa persigue. (Sala de Negocios Generales, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 422, 2ª, y 423, 1ª.

29

AUTOS INTERLOCUTORIOS

(Los que admiten y deniegan pruebas).

Artículos 466, numeral 2º, y 596, del Código Judicial.

El artículo 596 del Código Judicial prescribe que "las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces", por lo cual el auto que las admite o las deniega lleva implícita la calificación correspondiente; es una providencia que no se limita a disponer un nuevo trámite o actuación sino que califica la conducencia de uno de los elementos fundamentales del juicio, como son los medios de prueba ofrecidos por las partes. Sin que sea de recibo el argumento, que el procurador alega, de que la expresada calificación es punto reservado privativamente a la sentencia, según la doctrina dominante de la Corte, pues esta corporación no ha expuesto ese concepto con el alcance absoluto con que lo acoge el recurrente, sino que sus decisiones a ese propósito deben entenderse en el sentido, muy claramente explicado en numerosos fallos, de que sólo cuando la prueba es ostensible o notoriamente inconducente puede el Juez negarse a decretarla, debiendo admitirla cuando tal inconducencia no es ostensible ni notoria, pues de lo contrario se expondría a calificar anticipadamente su mérito, calificación que corresponde hacer en la resolución de fondo. Entre otras providencias, en fallo de 7 de abril de 1937 expuso la Sala de Casación Civil la siguiente doctrina, que no ha sido después rectificada: "Sin discutir, por no ser la oportunidad, la desconexión indicada por el suplicante entre esos hechos y aun dando por aceptada la apariencia consecuencial de inconducente afirmada por él, es de observarse que el concepto que a primera vista ocurra formular a este respecto de la conducencia cuando se pide una prueba dada puede no perseverar cuando ya no se trate de decretarla sino cuando se esté estimando en sí misma y en su relación con lo demandado y controvertido en el respectivo proceso. De ahí se deduce que la simple duda al respecto ha de bastar para decretarla, y que su práctica no puede negarse sino cuando esa inconducencia es desde luego manifiesta" (G. J. Nº 1920, pg. 717). Todo lo cual está confirmando el concepto de que el auto que admite una prueba contiene una virtual calificación de su al menos aparente conducencia, suficiente para otorgarle la calidad de interlocutorio, en armonía con los principios expuestos, ya que la interpretación estrictamente exegética del texto legal no priva en este caso sobre la que se deduce de la naturaleza y contenido mismos de la mencionada providencia. (Sala de Negocios Generales, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 423, 1ª y 2ª.

30

AVALUOS

(Oportunidad de objetarlos).

Artículos 40 y 41 de la Ley 63 de 1936.

En el juicio de sucesión, una vez hecho el inventario y avalúo, la ley brinda la oportunidad, suficientemente amplia, para que se formulen, sustancien y decidan las objeciones a que haya lugar, como también para que se solicite fundamentación, explicación, ampliación o aclaración del dictamen. (Artículos 40 y 41 de la Ley 63 de 1936). Pero pasada en silencio esa etapa, o si los reparos no triunfaron, ya no es posible en el incidente de objeciones a la partición —otra etapa del juicio—, atacar el avalúo hecho en el inventario. Este adquirió firmeza y constituye base inmodificable para la distribución y adjudicación de las especies, salvo convenio legítimo de los adjudicatarios. (Sala de Casación Civil, 24 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 564, 1ª.

31

AVALUOS EN JUICIO DE SUCESION

(Oportunidad de practicarlos).

Artículo 1392 del Código Civil.
Artículo 935 y ss. del Código Judicial.

No hay posibilidad de atacar legalmente la sentencia aprobatoria de la partición, cuandoquiera que los cargos contra ella formulados se basan en no haberse tenido en cuenta, para la adjudicación de bienes, un avalúo distinto al cumplido en la diligencia de inventario prevista para el juicio de sucesión por el artículo 1392 del Código Civil y por el Capítulo III del Título XXX del Código Judicial. (Sala de Casación Civil, 24 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 564, 1ª y 2ª.

C

32

CAMBIO DE RADICACION

(De procesos penales).

Artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

La medida excepcional del cambio de radicación de procesos penales, que autoriza el Código de Procedimiento Penal en el artículo 58, ha de subordinarse a las conveniencias de una recta administración de justicia. Por esto ha sostenido la Corte, que al emitir sus conceptos sobre esta materia, se ha inspirado en el propósito de conseguir la intangibilidad del buen nombre del poder judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo perturbador; y que no se requiere que los comprobantes de que habla la ley tengan el carácter de prueba plena y perfecta, sino que basta que a través de ellos se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso. (Sala Penal, 6 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 612, 1ª.

33

CASACION CIVIL

(Requisitos de la demanda).

Artículo 531 del Código Judicial.

El artículo 531 del Código Judicial señala los requisitos formales que debe cumplir toda demanda de casación para que este recurso resulte debidamente formulado y ofrezca a la Corte la posibilidad de acometer el análisis de la acusación que se dirige contra la sentencia. Una de tales exigencias es la de expresar la causal que pueda producir la infirmación del fallo, con la indicación clara y precisa de sus fundamentos y la cita de los preceptos legales que el recurrente estime infringidos. La omisión de éste o de cualquiera otro de los requisitos que son inherentes a la demanda, afecta esta pieza de ineptitud e inhibe a la Corte para pronunciarse sobre la impugnación irregularmente presentada.

"La casación es un recurso extraordinario en que sólo han de examinarse por la Corte las cuestiones que proponga la demanda con la sentencia acusada. La Corte no puede entrar libremente al examen de todos los aspectos debatidos en el juicio, sino sólo a aquellos que aparezcan debidamente presentados por el recurrente dentro de las causales consagradas en el artículo 520 del Código Judicial. El recurso de casación no es una tercera instancia dentro de los juicios. La misión de la Corte en casación es confrontar la sentencia con la ley para corregir los errores **in iudicando** o **in procedendo** del juzgador, al través de las acusaciones concretas

de las partes dentro de los motivos autorizados por la ley. En la presentación de los cargos el recurrente debe ceñirse no sólo a las condiciones formales de la demanda, requeridas en el artículo 531 del Código Judicial, sino a su adecuada formulación sustancial conforme a la norma del artículo 520 del mismo Código". (LXXVIII, 2145, 390). (Casación Civil, 24 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 494, 1ª y 2ª.

34

CASACION

(De sentencia aprobatoria de partición).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.
Artículo 964 del Código Judicial.

Cumple considerar que, en lo tocante con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y como ineludible consecuencia del artículo 964 ibídem, la sentencia de segunda instancia aprobatoria de una partición sólo es recurrible en casación a través de las objeciones que contra el propio trabajo se hayan suscitado y dentro del marco preciso de las mismas. Entonces, si se reúnen los demás requisitos del caso, el recurso extraordinario podrá abrirse, ya por acción del objetante si las tachas le fueron rechazadas, aprobándose la partición, ya por obra de su contraparte si, habiendo las objeciones prosperado, se rehizo el trabajo para acomodarse a ellas. Pero, en uno u otro evento, la casación sólo puede girar sobre las objeciones oportunamente propuestas, ora en cuanto no se aceptaron en el primer caso, bien en cuanto se acogieron en el segundo. De lo contrario, el recurso se saldría de sus justos cauces, permitiendo que la sentencia del Tribunal fuese enjuiciada por la Corte dentro de motivos que el sentenciador no tuvo la oportunidad de contemplar por no haber sido materia de objeciones, con lo que se desviaría el fin primordial de la casación, cual es el de uniformar la jurisprudencia. (Casación Civil, 25 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 498, 2ª.

35

CASACION

(Requisitos de la demanda).

Artículo 531 del Código Judicial.

No basta la alusión, en forma genérica, a una ley determinada o a un determinado decreto (que pueden constar de muchos artículos), para que se pueda dar por cumplido lo que establece el 531 del Código Judicial al señalar los requisitos que ha de llenar la demanda de casación, pues allí se ordena citar "los textos legales que el recurrente estime infringidos", no las leyes por su número y año. (Casación Civil, 25 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 501, 2ª.

36

CASACION

(Forma de conceder el recurso).

Artículo 523 del Código Judicial.

Dice el artículo 523 del Código Judicial que el recurso extraordinario lo concede el Tribunal, lo que significa que el auto que tal resuelva ha de ser dictado por todos los magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión, siendo de lógica procesal que la única entidad que tiene inicialmente competencia para decidir lo procedente respecto de los recursos que ante ella se interpongan contra las providencias dictadas por la misma Sala, ha de ser ésta en la pluralidad de sus componentes y no únicamente el Magistrado sustanciador. Faltando el requisito anotado, la Corte carece de facultad para cono-

cer del recurso extraordinario informalmente concedido, por lo cual cumple que regrese el proceso al Tribunal de origen para que se subsane el defecto anotado. (Casación Civil, 4 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 521, 1ª y 2ª.

37

CASACION CIVIL

(Cuantía).

Artículo 519 del Código Judicial.
Artículo 1º del Decreto 3547 de 1950.

Como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, el valor de una condena no señala la cuantía de un negocio ni puede tomarse como fundamento para decidir si es o no procedente el recurso de casación; en cambio, la estimación cuantitativa que haga el actor en la demanda principal circunscribe el valor de la acción intentada. (Sala de Casación Civil, 9 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 43, 2ª, y 44, 1ª.

38

CASACION CIVIL

(Técnica).

Artículo 520, numeral 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

El recurso de casación como extraordinario que es, ha de someterse a todas las formalidades que impone la ley procesal, pues la Corte no tiene en la consideración de él las amplias facultades del fallador de segunda instancia para revisar el fallo de primer grado por todos sus aspectos. De ahí que cuando la casación se refiere a violación de la ley proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, además de alegar el recurrente si se trata de herror de hecho o de derecho, debe determinar de cuál prueba se trata, demostrar el error alegado, y, como la transgresión invocada es indirecta, ha de indicar también los textos legales sustantivos que el acusador estime infringidos. (Sala de Casación Civil, 30 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 110, 2ª.

39

CASACION CIVIL

(Técnica).

Artículo 520 del Código Judicial.

De la lectura del cargo aparece que el ataque se formula por la falta de apreciación de toda la prueba documental, en su primera parte, y, por errónea apreciación de la prueba testimonial, en la segunda.

a) No procede en casación impugnar globalmente un conjunto de pruebas. Esa posibilidad sólo puede realizarse en las instancias, porque allí pueden discutirse todos los problemas del pleito. En cambio, en el recurso de casación, extraordinario y riguroso, sólo se juzga la sentencia frente a la ley sustancial o la ley procesal dentro de los motivos que engendran los errores **in procedendo.** Por eso, el recurso extraordinario no puede comprender la totalidad de lo que fue objeto en los debates de instancia, en orden a sustituír el juicio del fallador, ni de volver sobre las pruebas aducidas por las partes para asignarles valor distinto, porque en esto goza el Tribunal de soberanía y la sentencia se ampara con presunción de acierto, salvo la presencia de error evidente de hecho o error de derecho.

b) Por el aspecto probatorio, es preciso formular el cargo en el sentido que el ataque demuestre que el Tribunal cayó en uno de los errores dichos, pero no de una manera general, con relación a toda la prueba, sino

concretando la censura a prueba determinada. Si se trata de error evidente de hecho debe indicarse la prueba que a pesar de no existir se dio como existente, o la que, empero de figurar en los autos, y ser decisiva, no se vio por el fallador; y, si de error de derecho, deben señalarse las disposiciones de carácter probatorio infringidas y la influencia de ese error medio en la violación de la ley sustancial.

c) Referir la falta de apreciación a determinadas normas de la tarifa, sin embargo del mal planteamiento de la impugnación, podría dar lugar a interpretar el cargo como de error de derecho. Afirmar la falta de apreciación de una prueba, es postular un error de hecho. Pero sostener error por falta de apreciación del haz probatorio, equivale a no formular técnicamente la censura respectiva, porque entre otras cargas, el recurrente tiene la de señalar concretamente qué prueba dejó de apreciarse, en su caso, o cuáles se apreciaron con desvío, para que el recurso tenga prosperidad. (Sala de Casación Civil, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 46, 2ª, y 47, 1ª y 2ª.

40

CASACION CIVIL

(Técnica).

Artículos 519 y ss. del Código Judicial.

No se compadece con la índole del recurso de casación la forma alternativa de acusar, pretendiendo, por ejemplo, que la Corte se decida por ver en el acto impugnado, si no un contrato real de compraventa, al menos uno real de donación. Porque si en el recurso extraordinario ha de enjuiciarse la sentencia para ver si incurre, sí o no, en quebranto de la ley sustancial o de la procesal dentro de los motivos que originan los errores in procedendo, la acusación tiene que ser exacta y demostrada, lo cual excluye la concurrencia, así sea en forma subsidiaria, de cargos incompatibles o que se excluyen entre sí (Sala de Casación Civil, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 150, 2ª.

41

CASACION CIVIL

(Técnica).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Después del anuncio inicial de tratarse de una acusación por errores de hecho y de derecho en el examen de las pruebas, ya en concreto, refiriéndose el recurrente al punto de la identificación de los terrenos, y cuando era el momento de que precisara la exacta clase de error en que incurriera el fallo, especificando si respecto de una u otra prueba, o de ambas; ocurre que no aclara ni determina si los errores que cometiera el sentenciador al considerar las pruebas de inspección ocular y dictamen pericial, son de hecho o de derecho, y ello es de rigor, porque, según la técnica del recurso, no se produce el error de una y otra especie a la vez, dado que se trata, jurídicamente, de dos conceptos diversos claramente individualizados en el artículo 520 del Código Judicial; y técnicamente, de dos formas de error que tienen causas, entidad y tratamiento distintos; aparte de la necesidad de que la Sala de Casación y la parte opuesta al recurso, puedan proceder en sus respectivas esferas, sobre un derrotero inequívoco y seguro. (Sala de Casación Civil, 23 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 90, 2ª.

42

CASACION CIVIL

(Técnica).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Al comenzar el desarrollo del cargo se afirma que "el fallador se equivocó en la apreciación objetiva del peritazgo y de la inspección ocular"; pero más adelante agrega que "lo expuesto quiere decir que la pieza que se analiza (el dictamen), versa sobre hechos sujetos a los sentidos y expuestos según la profesión de los peritos, en forma que no deja lugar a la menor duda (artículo 722 del Código Judicial)"; de modo que no es posible hallar la puntualización del error imputado, ya que la equivocación sobre la apreciación objetiva de una prueba, sugeriría error de hecho, en tanto que la estimación de la prueba, frente al artículo 722 del Código Judicial, que cita el recurrente, configuraría error de derecho.

Se debe expresar, por tanto, precisamente, si el cargo se formula por error de hecho o por error de derecho, y no por los dos copulativa o disyuntivamente. (Sala de Casación Civil, 23 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 90, 2ª, y 91, 1ª.

43

CASACION LABORAL

(Presentación de la demanda).

Artículo 530 del Código Judicial).

No se encuentra en la ley ninguna disposición que exija la presentación personal del escrito en que se sustenta la demanda de casación. (Sala de Casación Laboral, 25 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 384, 2ª.

44

CASACION

(Cuantía).

Artículo 9º del Decreto 1762 de 1956.

Si la demanda principal alcanza la cuantía requerida por la ley para que el asunto sea susceptible de casación y la de reconvención no, el recurso sólo es procedente respecto de aquella parte de la sentencia que resuelve sobre la demanda principal. (Sala de Casación Laboral, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 397, 1ª.

45

CASACION

(Violación directa).

Artículo 87, numeral 1º, inciso 1º del Código de Procedimiento Laboral.

La jurisprudencia ha sido uniforme y constante en el sentido de que las acusaciones por infracción directa de la ley deben proponerse al margen de toda cuestión de hecho o probatoria discutida en el juicio, ya que de otro modo el concepto de la violación no es directo sino indirecto. (Casación Laboral, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 773, 2ª.

46

CASACION PENAL

(Requisitos de la demanda).

Artículo 531 del Código Judicial.

Reiterada y uniformemente ha sostenido esta Corporación que para que la demanda de casación prospere es indispensable que quien ejercita este recurso extraordinario debe ajustarse rigurosamente a los requisi-

tos exigidos para el caso por la ley, no sólo en su aspecto formal sino en su contenido intrínseco. En la conjunción de estos requisitos es en lo que jurídicamente se estructura una demanda, para que con base en ella pueda la Corte proceder a hacer un estudio de fondo en las cuestiones que en la misma se proponen.

Si la demanda impugna la sentencia criticándola por violación de la ley o por errónea o mala aplicación de la misma, o por errada apreciación de los hechos —como se afirma que ha ocurrido en este caso— deber del demandante es el demostrar de manera fundamentada, clara y precisa, los errores en que ha incurrido el fallador de instancia para que éstos puedan ser corregidos.

Pero este propósito no se logra por el hecho de presentar, a guisa de demanda de casación, un memorial alegato, con la sola invocación de las causales de casación, ni con la simple transcripción de conceptos expuestos en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, sino mediante la debida fundamentación y análisis de cada una de las causales invocadas. Al proceder de otra manera, el recurso de casación, que es un juicio de estricto derecho, cuyo primordial fin es el de mantener la exacta observancia de la ley, rigurosamente reglamentada por la misma ley, de hecho se convertiría en un recurso ordinario de instancia, contrariándose así el reconocido principio de que la casación no es instancia. Por esto, preciso es repetirlo, la Corte, como Tribunal de Casación, sólo puede estudiar las demandas que se ciñan a la ley que reglamente este recurso extraordinario. (Sala de Casación Penal, 12 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 281, 2ª, y 282, 1ª.

47

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

(Infracción directa).

Artículo 520, ordinal 1º, inciso 1º del Código Judicial.

La infracción de la ley sustantiva (ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial) es directa en estos tres casos, aparte de toda consideración relacionada con las pruebas: a) Cuando se deja de aplicar la ley a un caso o hecho previsto por ella o concorde con el supuesto de la misma (falta de aplicación o infracción directa específica); b) Cuando se aplica la ley, rectamente entendida, a un caso no regulado por ella y que le es extraño (aplicación indebida); c) Cuando a la ley se le da un sentido y alcance que no le corresponde y se hacen derivar de ella consecuencias inadecuadas a su verdadero contenido (interpretación errónea). (Casación Civil, 24 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 494, 2ª.

48

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Violación indirecta).

Artículo 520, ordinal 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

La violación de la ley sustantiva (ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial) es indirecta cuando se produce a consecuencia de un error de derecho en la valoración de las pruebas o de hecho en la apreciación de las mismas. En este supuesto el error de hecho o de derecho es el medio o vehículo que conduce a la infracción de la ley sustancial y por tanto estos yerros deben ser concretamente puntualizados y demostrados. (Casación Civil, 24 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 494, 2ª.

49

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Técnica).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Tanto en la violación directa como en la indirecta debe el recurrente indicar los preceptos sustanciales que considera quebrantados y el concepto en que lo han sido, esto es, si por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Además, si la infracción obedece a un error de derecho en la violación de las pruebas es forzoso determinar también las normas de carácter probatorio que se han violado por motivo de esa ponderación equivocada.

La acusación por infracción indirecta que se limita a mencionar los errores de hecho o de derecho, pero que no avanza hasta señalar los preceptos sustantivos quebrantados por causa de esos yerros, se queda en medio camino y resulta inadecuada e inepta para estructurar un cargo en casación. "Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto. El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones: a) El error y su demostración; b) La consiguiente violación de ley sustantiva detallada como manda el artículo 531 del Código Judicial; c) Incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia". (XLVI, 1934, 205. LIII, 1986, 641). (Casación Civil, 24 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 494, 2ª, y 495, 1ª.

50

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Errores de hecho y de derecho).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

La Corte ha predicado que en principio no es admisible en casación atacar el juicio del fallador sobre una prueba por error de hecho y de derecho simultáneos, los que en el orden del recurso se excluyen recíprocamente. (Casación Civil, 25 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 498, 2ª.

51

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Técnica).

Artículo 520, ordinal 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

Adolece de falta de técnica la acusación que impugna una sentencia simultáneamente por error de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas. Son numerosos los fallos en los cuales la Corte ha dicho que la impugnación propuesta en esta forma no es procedente, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 520, inciso 2º del ordinal 1º del Código Judicial, que autoriza presentarlos en forma disyuntiva, ya que, dada la naturaleza de cada cual, se excluyen, toda vez que si dejó de apreciarse una prueba, o si se dio por existente una que no obra, no puede decirse que se les dio el valor probatorio que no tienen, o dejó de dárseles el que les fija la ley. Y el error de valoración de un medio de juicio no puede ocurrir sino cuando se estimó, es decir, en el caso de no haberse cometido un error de hecho. (Casación Civil, 25 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 503, 2ª.

52

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Técnica).

Artículo 520, ordinal 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

Sin la cita de las normas sustantivas transgredidas, el cargo por error de hecho o de derecho no puede tener eficacia, puesto que la violación es indirecta o de medio, es decir que, aun demostrado el error, pero no citada la disposición violada por causa de él, el cargo es inane o carente de efecto en casación. (Casación Civil, 25 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 503, 2ª.

53

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Forma de violación directa).

Artículo 520, ordinal 1º, inciso 1º del Código Judicial.

La violación directa ocurre cuando no se aplica la norma al caso que ella regula; la aplicación indebida supone buen entendimiento de la norma legal, pero irregular aplicación, porque la situación o hecho no está comprendido dentro de los límites de la disposición o porque se le hace producir distintos efectos de los que en sí contempla; e interpretación errónea, vicio, asimismo, en la comprensión general y abstracta de la ley, en el que se cae por entender equivocadamente su contenido, abstracción habida de la cuestión de hecho que regula. (Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial). (Casación Civil, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 518, 2ª.

54

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Técnica).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

En el orden lógico, frente a los motivos previstos en el numeral 1º, artículo 520 del Código Judicial, no se entiende cómo, una misma norma, el mismo principio, se deje de aplicar y, al mismo tiempo, se aplique mal, por error en su contenido o en la apreciación de los hechos. Censurar un fallo en esta forma contradictoria es hacer imposible la calificación jurídica de la materia. (Sala de Casación Civil, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 518, 2ª.

55

CAUSAL 1ª DE CASACION

(En relación con la prueba testimonial).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial. Artículo 4º, Ley 45 de 1936.

Esta Corte tiene dicho, respecto a la prueba testimonial en las controversias de estado:

"Si en los procesos para declarar la paternidad natural por ministerio de la justicia, el sistema normativo de la causal basada en el concubinato difiere en último término a la convicción del sentenciador formada en lo íntimo de su propia conciencia, la prosperidad de la demanda de casación queda circunscrita al presupuesto extraordinario de error craso por lo absurdo o por ignorancia de medios que escaparon a los ojos del juzgador para desvirtuar por vía de consecuencia el juicio que emitiera. Porque si la paternidad no es susceptible de prueba directa y su declaración ha de fundarse en inferencias simples cuando se realiza fuera de ma-

trimonio, el grado mismo de convicción que funden y su vigor para descubrimiento de la verdad procesal, encuentra refugio en el fuero interno del sentenciador y permanece al abrigo de cualquiera duda que pudiera surgir de algún examen ulterior de los testigos allegados al debate, en razón de que la duda y la evidencia se excluyen recíprocamente como estados mentales y nunca habrá entonces apoyo plausible para decretar la ruptura del fallo acusado". (XC, 2.210, pág. 300). (Casación Civil, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 518, 2ª, y 519, 1ª.

56

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Técnica).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Resulta contradictorio postular un cargo por error de hecho manifiesto y simultáneamente afirmar que el fallador valoró la prueba; eso solo destruye la acusación y puede tomarse como razón suficiente para su rechazo. (Numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial). (Casación Civil, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 525, 1ª.

57

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Técnica).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Es antitécnico formular cargo por violación directa de la ley a través de medios probatorios. El error jurídico es independiente de consideraciones de ese orden. El impacto a la ley sustancial se cumple entonces por desvío del juicio en cuanto a la existencia, a la validez o sobre el significado de aquélla y se concreta en la parte resolutiva de la sentencia sin mediar transgresión de las leyes de comprobación. El cotejo analítico se verifica entre la sentencia y la norma. El recurrente, en esa hipótesis, acepta los hechos tal como los presenta el fallo; pero afirma, y debe demostrarlo, que los cánones legales se aplicaron a un hecho inexistente, o que no se aplicaron al hecho existente. (Numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial). (Casación Civil, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 525, 2ª.

58

CAUSAL 1ª DE CASACION

(En relación con interpretación de contratos).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

En materia de interpretación de contratos, la violación de la ley sustancial puede provenir no sólo del desconocimiento de los preceptos de hermenéutica (artículos 1618 y siguientes del Código Civil), sino también de los errores de hecho o de derecho que se cometan en la apreciación de las pruebas referentes a la convención que se discute. (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 551, 2ª.

59

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

(Referida especialmente a la estimación de la prueba indiciaria).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Como el recurrente pretende contraponer su propio criterio al del juzgador en el análisis del material probatorio en que éste se apoyó para tener como probados los hechos indicativos de la simulación, conviene reiterar una vez más la doctrina que informa el artículo 520 del Código Judicial, en la se-

gunda parte de su ordinal 1º, es a saber: que todo fallo de segunda instancia llega a la Corte cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado pór el Tribunal; que en esta virtud, cuandoquiera que en el recurso extraordinario se pretenda destruír esa presunción, será necesario como lo exige el referido inciso del artículo 520, que se demuestre ante la Corte, o bien que la tarifa legal fue violada, si de error de derecho en la estimación de las pruebas se cuestiona, o bien que en tal apreciación se incurrió en contraevidencia o error manifiesto de hecho, si de esta segunda especie de yerro se trata; y que, a menos de incidencia en una de estas dos especies de error, el Tribunal es autónomo en la estimación de las pruebas. Por esto, su juicio sobre las circunstancias de pluralidad, gravedad, precisión y conexión de los indicios es intangible en casación, salvo que en ese proceso mental el sentenciador haya partido del supuesto de estar probado un hecho básico sin estarlo, o que hallándose debidamente demostrado un hecho se haya omitido deducir de él cierta necesaria consecuencia que hubiera impuesto por sí sola una decisión distinta, o que de tal indicio o conjunto de indicios se deduzcan consecuencias abiertamente contrarias a la lógica elemental, por faltar entre éstas y aquéllos el obligado vínculo de causalidad. (Sala de Casación Civil, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 146, 2º.

60

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que la sentencia acusada ha violado "por aplicación indebida e interpretación errónea, los artículos 209 y 398 del Código Judicial, permitiendo la acumulación de acciones inacumulables, rompiendo la continencia de la causa e incurriendo así en flagrante error de derecho".

Esta impugnación toca con la violación directa de la ley, contemplada en el artículo 520 del Código Judicial como primer motivo de casación, cuando "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", causal que es conocida bajo la denominación genérica de violación directa, y que los tratadistas franceses e italianos denominan transgresión por error jurídico. Pero, aunque la aplicación indebida es manifiesta, según se vio en otra parte de este mismo fallo, el recurso no es viable, porque las normas transgredidas no son sustantivas. El recurrente ha debido citar las de esta índole que violó el Tribunal por causa de haber aceptado la indebida acumulación, esto es, por haber desconocido la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, que le obligaba al fallador a inhibirse de resolver en el fondo. (Sala de Casación Civil, 30 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 109, 2ª.

61

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

Artículo 520 del Código Judicial.
Artículo 1394, reglas 7ª y 8ª, del Código Civil.

La ley sustancial violada, según la impugnación, son las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del Código Civil, sobre las cuales no puede fundarse la causal primera de casación, por ser de carácter adjetivo, como repetidamente lo ha declarado la Corte. (V. Cas. de 11 de septiembre de 1954, en la cual se citan otras varias en el mismo sentido. LXXVIII, 2146. 588). (Sala de Casación Civil, 12 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 121, 1ª.

73

COMPENSACION

(En materia laboral).

Artículos 59 y 149 del Código del Trabajo.

De conformidad con los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran en general la prohibición de los patronos para deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que correspondan al trabajador, tal cosa puede hacerse mediante autorización previa escrita de éste para cada caso. (Sala de Casación Laboral, 18 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 378, 2ª.

74

COMPETENCIA

(De la Sala Civil de la Corte).

Artículo 32 del Código Judicial.

Estando restringida la competencia de la Sala de Casación en lo Civil a los asuntos excepcionales que le señala el artículo 32 del Código Judicial en sus tres numerales, la que le confiera la ley para conocer de cualquier otro negocio debe serle señalada de modo expreso, claro y terminante, de acuerdo con el principio de que la competencia no se establece por analogía o extensión, sino por disposición expresa de la ley. (Casación Civil, 14 de octubre de 1960. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 482, 2ª, y 483, 1ª.

75

COMPETENCIA

(No la tiene la Corte para reconstrucción de procesos).

Artículo 32 del Código Judicial.
Decretos 1683 y 4135 de 1948.

La Sala de Casación, en los términos del artículo 32 del Código Judicial, no tiene competencia sino para conocer de los recursos extraordinarios de casación y de revisión en los negocios civiles; de los recursos de hecho contra los autos en que se deniegue la concesión del recurso de casación; y para resolver si procede o no el cumplimiento en Colombia de las sentencias pronunciadas en país extranjero.

Estando restringida la competencia de la Sala de Casación en lo Civil a estos tres casos excepcionales, la que le confiere la ley para conocer de cualquier otro negocio debe serle señalada de modo expreso, claro y terminante, de acuerdo con el principio de que la competencia no se establece por analogía o extensión sino por disposición expresa de la ley. En providencia de 2 de septiembre último, dijo la Corte al respecto:

"No son de 'simple detalle' o meramente supletorias sino de orden público las leyes que organizan las jurisdicciones y delimitan sus respectivas competencias. 'Puesto que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento' (63 C. N.); desde luego que competencia es la facultad del Juez para ejercer por autoridad de la ley, 'en determinado negocio', la jurisdicción que corresponde a la República (143 C.), y comoquiera que usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente (148 ibídem), el criterio de analogía es ajeno a la aplicación de las normas sobre jurisdicción y competencia de las autoridades judiciales".

Ahora bien, el Decreto 0242 de 3 de febrero de 1951 en el artículo 5º dispuso: "En todo caso de destrucción o extravío de un proceso civil o penal, se aplicarán para su reconstrucción, las disposiciones de los Decretos 1683 y 1897 respectivamente".

El primero de estos decretos, de 19 de mayo de 1948, fue dictado para la reconstrucción de los procesos civiles que se destruyeron en el Tribunal Superior de Bogotá y en los Juzgados del Circuito con sección judicial

cendio del Palacio de Justicia en el mes de abril de aquel año, como lo dice el primero de los considerandos. Debe tenerse presente que la reconstrucción no abarcó expedientes de negocios adelantados en la Corte Suprema de Justicia, porque allí no hubo destrucción de ninguno de ellos. Por lo mismo la competencia según lo dicen los textos pertinentes (artículos 2º, 3º, 7º, 8º, 13, 14, 18) le fue conferida a los jueces del Circuito y a los Magistrados del Tribunal Superior.

Este decreto expedido por el Gobierno, en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional, dejó de regir en virtud del levantamiento del estado de sitio en diciembre de 1948, según lo preceptúa el mismo artículo 121, y porque el Gobierno, en uso de las facultades extraordinarias pro tempore de que fue investido por la Ley 90 de 1948, dictó el 4135 de 16 de diciembre de dicho año, en el cual se incorporaron textualmente todas las disposiciones que contenía el 1683, que en su artículo primero dice: "Para la reconstrucción de los procesos civiles que fueron destruídos con ocasión de los sucesos ocurridos el 9 de abril y días siguientes del corriente año se observan las normas consignadas en los artículos siguientes". Este decreto se halla en vigencia, al contrario del 1683 que dejó de regir por las circunstancias anotadas, pero la competencia conferida por él, también quedó limitada a los Magistrados de Tribunal Superior y a los Jueces de Circuito. (Artículos 2º, 3º, 7º, 8º, 13, 14, 18).

La orden de aplicar el Decreto 1683 de 1948 contenida en el artículo 5º del Decreto 0242 de 1951 "En todo caso de destrucción o extravío de un proceso civil..." se refiere a normas que dejaron de regir por el restablecimiento del orden público, sin que la alusión a ellas las haya hecho revivir, dado que claramente dice el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 que una ley derogada no revive por las solas referencias que de ella se hagan, y que "una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva". De otra parte, si tanto el Decreto 1683 como el 4135, que sustituyó al anterior, solamente dieron competencia para la reconstrucción de los procesos a los Jueces del Circuito y a los Magistrados de los Tribunales Superiores, no cabría aceptarse que los Magistrados de la Sala de Casación Civil, que tienen una competencia de carácter extraordinario, excepcional, hayan adquirido, por extensión o por analogía, la indispensable para reconstruír procesos destruídos o extraviados que cursaban en la Corte, porque, como se dijo arriba, las normas que organizan las jurisdicciones y delimitan la competencia siendo de orden público, no son supletorias sino restrictivas y no susceptibles de aplicarse con criterio de analogía.

En conclusión, no tienen competencia los Magistrados de la Corte, Sala de Casación Civil, para reconstruír procesos civiles desaparecidos o extraviados. (Casación Civil, 14 de octubre de 1960. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 482, 2ª, y 483, 1ª y 2ª.

76

COMPETENCIA

(No la tiene la Corte para reconstrucción de procesos).

Artículo 32 del Código Judicial.

1º Por definición del artículo 143 del Código Judicial, competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República.

Autoridad de la ley y determinado negocio, aquella como facultad abstracta y éste como oportunidad de realizarla, en virtud de que la competencia es por su naturaleza un problema procesal, son los elementos que al avocar el conocimiento de un negocio debe

examinar el juzgador. Si es competente en razón de las normas que la dan y si la vía es adecuada, su deber es, dentro de las limitaciones del sistema dispositivo, impulsar el procedimiento, de lo contrario, resolver oportunamente sobre la imposibilidad de continuarlo. Y para determinar su competencia debe examinar las leyes que la conceden. Si hay atribución concreta, no puede negarse a aplicar la jurisdicción que por razón de la competencia le corresponde, si no quiere incurrir en denegación de justicia, y, si no le está atribuída de manera concreta y específica, no podrá conocer del negocio, porque de hacerlo, incurriría en usurpación de jurisdicción, con el aditamento de nulidad de lo actuado.

2º La competencia dada a la Sala de Casación Civil de la Corte por el artículo 32 del Código Judicial, es excluyente, en el sentido de que no puede conocer de otros negocios, y por el aspecto de que ninguna otra entidad o funcionario podría tener competente conocimiento de los asuntos en esa disposición detallados.

3º La Corte tiene como función específica conocer, en cuanto a recursos, los de impugnación de carácter extraordinario, distintos a los demás en cuanto a su contenido, finalidad y al órgano ante quien se ejercitan. De modo que atribuciones distintas a las fijadas en el artículo citado del Código Judicial deben darse de modo expreso y, como ninguno de los decretos mencionados, aun teniendo por vigentes los que no lo están, atribuyeron jamás competencia a la Sala Civil para reconstruír procesos incinerados o perdidos, es claro, en razón de las reglas de competencia, que esta Sala no es órgano adecuado para ejercer la función que se pretende. (Casación Civil, 24 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 486, 1ª y 2ª.

77

COMPETENCIA

(En delito de estafa).

Artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

El acto de la entrega del cheque no es el que determina cuál es el Juez competente para conocer del delito de estafa cometido por medio de un tal instrumento; la competencia la viene a fijar la circunstancia en que, presentado para el pago, el banco se niega a hacerlo efectivo por falta de fondos del girador. En ese momento y lugar se configura jurídicamente el aspecto engañoso o artificio que significa la estafa, porque es entonces cuando la intención del agente logra su realización objetiva y cuando el sujeto pasivo tiene conocimiento del engaño. (Sala de Casación Penal, 23 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 228, 1ª y 2ª.

78

COMPETENCIA

(En procesos militares).

Artículo 331 del Código de Justicia Penal Militar.

En conformidad con el artículo 331 del Código de Justicia Penal Militar, los Comandantes de Batallón conocen en primera instancia en los procesos penales militares contra el personal de tropa de su respectivo batallón. (Sala de Casación Penal, 30 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 240, 1ª.

79

COMPETENCIA PENAL MILITAR

Artículo 308, numeral 2º, del Decreto 250 de 1958.

El delito atribuído al agente de la Policía acusado, ocurrió a principios de octubre de

1957. Para entonces y por virtud del Decreto 1426 de 1954, el conocimiento de los autos correspondía a la justicia militar. Esa competencia, sin consideración a que el territorio de la República estuviera en estado de sitio, y el consiguiente fuero militar para el agente del delito, subsistió hasta la expedición del Decreto 0250, es decir, hasta el 11 de julio del año de 1958.

Bajo el imperio de este nuevo Código de Justicia Penal Militar la situación respecto de la competencia y del fuero respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas (que incluye a los Agentes de la Policía), varió fundamentalmente.

De una parte, el ordinal 2º del artículo 308 dio competencia a la justicia penal militar para conocer de "los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público"; y de otra, en los artículos 618 y 619, en su orden, dispuso:

"Los procesos en curso que por razón de este Decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción, se remitirán inmediatamente en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal".

"Las disposiciones procedimentales contenidas en este Decreto se aplicarán a todos los procesos de competencia de la jurisdicción militar que estén en curso, cualquiera que haya sido la fecha de su iniciación, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 153 de 1887".

Por Decreto 321 de 1958 fue levantado el estado de sitio en la mayoría de los Departamentos, entre ellos Antioquia, territorio dentro del cual ocurrió el delito a que se refiere el proceso. La disposición aludida tuvo vigencia a partir del 27 de agosto de 1958.

En estas condiciones, se tiene: la justicia castrense tuvo competencia para el conocimiento de este proceso hasta la fecha últimamente citada, como que en ella perdió el acusado el fuero garantizado en derecho, primero por el Decreto 1426 de 1954, luégo por el Decreto 0250 de 1958, en cuanto el lugar de comisión del delito se mantuvo bajo el estado de sitio. Levantado éste, se imponía para el caso de autos, dar aplicación a los artículos 618 y 619, atrás copiados.

Así se deduce en consideración a que el Decreto 0250 no conservó el fuero castrense para los delitos comunes, salvo que su comisión hubiera tenido lugar en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público, pero en estos eventos excepcionales de que da cuenta el ordinal 2º del artílulo 308 del Código de Justicia Penal Militar, necesariamente debe estar vigente el fuero al tiempo del juicio. Cuando la justicia militar avocó el conocimiento del proceso para su calificación de fondo por el Comando de la Policía de Antioquia, ya había cesado el estado de sitio en esa sección del país. En efecto, el auto de proceder lleva fecha 24 de julio de 1959, y del negocio empezó a conocer dicho Comando en virtud del auto proferido por la Cuarta Brigada el 14 de noviembre de 1958, en el que dispuso, con base en el artículo 347 del Código de Justicia Penal Militar remitir el sumario "al señor Comandante de la Policía del Departamento de Antioquia, por ser de su competencia".

Si el Decreto no mantuvo el fuero castrense para delitos comunes, salvo las excepciones de que trata el ya citado artículo 308, ni ese fuero tiene efecto retroactivo, resulta claro que la competencia para juzgar al procesado es de la justicia ordinaria.

Hay, pues, incompetencia de jurisdicción, causal de nulidad que la ley de procedimiento penal consagra y que a la vez tiene amparo en el artículo 26 de la Carta, como que todo procesado debe ser juzgado "ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". (Sala de Casación Penal, 2 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 248, 1ª y 2ª.

80

COMPETENCIA

(Relativa o prorrogable).

Artículo 152 del Código Judicial.

La competencia de los jueces es absoluta o relativa. La absoluta, según el artículo 151 del Código Judicial, se fija en consideración "a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes", de acuerdo con las disposiciones que determinan "las atribuciones de cada autoridad judicial", como sucede en los artículos 29 y siguientes, 76, 78, 109, etc., del Código Judicial.

La competencia que atañe al territorio o lugar donde debe ventilarse el juicio, tiene el carácter de relativa o prorrogable, porque solamente se fija en razón a la distribución del trabajo entre los jueces de la misma categoría y grado, ya que sería humanamente imposible, por ejemplo, que un solo Juez civil del Circuito resolviera todos los litigios a que alude el artículo 109 del Código Judicial, suscitados en toda la extensión del territorio nacional; por esto, se hace indispensable la creación de numerosos jueces de esta naturaleza, con el fin de que entiendan y fallen las distintas controversias; y con el objeto de seguir algún orden en la división del trabajo, como primera medida, se divide el territorio en varios Distritos Judiciales, los cuales a su turno se subdividen en varios circuitos judiciales y éstos en términos municipales.

Ahora, supuesta la división territorial, se necesita determinar el criterio o método para hacer la distribución de negocios entre los jueces de la misma categoría, a lo cual atiende el artículo 152 del Código Judicial, que conjuga los tres elementos de todo proceso, según los tratadistas, a saber: personas, bienes e instrumentos.

En primer término, prefiere el domicilio del demandado o **forum rei** al del actor, conforme a lo ordenado en el numeral 2º del artículo citado: "En los asuntos contenciosos, por regla general, conoce el respectivo Juez del domicilio del demandado", con la advertencia de que si tiene varios, conoce cualquiera de ellos a prevención, y si no tiene ninguno, el de su mera residencia.

Por consiguiente, cuando el demandado tiene varios domicilios, corresponde al actor elegir o determinar el Juez competente por razón de la sede del demandado, sin que sea menester un acuerdo de voluntades entre las partes, porque no se trata de un contrato, sino de un acto procesal, el cual no ha menester de la "aquiescencia del demandado", ni tampoco se requiere la "concurrencia de las voluntades del demandante y del demandado", pues, en estos casos, propiamente no existe una prórroga de la competencia, sino que existen dos o más jueces competentes, cuya determinación corresponde al demandante.

En las acciones reales, como en la reivindicación de inmuebles, de acuerdo con el numeral 12 del mismo artículo (v. num. 6, 8, 10 ib.), el demandado puede ser citado al juicio ante el Juez de la ubicación del inmueble o foro real, sin que pueda hacer objeción alguna, ni oponer la excepción dilatoria de falta de competencia en el Juez, elegido o determinado unilateralmente por el actor.

Respecto del foro instrumental, o sea, el que se determina por el lugar donde se consumó el hecho, se celebró el contrato o debe cumplirse la obligación, conforme al inciso 2º del numeral 3º del memorado artículo (v. num. 13, 14 ib.), ocurre exactamente lo propio, porque corresponderá al actor la elección del Juez que ha de avocar el conocimiento del pleito.

En conclusión, cuando existen dos o más jueces competentes para conocer de un negocio, sea en consideración al domicilio del demandado, o por la ubicación del inmueble, en las acciones reales, o por la sede para el cumplimiento de la obligación, el actor ten-

drá la iniciativa exclusiva de determinar el Juez que haya de avocar el conocimiento del pleito sin necesidad de la aquiescencia del demandado.

Respecto del Estado, si bien goza de fuero en cuanto a la categoría del Juez que ha de conocer en primera instancia, expedido en 1931 el Código de Procedimiento Civil vigente, si existen dos o más tribunales competentes, en la práctica corresponderá al actor determinar el que debe conocer el litigio, mediante la presentación de la demanda.

En el antiguo Código Judicial, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá era el único competente para conocer de los negocios contenciosos contra el Estado; por tanto, según aquella legislación, la competencia del tribunal citado tenía el carácter de absoluta, esto es, no podía prorrogarse, además de que tenía la calidad de Juez único; sin embargo, con la reforma introducida por el artículo 155 de la Ley 105 de 1931, la situación se modificó sustancialmente, según pasa a verse.

En efecto, dice el artículo 155 citado: "En los juicios que se sigan contra el Estado, el Tribunal Superior competente es el del domicilio del demandante, y en los que siga aquél, el de la vecindad del demandado".

Sobre este artículo dijo la Comisión redactora del actual Código Judicial: "Así, tratándose del Estado, que propiamente no tiene domicilio, avisa el proyecto (artículo 155) que en los juicios que él siga, es competente en primera instancia el Tribunal Superior del domicilio del demandado, en aquellos en que esa entidad sea demandada, lo es el Tribunal Superior de la vecindad del demandante, **a intento de evitar que se recargue sobre modo el Tribunal de Bogotá, que es el que tiene más trabajo que todos, y que tiene un personal más reducido, habida cuenta del cúmulo de negocios a su cargo**". (Subraya la Sala).

Por tanto, según el artículo 155 del Código Judicial y el comentario de la Comisión redactora, cuando se demanda al Estado, dos o más tribunales superiores pueden ser competentes para conocer de un litigio, si el actor tiene domicilio en dos o más Distritos Judiciales y a él le corresponderá determinar, con la presentación de la demanda, el que ha de conocer del litigio; asimismo, si el demandado tiene domicilio en dos o más Distritos Judiciales, el Gobierno podrá autorizar a cualquiera de los respectivos Fiscales para promover el juicio.

Si bien el Estado no tiene domicilio, en la forma definida por el Código Civil, para las personas naturales, no puede remitirse a duda que, en virtud del artículo 155 del actual Código Judicial, en cada una de las sedes de los Tribunales Superiores debe considerarse al Estado con aptitud suficiente para comparecer en juicio como demandado, o sea, si en el antiguo Código Judicial la competencia del Tribunal de Bogotá tenía el carácter de absoluta, ahora de la que se hallan investidos todos los tribunales de la República, tienen la cualidad de relativa, porque el domicilio del demandante no tiene otra finalidad que la de servir de guía en la distribución o división del trabajo, sin excluír la posibilidad legal de la concurrencia de otros tribunales también competentes para conocer del mismo litigio, en función de fuero o foro real o instrumental, según la ubicación de los inmuebles, objeto de una acción real, o del lugar en donde se consumaron los hechos, fuentes de la acción deducida en juicio. (Sala de Negocios Generales, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 454, 2ª, y 455, 1ª.

81

COMPETENCIA CONDICIONADA DE LA CORTE

(Para juzgar altos funcionarios).

Artículo 97 de la Constitución Nacional.

La competencia de la Corte para juzgar a los altos funcionarios, entre ellos a los Con-

sejeros de Estado, como Juez de única instancia, está necesariamente condicionada a una actuación previa del Congreso, lo que significa que no puede asumir esa competencia por sí y ante sí. Por tanto, al resolver la honorable Cámara de Representantes que no hay fuero para el Consejero de Estado a quien se sindica en estas diligencias y que las disposiciones legales que dan competencia a la Corte están derogad..., para concluír que es incompetente esa Cámara, en lo que respecta a ejercer su función acusadora, no sólo inhibió al Senado como Juez, sino también a la Corte. (Casación Penal, 2 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 595, 1ª.

82

COMPETENCIA DE LA CORTE

(Para el juzgamiento de altos funcionarios).

Artículo 42, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 29 (inciso final) del Código Judicial.

Si de conformidad con el ordinal 5º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal tiene la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, competencia para conocer de las causas que se sigan contra los altos funcionarios allí enunciados, sin hacerse distinción alguna en cuanto a la naturaleza de los delitos, es decir, que sean **comunes u oficiales**, distinción que sí aparece de modo expreso en los ordinales 6º y 7º de la misma disposición, resulta obvio que, haciéndose referencia en el acotado artículo 5º a los casos del artículo 97 de la Constitución, lo preceptuado en el inciso final del artículo 29 del Código Judicial conserva su vigencia. En otros términos, la competencia de la Corte continúa sujeta a las condiciones de procedibilidad allí establecidas, o sea, que:

"Para que la Corte conozca en los casos mencionados en este artículo, es preciso que haya precedido acusación de la Cámara de Representantes, que la acusación haya sido públicamente admitida y que el Senado ponga al acusado a disposición de la misma Corte".

La fuerza de este mandato legal subsiste, pues la única modificación se refiere a fijar la competencia en la Sala Penal, que conforme al artículo 29 del Código Judicial correspondía antes a la Sala Plena. (Casación Penal, 2 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 595, 1ª y 2ª.

83

COMPETENCIA CONDICIONADA DE LA CORTE

(Para juzgar altos funcionarios).

Artículo 97 de la Constitución Nacional.

En tradicional y reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que un sistemático análisis de las disposiciones constitucionales y legales que reglan los juicios especiales contra los altos funcionarios del Estado, permite llegar a las siguientes conclusiones:

a) Corresponde al Senado de la República conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (artículos 96 y 102, atribución 5ª de la Constitución, y 579 del Código de Procedimiento Penal);

b) Si la acusación es públicamente admitida y se trata de delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado, por sí o por medio de una comisión de su seno, instruirá el sumario hasta calificarlo. (Artículos 97, ordinales 1º, 2º y 4º de la Constitución Nacional y 593, inciso 1º, y 594, incisos 1º y 4º, del Código de Procedimiento Penal);

c) Si el Senado llamare a juicio por delito cometido en ejercicio de funciones, o por indignidad, continúa el juicio hasta su culminación. Sólo que en el caso de sentencia condenatoria "no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca pena". (Artículos 97, regla 2ª, de la Constitución y 594, inciso 4º del Código de Procedimiento Penal);

d) "Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema". (Artículos 97, regla 3ª, de la Carta, y 594, inciso 3º del Código de Procedimiento Penal).

De lo anterior se desprende, con suma claridad, que sin la acusación previa de la Cámara, ya se trate de delitos de responsabilidad o de delitos comunes, el Senado carece de competencia para conocer del asunto. Asímismo, según el sistema constitucional y legal vigente, la Corte sólo adquiere competencia para juzgar a los altos funcionarios, por delitos oficiales o por infracciones comunes, cuando la Cámara Alta ha agotado las atribuciones que le corresponden conforme al artículo 97 de la Carta. (Ver autos de 3 de mayo de 1944, G. J. Tomo LVII, pág. 718; 12 de septiembre de 1947, G. J. Tomo LXIII, pág. 451; 14 de septiembre de 1950, G. J. Tomo LXVIII, pág. 202; 11 de marzo de 1954, no publicado en la Gaceta, y 19 de abril de 1954, Tomo LXXVII, 474).

Esencialmente, el criterio de la Corte ha sido acorde, en cuanto a las referidas condiciones de procedibilidad, con el pensamiento de la Comisión redactora del Código de Prodimiento Penal vigente. En la exposición de motivos del proyecto que luégo se convirtió en la Ley 94 de 1938, la Comisión Penal dijo sobre el particular:

"Adoptada la resolución de reducir a lo estrictamente constitucional el juzgamiento por el Senado de los altos funcionarios públicos por infracciones de la ley penal, se imponía a la Comisión la necesidad de resolver algunos problemas c dentro de las leyes actuales han suscitado controversias en la doctrina y en la práctica".

"Desde luego debía definirse el carácter que tiene la Cámara en esta clase de procesos, comoquiera que, a pesar de que los textos constitucionales dicen que a la Cámara de Representantes corresponden funciones de fiscal, se ha venido discutiendo si la Comisión que nombre la Cámara, para inquirir si debe o no acusar ante el Senado, tiene o no carácter de funcionario de instrucción".

"Creyendo interpretar acertadamente los textos constitucionales, la Comisión le ha atribuído a la Cámara en estos casos el carácter de Agente del Ministerio Público, y le ha otorgado al Senado, una vez admitida la acusación, el de funcionario de instrucción y juzgador".

"Resuelto este problema, era necesario determinar las etapas del proceso ante el Senado en una forma que armonizara con los preceptos constitucionales y que se echa de menos en la legislación vigente".

"Por esta causa se adoptaron las siguientes normas:

"Aceptada la acusación por el Senado, éste directamente o por medio de una comisión, instruye el sumario. Terminado esto, se procede a su calificación: si se dicta sobreseimiento, se archiva el proceso; si se llama a juicio y se trata de delitos comunes, se pone el proceso y el sindicado a disposición de la Corte Suprema de Justicia; si se dicta auto de proceder y se trata de infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas o so pretexto de ejercerlas, se abre el juicio y se

señala el día y hora para la audiencia pública; surtida la audiencia pública, se dicta la sentencia". (Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal, Tomo VIII, página 242).

Dentro de este orden de ideas, esta Corporación sostuvo fundamentalmente en la ya citada providencia del 12 de septiembre de 1947, de que fue ponente el Magistrado Agustín Gómez Prada, que la Corte no puede conocer de las causas que se adelanten contra los Consejeros de Estado sino cuando, por merecer pena distinta de la destitución del empleo o la suspensión o privación de los derechos políticos, los ponga el Senado a su disposición.

Los fundamentos cardinales de aquella providencia fueron transcritos en el auto recurrido, pero, no habiendo sido desvirtuados, conviene recordarlos de nuevo en obsequio de un mejor orden lógico en el desarrollo de este proveído:

"Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado, ni a la Corte Suprema de Justicia, el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue derogado expresamente por el Acto Legislativo número 1º de 1945".

"Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 26, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados". (Refiérese la Corte a los artículos 46 de la Ley 167 de 1941, 20 del Código Judicial y concordantes de ellos).

"Pero se dirá que al incluír la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Consejeros de Estado, significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indica, pero no cuando ella lo rechace desde todo punto de vista, como aquí acontece".

"En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado, mediante acusación de la Cámara, de los Ministros, por ejemplo, sino varias: el Presidente de la República, los Ministros, el Procurador, los Magistrados de la Corte, en una palabra, los altos funcionarios del Estado. Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata— no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el constituyente para no extenderla a otro caso en que se contemplan iguales condiciones".

"En segundo lugar, los Consejeros de Estado deben tener las mismas calidades que los Magistrados de la Corte (artículo 139 de la Constitución), lo que implica que deben gozar de los mismos derechos y prerrogativas que éstos (artículo 45 de la Ley 167 de 1941), entre los cuales debe entenderse el de ser juzgados por la misma entidad que conoce de las causas contra los dichos Magistrados".

Con estos antecedentes y exponiendo las razones jurídicas que estimó oportunas, la Corte, en síntesis, afirmó lo siguiente en el auto recurrido:

1. El artículo 102 de la Carta no comprende a los Consejeros de Estado, pero esa omisión tan enfáticamente destacada por la honorable Cámara para declarar la inexistencia del fuero respecto de aquellos funcionarios, no sólo fue suplida por la ley sino que otros textos constitucionales, como los artículos 51 y 62, indican claramente la facultad de las disposiciones ordinarias para consagrarlo

dicial) es de suyo divisible y apenas se reconoce en parte, a ello se limita la confesión. Y es de igual manera si el declarante en su respuesta individualiza o determina el hecho con características diferentes de las que figuran en el interrogatorio. De allí que si en estas hipótesis no existe en el proceso ninguna otra prueba que la confesión, el fallo adverso al declarante encuentra límite en su propio testimonio. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª.

93

CONFESION

(Su calificación como objeto de casación).

Artículos 609 y 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Por estar vinculada la naturaleza jurídica del reconocimiento judicial a la apreciación de circunstancias de hecho y a poderes discrecionales para valorarlo como divisible o indivisible, en principio el sentenciador no es susceptible de censura al respecto. Pues sólo por vía excepcional podría demostrarse en casación que el fallo acusado desconoce o supone la existencia o el significado obvio de las palabras del declarante, con yerro manifiesto de hecho; o bien, que contraría los dictados elementales del sentido común para afirmar o negar en plano jurídico el mérito del medio, en contradicción con el ordenamiento legal de las probanzas, y por esto, con error de derecho. En ambas situaciones, claro está, como causa eficiente del quebranto de normas sustanciales determinadas. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª.

94

CONFESION

(Su calificación como objeto de casación).

Artículos 609 y 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Si en concreto aparece que el demandado compraventas no fue pagado el precio según aparece en las escrituras, porque hubo novación, y el sentenciador valora como divisible el reconocimiento, no se ha equivocado de hecho porque en nada desconoce los términos de la declaración; ni tampoco de derecho, porque el acto novatorio invocado en descargo, presupone elementalmente otro acto que por el nuevo viene a ser sustituído. De donde no hay vicio de razonamiento ni quebranto de la tarifa probatoria. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª, y 512, 1ª.

95

CONFESION

(Indivisible).

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

Es principio de derecho probatorio que la confesión sólo puede ser individua cuando los hechos favorables que la constituyen tienen al menos verosimilitud. (Casación Penal, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 624, 1ª.

96

CONFESION DIVISIBLE E INDIVISIBLE

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

La confesión del procesado, como ocurre en el caso de autos, puede legítimamente dividirse, porque una de sus partes está contradicha por las pruebas (la que busca la justificación del hecho por defensa legítima) y la otra está confirmada por varios testimonios (la imputación del hecho al procesado).

Esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 1942 (G. J. Tomo LIV, pg. 204) anota que "el dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad, cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobacio-

colaborador de esta Corporación con argumentos valederos. Antes bien, acepta la verdad indubitable de que el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal está vigente, porque, como acertadamente lo expresa el señor Procurador, la derogación del artículo 5º del Acto Legislativo de 1914, que facultaba a la ley para reglamentar lo atinente a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, no implica derogar lo que ya estaba dispuesto sobre la materia por las leyes de 1931 y 1938.

El primitivo proyecto del actual artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, tal como fue presentado a la consideración de la Comisión Redactora de dicho estatuto por el doctor Timoleón Moncada, estaba concebido, en lo pertinente, de la siguiente manera:

"Artículo. La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente y en una sola instancia, de los asuntos siguientes:

"... ... ...

"5º De las causas que se sigan contra el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado en los casos señalados por el artículo 97 de la Constitución Nacional". (Ver Acta número 39, correspondiente a la sesión del 1º de julio de 1936. Trabajos Preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal, página 93).

A través de la lectura de dicha Acta, y de las subsiguientes, se puede observar que en el seno de la Comisión constituyó arduo motivo de controversia el tema de la extensión del fuero, mas nunca la unidad del mismo. Igualmente, fue objeto de dilatada deliberación el tema de si la competencia para juzgar a los referidos altos funcionarios debía asignársele a la Sala Plena de la Corte o sólo a la Sala Penal de la misma. Por último, con el propósito de concretar sus puntos de vista, los comisionados doctores Escallón y Rey, al concluír la sesión del viernes 3 de julio de 1936, propusieron que el numeral 5º quedara así:

"De las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, en los casos señalados por el artículo 97 de la Constitución Nacional".

Y propusieron, además, el siguiente nuevo artículo:

"Artículo. La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, conoce privativamente y en una sola instancia, de las causas que se sigan contra el Presidente de la República, el encargado del Poder Ejecutivo y los Ministros del Despacho, en los casos que corresponda conforme al artículo 97 de la Constitución".

A continuación de los anteriores textos, se hizo constar lo siguiente en el Acta número 41:

"Se ponen en votación uno y otro, y verificada, resulta empatada...".

"Se pone en votación la redacción original del numeral 5º, y verificada, resulta igualmente empatada...".

"Como consecuencia de la votación, la Comisión decide dejar al Congreso la decisión final sobre el numeral 5º".

El Congreso, posteriormente, al aprobar el nuevo código, acogió esta última iniciativa, según se desprende de la simple lectura de los actuales artículos 42 y 43, que asignan, en su orden, el conocimiento de las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la misma Corte y los Consejeros de Estado, a la Sala Penal; y a la Sala Plena, el de aquellas que se adelanten contra el Presidente de la República, el encargado del Poder Ejecutivo y los Ministros del Despacho. **Pero, en ambos casos, conforme al artículo 97 de la Constitución. Vale decir, bajo el común denomina-**

dor de una condición de procedibilidad: la intervención previa del Congreso. O dicho de otra manera: previo el cumplimiento, por el Congreso, de las ya conocidas reglas consagradas en el artículo 97 de la Carta, que varían, como reiteradamente se ha expuesto, según se trate de **delitos comunes, o de delitos cometidos en ejercicio de funciones.**

No otro es y ha sido el criterio de la Corte, que se arraiga en la interpretación sistemática de los textos constitucionales pertinentes y en la historia fidedigna de la ley, para producir una solución lógica y armónica que, infortunadamente, pugna con la tesis fundamental del señor Agente del Ministerio Público, quien cree encontrar en el análisis de esas disposiciones un fuero trunco para los Consejeros de Estado y otro pleno para los demás funcionarios tantas veces mencionados.

El fuero es total para los funcionarios que contemplan los artículos 42, ordinal 5º, y 43 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que para el juzgamiento de todos ellos se requiere la intervención del Congreso y de la Corte. Y restringido para aquellos a que se refiere el ordinal 6º, en cuanto su juzgamiento se realiza con la sola intervención de esta última.

Esta idea la expresaba claramente uno de los miembros de la Comisión, el doctor Moncada, en la sesión del 9 de julio del citado año de 1936: "Según la Constitución, al Presidente de la República y demás funcionarios señalados en el numeral 5º, mientras estén en desempeño del cargo, debe asignárseles fuero especial, cualquiera que sea el delito, común o de responsabilidad; en segundo lugar, a los funcionarios mencionados en el numeral 6º, debe otorgárseles tribunal especial únicamente cuando se trate de la primera especie de delitos. Tanto una como otra norma están claramente establecidas en el artículo que se discute". (Trabajos Preparatorios, página 117).

Por lo demás, si, como lo considera el señor Procurador, la expresión "en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional", tuviese la significación recortada de referirse únicamente a figuras punibles, y no a las condiciones de procedibilidad consistentes en la previa intervención del Congreso, surgiría el absurdo de que en esos casos habría que incluír las conductas sólo constitutivas de **indignidad**, que también menciona expresamente la regla 2ª del citado artículo, y sabido es que la Corte jamás conoce de tales casos.

Otra cosa es que el sistema imperante pueda tildarse de inconveniente, o de superado por otras legislaciones. Tales argumentos tendrían un valor de **jure condendo**, pero no de **jure condito**.

La importante cita que, como argumento de autoridad, hace el señor Procurador en la página 7 de su escrito de reposición, robustece más el criterio de la Corte. En efecto, dice allí el doctor Cardoso Gaitán: "Que el artículo 97, numeral 2º, de la Constitución disponga que en los casos de delitos comunes independientes de funciones públicas, deba limitarse el Senado a poner al acusado a disposición de la Corte, declarando que hay lugar a seguimiento de causa, no significa que el Senado dicte auto de proceder, sino tan sólo que da su asentimiento, suspendiendo al funcionario, para que el asunto pueda seguir a la Corte Suprema". Como se ve, la intención del tratadista claramente consiste en sostener que la declaratoria de haber lugar a seguimiento de causa no tiene el significado de auto de proceder, sino el de un **asentimiento** del Senado "para que el asunto —son sus textuales palabras— pueda seguir a la Corte Suprema". Lo que a todas luces está proclamando la intervención del Senado, la que a su vez, como de manera casi fatigante se ha expuesto, necesita la previa acusación de la Cámara de Representantes.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala afianzar la tesis expuesta en la pro-

videncia recurrida, y no aceptar los razonamientos del señor Procurador Delegado tendientes a demostrar que para el juzgamiento de los Consejeros de Estado no rigen las condiciones de procedibilidad, impuestas por la Constitución y la ley. Se repite que la resolución tomada por la honorable Cámara de Representantes en este negocio no tiene el poder de determinar un fuero relativo, que dé competencia privativa a la Corte para el conocimiento de los autos, pues el poder virtual de dicha resolución es el de privar al sindicado de todo procedimiento de excepción, lo que conduce necesariamente a la aplicación de las normas comunes en materia de competencia.

Al disponer la Sala que el negocio pase a los señores Jueces superiores, no ha procedido por el simple mandato jurisdiccional, sino acogiéndose a lo preceptuado en el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal que atribuye a dichos funcionarios el juzgamiento, con intervención del Jurado, de los delitos de homicidio **"en los casos en que su conocimiento no esté atribuído a fuero especial"** (1). (Casación Penal, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 690, 2ª, a 695, 1ª.

84

COMPETENCIA CONDICIONADA DE LA CORTE

(Para juzgar altos funcionarios).

Artículos 42 y 43 del Código de Procedimiento Penal.

Los artículos 42 y 43 del Código de Procedimiento Penal asignan, en su orden, el conocimiento de las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la misma Corte y los Consejeros de Estado, a la Sala Penal; y a la Sala Plena, el de aquellas que se adelanten contra el Presidente de la República, el encargado del Poder Ejecutivo y los Ministros del Despacho; pero, en ambos casos, conforme al artículo 97 de la Constitución, vale decir, bajo el común denominador de una condición de procedibilidad: la intervención previa del Congreso. (Casación Penal, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 694, 1ª.

85

COMPRAVENTA

(De contado).

Artículo 249 del Código de Comercio.

Si el vendedor se obligó a entregar inmediatamente la cosa vendida y el comprador a pagar de contado el precio, ninguna de las partes contratantes puede, a su arbitrio, convertir tal contrato, de ejecución inmediata, en un contrato de ejecución diferida. (Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 128, 2ª.

86

COMPRAVENTA

(Incumplimiento).

Artículo 234 del Código de Comercio).

La obligación de entregar en el plazo y lugar convenidos a que se refiere la parte primera del artículo 234 del Código de Comercio, supone necesariamente la perfección de un contrato. Como aparece de autos que, después de celebrado, el comprador dejó de cumplir con su obligación de pagar al contado, no pesa sobre el demandado la de entregar y, en consecuencia, el demandante no está debidamente legitimado en causa, lo cual hace ver el desvío del Tribunal al apli-

(1) Un Magistrado salvó su voto.

car al caso del pleito, indebidamente, el citado artículo, haciendo, por tanto, próspero el segundo cargo de la demanda de casación. (Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 128, 2ª.

87

COMUNIDAD

Artículo 1825 del Código Civil.

La alegación del recurrente, de que no hay texto expreso que otorgue a cada comunero, separadamente, el derecho a la representación judicial de la comunidad, y de que resulta contraria a las normas generales la conducta de la demandante al promover a nombre de la herencia y de la sociedad conyugal referidas a este juicio de reivindicación, arrogándose la representación de los comuneros que otorgaron los documentos de poder de que ya se habló, es improcedente. Porque el artículo 2353 del Código Civil invocado en el recurso y según el cual "el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social", es precepto que mira a la concurrencia de los comuneros en materia de beneficios y cargos de la comunidad, sin que impida el que uno cualquiera de ellos, a efecto de defender su parte en la cosa o derecho común, pueda perseguir para la comunidad todo lo que a ésta corresponde. Ello no significa que los comuneros se representen los unos a los otros, ni que la comunidad constituya una persona jurídica, sino que dada su misma naturaleza, en que el derecho de cada comunero versa sobre el conjunto de la cosa común indivisa y no sobre una parte determinada de la misma: "toto in tota et toto in qualibet parte", es de rigor lógico que un comunero, gestionando su propio derecho y representando, por lo mismo, su personal interés, pueda, en procuración de éste, perseguir todo lo que al con-

En este sentido, ha sido terminante la doctrina de la Corte, contenida en numerosos fallos, entre los cuales puede citarse el proferido con fecha 1º de abril de 1954, publicado en el Tomo LXXVII, número 2140, páginas 346 y 347 de la Gaceta Judicial. (Sala de Casación Civil, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 58, 1ª y 2ª.

88

CONCORDATO

(Referencia formal).

Ley 35 de 1888.

En virtud de haberse pactado en el Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888, la llamada referencia formal, resultan las siguientes consecuencias en el ordenamiento legal colombiano: a) Se reconoce el derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano; b) El derecho canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil colombiana; y c) Para que el derecho canónico pueda producir esos efectos, es necesario que la legislación civil, "en ciertas materias", defiera "expresamente al derecho de la Iglesia". (Sala de Casación Civil, 17 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 490, 2ª.

89

CONCUBINATO

(El indicio derivado de la fidelidad de la mujer).

Artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Debe saberse ante todo si el ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, al erigir las relaciones sexuales en presunción de paternidad requiere que varón y mujer se traten

socialmente como casados o tengan una morada común.

De acuerdo con los antecedentes de la Ley 45 de 1936, el legislador evitó emplear la voz "concubinato", así como la expresión usada en el primitivo proyecto: "Respecto del hombre que haya vivido maritalmente con la madre...". Y ello, separándose de la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, en la cual se inspiró y cuyo texto habla de "concubinato notorio".

El proyecto originario decía: "Artículo 4º. La paternidad natural se presume: ... 3º Respecto del hombre que haya vivido maritalmente con la madre del hijo de que se trata", lo cual era un modo de referirse al concubinato.

Esta fórmula fue reemplazada en el artículo 4º de la ley por la siguiente: "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables". El legislador no sólo dejó de usar dichas expresiones, sino que, para reiterar su voluntad en contrario, juzgó conveniente agregar estas palabras: "aunque no hayan tenido comunidad de habitación".

Es probable que hubiese influído en el ánimo del legislador, para no valerse ni de las palabras del texto francés, ni de la locución del proyecto, la definición que el Código Civil traía en su artículo 329, según la cual se requería la vida en común y la calidad de solteros o viudos de ambos concubinos: "Para los efectos del artículo anterior, no se tendrá como concubina de un hombre sino a la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos"; así como también el concepto tradicional de concubinato, que coincide con dicha definición; y además, la elasticidad que hoy señala la doctrina a dicha figura, distinguiendo entre concubinato perfecto, concubinato notorio y aun simple concubinato. (V. Humberto Pinto Rogers, "El concubinato y sus efectos jurídicos", números 12 y ss. Edit. Nascimento, Santiago de Chile, 1942).

El doctor Gustavo A. Valbuena dice, refiriéndose a este punto de la ley colombiana:

"Pero nótese que la disposición que se comenta (ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45), no exige concubinato o amancebamiento en el sentido estricto de los vocablos, para fundar la presunción de paternidad, porque para que éste se produzca no es preciso que se llene la plenitud de los elementos que aquellos suponen: bastan las relaciones sexuales estables, aunque sin comunidad de habitación ni vida marital".

"La Comisión del Senado, la de la Corte, los representantes que intervinieron en la discusión del ordinal 4º y el que esto escribe, pusieron especial esmero en su redacción, y todos estuvieron de acuerdo, después de examinar el alcance restringido de la expresión **vida marital** que llevaba el proyecto, como también las de concubinato y amancebamiento, en sustituírla por la de **relaciones sexuales estables,** porque se pensó que aquellas palabras tienen su significado jurídico definido, hasta el cual no era preciso que llegaran las relaciones para que la presunción fuera fuerte y digna de tenerse en cuenta.

"En efecto, concubinato, en su sentido restricto, implica la cohabitación de una mujer con un hombre como si éste fuera su marido, pero encontrándose los dos en estado de poder contraer entre sí válidamente matrimonio. **Amancebamiento,** según nuestras leyes penales, designa a las personas que sin ser casadas hicieren vida como tales, en una misma casa, de manera pública y escandalosa, y **marital** expresa idéntica o semejante idea".

El autor explica este último concepto en la siguiente nota:

"Estas observaciones se refieren a la legislación civil anterior sobre la materia, en concordancia con la penal de entonces; pero co-

mo se sabe, esta última fue totalmente reformada por el Congreso en 1936 y en la nueva ley no se cataloga como delito el amancebamiento entre dos personas jurídicamente aptas para contraer matrimonio".

Y continúa: "Pero, como para que haya hijos no se necesita la vida de matrimonio y para que se presuma quién es el padre en un caso dado, basta, según se ha demostrado, que se sepa que el hombre a quien se le impute la paternidad haya tenido relaciones sexuales estables con la madre del hijo de quien se trata y que ésta le haya guardado fidelidad, no era preciso llevar las cosas a extremos que podrían seguir amparando con la impunidad a muchos padres.

"Piénsese por un momento en la infinidad de hombres casados que a la vez son padres fuera del matrimonio! Si la ley exigiere para la declaración judicial de paternidad que se demostrara la vida marital en una misma casa, de manera pública y escandalosa, fácilmente podría probar el hombre así demandado que su comunidad de habitación era con quien estaba casado y no con la otra mujer, pues que no tenía el dón de ubicuidad para poder convivir a la vez en dos hogares. Con la fórmula adoptada se evitan alegaciones como esa y se orienta la ley con mayor fijeza hacia la realidad.

"Claro está que si con la sola comprobación de que entre el presunto padre y la madre han existido de manera notoria relaciones sexuales estables, se puede obtener la declaración judicial de paternidad, mayormente procederá decisión favorable si se demuestra el amancebamiento, la vida marital, el concubinato; porque cualquiera de estos fenómenos lleva consigo aquellas relaciones estables, pero no el contrario: tales relaciones no alcanzan a implicar ninguno de los otros tres fenómenos". ("Derecho de los Hijos Naturales", p. 268 y ss. Talleres de Mundo al Día. Bogotá, 1936).

La Corte dijo en casación de 16 de octubre de 1943 (LVI, 2.001, 205):

"El legislador de 1936 que se inspiró en la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, fruto de dilatado estudio y técnicamente configurada, se apartó de esta parte de dicha ley, que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio.

"Este concepto es más preciso y exacto que el empleado por el legislador colombiano, quien sienta al respecto un principio más amplio y elástico y que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular, se explica, porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos o incestuosos, al terminar con esas mismas diferencias el legislador colombiano, diferencias que existían en el Código Civil, al variar el concepto clásico de hijo natural, que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad, a los hijos habidos de toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto.

"El concubinato se presenta en la generalidad de los casos como un matrimonio de apariencia e implica una vida continua entre los concubinos, aunque forzosamente no implica la vida en común. Pero sí es necesario, como lo apunta Josserand, que las relaciones fuera del matrimonio sean continuas, frecuentes, regulares y notorias y sobre esas bases ha configurado al respecto su jurisprudencia la doctrina francesa.

"Las relaciones sexuales estables, y de manera notoria, a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º citado, entrañan un concepto más amplio que el concubinato, tal como se le ha considerado siempre.

"Pero el legislador colombiano parte de la base de que estas relaciones estables, aun cuando no configuren el concubinato, que como lo dice el expositor citado, es ignorado por la ley, la madre haya guardado una conducta relativamente moral, o sea que fuera de la unión irregular con un hombre, no se haya unido con otros durante el tiempo en que pudo verificarse la concepción".

Sin embargo, posterior sentencia enseña que "las relaciones sexuales estables y notorias a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, han de configurar **socialmente un estado de concubinato en su más amplia acepción;** que las referidas relaciones tienen "características semejantes, en cuanto a la firmeza y publicidad, **a las que rodean el matrimonio**", y agrega que "al emplear la ley la expresión que viene comentándose **describió exactamente el concubinato público**". (Cas. 10 de febrero de 1947, LXIII, 2.057, 687).

La doctrina jurisprudencial francesa ha interpretado con criterio de amplitud la expresión empleada por la Ley de 16 de noviembre de 1912. Los hermanos Mazeaud dicen que "la jurisprudencia se muestra bastante liberal en cuanto a las condiciones del concubinato: no exige la comunidad en la habitación, sino tan sólo relaciones suficientemente estables para permitir presumir la fidelidad de la mujer para con su amante". ("Lecciones de Derecho Civil". Primera parte. Vol. 3º, número 967, p. 471. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo. 1959). Josserand: "Se ha juzgado que el concubinato no implica la **vida común;** los concubinos no viven necesariamente como marido y mujer; no constituyen siempre un falso hogar. Basta que las relaciones sean: 1º **continuas, frecuentes, regulares;** 2º **notorias:** un ligamento secreto no cabe en los términos de los artículos 340-4º; 3º que se sitúen dentro del término de la concepción". (Cours I, número 1.220. 3ª ed. 1932).

Planiol, Ripert y Boulanger:

"La admisión de este caso de investigación de la paternidad da lugar en la práctica a reales dificultades que han sido resueltas por la jurisprudencia en el sentido más favorable al hijo.

"1º Puede haber concubinato sin que haya **cohabitación.** Se ha entendido contemplar aún el caso en que la concubina no habite en el domicilio particular de su amante y se ha rechazado una enmienda que exigía que el concubinato tuviera lugar 'en la habitación del pretendido padre'. Ha habido, por tanto, vacilaciones en la jurisprudencia; pero la Corte de Casación ha puesto fin estatuyendo en el sentido indicado. (Aquí las citas de las respectivas sentencias).

"2º No es necesario que haya relaciones continuas entre la madre y el pretendido padre; bastan relaciones **frecuentes** y **regulares,** constitutivas del estado de concubinato" (otras citas de fallos).

"Estas relaciones deben ser a menudo caracterizadas por una cierta conducta de la mujer, que manifiesta la dedicación a su amante y una apariencia de fidelidad.

"Pero, es necesario admitir la existencia de un concubinato notorio, en el sentido del artículo 340, aun cuando el concubino hubiera tenido, en el mismo tiempo, otra unión irregular. En materia de concubinato se admite una especie de poligamia.

"3º En fin, no es necesario que el concubinato haya tenido lugar durante la época en que se presume la concepción, no obstante que el texto del artículo 340 parece decir lo contrario, de modo que el abandono de la concubina desde el principio del embarazo no es óbice a la investigación. El Juez debe investigar **si había concubinato** en la fecha probable de la concepción, determinada por indagaciones o peritazgo (aquí la cita de las sentencias correspondientes)". ("Traité élé-

mentaire de Droit Civil", I, número 1.511, 5ª ed. 1950).

La fidelidad de la mujer para con su amante se considera como un signo de concubinato o permanencia del nexo sexual. "Es una presunción (las relaciones sexuales) que no tiene valor sino en cuanto puede ser cierta la fidelidad de la concubina". (Planiol y Ripert. "Traité Practique", II, número 967). Porque donde hay dedicación a un hombre exclusivamente, hay una situación firme, ya que la mujer no se entrega por entero sino cuando esa situación logra una cierta seguridad. El parágrafo del artículo 4º presume esa fidelidad en las relaciones sexuales, estables y notorias, al permitirle al amante probar que su manceba tuvo trato carnal con otro varón o se comportó de manera disoluta durante la época de la concepción. Es, pues, dicha fidelidad un factor que no debe subestimarse en la valoración de esas relaciones.

Ni la sociedad ni el Estado pueden a esta hora desentenderse de las uniones irregulares, desígnense con el nombre de "concubinato" o de "relaciones sexuales", a pesar de tratarse de formas ilegítimas de entendimiento sexual entre varón y mujer, y ello especialmente por razón de los hijos, siempre en número creciente. (V. Einrich Lehman. "Tratado de Derecho Civil". V. IV. 39), cuyo carácter de seres humanos tampoco pueden ignorar. En el mundo está cosagrada la libertad de investigación de la paternidad natural, con restricciones en algunos países como el nuestro; de manera irrestricta en otros; en algunos, como servicio público a poco del alumbramiento o en lapsos perentorios limitados, para que la realidad de los hechos no sufra mengua al verse sometida a las vicisitudes del tiempo. Y fuera de las normas de derecho que han logrado estas conquistas positivas, la interpretación de los jueces trata de abrir más generosos caminos a tal empeño, que tiene de justicia como de humanidad y de simple organización social.

Se observa el criterio de amplitud con que los tribunales franceses vienen interpretando la reforma de 1912. Hay en las referidas doctrinas manifiesto afán de favorecer a quien ejercita el elemental derecho natural de identificar legalmente a su padre. Lejos están de exigir los elementos que generalmente componen, o componían cuando la ley fue expedida, el estado de concubinato notorio; ni comunidad de habitación, ni trato marital; ni siquiera que las relaciones sean **continuas** (a juzgar por las últimas doctrinas citadas por Planiol, Ripert y Boulanger en la edición de 1950, contra las que Josserand menciona en la suya de 1932), sino simplemente **frecuentes y regulares**; ni que sea obstáculo la circunstancia de que el amante hubiese atendido a otras relaciones del mismo jaez, como si se tratase de una especie de poligamia en punto de amancebamiento; y además, a pesar de las voces del texto, subsiste la presunción de paternidad aun cuando el amante hubiese abandonado a la mujer antes de expirar el lapso de la concepción, pero ya aquella en estado de gravidez. El estatuto se humaniza más todos los días.

En cierto modo, dos disposiciones distintas han sido interpretadas, no en forma distinta, que habría sido lo lógico, sino inversa, que es lo extraño: mientras el texto francés, que es el riguroso, se dilata, el colombiano, que es el espacioso, se restringe. Y es necesario, a efecto de juzgar el cargo de errónea interpretación del ordinal 4º, que el recurrente formula a la sentencia, precisar las condiciones requeridas en dicho precepto, porque algo se propuso el legislador al negarse a trasladar del estatuto francés la voz "concubinato", y del proyecto original esta expresión: "respecto del hombre que haya vivido maritalmente con la madre...". Significativo cambio en un país cuya procreación extramatrimonial representa no pequeña parte de la población, y donde el concubinato, bajo un mismo techo y con trato social de marido y mujer, no es el que predomina,

particularmente en algunos Departamentos, razón por la cual el precepto amplio de nuestra legislación debe aplicarse dentro de sus propios límites.

No se ha precisado en la doctrina general el concepto de concubinato: En realidad reina una gran disparidad de criterio tanto en la legislación, jurisprudencia y doctrina acerca de los elementos constitutivos del concubinato, precisamente porque ellos no están definidos y caracterizados por la ley. Así, para unos la cohabitación es indispensable; para otros no, bastando la comunidad de vida; hay quienes exigen, además de ésta, la comunidad de techo; ciertos autores y fallos hacen hincapié en la notoriedad del concubinato, manifestada por su estabilidad y duración mínimas, y por último, hay quienes exigen, además de estos elementos materiales, otros de carácter moral: la fidelidad y el tratamiento.

En el tomo II —"La Familia"— de la obra extensa de Planiol y Ripert, ed. de 1952, bajo el número 904, dicen estos tratadistas, con la colaboración de André Rouast, después de referirse al debate habido en los tribunales franceses, a partir de 1912, sobre las acepciones, restringida una y lata otra, de "concubinato": "Esta tesis no ha triunfado sin embargo, y en la Corte de Casación ha prevalecido la definición amplia de concubinato, declarando inútil la comunidad de habitación de las personas que tienen relaciones íntimas". (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 570, 1ª, a 573, 2ª.

90

CONCUBINATO

(Características esenciales).

Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

Lo que caracteriza el concubinato es la estabilidad y la notoriedad de las relaciones, vivan o no juntos los concubinos, trátense o no socialmente como esposos, vea o no vea económicamente el amante por la mujer. Y este es sin duda el criterio del ordinal 4º, artículo 4º, de la Ley 45 de 1936, que no quiso hablar de concubinato notorio, como dice la ley francesa en que se inspiró la colombiana, ni de concubinato sin especificación, ni de tratamiento marital para con la mujer, según la fórmula primitiva del proyecto, sino de relaciones sexuales estables y notorias, habiendo agregado, para fijar mejor su pensamiento y evitar dudas, que no es menester que haya comunidad de habitación. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 573, 2ª, y 574, 1ª.

91

CONFESION

(Caso en que no se da sino en apariencia).

Artículo 609 del Código Judicial.

Cuando el reconocimiento incluye hechos o circunstancias constitutivos de un todo inseparable que destruye los efectos jurídicos del suceso contemplado como objeto de la pregunta, a virtud de la indivisibilidad de la respuesta no hay verdadera confesión, porque entonces no se ha reconocido hecho alguno de consecuencias adversas al declarante, en nada se modifica la carga de la prueba, y la resultante es igual a si el hecho se negara o que la declaración no se hubiera producido jamás. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª.

92

CONFESION

(Limitada o restringida).

Artículo 609 del Código Judicial.

Si el objeto sobre que recae la declaración del absolvente (artículo 609 del Código Ju-

dicial) es de suyo divisible y apenas se reconoce en parte, a ello se limita la confesión. Y es de igual manera si el declarante en su respuesta individualiza o determina el hecho con características diferentes de las que figuran en el interrogatorio. De allí que si en estas hipótesis no existe en el proceso ninguna otra prueba que la confesión, el fallo adverso al declarante encuentra límite en su propio testimonio. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª.

93

CONFESION

(Su calificación como objeto de casación).

Artículos 609 y 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Por estar vinculada la naturaleza jurídica del reconocimiento judicial a la apreciación de circunstancias de hecho y a poderes discrecionales para valorarlo como divisible o indivisible, en principio el sentenciador no es susceptible de censura al respecto. Pues sólo por vía excepcional podría demostrarse en casación que el fallo acusado desconoce o supone la existencia o el significado obvio de las palabras del declarante, con yerro manifiesto de hecho; o bien, que contraría los dictados elementales del sentido común para afirmar o negar en plano jurídico el mérito del medio, en contradicción con el ordenamiento legal de las probanzas, y por esto, con error de derecho. En ambas situaciones, claro está, como causa eficiente del quebranto de normas sustanciales determinadas. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª.

94

CONFESION

(Su calificación como objeto de casación).

Artículos 609 y 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Si en concreto aparece que el demandado compraventas no fue pagado el precio según aparece en las escrituras, porque hubo novación, y el sentenciador valora como divisible el reconocimiento, no se ha equivocado de hecho porque en nada desconoce los términos de la declaración; ni tampoco de derecho, porque el acto novatorio invocado en descargo, presupone elementalmente otro acto que por el nuevo viene a ser sustituído. De donde no hay vicio de razonamiento ni quebranto de la tarifa probatoria. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª, y 512, 1ª.

95

CONFESION

(Indivisible).

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

Es principio de derecho probatorio que la confesión sólo puede ser individua cuando los hechos favorables que la constituyen tienen al menos verosimilitud. (Casación Penal, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 624, 1ª.

96

CONFESION DIVISIBLE E INDIVISIBLE

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

La confesión del procesado, como ocurre en el caso de autos, puede legítimamente dividirse, porque una de sus partes está contradicha por las pruebas (la que busca la justificación del hecho por defensa legítima) y la otra está confirmada por varios testimonios (la imputación del hecho al procesado).

Esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 1942 (G. J. Tomo LIV, pg. 204) anota que "el dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad, cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobacio-

Esto es, que la confesión sólo es indivisible y debe aceptarse, por tanto, así en lo favorable como en lo desfavorable al sindicado, cuando en los autos no obra contra él otra prueba diferente y no aparecen elementos probatorios que la infirmen en lo que le es favorable. (Sala de Casación Penal, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 157, 2ª.

97

CONFESION DIVISIBLE

(Inversión de la carga probatoria).

Artículo 609 del Código Judicial.

Si el absolvente agrega hechos o circunstancias separables o independientes del suceso contemplado como objeto de la declaración, el reconocimiento es compuesto divisible y produce efecto vinculatorio absoluto, a menos que el confesante, por inversión de la carga, produzca plena prueba del hecho o circunstancia en que consiste su defensa, pues reconocida la existencia del hecho generador adverso, viene a ser indispensable acreditar la causa eximente alegada en la confesión (artículo 609 del Código Judicial). (Sala de Casación Civil, 30 de nero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 2ª.

98

CONFLICTOS COLECTIVOS

(Competencia para decidirlos).

Artículos 2º y 3º del Código de Procedimiento Laboral. Artículo 458 del Código del Trabajo.

No es discutible que el Juez del conflicto colectivo económico tiene capacidad para decidir el de carácter jurídico, y este Juez, según el tratamiento que el legislador le da al conflicto, son las mismas partes. En la materia opera una amplia libertad de disposición, sin otro límite que el orden público, las buenas costumbres y la equidad. Si fracasa la autocomposición del litigio, ya sea en cuanto a la parte económica, ora en la jurídica, o en ambas a la vez, parcial o totalmente, su decisión corresponde exclusivamente al árbitro, conforme a la ley del trabajo.

Ningún problema ofrece la decisión arbitral si el laudo es obligatorio sin la venia judicial, como ocurre con el previsto para asuntos civiles y de comercio. La dificultad se hace presente cuando la ley, como lo establece la del trabajo, somete el laudo al control de la justicia. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 735, 2ª, y 736, 1ª.

99

CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

(Los sujetos del mismo).

Título II de la Segunda Parte del Código del Trabajo.

El conflicto colectivo del trabajo, según la reglamentación legal, presenta tres etapas: La de arreglo directo, la de conciliación y la de arbitraje obligatorio, si se trata de empresas de servicio público. La litis no comienza, pues, con el arbitraje; por el contrario, es la última de sus fases, lo cual quiere decir que cuando el Tribunal de Arbitramento se constituye, la litis existe. Esta, según el parecer de la doctrina, es un conflicto intersubjetivo de intereses, calificado por una pretensión y por una resistencia a ella. Entre los elementos que la integran es, pues, relevante, la existencia de dos sujetos, titulares de los intereses en contraste; y como el proceso en su estructura no es distinto de la litis, cuando ésta se convierte en litigio se sabe o debe saberse cuáles son

los sujetos de la relación procesal. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 728, 1ª.

100

CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

(Clases).

Título II de la Segunda Parte del Código del Trabajo.

Los conflictos colectivos de trabajo son de dos clases: los de carácter económico y los de índole jurídica.

Su división, en las dos clases expresadas, tiene general aceptación en la doctrina del derecho laboral y fue admitida por la jurisprudencia del ramo en fallo de homologación del 26 de octubre de 1949 (G. del T., t. III, págs. 463 y ss.) proferido por el extinguido Tribunal Supremo, reiterada en decisiones posteriores del mismo y de esta Sala.

La clasificación propuesta por Henri Binet, fue adoptada por la Oficina Internacional del Trabajo. Las definiciones que esa Oficina da de las dos clases de conflictos, las resume Mario de la Cueva en estos términos: "Los conflictos económicos versan sobre creación, suspensión o supresión de las condiciones de prestación de los servicios, en tanto que los conflictos jurídicos se refieren a la interpretación o aplicación del derecho existente". (Derecho Mexicano del Trabajo, t. II, pág. 771).

La clasificación no es simplemente teórica, pues ha servido de base a las distintas legislaciones para confiar la solución de los conflictos económicos a la conciliación, y los de naturaleza jurídica a la justicia del trabajo. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 734, 2ª, y 735, 1ª.

101

CONFLICTO COLECTIVO MULTIPLE

(Litis consorcio).

Artículo 1º, ordinal 2º, del Decreto 525 de 1956.

En el conflicto múltiple, modalidad prevista en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 525 de 1956, hay pluralidad de sujetos en una y otra parte. El texto citado autoriza la acumulación de todos los conflictos y de su decisión en un solo fallo o en tantos cuantas sean las empresas comprometidas en la contienda. La diversidad de fallos está indicando que el litis consorcio no es necesario, pues si lo fuera no serían posibles los fallos parciales. Así, en el proceso arbitral los litis consortes son independientes, por lo cual el fallo, respecto de cada conflicto particular, puede ser distinto. (Sala de Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 728, 2ª, y 729, 1ª.

102

CONGRESO

(Condicionamiento de ciertas facultades).

Artículo 76, numerales 4º, 19 y 20, de la Constitución Nacional.

En virtud de la propia voluntad expresa del constituyente, se condicionó el ejercicio de ciertas facultades legislativas a la previa existencia de una ley que contenga normas generales reguladoras a las cuales deberán sujetarse las leyes que las desarrollen. Así, los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta exigen la preexistencia de una ley que determine los requisitos, planes y programas de las obras públicas que hayan de iniciarse o continuarse por cuenta de la Nación. (Sala Plena, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 475, 2ª.

103

CONGRESO

(Facultades).

Artículos 4º y 19 de la Constitución Nacional.

La facultad del Congreso de decretar nuevas obras públicas nacionales está condicionada, en conformidad con los artículos 4º y 19 de la Constitución Nacional, a la imperativa necesidad de adoptar un plan y un programa previamente definido en las leyes. Si, pues, una determinada obra no cuenta con el indispensable antecedente de los respectivos planes y programas de orden nacional, el proyecto o la ley que la decrete es claramente incompatible con las normas constitucionales que acaban de citarse. (Sala Plena, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 470, 2ª.

104

CONSEJEROS DE ESTADO

(Fuero).

Artículos 51, 62 y 102, ordinal 5º, de la Constitución Nacional. Artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Es evidente que el artículo 102 de la Carta no comprende a los Consejeros de Estado, pero de allí no puede deducirse la no existencia de fuero para ellos, pues tal omisión no sólo fue suplida por la ley, sino que otros textos de la Constitución, tales como los artículos 51 y 62 entre otros, indican claramente la facultad de las disposiciones ordinarias para consagrarlos. (Casación Penal, 2 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 594, 2ª.

105

CONSEJEROS DE ESTADO

(Fuero).

Artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.
Artículo 97 de la Constitución Nacional.

Ha entendido la Sala que el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal está vigente. Por esta disposición se da competencia a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, para conocer "de las causas que se sigan contra el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, en los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional".

"Los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional" es una expresión que no hace relación a hechos delictuosos en concreto sino al procedimiento que debe seguirse, según se trate de delitos comunes o de delitos de responsabilidad u oficiales, materia esta que reglamenta el Código de Procedimiento Penal en el Capítulo I, Título 5º del Libro 3º. (Casación Penal, 2 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 594, 2ª, y 595, 1ª.

106

CONTRABANDO

(Terceros compradores).

Artículo 253 del Código de Aduanas.

El artículo 253 de la Ley 79 de 1931, dice: "Las aduanas no entregarán mercancía alguna sino mediante el comprobante de haberse pagado conforme a la ley todas las sumas debidas al Gobierno por tal concepto, o mediante presentación de orden de entrega, por estar la mercancía libre de derechos

extendida de acuerdo con la ley. Exceptúase el caso de mercancía de exportación sobre la cual se garantizare con fianza el pago de los derechos".

En la primera parte, el artículo contiene una prohibición, cuya violación hace ilícita la entrega de las mercancías, que afecta a terceros adquirentes en la misma medida en que hayan estado en capacidad de conocer tal irregularidad o ilicitud, en especial en contratos celebrados entre comerciantes; de manera que no contiene una presunción sino una norma que deben conocer los funcionarios de la Aduana, encargados de la nacionalización de las mercaderías importadas.

En la segunda parte, el artículo se refiere a la entrega de la mercancía por estar libre de derechos, circunstancia que debe acreditarse con los documentos expedidos "de acuerdo con la ley"; y es del todo evidente que el acta de entrega de una mercadería, reputada de contrabando, no prueba de que estuviese libre de los impuestos fiscales respectivos; al contrario, la sociedad compradora de la sospechosa mercancía, además del acta de entrega, debió exigir la presentación de los otros documentos antes mencionados, o cuando menos, siquiera el comprobante de haberse pagado los impuestos de aduana, porque la declaración de que no existe el delito de contrabando, no conlleva la necesaria conclusión de que la mercancía estuviese exonerada del pago de los derechos, liquidados con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia de última instancia o de primera, en el supuesto de que no hubiese sido recurrida en apelación. (Sala de Negocios Generales, 26 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 434, 1ª y 2ª.

107

CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

La relación personal de trabajo es independiente del contrato de obra cuyos presupuestos, a vista de lo estatuído en el artículo 34 del Código del Trabajo, son los siguientes: a) La ejecución de una obra o labor en beneficio ajeno, asumiendo el trabajador todos los riesgos; b) El empleo por éste de sus propios medios y libertad para obrar con autonomía técnica y directiva, y c) Un precio determinado que el beneficiario de la obra o labor debe pagar por ella a quien la realizó. Cuando el servicio se presta sin autonomía técnica y directiva y con elementos suministrados por el beneficiario del trabajo, no hay contrato de obra y, por consiguiente, es impropio hablar de contratista independiente. (Sala de Casación Laboral, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 348, 1ª.

108

CONTRATO

(Ley de los contratantes).

Artículo 1602 del Código Civil.

En principio, dentro del ordenamiento del derecho privado, las leyes que regulan los contratos son supletorias de la voluntad de los estipulantes, si éstos, al celebrarlos, cumplen solemnidades constitutivas y respetan el orden público y las buenas costumbres. Legalmente celebrado un contrato es ley para los contratantes y claramente conocida su intención debe estarse a ella principalmente y sólo por falta de reglamentación precisa del contenido de voluntad puede acudirse a los principios consignados en normas legales como elementos de voluntad presuntiva de los contratantes, como también para determinar los efectos jurídicos provenientes del incumplimiento.

De tal manera es importante la aplicación de estos principios y tal el valor del contrato como ley de las partes que, establecida claramente su intención no puede desatenderse

espíritu. Cuando judicialmente se discuten las relaciones nacidas de un contrato, debe estudiarse su propio contenido, primeramente, y luégo aplicarse las normas legales respectivas en lo que los contratantes no hubiesen previsto. (Sala de Casación Civil, diciembre 14 de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 127, 2ª, y 128, 1ª.

109

CONTRATO DE OBRA

Artículo 1º del Decreto 456 de 1936.
Artículo 2054 del Código Civil.

Puesto que el artículo 1º del Decreto 456 de 1936 regula sólo lo atinente a la relación procesal en los juicios por servicios personales independientes, la relación jurídico-sustancial conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa de tal servicio. Así, el de autos queda bajo las normas del Código Civil reguladoras del contrato de obra, siendo aplicable en particular el artículo 2054, pues no hubo acuerdo entre las partes sobre la remuneración debida. Conforme a esta previsión legal, la cuantía del derecho reclamado debía sujetarse, forzosamente, a la estimación pericial. Por consiguiente, al apartarse la sentencia del dictamen, viola el artículo antes citado del Código Civil, por falta de aplicación. (Casación Laboral, 28 de febrero de 1961). Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 813, 1ª.

110

CONTRATO DE SOCIEDAD

Artículo 2079 del Código Civil.

El artículo 2079 del Código Civil dispone que "la sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación". Este precepto señala los elementos específicos del contrato de sociedad, que en general son: el concurso de dos o más personas, el aporte de cada una de éstas, un fondo común, un objeto social, la participación en las ganancias y pérdidas y la **affectio societatis** o ánimo de formar una sociedad y de colaborar activamente en el desarrollo de sus actividades. Además de estos factores la sociedad debe reunir también los elementos que son comunes a todo acto jurídico, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Todos estos elementos esenciales, específicos unos, genéricos los otros, constituyen la estructura interna de la sociedad y son indispensables para la formación y validez de este contrato. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 31, 1ª.

111

CONTRATO DE TRABAJO

(Con familiares).

Artículos 23 y 27 del Código del Trabajo.

A propósito del trabajo prestado dentro de la relación familiar, esta Sala de la Corte, en sentencia de 9 de mayo del corriente año, dictada en el juicio seguido por Georgina Puentes contra Roberto Solarte y otro (G. J., T. XCII, págs. 1070 y ss.) dijo lo que pasa a transcribir, pertinente a la cuestión que se debate en este proceso:

"Para la Corte, el trabajo personal que se presta por razones de amistad, de parentesco, aunque éste no sea real sino aparente, de gratuidad o con el ánimo de colaborar en empresas de interés común o de utilidad social, y en los demás casos análogos que revelen fines altruístas, aunque sea permanente, no configura contrato de trabajo, sin que a ello se oponga la prescripción del artículo 27 del

Código del Trabajo, según el cual todo trabajo dependiente debe ser remunerado. Del texto y espíritu de la norma no cabe deducir que su alcance es el de prohibir la prestación de servicios sin retribución.

"La ley del trabajo no excluye los sentimientos humanos, no ignora la solidaridad social, la caridad en sus múltiples manifestaciones, las exigencias de la amistad, y, en fin, los diversos motivos que en la vida de relación pueden mover a una persona a prestar servicios gratuitos a otra".

En la vida familiar lo corriente y normal es que los hermanos se presten ayuda recíproca. Se trata de un hecho que la experiencia acredita y que, por tanto, admite la calificación de notorio. Por eso es aceptable el dicho de los testigos de la parte demandada en el sentido de que la actora vivió en casa de los demandados como protegida y que de éstos recibió el trato y las consideraciones debidas a su condición de hermana. Así las cosas, resulta también aceptable la conclusión de que si la actora prestó servicios en casa de sus protectores, no los realizó con el carácter de trabajadora dependiente sino en compensación de los favores que de ellos recibió. (Sala de Casación Laboral, 4 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 356, 2ª, y 357, 1ª.

112

CONTRA DE TRABAJO

(Con sordomudos).

Artículo 1504 del Código Civil.
Artículo 5º del Código del Trabajo.

Al tenor del artículo 1504 del Código Civil, el sordomudo que no puede darse a entender por escrito es absolutamente incapaz. Siendo el trabajo humano un acto consciente y voluntario (artículo 5º del Código del Trabajo), es obvio que el ejecutado por persona que carece de discernimiento, no éntre en el ámbito del derecho social. (Sala de Casación Laboral, 4 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 357, 1ª y 2ª.

113

CONTRATO DE TRABAJO

(Terminación).

Artículo 62, aparte A, numeral 5º, del Código del Trabajo. Artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral.

La libertad que en la estimación de las pruebas concede la ley al juzgador, tiene un límite, y es el de que cuando ella exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio (artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral). En armonía con este principio, el 87 ibídem establece que "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

Si el ordenamiento legal que se examina manda que el acto a que se refiere se compruebe ante autoridad competente, no puede remitirse a duda que el sentido de la norma es el de no admitir prueba distinta de la que ella señala. La exigencia del legislador se explica con la sola consideración de que la imputación de un delito como la de un acto inmoral, lesiona la reputación de la persona a quien se atribuya y la descalifica socialmente, por lo que, siendo obligación primordial del Estado la de velar por la seguridad, honra y bienes de los ciudadanos, según mandato de la Carta Política, a él le corres-

ponde la tutela de esos derechos. No es por eso aceptable que hechos de tanta entidad y trascendencia puedan acreditarse en juicio con la prueba testimonial o con cualquiera otra distinta de la fijada taxativamente por el legislador. (Sala de Casación Laboral, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 373, 1ª y 2ª.

114

CONTRATO DE TRABAJO

(Actividad personal).

Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

El hecho 3º de la demanda inicial dice que María del Carmen Pulido realizaba la labor de ordeño con la ayuda de otras personas, a quienes pagaba sus servicios, y además, con la de sus hijos.

De tal afirmación deduce la sentencia que la demandante no ejecutó la actividad por sí misma, por lo cual el contrato de trabajo no existió, pues la prestación personal del servicio es uno de sus elementos esenciales según el artículo 23 del Código del Trabajo. Otra conclusión infiere la sentencia de la falta del mencionado elemento y es la de que su ausencia desvirtúa la presunción del artículo 24 del mismo Código.

Para la Corte la demanda de instancia, en el tercero de sus hechos, no admite el significado que le da el sentenciador, pues lo que allí dice la actora es que el servicio lo prestó ella con ayuda de otras personas y la colaboración de sus hijos. De la afirmación no puede eliminarse la prestación personal del servicio en ella contenida ni tiene el mérito de destruír la circunstancia de que en el desempeño de la función la hubieran ayudado familiares o extraños. Cuando el servicio lo prestan varias personas, habiéndose contratado con una sola de ellas, el fenómeno que se presenta es el de trabajo conjunto. No es lo mismo el trabajo que una persona ejecute simultáneamente con otros, que es el afirmado en el hecho de la demanda de instancia, que el trabajo en sustitución de otro, que es el que descubre la sentencia, pues sólo el prestado en esta última forma autoriza para sostener la inexistencia de la actividad personal del empleado. Por tanto, mientras no intervenga la sustitución, es inexacto decir que falta el elemento "actividad personal del trabajador", o realizada por sí mismo de que habla el artículo 23 del Código del Trabajo. (Sala de Casación Laboral, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 346, 2ª, y 247, 1ª.

115

CONTRATO DE TRABAJO

(Trabajo conjunto).

Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cuando el artículo 23 del Código Laboral exige que el trabajador ejecute la labor personalmente, desde luego desautoriza la colocación de un reemplazo, pero en principio también prohibe que con el trabajador colaboren personas extrañas a la empresa, pues la convención laboral toma en cuenta las condiciones personales del empleado y su habilidad o experiencia en el oficio. No obstante, si durante el desarrollo del trabajo el patrono acepta expresa o tácitamente el trabajo conjunto, la convención subsiste con todas sus consecuencias. (Sala de Casación Laboral, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 347, 1ª.

116

CONTRATO DE TRABAJO

(Colaboración de auxiliares).

Artículos 23, 62 (numeral 8º) y 58 (numeral 1º) del Código Sustantivo del Trabajo.

Para saber si el trabajo contratado con una persona ejecutado por ésta

ción de auxiliares, destruye el elemento "actividad personal" de quien se obligó a prestarlo, debe investigarse si durante el desarrollo del contrato el patrono aceptó o no el trabajo conjunto, pues en el primer caso la convención subsiste con todas sus consecuencias. La actividad cumplida en la forma expuesta ofrece estas dos situaciones: o el contrato termina por decisión unilateral del patrono a causa de su incumplimiento por el empleado, conforme a lo previsto en el artículo 62, numeral 8º, en relación con el 58, numeral 1º del Código del Trabajo, o el contrato subsiste en virtud de autorización expresa o tácita del patrono. En el segundo evento es claro que si el patrono, enterado de que el empleado ejecuta la labor con la colaboración de auxiliares, no hace uso del derecho de dar por terminada la relación jurídica sino que tolera la prestación del servicio con la expresada modalidad, es preciso ver en tal actividad asentimiento de su parte a que el trabajo se ejecute en tal forma, es decir, conviene en que el contrato se mantenga. (Sala de Casación Laboral, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 347, 1ª y 2ª.

117

CONTRATO DE TRABAJO

(Subordinación).

Artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.
Artículo 1757 del Código Civil.

Demostrada la prestación personal del servicio, obra en favor de quien lo ejecutó la presunción establecida en el artículo 24 del Código del Trabajo, y por tanto, de acuerdo con las normas que regulan la carga probatoria en el derecho de obligaciones (artículo 1757 del Código Civil), incumbe al patrono la prueba de que tal relación de trabajo fue independiente y no subordinada. La simple afirmación del patrono de que la relación fue independiente, no tiene la virtud de aniquilar la presunción de que estuvo regida por un contrato de trabajo. (Sala de Casación Laboral, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 347, 2ª, y 348, 1ª.

118

CONTRATO DE TRABAJO

(Subordinación o dependencia).

Artículos 22 y 23 del Código del Trabajo.

La Corte ya expresó en anterior ocasión su criterio: Si el Banco no liga a su agente colocador de pólizas de capitalización por vínculos de horario y por obligaciones de oficina, estas modalidades, determinadas por la forma peculiar como éste debe desarrollar sus labores, no pueden estimarse aptas para destruír la subordinación o dependencia. Este elemento, esencial al contrato de trabajo, se deduce de la cláusula que impone al trabajador la obligación de efectuar correrías por determinada zona, sometiendo al Banco los itinerarios, para su previa autorización y aprobación, como requisito indispensable para obtener el reconocimiento y pago de los transportes y viáticos estipulados. (Casación Laboral, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 761, 1ª y 2ª.

119

CONTRATO DE TRABAJO

(Y comisión mercantil).

Artículos 22 y 23 del Código del Trabajo.
Artículo 333 del Código de Comercio.

El servicio personal y la remuneración convienen tanto al contrato de trabajo como al de comisión mercantil, con la diferencia de que en el primero el servicio es subordinado o dependiente y en la comisión puede ser autónomo, y como tal debe ser conside-

rado cuando, como en el presente caso, la acción sobre pago de comisiones insolutas se funda en el Decreto 456 de 1956 que faculta a la justicia del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento del derecho a honorarios por servicios personales privados. (Casación Laboral, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 787, 1ª.

120

CONVENCIONES COLECTIVAS

(Efectos).

Artículo 467 y ss. del Código del Trabajo.

Aquellos establecimientos bancarios que, al promoverse el conflicto en julio de 1960, tenían convenciones colectivas o fallos arbitrales vigentes, han debido abstenerse de suscribir el convenio de septiembre siguiente, en el cual se declaró surtida la etapa del arreglo directo y se estipuló sobre la manera de proceder a la conciliación y, llegado el caso, al arbitraje obligatorio. Al celebrar tal convenio, no podían ignorar que el laudo definidor del nuevo conflicto habría de sustituír, en sus disposiciones más favorables, aquellas convenciones y laudos. Ni pueden pedir la nulidad, pretendiéndose extraños al conflicto, pues su calidad de parte en él, se deriva claramente del nuevo convenio. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961). Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 730, 2ª.

121

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(Competencia).

Artículo 214 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia, en conformidad con las atribuciones que le confiere la Constitución Nacional, especialmente en el artículo 214, tiene la competencia necesaria para declarar la inexequibilidad de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 118, ordinal 7º, de la Carta, aunque las disposiciones objetadas resulten violatorias de normas constitucionales distintas de las invocadas por el Jefe del Estado. (Sala Plena, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 470, 2ª, y 471, 1ª.

122

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(Inhibitoria, en asuntos de inexequibilidad).

Artículo 214 de la Constitución Nacional.

Cuando en virtud de ley posterior viene a extinguirse la vigencia de una norma acusada de inconstitucionalidad, se produce inhibitoria de la Corte, por sustracción de materia, para proveer en el fondo. (Sala Plena, 2 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 477, 2ª.

123

COSA JUZGADA Y TRANSACCION

(Excepciones).

Artículo 341 del Código Judicial.

Por autorización de la ley —artículo 341 del Código Judicial— las excepciones de cosa juzgada y transacción, perentorias de fondo, pueden proponerse y decidirse como dilatorias, por simple razón de economía procesal. La providencia que las resuelve es auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva y con efecto de dejar fuera de la controversia la sujeta materia del incidente. El Juez no tiene por qué volver sobre este tema al dictar la sentencia. (Casación Civil, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 520, 1ª.

D

124

DEMANDA DE CASACION LABORAL

(Falta de técnica).

Artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral.

Según aparece del escrito de impugnación presentado por el apoderado del actor, que en lo fundamental se ha transcrito, se llega a la evidente conclusión de que él no puede considerarse ni tenerse como la "demanda de casación" de que habla la ley. Esta Sala ha dicho en reiterados fallos que el recurso de casación, por ser un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, está sometido a una técnica especial en su formulación, para que resulte estimable, tanto porque así lo establece la ley, como porque lo enseña la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia.

En el caso **sub-judice** se observa que la acusación adolece de graves deficiencias. En efecto: carece de ordenación lógica, clara y precisa de las razones que puedan sustentar el cargo; no se expresan los motivos de casación ni el concepto de la infracción de la ley. Y si procediendo con un criterio amplio pudiera estimarse que el recurrente se propuso impugnar el fallo del Tribunal por violación de la ley, de manera indirecta y por aplicación indebida de las normas que invoca, como consecuencia de supuestos errores de hecho o de derecho en la estimación probatoria, resulta que, aun en tal supuesto, el escrito de acusación no contiene la indicación singularizada y concreta de las pruebas que se suponen mal apreciadas y capaces de configurar un evidente error de hecho; ni se expresa en qué consistió tal error, ni siquiera se trata de demostrarlo. En tales condiciones, por las graves deficiencias anotadas, no es posible concretar el entendimiento del cargo en algún concepto claro que permita realizar la confrontación entre la ley y la sentencia recurrida, por lo que resulta que el escrito del recurrente constituye una simple alegación de instancia, que lo hace inestimable en casación. (Casación Laboral, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 756, 2ª, y 757, 1ª y 2ª.

125

DEMANDA EN FORMA

Artículo 205 del Código Judicial.

La carencia de precisión en el petitum, implica la falta del presupuesto de demanda en forma, comoquiera que coloca al juzgador ante la imposibilidad técnica de proferir un justo fallo sobre el fondo, análoga sin duda a la en que se encuentra cuando las acciones incoadas son contradictorias o incompatibles entre sí, o cuando el bien raíz, objeto del litigio, no ha sido debidamente delimitado. (Sala de Negocios Generales, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 416, 2ª.

126

DEMANDA EN FORMA

Artículo 205 del Código Judicial.

Contra la elaboración jurisprudencial del presupuesto procesal de demanda en forma se ha dicho que es antitécnica y que conduce a desconocer el precepto del artículo 481 del Código Judicial, según el cual "los jueces y tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del juicio". Desde luego, la misma objeción podría aducirse con relación a los presupuestos consistentes en la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, pero, en todo caso, carece de solidez. La inhibitoria para conocer del fondo del negocio que de-

clara el juzgador cuando encara una demanda en que las peticiones son incompatibles entre sí o en que su objeto no aparece debidamente determinado, se impone como un imperativo que surge de la propia naturaleza de las cosas (lo mismo puede decirse con relación a los otros dos presupuestos mencionados antes). No podría hacer una declaración de nulidad del proceso, como en el caso de incompetencia, con lo que no violaría el tenor literal del artículo 481 antes mencionado, porque no estaría en presencia de una situación prevista como causal de nulidad por el legislador. Ni podría tampoco proferir una sentencia absolutoria, que parecería ser lo más indicado para acatar la prohibición de dicho artículo, puesto que una tal providencia dejaría por demás inciertos los límites de la cosa juzgada, resultado harto peligroso para la sociedad en general y que a ninguno de los litigantes en definitiva favorecería, ya que fomentaría nuevos pleitos. (Sala de Negocios Generales, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 416, 2ª, y 417, 1ª.

126-A

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

(Del artículo 2º, del Decreto número 18 de 1958).

No tiene la Corte oportunidad de tratar del cargo sobre extralimitación por el Gobierno, de las facultades extraordinarias consagradas por el artículo 121 del Estatuto Fundamental, en la expedición del artículo 2º del Decreto número 18 de 6 de febrero de 1958, cuya inexequibilidad se demanda, por cuanto este precepto no rige por su propia virtud, sino por imperio del artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, cuya vigencia actúa prorrogada según la Ley 105 de 1959. (Sala Plena, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 9, 1ª.

126-B

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

(Del artículo 2º, del Decreto número 18 de 1958).

La proposición de que la Ley 2ª de 1958 no puede purgar del vicio de inconstitucionalidad el artículo acusado, o sea el 2º del Decreto número 18 de 1958, en cuanto se relaciona, no con la sustancia misma de la disposición, sino con la pretendida tacha de rebasamiento por el Gobierno de las facultades extraordinarias en la expedición del acusado artículo del decreto, es cuestión ya contemplada por la Corte, con desestimación del cargo, en su sentencia de Sala Plena de 11 de agosto de 1959, que declaró exequible el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, en donde estimó no ser de recibo la pretensión de que los decretos de carácter legislativo a que esa ley se refiere, que siendo inconstitucionales en su origen, no por razón de materia, sino por haberse dictado fuera de los límites del artículo 121 de la Carta, continúan siéndolo, y que la ley que les diera fuerza legal sería opuesta a la misma Constitución, porque, habiéndose incorporado el contenido de tales decretos en la misma Ley 2ª por remisión o referencia de ella, "el Congreso no puede incidir en desviación del artículo 121 de la Ley de Leyes". (XCI, 2215-2216, págs. 357 a 361).

Se entiende, sí, que la acusación, en lo que atañe a la sustancia del artículo 2º del decreto, ha de ventilarse en cuanto éste fue dotado de fuerza legal por el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, pero sin que sobre este precepto legal en sí mismo considerado se proceda a reabrir un debate ya decidido con declaración de exequibilidad en la sobredicha sentencia de 11 de agosto de 1959, que tiene la fuerza de cosa juzgada. (Sala Plena, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 9ª, 1ª y 2ª.

127

DEMANDA PRINCIPAL

(Precisión).

Artículo 205 del Código Judicial.

Como bien es sabido, "el Juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o no los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el Juez debe inhibirse de fallar el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada". (G. J., T. 78, Nº 2145, pág. 348).

En el presente juicio es evidente que se encuentran reunidos los presupuestos de competencia (si bien sólo parcialmente, pues por lo que respecta al subsuelo petrolífero, no habría podido accionarse sino ante esta Sala en juicio de una sola instancia) de capacidad para ser parte y de capacidad procesal. No existe, en cambio, el de demanda en forma, pues el libelo adolece de un defecto formal de tal índole que hace imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, hipótesis en la cual, según la jurisprudencia de la Corte, debe declararse la ausencia del aludido presupuesto (ver cita anterior).

De conformidad con el artículo 205 del Código Judicial, "la demanda principal, o sea la petición con que se inicia un juicio, debe contener: ... lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones...". No basta, pues, que de alguna manera se exprese el objeto de la demanda, sino que él debe quedar fijado en forma absolutamente precisa y determinada.

Es esta una exigencia técnica por demás justificada, puesto que tiende a garantizar el eficaz ejercicio del derecho de defensa del la labor del juzgador, quien no debe ser llamado a tomar decisiones sobre hechos o situaciones que por no estar nítidamente configurados en la demanda puedan llevarlo a proferir fallos en desarmonía con lo pedido o que dejen en la práctica los efectos de la cosa juzgada en una peligrosa imprecisión.

Al formular los demandantes la petición escueta de que se declare que son propietarios del subsuelo del predio que describen en el hecho 7º, no han satisfecho la aludida exigencia de precisión.

En parte alguna aparece definido por el legislador el concepto de subsuelo, por lo que habría que entender, acudiendo al sentido ordinario del vocablo, que los demandantes pidieron una declaración de dominio sobre todos los minerales subyacentes a las tierras antes aludidas, incluídos, por tanto, dada la amplitud del término, no sólo los que por su importancia económica actual son el objeto de las apreciaciones del derecho minero, sino absolutamente todos los que estén comprendidos dentro de los linderos de dichas tierras prolongados indefinidamente hacia el centro del planeta. La imprecisión de lo pedido sería así absolutamente evidente. Sin embargo, relacionando esta petición con los fundamentos de hecho y con la solicitud atinente a la circunstancia de haber salido los terrenos del patrimonio nacional con anterioridad al año de 1873, podría acaso restringirse un tanto la extensión del término subsuelo y reducirlo a los minerales que pertenecen al dueño del terreno por haber salido éste del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre del prealudido año. Pero no por esto quedaría precisado satisfactoriamente el ámbito de la demanda, porque esos tales minerales, de suyo numerosos, no podrían quedar determinados sino como consecuencia de complejas elucubraciones jurídicas sobre factores varios, entre los que ocupa importancia especial el régimen jurídico que durante la Federación tuvieron las minas. Es primario,

dría quedar constituído sobre una base tan indeterminada, que, por una parte, colocaría al demandado en dificultades para ejercitar debidamente su derecho de defensa, y por otra, constreñiría al juzgador a entregarse a investigaciones por demás arduas sin la importante ayuda que está llamada a ofrecerle una demanda técnicamente hecha. (Sala de Negocios Generales, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 415, 2ª, y 416, 1ª y 2ª.

128

DOCUMENTOS

(Cómo se allegan al proceso).

Artículo 636 del Código Judicial.

En tratándose de instrumentos o pruebas preconstituídas, se pueden presentar al juicio con la demanda, la contestación o acompañarse al escrito de excepciones; pero si esto no se hace y el instrumento está en poder de la parte, puede adjuntarlo al memorial en el cual solicita la práctica de las respectivas pruebas; ahora, si en tal oportunidad no está en su poder, debe procederse en la forma indicada por el artículo 636 del Código Judicial, mediante despacho librado "al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento...", pero no autoriza ni ordena que el juzgador se traslade a los archivos a inquirir o buscar los títulos que la parte necesita, labor que le corresponde a ésta en forma exclusiva y previa. (Negocios Generales, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 837, 2ª.

129

DOCUMENTO PRIVADO

(Contraprueba "inter partes").

Artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887.

En materia civil y entre las partes que han firmado un documento, es necesario que la contraprueba nazca de otro escrito prevaleciente, o de confesión judicial del acreedor, o al menos, de un principio de prueba literal debidamente complementado por otros medios que permitan integrar plenitud probatoria que desvirtúe el contenido del documento, como serían los indicios o las declaraciones de testigos. (Artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887). (Casación Civil, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 533, 2ª.

130

DOCUMENTOS PRIVADOS

(Su estimación).

Artículo 1757 y ss. del Código Civil.
Artículo 637 y ss. del Código Judicial.

Para el éxito de la acción de dominio, el actor debe probar, como primer elemento, la propiedad de la cosa cuya restitución demanda, mediante la presentación del título adecuado que justifique el derecho alegado; y así, si la controversia atañe a la propiedad de un inmueble, el demandante debe presentar el correspondiente instrumento público, debidamente registrado, con el objeto de probar su derecho; al contrario, si solamente versa el litigio respecto del dominio de cosa mueble, basta la presentación de un documento privado, que debe estimarse, en su mérito probatorio, según las normas contenidas en los artículos 1757 y siguientes del Código Civil. (Sala de Negocios Generales, 26 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 432, 1ª.

131

DOCUMENTOS PRIVADOS

(Fecha cierta).

Artículo 1762 del Código Civil.
Artículo 637 y ss. del Código Judicial.

Para que un documento privado pueda oponerse a terceros como prueba de un de-

terminado hecho, se requiere que tenga fecha cierta, establecida por alguno de los medios previstos en el artículo 1762 del Código Civil; por tanto, para que un contrato de compraventa, contenido en un documento privado y destinado a probar la propiedad de cosas muebles, se imponga o haga valer contra terceros, se requiere que tenga fecha cierta, pues sólo desde este momento les afectará como prueba, de la existencia de dicho contrato. (Sala de Negocios Generales, 26 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 432, 2ª.

E

132

EMBARGO Y SECUESTRO

(En relación con terceros).

Artículo 273 y ss. del Código Judicial.

El embargo preventivo de una cosa, para su eficacia respecto de terceros, está condicionado al lleno de dos formalidades sustanciales: primero, a la orden de embargo, dada mediante una providencia o auto; y segundo, a que tal orden se cumpla en la forma prevista por la ley, en armonía con la naturaleza del bien embargado, pues, cuando se trata de un inmueble, debe registrarse el auto en la competente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados; y si recae sobre muebles, mediante el depósito material, real y efectivo, en manos de un depositario, porque si esta diligencia no se lleva a efecto, el embargo no se ha consumado, ni tendrá efecto alguno respecto de terceros de buena fe.

El depositario, seal cual fuere, sólo tiene la tenencia material de la cosa secuestrada, con la obligación de "restituírla al que obtenga una decisión en su favor" (artículo 2273 del Código Civil); de manera que éste tiene la calidad de poseedor, según lo dispuesto en el artículo 762 del Código Civil, aun antes de proferirse la respectiva sentencia; sin embargo, si se entrega en forma prematura o extemporánea la cosa secuestrada, aun cuando subsista el auto de embargo, terminan los efectos respecto de terceros, en cuanto concierne a objeto ilícito, entre otros. (Sala de Negocios Generales, 26 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 433, 1ª y 2ª.

133

ERROR DE DERECHO

(En la estimación de pruebas).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Cuando el sentenciador, en la apreciación de una prueba, la considera tal y como ella existe literal u objetivamente en el juicio, esto es, según su presencia procesal, no cabe el error de hecho, que lógicamente supone la disconformidad entre el entedimiento y el sér real de una cosa, sino entonces lo único posible sería el error de derecho en tal estimación, yerro éste consistente en desconocer a la prueba el valor —mérito o demérito— que le asigna la ley. (Casación Civil, 25 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 498, 2ª.

134

ERROR DE HECHO

(Como causal de casación).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Cuando la sentencia está impugnada por lo que atañe a la verdad de los hechos, no habría recurso extraordinario sino tercera instancia, si fuera de recibo en la demanda de casación el ensayo de mejorar simplemente la tarea estimativa de los medios, o lícito a la Corte desconocer los poderes de

apreciación que, emanados del régimen legal de probanzas, permiten al sentenciador ponderar su propia convicción para emitir el pronunciamiento judicial. (Sala de Casación Civil, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 94, 2ª.

135

ERROR DE HECHO

(Como causal de casación).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

No por escasas declaraciones aisladas sino por numeroso conjunto de testimonios, se integró la convicción del Tribunal acerca de los hechos constitutivos, no sólo de relaciones sexuales entre la demandante y el demandado, sino también con el carácter de notorias y estables, de manera que por las fechas de nacimiento de los menores Estanislao y Luz Marina, hijos de Aurora, desprendió el sentenciador, con apoyo en la ley, que la concepción se efectuó durante esas mismas relaciones, que así conducen a demostrar la paternidad natural del demandado.

No ha de exigirse en casación que el juicio del sentenciador al respecto sea de tal modo irrebatible que no admita ningún género de duda, o que las probanzas hubieran de tener absoluta nitidez. Porque si se predica muy bien que en materias de tanta incertidumbre como la inferencia de paternidad natural, la ponderación de los juzgadores debe ir al grado de la cautela más exquisita, no es dable sin embargo quebrar fallo alguno con base en posición dubitativa. La duda no trasciende, desde luego que sin certeza en contrario es improcedente la infirmación de la sentencia acusada. (Sala de Casación Civil, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 94, 2ª.

136

ERROR DE HECHO

(Causal de casación).

Inciso 2º, numeral 1º, del artículo 520 del Código Judicial.

Para tachar una sentencia de error de hecho, no es suficiente la afirmación de haber pasado inadvertida una prueba, cuando en verdad se trata de haberle negado a esa prueba valor preponderante sobre otra. El error de hecho es objetivo, material, por creer el sentenciador que está acreditado un hecho el suponer en el proceso la prueba legal del mismo; o que no está comprobado, por no haber advertido la prueba existente en autos. Que si se trata, no ya de omitir o suponer pruebas sino de valorarlas, esta labor no es de la órbita del error de hecho, sino del campo propio de los errores de derecho en la apreciación de las probanzas. El de hecho, además, debe aparecer de manifiesto en los autos, vale decir, que la negación del hecho por haber omitido la prueba, o la afirmación del mismo por haberla supuesto, no puede mantenerse, porque la única conclusión evidente ante la existencia o inexistencia de la prueba, es la opuesta diametralmente a aquella a que llegó el sentenciador. (Sala de Casación Civil, 16 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 72, 1ª y 2ª.

137

ERROR DE HECHO

(En casación).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

La disparidad conceptual entre el litigante y el fallador en el sentido de que éste, aun-

que tuvo en cuenta determinada prueba, no le dio sin embargo el valor demostrativo que pretendía el interesado, no constituye el error de hecho evidente que, de existir, quebrantaría la sentencia. (Numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial). (Casación Civil, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 525, 1ª.

138

ERROR DE HECHO

(En casación laboral).

Artículo 87, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Bien puede ocurrir que la prueba en que se funde la sentencia acusada en casación ofrezca dudas. Precisamente, si la cuestión de hecho es dudosa, ello es bastante para que no pueda declararse por la Corte el error evidente de hecho. (Sala de Casación Laboral, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 399, 2ª.

139

ERROR DE HECHO EN CASACION

(Técnica de la demanda).

Artículo 87, inciso 2º del numeral 1º del Código de Procedimiento Laboral.

No basta que la acusación analice cada una de las pruebas que relaciona y que sostenga que todas confluyen a demostrar el error de hecho alegado, pues es de rigor en casación indicar si éste se produjo por mala apreciación de las mismas o por no haber sido estimadas. El ordenamiento legal contenido en el artículo 87, inciso 2º de su numeral 1º, exige la mayor precisión en la formulación del cargo por error de hecho. La excepción a la regla general, en efecto, es la de que el sentenciador se equivocó en el examen y valoración de pruebas, lo cual requiere de parte del recurrente el cumplimiento de todas las formalidades prescritas por la ley para la demostración de tal error. Si el ataque no se ajusta a ellas, no es atendible. (Casación Laboral, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 787, 1ª y 2ª.

140

ERROR DE HECHO

(En casación).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Debe reafirmar la Corte la doctrina de que en estos procesos en que se hace indispensable el estudio de la causal segunda de casación, que son al mismo tiempo juicios de puro derecho, la invalidación de la sentencia acusada sólo es posible cuando se demuestre que el fallador de instancia incurrió en un abierto y ostensible error en la apreciación de la prueba. Porque si el Tribunal ha realizado un juicioso análisis de la misma, no sería procedente que en la revisión que conlleva el recurso de casación se desconociera la facultad discrecional que la ley otorga a los jueces para que de conformidad con los principios que informan la teoría general de la prueba, sobre la que está estructurada la legislación vigente en relación con la prueba criminal, valoren los elementos de juicio recogidos en el proceso y concluyan dando preferentemente más fuerza a unos que a otros, facultad que no es posible desconocer a los falladores sin riesgo de desvertebrar el principio en que se fundamenta la libre apreciación, atemperada por la tarifa legal, siempre que dentro de ésta se encuentren bases para hacer viable el criterio de la verdad legal-moral en que aquella se sustenta. (Casación Penal, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 621, 1ª y 2ª.

141

ERROR DE HECHO

(En casación).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Si la sentencia acusada en casación examina con todo cuidado determinada pieza procesal (por ejemplo, la indagatoria del procesado o una declaración de testigo) y tras este examen concluye por no darle crédito, no por simple capricho u obstinación, sino porque no ha resistido tal análisis y se ofrece como carente de veracidad, no queda fundamento para deducir que se le desconoció su valor probatorio y que se incurrió así en error de hecho (artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal). (Casación Penal, 15 de febrero de 1961). Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 655, 1ª.

142

ERROR DE HECHO

(Autonomía del Juez de instancia).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

No es dado oponer al juicio del fallador, que no se ha excedido en la apreciación de las pruebas, ni en forma notoria o protuberante ha errado en su calificación, un simple criterio de oposición al valor de esa misma prueba, fundado en conjeturas o tachas no demostradas, porque eso llevaría a autorizar la casación de todos los fallos y a dejar sin bases la prudente y necesaria autonomía de los jueces en su función juzgadora (artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal). (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 655, 1ª.

143

ERROR DE HECHO

(Como causal de casación).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

La Corte ha sido enfática y bastante explícita: el error de hecho consagrado como causal de casación (567, 2º, del Código de Procedimiento Penal), tiene sus precisos alcances y da lugar a que el recurso prospere en cuanto el demandante logre demostrar que la sentencia fue edificada sobre una prueba sin contenido incriminatorio, ausente de credibilidad, contradictoria en su contenido o procesalmente incapaz de mantener el cargo o alguna de sus específicas circunstancias. (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 655, 1ª y 2ª.

144

ERROR DE HECHO EN CASACION

(Configuración).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Dado de que la sentencia incurra en patente y manifiesto error en la apreciación de la prueba, por darle a los testimonios de cargo un valor probatorio del cual indudablemente carecen y por negarle a los que evidencian la ausencia de culpabilidad la importancia probatoria que tienen efectivamente, el fallo acusado debe ser invalidado con fundamento en la causal 2ª de casación, consagrada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 671, 1ª.

145

ESCRITURA PUBLICA

(Valor probatorio "erga omnes").

Artículo 1759 del Código Civil.

Es incontestable el mérito extraordinario que la ley reserva a la prueba por escritura pública. Hace fe en todo cuanto el Notario, como guardián de la confianza general, presencia por la vista y el oído, y por esto, en lo que atañe al hecho de haberse otorgado el instrumento en cierto día y tal como aparece de su lectura. Mas la fe notarial no se extiende a la verdad de las declaraciones de los otorgantes. En esta parte —expresa el artículo 1759 del Código Civil— "no hace plena fe sino contra los declarantes", de tal suerte que los terceros pueden hacer valer su posición en derecho al amparo de la buena fe y de acuerdo con los términos del acta notarial, aunque llegue a descubrirse que la voluntad de los otorgantes fue otra o que sus declaraciones estaban contradichas por lo verdaderamente acaecido. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 1ª.

146

ESCRITURA PUBLICA

Su valor probatorio "inter partes").

Artículos 1759 y 1769 del Código Civil.

Si la escritura pública hace plena prueba frente a los otorgantes y uno de ellos judicialmente reconoce que no corresponde a la verdad alguna de las cláusulas que literalmente favorecen su interés jurídico, por virtud de la confesión desaparece en la misma medida la fe plena que entre las partes surge del instrumento notarial. Entonces se reconoce hecho con valoración jurídica cuyos efectos perjudican a quien declara, que es precisamente la característica esencial de la confesión de parte como relevo de toda otra probanza. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 511, 1ª.

147

ESTADO DE IRA

Artículo 28 del Código Penal.
Artículo 38, ordinal 3º, del Código Penal.

La afirmación del procesado de que le "dio rabia" no es suficiente para que a ese supuesto estado de ira se le atribuyan las condiciones señaladas en el artículo 28 del Código Penal, de haber sido provocada por grave e injusta ofensa, calidades de la provocación que deben ser apreciadas por el juzgador. La ira provocada injustamente pero no debida a una ofensa grave, es apenas una circunstancia de menor peligrosidad (ordinal 3º, artículo 38 del Código Penal), que no alcanza a cumplir los efectos atenuadores de la responsabilidad previstos en el artículo 28 citado primeramente. Y cuando le falta la condición de injusticia a la provocación, ni siquiera puede tomársela como tal circunstancia de menor peligrosidad. (Sala de Casación Penal, 9 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 172, 1ª.

148

EXCEPCION DE COMPENSACION

(En materia laboral).

Artículos 59 y 149 del Código del Trabajo.
Artículo 32 del Código de Procedimiento Laboral.

Se observa que el sentenciador, con el extraño y desconcertante pretexto de que la solicitud de compensación no fue formulada por la empresa en el memorial de contesta-

ción de la demanda y de que no puede fallar **extra** y **ultra petita**, como si se tratase de un derecho del trabajador demandante y no de un medio de defensa del demandado, desconoció en la práctica el efecto de los documentos que éste adujo oportunamente (artículo 32 del Código de Procedimiento Laboral), por medio de los cuales se demuestra la deuda laboral del trabajador por concepto de exceso de anticipo de vacaciones y su autorización escrita para descontarla, llegado el caso, de sus salarios y prestaciones. Incurrió de este modo el Tribunal en el quebranto de las disposiciones contenidas en los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo. (Sala de Casación Laboral, 18 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 378, 1ª.

149

EXTRADICION

(Sujeto pasivo).

Artículo 9º del Código Penal.

Del Tratado de 18 de julio de 1911 (aprobado por la Ley 26 de 1913) no se deduce que entre Colombia y Venezuela exista "acuerdo internacional en contrario" que haya de prevaler sobre el criterio general, consagrado expresamente por las legislaciones de los dos países, según el cual debe negarse la extradición de los propios nacionales. Pues tratándose de una excepción especialísima, dentro de la norma general, aquélla debe aparecer expresamente señalada, lo que no resulta de la frase genérica que emplea el Tratado en su artículo primero. (Cfr. art. 9º. del C. P. Colombiano y art. 6º del Venezolano). (Casación Penal, 22 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 703, 1ª.

150

EXTRADICION

(Sujeto pasivo).

Artículo 9º del Código Penal.

Enseña Florián que "sujeto pasivo de la extradición sólo puede ser un extranjero, salvo acuerdo internacional en contrario". En concreto, los códigos penales de Venezuela (art. 6º) y Colombia (art. 9º) prohiben taxativamente la entrega de los nacionales, lo cual quiere decir que en materia de extradición pasiva, la norma genérica es la que no se puede extradir a los colombianos que se encuentren en Colombia, ni a los venezolanos que se encuentren en Venezuela, "salvo acuerdo internacional en contrario". (Sala Penal, 22 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 702, 2ª.

F

151

FACULTADES DE LOS ARBITROS

(Según la clase de conflictos).

Artículos 142 y 143 del Código de Procedimiento Laboral.
Artículo 458 del Código del Trabajo.

Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto: si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al Juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el Juez particular será un árbitro-arbitrador.

La doctrina distingue las dos modalidades del arbitraje, que la ley positiva no separa. Con todo, un criterio de orientación en

materia enuncia el Código Judicial en su tratado sobre "Arbitramento". Según su artículo 1.216, pueden las partes, al estipular el compromiso, disponer que los arbitradores decidan en derecho o en conciencia. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 736, 1ª.

152

FACULTADES DE LOS ARBITROS

(Limitaciones).

Artículo 458 del Código del Trabajo.
Artículo 142 del Código de Procedimiento Laboral.

Decidió el fallo arbitral sometido a recurso, que el patrono no puede dar por terminado el contrato de trabajo en uso de la cláusula de reserva y que no lo extingue el advenimiento del plazo presuntivo, sino sólo alguna de las justas causas de que tratan los artículos 62 y 63 del Código del Trabajo. La confrontación entre estas decisiones del laudo y lo que previenen los artículos 47 y 49 en relación con el 61, literal a) del citado código por una parte, y la comparación entre el mismo acto arbitral y el artículo 48 en relación con el 61, literal g) del mismo estatuto por la otra, demuestra palmariamente la oposición entre la ley y el laudo recurrido, vale decir, que el árbitro sobrepasó los límites que le señala el artículo 458 del Código del Trabajo. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 738, 1ª y 2ª.

153

FACULTADES DE LOS ARBITROS

(Limitaciones).

Artículo 458 del Código del Trabajo.
Artículo 142 del Código de Procedimiento Laboral.

Se arguye que algunas empresas, en convenciones colectivas con sus sindicatos, han [illegible] de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo. A esto observa la Sala, que si las partes tienen facultad para prescindir de la cláusula y el plazo, la afirmación no demuestra que de ella goce también el árbitro: los poderes de éste, en el conflicto colectivo de tipo jurídico, dependen de la ley y no de la voluntad de los interesados (artículo 458 del Código del Trabajo y 142 del Código de Procedimiento Laboral). (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 740, 1ª y 2ª.

154

FACULTADES DE LOS ARBITROS

(Limitaciones).

Artículo 458 del Código del Trabajo.
Artículo 142 del Código de Procedimiento Laboral.

Solicita el pliego de peticiones a los Bancos, en uno de sus puntos, que se reintegre de inmediato el personal despedido en el último año por cláusula de reserva o cumplimiento del plazo presuntivo. Considera la Corte que los despidos realizados por los Bancos en uso de la cláusula de reserva y los retiros efectuados por expiración del plazo presuntivo, crearon situaciones jurídicas definitivas, consumadas bajo el imperio de preceptos legales que las reconocen y tutelan. Disponer, pues, como lo hace el fallo arbitral, la revivicencia de hechos que el legislador considera irrevocables, es obrar contra su voluntad, cuyo acatamiento es obligatorio para el árbitro. (Artículo 458 del Código del Trabajo). (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 741, 2ª, y 742, 1ª.

155

FACULTADES DE LOS ARBITROS

(Limitaciones).

Artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral.

La comparación entre la súplica del pliego petitorio y el ordenamiento del laudo, pone

de manifiesto el exceso en la resolución. Solicitó el pliego el servicio médico para los familiares de los empleados bancarios, y la decisión lo extiende a la hospitalización en los lugares en que no funcione el Seguro Social y a los servicios quirúrgicos. El pliego de peticiones limita las facultades de los árbitros en los conflictos colectivos de tipo económico, por lo cual, toda resolución que lo rebase extralimita sus poderes y es contraria a lo preceptuado en el artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral. La decisión, por tanto, sólo es exequible en cuanto decreta el servicio médico. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 749, 1ª.

156

FALSO TESTIMONIO

(Modalidades).

Artículo 191 del Código Penal.

Puesto que la calidad de testigo se genera en una situación de hecho, salta a la vista que esa situación puede ser aprovechada por quien se encuentra en ella, para comparecer al proceso y rendir una declaración falsa; o puede ocurrir también que, con el mismo objetivo espurio, sea simulada por un extraño a semejante específica situación. En ambos eventos, como es obvio, se incurre en el delito de falso testimonio, descrito y sancionado en el artículo 191 del Código Penal. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 666, 2ª.

157

FILIACION NATURAL

Artículo 6º de la Ley 45 de 1936.
Artículo 397 del Código Civil.

Bien es que el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 no expresa que el proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo natural se haga de un **modo competente**, como sí aparece de la literalidad del artículo 397 del Código Civil para la posesión notoria del estado de hijo legítimo. Pero como es claro que en el **modo competente** no se trata de una noción absoluta sino por el contrario eminentemente relativa a las circunstancias concretas y peculiares de cada hipótesis en particular, sometidas de suyo a la discreción del sentenciador que ha de ponderarlas para determinar si están proporcionadas a la inferencia de paternidad por los hechos posesorios de estado civil, se sigue obviamente que tal predicamento corresponde del mismo modo relativo tanto a la filiación legítima como a la filiación natural. (Sala de Casación Civil, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 65, 2ª. y 66, 1ª.

158

FILIACION NATURAL

Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

Si en filiación natural la titularidad que se invoca corresponde a las presunciones organizadas por los numerales 4º y 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es forzoso el entendimiento de que la suerte de la acción estriba en la prueba completa de los hechos que, eslabonados, sirven de antecedentes a las susodichas inferencias de paternidad natural.

No basta la notoriedad de relaciones sexuales con la madre y que el hijo nazca después de ciento ochenta días desde que empezaron o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, para que se integre la presunción de paternidad. Se requiere, además, que las relaciones sean estables, aunque no haya comunidad de habitación. Por lo mismo, es indispensable acreditar hechos concretos y tan significativos que permitan rectamente al Juez llegar a la profunda convicción de que tales relaciones no eran

taron interferencias perturbadoras, ni fueron concurrentes, precarias o efímeras, según las modalidades características de cada hipótesis en particular.

Y en cuanto a la posesión notoria de estado, es imprescindible que los antecedentes de trato paternal concretamente repetido en el tiempo, de proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del presunto hijo, aparezcan indubitablemente esclarecidos en forma que permita a deudos y amigos o al vecindario del domicilio inferir por general consenso la filiación, y al Juez formar su íntimo convencimiento de que está plenamente probada como base para la declaración que se le demanda.

En ambas situaciones queda abierto con amplitud al sentenciador su poder discrecional para valorar los elementos de prueba ingresados al proceso, sin que la austeridad de criterio exigida siempre para escrutar lo verdadero en campos de natural incertidumbre pueda ser objeto de reparos en casación. (Sala de Casación Civil, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 66, 1ª y 2ª.

159

FILIACION NATURAL

(Posesión notoria).

Artículo 6º de la Ley 45 de 1936.

Si en concreto el estado de hijo natural es judicialmente declarado por virtud de posesión notoria, la causal del proveído no difiere de dar solemnidad en derecho al reconocimiento voluntario ostentado a través del tiempo sin formalidad alguna en los hechos posesorios, pero con ininterrumpida elocuencia capaz de integrar la convicción judicial declarativa de la existencia del estado civil que de la justicia se impetra.

Quien conforme a la ley posee estado civil de hijo natural, lleva obviamente en sí mismo esa condición desde que fue concebido. Si nace dentro del matrimonio de sus progenitores, queda **ipso jure** equiparado a los hijos legítimos. Si vio la luz antes de que sus padres se casaran, también será hijo natural de ambos y el reconocimiento de su estado por la justicia, igualmente le dará **ipso jure** la condición de hijo legítimo. Sobra, en efecto, cualquiera notificación y aceptación del beneficio para quien acciona precisamente porque ha poseído y suplica de los tribunales el reconocimiento de su estado civil de hijo legitimado de aquellos padres. (Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 134, 2ª, y 135, 1ª.

160

FILIACION NATURAL

(Prueba).

Artículo 4º de la Ley 45 de 1936.
Artículos 609 y 668 del Código Judicial.

Es írrito afirmar que la paternidad pueda probarse por confesión de la madre del presunto padre. Las afirmaciones hechas por ella en posiciones absueltas, apenas serían, en tal caso, un testimonio sujeto a la crítica de esta clase de probanzas. (Casación Civil, 21 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 519, 1ª.

161

FILIACION NATURAL

(Grados en la estabilidad del trato sexual).

Artículo 4º, numeral 4º, de la Ley 45 de 1936.

La estabilidad resulta de la frecuencia y de la regularidad del trato sexual, pero estos dos últimos conceptos son de suyo relativos y cambian de unos casos a otros. En aquellos en que existe comunidad de habitación, están comprendidos naturalmente en la vida

común, sin interrupción. Mas de otro modo ocurrirá si no existe dicha comunidad: si el varón vive con sus padres, o con su esposa legítima y sus hijos o con otra manceba, o cuando las relaciones apenas se iniciaron poco antes de los 180 días anteriores al nacimiento. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 574, 1ª.

162

FILIACION NATURAL

(Estabilidad del trato sexual).

Artículo 4º, numeral 4º, de la Ley 45 de 1936.

Lo que quiere oponer la ley a lo frecuente, a lo regular, esto es, a lo estable, es lo esporádico, lo fugaz, lo momentáneo. El ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 excluye los tratos sexuales de esta laya. No los desecha el ordinal 1º; si de violación o rapto se trata, basta que coincidan tales hechos con la época de la concepción, hubiese habido contactos esporádicos o frecuentes y regulares. Fuera de estos casos, las relaciones sexuales por sí solas no fundan la presunción de paternidad sino cuando son estables, además de notorias. La repudiación que la ley hace del trato sexual ocasional, como base de presunción de paternidad, indica que en la apreciación de la frecuencia y la regularidad de las relaciones que contempla el ordinal 4º, ha de prevalecer el criterio que excluya la posibilidad de que esa clase de tratos pueda llevar a la declaración de paternidad, sin extremar la valoración de unas relaciones que están lejos de ser efímeras. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 574, 1ª.

163

FILIACION NATURAL

(Notoriedad del trato sexual).

Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

La notoriedad es concepto que se opone a lo secreto, como lo momentáneo a lo estable. De la misma manera que la ley no contempla, como base de presunción de paternidad, los contactos eventuales, tampoco admite los ocultos, por razón de los abusos que ello podría acarrear. Por estables que sean, ningún sentido tendrían en el sistema de presunciones del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, si son secretos. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 574, 1ª.

164

FILIACION NATURAL

(Grados de notoriedad del trato sexual).

Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

Sin duda, la notoriedad admite grados. Uniones irregulares hay de una evidencia pública general; otras, cuya fama llega a traspasar los límites del vecindario y aun de la ciudad y la comarca, tanto por la forma de las relaciones, verbigracia, con comunidad de habitación, como por la calidad económica y social de los amantes y el factor tiempo, cuya mayor duración propaga e incrementa ese conocimiento; otras, en cambio, por circunstancias especiales, sin comunidad de habitación, sin vida en común, sin trato aparente de cónyuges, procuran proceder sin ostentación, evitando lo más posible la publicidad, de modo que el conocimiento no pase de los amigos y relacionados; otras, al circunscribirse a la época de la concepción o

aquellas que llegan a cubrir largo tiempo o la vida. Todo lo cual marca modalidades en el criterio estimativo de la visibilidad o apariencia de los mismos nexos. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 574, 1ª y 2ª.

165

FILIACION NATURAL

(Prueba de la notoriedad y estabilidad del trato sexual).

Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

Tanto la estabilidad como la notoriedad, exigidas por el ordinal 4º, del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, deben aparecer de hechos de los cuales el juzgador infiera la presencia de tales caracteres en el trato sexual. Mas, si no hay comunidad de habitación, ni tratamiento marital, como ocurre con frecuencia, no puede pretenderse que la estabilidad y la notoriedad surjan de estas circunstancias que la ley no demanda sino de aquellas que en el caso concreto configuraron la especie particular de las relaciones. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 574, 2ª.

166

FILIACION NATURAL

(Errores de interpretación).

Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

Pretender que el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 exige la condición de que el presunto padre y la madre hayan tenido comunidad de habitación, o vivido como marido y mujer, implica una interpretación errónea de dicha disposición legal. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 574, 2ª

167

FILIACION NATURAL

(Prueba del trato sexual).

Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

Se tiene en cuenta que según doctrina de la Corte, en tratándose de acreditar los hechos indicativos del trato sexual, no pueden desarticularse unos de otros: "Si se considera cada uno por separado podrían no revestir entidad suficiente para deducir la existencia de las relaciones sexuales; pero sí permite afirmarla el conjunto de esos múltiples hechos cuya ocurrencia no podría atribuírse a mera casualidad", dice la casación de 29 de julio de 1946 (LX, 2.034, 782). Es menester unir los hechos diversos, relacionarlos, como si se tratase de hilos de una sola tela, en cuya trama radica su resistencia. La vida no preconstituye los testigos para registrar simultáneamente todos los pasos de los amantes, ni los presencian con la previsión de que sobre ellos habrán de declarar mañana. (Casación Civil, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 575, 1ª.

168

FIRMA EN BLANCO

(Valor del documento).

Artículos 637 y 642 del Código Judicial.
Artículo 1761 del Código Civil.

Cuando una persona, después de firmar un papel se lo entrega a otra con el encargo de llenarlo según sus instrucciones, y alega luégo, con relación al contenido, que se cometió el abuso de firma en blanco, el examen jurídico de tal supuesto ha de partir de la base inmodificable de que quien hace esa entrega, ha tenido suficiente capacidad de

inherentes a la operación, como ha de hacerlo una persona razonable y prudente para estar libre de culpa. Y como en materia de prueba literal se compromete el plano de confianza pública, no existe libertad de contraprobanza para obligaciones que surgen de escrito con nota de autenticidad. (Artículos 637 y 642 del Código Judicial y 1761 del Código Civil). (Casación Civil, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 533, 2ª.

H

169

HIJOS LEGITIMADOS

(Por obra del matrimonio).

Artículo 236 del Código Civil.

Sobre la base insustituíble del matrimonio válidamente contraído por los progenitores, participan del estado civil de hijos legítimos los naturales de los padres que a tiempo de la concepción hubieran podido casarse con plenitud de eficacia jurídica.

Es así como por voluntad del artículo 236 del Código Civil "son también **hijos legítimos** los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que va a expresarse", reza el texto.

Tales condiciones y reglas instituyen los modos por los cuales se efectúa la legitimación de los hijos naturales y, en primer término, la que se produce **ipso jure** por matrimonio de los padres:

a) Para la hipóteis que mayormente se aproxima a la filiación legítima, por corresponder al hijo exento de adulterio de sus progenitores, concebido antes y nacido en el matrimonio válidamente celebrado de sus padres y, por ello, con exclusión del que apenas es aparente o putativo o del que carece de las condiciones legales necesarias para producir efectos civiles (237 C. C., 52, L. 153 de 1887); y

b) Para los hijos que los padres "hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales". (238).

En segundo término, es necesario para que la legitimación se produzca "que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos". (239). (Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 134, 1ª y 2ª.

170

HIJOS LEGITIMADOS

(Judicialmente).

Artículo 238 del Código Civil.
Artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Dentro del régimen legal es claro que son legitimados por matrimonio posterior de sus padres los hijos naturales de ambos cónyuges, reconocidos con los requisitos legales. Como es obvio también que el matrimonio de los progenitores no funda por sí solo el reconocimiento como naturales de los hijos que con anterioridad hubiesen procreado juntos, ni menos podría así aisladamente otorgarles la condición de legitimados.

Pero es de igual modo incontrovertible que si el reconocimiento de dichos hijos como naturales es obtenido por cualquiera de las vías hábiles en derecho para la declaración de que ese estado civil fue constituído, el matrimonio de los padres válidamente celebrado, será entonces causa eficiente de la legitimación por ministerio del pronunciamiento declarativo de la filiación natural, con la misma virtud y eficacia de la que se produce para los hijos naturales voluntariamente reconocidos por sus padres.

La declaración judicial de estado se predica para el momento en que fue constituído, y llena sin duda los requisitos de la ley para el reconocimiento de hijos naturales. En este evento por ministerio de la justicia y, por lo mismo, con plenitud de efectos en el campo de la legitimación según el artículo 238 del Código Civil, en cuanto por su letra se revela el espíritu y fines de interés general que la disposición contempla. (Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 134, 2ª.

171

HOMICIDIO

(Intención de matar).

Artículo 362 del Código Penal.

Cuando, en proceso por homicidio con arma de fuego, no se dispone de prueba directa y además el sindicado niega toda actividad criminosa, determinando así la ausencia total de la más mínima cualificación en el informativo, pero los indicios prueban en debida forma que el hecho le es imputable al procesado, suficiente es atender, para estructurar el dolo homicida a las circunstancias relativas a la naturaleza del arma, localización de la herida o heridas en el cuerpo de la víctima, poder ofensivo del disparo y resultado mismo de la acción criminal (artículo 362 del Código Penal). (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 655, 2ª, y 656, 1ª.

172

HOMICIDIO CULPOSO

Artículo 1º, Decreto 012 de 1959.
Artículo 370 del Código Penal.

Una atenta lectura del Decreto 012 de 1959 la conclusión de que sus normas son lamente son aplicables en el juzgamiento de los delitos que dicho estatuto enumera taxativamente en los once numerales de su artículo primero. Entre ellos no figura el homicidio culposo. (Sala de Casación Penal, 7 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 161, 2ª.

173

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

(Sanción).

Artículos 365 y 379 del Código Penal.

Indudablemente hay una deficiencia técnica en el Código Penal, respecto de la dosimetría legal de la sanción, al dejar sin agravación específica —así fuere en un pequeño aumento de la pena— el homicidio preterintencional, cuando el hecho se comete dentro de las circunstancias que agravan el homicidio simple (artículo 362) y le dan la denominación de asesinato, previstas en el artículo 363 del Código Penal. Tanto más cuanto que respecto del delito de Lesiones Personales no se incurre en ese vacío, pues en el artículo 379 se preceptúa que "cuando los hechos previstos en los artículos anteriores...", (los que sancionan los distintos casos de lesiones personales)..., "concurra alguna de las circunstancias del artículo 363, la pena se aumentará hasta en la tercera parte". Y dado el anterior criterio del Código Penal Colombiano, se puede presentar, por ejemplo, el absurdo de que si alguien consuma el delito de lesiones personales en su cónyuge y la herida le produce "la pérdida de un órgano o miembro" (artículo 375), la pena máxima aplicable es la de doce (12) años de presidio; pero si la ofendida muere y el agente obró sin intención de matar y con el propósito, únicamente, de causar lesiones personales, entonces la sanción máxima apo-

nas puede llegar a nueve años y cuatro meses de presidio, atendido lo que prevé el artículo 365 del Código Penal. Si en las dos hipótesis el agente obra sólo con la intención de causar lesiones personales, al menos la pena máxima debiera ser igual, si es que se prescinde, aún, del mayor interés jurídico ofendido en el homicidio preterintencional.

Claro que en el homicidio preterintencional el legislador dejó al Juez, dentro de la sanción mínima y la sanción máxima señalada en el Código, la dosimetría de la pena, dentro de lo cual bien puede tomar como circunstancias de mayor peligrosidad las que están señaladas en el artículo 363 del Código Penal, como circunstancias de asesinato. Pero la ausencia de agravación específica del Homicidio Preterintencional por esas causales, frente a la previsión de las mismas para agravar específicamente el delito de Lesiones Personales, lleva, en casos como el anotado, a conclusiones incongruentes.

En efecto, si el hijo —para indicar otra hipótesis— "sin intención de matar..." (como dice el artículo 371 del Código Penal, que define el delito de Lesiones Personales), de un machetazo le cercena al padre uno de los miembros inferiores y la víctima muere, se tendría el delito de Homicidio Preterintencional, que también requiere la ausencia de propósito de matar y exige la intención de causar lesiones personales; y aun tomada esa relación de parentesco como circunstancia de mayor peligrosidad y considerado que la pena aplicable es la máxima prevista en el artículo 365 del Código Penal, la sanción no puede sobrepasar el lapso de nueve años y cuatro meses de presidio. Pero si el ofendido no muere, bien puede llegar la sanción a doce años de presidio, de conformidad con las previsiones de los artículos 375 y 379 citados. (Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 263, 2ª, y 264, 1ª.

174

HOMOLOGACION

(Sujetos del conflicto).

Artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral.

Si bien lo sometido a la consideración y estudio de la Corte es el laudo que pone término al conflicto colectivo y no la actividad cumplida por las partes hasta llegar al arbitraje, la Sala no estaría en capacidad de resolver el recurso de homologación si no sabe, con precisión, quiénes son los sujetos del conflicto. Se trata de un presupuesto necesario que debe ser tenido en cuenta no sólo por el árbitro, sino también por la Corte, en sede de homologación. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 730, 1ª.

I

175

IMPEDIMENTOS

Artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

La ley no autoriza impedimentos de carácter simplemente moral, distintos de los taxativamente señalados en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. (Sala de Casación Penal, 22 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 226, 2ª.

176

IMPEDIMENTOS

Artículo 72 del Código de Procedimiento Penal.

Si habiendo fracasado el incidente de recusación contra un funcionario, el interesado lo incita a que se declare impedido con fundamento en el pretexto que motivó la in-

fundada recusación, el impedimento propuesto en estos términos no es aceptable. Pues con este sistema el funcionario, aunque de buena fe, le haría el juego al recusante en su propósito de lograr, por cualquier medio y aun sin motivo legal, su propósito de buscar Juez a su acomodo, con mengua de la administración de justicia y funesto resultado para la autoridad moral de los encargados de juzgar.

El hecho real es que de seguirse este procedimiento, las partes recusarían, aun sin fundamentos legales, seguros de que esto mismo crearía una razón nueva para que el Juez o Magistrado se considerara obligado o al menos compelido a declarar un impedimento, tomando como pretexto la misma recusación que fue desechada, lo que no es admisible, sobre todo cuando en ninguna de las causales consagradas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, y menos en la de enemistad grave, cabe colocar el motivo de inhibición que se pretende. (Sala Penal, 3 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 603, 1ª y 2ª.

177

IMPEDIMENTOS

(Su naturaleza).

Artículo 72 del Código de Procedimiento Penal.

El impedimento es una manifestación inhibitoria del funcionario para sustraerse al conocimiento de un negocio judicial, precisamente para allanar cualquier equívoco, malentendido o apreciación errónea de su conducta como fallador, para que las partes puedan tener la máxima seguridad de que sus intereses no van a ser disminuídos o menospreciados por sentimiento alguno que pueda incidir sobre el recto ejercicio de la justicia. (Sala de Casación Penal, 25 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233

178

IMPEDIMENTOS

(Su contenido moral).

Artículo 72 del Código de Procedimiento Penal.

El impedimento es una manifestación de contenido moral y subjetivo que la ley deja al arbitrio del funcionario, exigiendo apenas los motivos que obligan a su determinación, juzgados en algunos casos, por circunstancias especiales, con menos rigor que la recusación, por razones obvias, dentro de las causales que el procedimiento señala. (Sala de Casación Penal, 25 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 232, 2ª.

179

IMPEDIMENTOS

(Su calificación).

Artículo 438 del Código Judicial.

El auto por medio del cual el Juez manifiesta un impedimento, allanable o no, está sujeto, en virtud del principio dispositivo, a la censura de las partes, que pueden interponer los recursos legales, como el de apelación, el de reposición o el de súplica, si se trata de la Sala de Decisión de un tribunal; pero de ninguna manera puede el Juez o Magistrado a quien le corresponde sustituír al impedido, entrar a calificar el impedimento, sin cometer una patente arbitrariedad, porque, además de arrebatar un derecho exclusivo de las partes, desconoce un hecho consumado por ministerio de la ley, pues basta que las partes guarden silencio para que "dicho funcionario quede por el mismo hecho separado del conocimiento", como textualmente lo dice el artículo 438 del Código Judicial; por tanto, el Juez o Magistrado a

conocimiento del asunto, carece de competencia funcional para entrar a calificar el impedimento, tanto desde el punto de vista de los hechos como del derecho, aun en el supuesto de la inexactitud de los primeros y la equivocada apreciación del segundo por parte del impedido, quien, en tal hipótesis, responderá de su conducta de acuerdo con las leyes respectivas. (Negocios Generales, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 841, 2ª, y 842, 1ª.

180

IMPEDIMENTOS

(Tramitación).

Artículos 434 y ss. del Código Judicial.

El Código Judicial o Ley 105 de 1931 estableció un procedimiento distinto según se tratase de resolver sobre un impedimento o una recusación; y así, en cuanto al primero, la actuación está regulada por los artículos 437, 438 y 439 del dicho Código, como ineludible consecuencia de la prohibición contenida en el artículo 434 ibídem, que dice: "Ningún Juez puede conocer de un negocio para el cual está impedido por causa legítima, sin que se le haya prorrogado la jurisdicción, conforme a la ley".

En obedecimiento a la norma transcrita, el Juez impedido debe indicar la respectiva causal, "exponiendo en un auto el hecho o los hechos que la constituyan"; y si el impedimento no es allanable, ordena pasar el asunto al Juez o Magistrado que siga en turno; en cambio, si fuere allanable, dispone poner el impedimento en conocimiento de las partes para que, la interesada, manifieste si lo allana o no; en este último caso, lo mismo que cuando guarda silencio, el Juez "queda **por el mismo hecho** separado del conocimiento". (Negocios Generales, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 841, 2ª

181

INDEMNIZACION MORATORIA

Artículo 65 del Código del Trabajo.

El otro aspecto de la acusación se concreta a la petición sobre el pago de la indemnización moratoria, pedida por el trabajador en la demanda de reconvención, que la sentencia recurrida no acogió.

Para su rechazo adujo el Tribunal estas razones: a) Al terminar el contrato las partes han debido celebrar un acuerdo sobre el monto de las deudas pendientes, lo cual no tuvo efecto por renuencia del trabajador, y sin tal requisito no opera el artículo 65 del Código del Trabajo; y b) La sociedad consignó judicialmente las deudas que confesó deber al empleado, y cuando esto ocurre no es del caso dar aplicación al citado texto legal.

Acerca del primer argumento observa la Sala que el ordenamiento legal no tiene la inteligencia que le atribuye el fallador, como se desprende de la atenta lectura de su texto.

No manda la disposición que el pago de las deudas pendientes a favor del trabajador, al terminar el contrato, depende de un acuerdo de las partes sobre su cuantía. Muy al contrario, lo que prevé el artículo 65 es su desacuerdo acerca del indicado extremo y, para tal evento, germen de un conflicto de intereses y de una posible litis, instituye un mecanismo, el de la consignación judicial por el patrono de lo que confiese deberle al empleado. El arbitrio ideado por el legislador permite la solución inmediata del diferendo, mientras la justicia decide el asunto en definitiva, y lo pone al servicio del patrono para que por ese medio se libere del pago de la indemnización por mora.

Es apenas natural y razonable que las partes, de común acuerdo fijen, al terminar la relación del trabajo, las obligaciones en favor del trabajador y su cuantía y aun las

compensaciones a que haya lugar, provenientes de créditos a cargo del empleado que tengan su origen en tal relación, pero si el acuerdo existe y se ajusta al marco del derecho social, su estipulación es obra de la voluntad de las partes y no el resultado de mandato alguno del legislador. Si el acuerdo se produce, querrá decir que el patrono dio cumplimiento a las obligaciones que la ley le impone a favor del trabajador. En tal caso ningún papel juega el artículo 65 del Código del Trabajo, por sustracción de materia, porque la hipótesis que éste regula no es el acuerdo sino el desacuerdo.

De lo que se deja expuesto se concluye que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 65 del citado Código, ya que éste no establece el supuesto de hecho que ve en él el fallador. Su infracción se presenta, por tanto, por el aspecto indicado y no por el que indica el impugnador, de modo indirecto. (Sala de Casación Laboral, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 297, 1ª y 2ª.

182

INDEMNIZACION MORATORIA

Artículo 65 del Código del Trabajo.

El Tribunal acepta como excusa para librar al patrono de las obligaciones a su cargo al terminar el contrato, el hecho de haberse ausentado el trabajador del lugar en que prestaba sus servicios y la consiguiente dificultad en que se encontró el patrono para celebrar acuerdos con él, encaminados a solucionar el pago de sus créditos. Huelga advertir que tal circunstancia no es de recibo, ni ella imposibilitó a la empresa para haber realizado la consignación en tiempo oportuno. Así que al aceptar el Tribunal la consignación tardía desatendió la norma del artículo 65 del Código del Trabajo. (Sala de Casación Laboral, 1º de diciembre de 1959. Tomo XCIII. Números 2223 y 2234). 298, 2ª

183

INDEMNIZACION MORATORIA

(Consignación condicionada).

Artículo 65 del Código del Trabajo.

No cabe duda que en el caso de autos la consignación se hizo condicionalmente y que así fue aceptada por el Juzgado. Más todavía, el propio trabajador le dio su asentimiento al acto condicionado.

Para la Corte el acto de que se trata no es legalmente aceptable, y no lo es por las razones que pasa a exponer:

El patrono no consigna lo que pueda deberle al trabajador para que éste lo reciba en un futuro próximo o lejano según la decisión de la justicia, sino lo que actualmente, en el acto de la consignación, confiese deberle. La obligación no tiene su fuente en la sentencia del Juez, sino en la confesión de la parte obligada. Sobra la sentencia, porque la confesión la reemplaza. Tomar la sentencia como condición para la efectividad de la prestación, es dejar sin efecto la confesión y dilatar el pago, en perjuicio del acreedor. Más todavía, si la sentencia es adversa a éste, su consecuencia será la revocatoria de la confesión, lo cual deja sin efecto el mandato del artículo 65 del Código del Trabajo.

Sabido es que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, a vista de lo dispuesto en el artículo 1626 del Código Civil. Esta disposición permite definir el pago como un acto mediante el cual el deudor extingue la obligación ejecutando la prestación a que el acreedor tiene derecho.

Además de la prestación de lo que se debe, que en las obligaciones de dar consiste en la entrega material del bien que constituye su objeto, los expositores señalan, entre otros requisitos del pago por consignación y como esencial para su validez, la intención de extinguir la deuda, de modo que lo que el solvens dé o haga lo realice solvendi animo

Según lo expuesto, no basta la entrega material de lo debido en la obligación de dar (de género es la del patrono a favor del trabajador) para estimar qué deudor satisfizo el mandato legal que autoriza el pago por consignación (artículo 65 en cita), porque la condición a que se sometió la entrega de la suma consignada le impidió al trabajador su retiro del Juzgado, que no podrá efectuar sino al terminar el pleito, si le fuere el caso. El pago condicional no extingue la obligación al tiempo de la consignación, porque la condición se interpone como obstáculo para impedir su realización, es decir, destruye la intención de producir tal efecto.

Aun en las obligaciones civiles es inadmisible la condición en el pago por consignación, pues como bien lo observa Georgi, el acreedor tiene derecho a exigir el pago sin reservas, o que las ofertas sean puras y simples, con facultad para rechazar las que se acompañen de condiciones no connaturales al título, que retarden o hagan más difícil el cobro. Como ejemplo de condición inaceptable señala el reputado tratadista la que haga depender la eficacia de la consignación de una sentencia favorable.

Si una condición como la enunciada, muy semejante a la que en el presente juicio se impuso por la sociedad al consignar lo que confesó deber a su empleado, es inoperante en el campo del derecho estrictamente privado, menos puede ella surtir efectos en el terreno del derecho social, pues la que éste autoriza es pura y simple, es decir, incondicional.

Esta Sala de la Corte tuvo ya la oportunidad de fijar su pensamiento al respecto, expresando que la consignación sujeta a condición desvirtúa la finalidad económica y social en que se inspira el artículo 65 del Código del Trabajo y, de consiguiente, la protección especial que el mandato dispensa al trabajador.

La consignación que se examina no es, pues, legalmente eficaz. Empero, ofrece ella la particularidad de que el trabajador la aceptó condicionada, por lo cual debe estudiar la Corte si el consentimiento del acreedor tiene el mérito de prestarle al acto validez legal.

Para la Sala tal consentimiento, en principio, no es operante, pues los actos jurídicos en que el trabajador interviene deben su fuerza obligatoria más que a la voluntad de las partes al imperio de la ley. El contrato de trabajo, individual y colectivo, está sujeto a la tutela legal en su constitución y cumplimiento, a tal punto que se presenta más como categoría institucional que como convención **estrictu sensu.** De este dirigismo contractual, de naturaleza legislativa, no puede apartarse el juzgador. El principio de la autonomía de la voluntad y el de libertad contractual que en cierta forma es su consecuencia, acentuada expresión del individualismo, ha venido experimentando profundas transformaciones en todas las ramas del derecho y en ninguna de ellas es tan radical el cambio como en la que regula la disciplina del trabajo. El desequilibrio económico entre los dos sujetos de la relación —patrono y trabajador— explica la intervención del Estado en todas las fases de la convención laboral.

A la igualdad teórica rota por los hechos era necesario sustituír una igualdad efectiva, estableciendo una política de reglamentación y de intervencionismo, anota con acierto Josserand, y añade: "El orden público económico ha pedido la transformación del orden jurídico contractual".

Con todo, sería exagerado pensar que el contrato legal de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo, llega al extremo de restarle valor a todo acto jurídico en que el trabajador intervenga. Si el concepto admitiera esa generalización, llevaría a la conclusión inaceptable de que la situación jurídica del trabajador es la que corresponde a la persona incapaz, cuya voluntad es siempre sustituída por la del legislador.

Así entendida la tutela legal y el dirigismo contractual en la relación de trabajo sería

tan inaceptable como si estuviera ella sometida, sin restricciones, a la doctrina clásica que ve en todo contrato una ley para las partes. (Artículo 1602 del Código Civil).

Consecuencia de lo expuesto es la de que el acto jurídico debe analizarse no en abstracto sino en concreto, según las circunstancias del caso; investigar si la voluntad declarada contraría normas específicas de la ley del trabajo o el espíritu general del estatuto y optar por la solución que presente el resultado de la encuesta.

Siguiendo el criterio expuesto, observa la Corte:

No sólo el patrono sino el trabajador condicionaron la consignación del primero a las resultas del pleito; la impuesta por el trabajador se basó en la posibilidad de que existiera a su cargo un crédito en favor de la Empresa. En el pleito quedó establecido que debía a su patrono, por sueldos anticipados, la suma de $ 293.20, y que las deudas a su favor por salarios y cesantía ascienden a la cantidad de $ 223.92.

En el supuesto de que las partes no se hubieran empeñado en el litigio sino que de común acuerdo realizan la liquidación de sus respectivas obligaciones, no habría ofrecido reparo alguno la aceptación por el trabajador del crédito a su cargo, que se habría extinguido por compensación hasta la concurrencia de su importe.

El acto jurídico habría estado exento de todo vicio, pues los derechos del trabajador recibían plena satisfacción, sin sufrir lesión alguna.

Así las cosas, el convenio que resulta de la consignación condicionada no ofrece, en concepto de la Sala, defectos capaces de invalidarlo, ya que, como se ha visto, deja indemnes los derechos del empleado. Pero su eficacia debe colocarse en el momento del acuerdo (24 de noviembre de 1954) no en la fecha en que terminó la relación de trabajo (18 de septiembre del mismo año), lo cual [illegible] artículo 65 del Código del Trabajo gobierna los efectos del contrato entre los dos períodos de tiempo señalados, esto es, que la indemnización por mora debe operar durante el expresado lapso, como lo decidió acertadamente el fallo de primera instancia.

Del acuerdo en referencia y de su aceptación por el Juzgado a quo resalta la buena fe del patrono, por lo cual no es procedente la condena al pago de la indemnización moratoria, sin solución de continuidad, desde el 18 de septiembre de 1954, hasta el día del pago, como lo pretende el recurrente. (Sala de Casación Laboral, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 298, 2ª, 299, 1ª y 2ª, y 300, 1ª.

184

INDEMNIZACION MORATORIA

(Su monto).

Artículo 65 del Código del Trabajo.

Tocante al monto de la indemnización que la ley impone al patrono por demorar el pago de los salarios y prestaciones del trabajador una vez terminado el contrato, la Sala reafirma la doctrina expuesta recientemente: el cómputo de los salarios moratorios debe abarcar todo el tiempo que dure la mora, y es equivocado el criterio del sentenciador cuando invoca la equidad como razón para eximirse de aplicar en toda su integridad la norma que la impone. (Sala de Casación Laboral, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 390, 1ª y 2ª.

185

INDEMNIZACION MORATORIA

(Consignación).

Artículo 65, numeral 2º, del Código del Trabajo.

La Sala estima equivocado el juicio del Tribunal en cuanto afirmó en el fallo que el

demandado no había pagado los salarios y prestaciones reclamados por el trabajador y, con base en ello, lo condenó al pago de los perjuicios moratorios en la forma que se indica en la parte resolutiva. En este punto el Tribunal incurrió en manifiesto error, como consecuencia de no apreciar un documento que obra en el expediente y que constituye plena prueba del acto judicial de consignación. Esta equivocación incidió directamente en la sentencia y determinó la violación del artículo 65 del Código del Trabajo. (Casación Laboral, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 805, 1ª y 2ª.

186

INDEMNIZACION MORATORIA

(Consignación).

Artículo 65, numeral 2º, del Código del Trabajo.

Estima la Sala que si el valor de los derechos ciertos o indiscutibles reclamados por el trabajador por concepto de salarios y prestaciones que el patrono quedó a deberle al tiempo de la terminación del contrato fue el de $ 235.00, y que el demandado consignó en el Juzgado la cantidad de $ 200.00 que confesó deber a su trabajador, debe dársele poder liberatorio a la consignación, porque ésta comprende una suma que guarda relación con el monto de lo efectivamente debido. (Casación Laboral, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 805, 2ª.

187

INDEMNIZACION MORATORIA

(Consignación retardada).

Artículo 65, numeral 2º, del Código del Trabajo.

Como la consignación hecha por el patrono en el Juzgado sólo se efectuó el 19 de diciembre y la relación contractual de trabajo se había dado por terminada el 30 de mayo inmediatamente anterior, el demandado incurrió en mora en el pago de las prestaciones debidas al demandante, por el tiempo comprendido entre la terminación del contrato y la fecha de la consignación, tiempo al que deberá limitarse la condena indemnizatoria de perjuicios que establece el artículo 65 del Código del Trabajo. (Casación Laboral, 28 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 805, 2ª.

188

INCENDIO

(Elementos de este delito).

Artículos 251 y 252 del Código Penal.

El delito de incendio exige estos cuatro elementos: Que se prenda fuego a una cosa; que esa cosa sea mueble o inmueble; que tal cosa, mueble o inmueble, sea ajena, y el peligro inherente a la acción del fuego. (Artículos 251 y 252 del Código Penal). (Casación Penal, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 585, 2ª, y 586, 1ª.

189

INCENDIO

(Elemento intencional en este delito).

Artículos 251 y 252 del Código Penal.

Vale para destruír el error jurídico de la sentencia la muy autorizada opinión del Maestro Carrara, que disipa todo entendimiento equivocado sobre la naturaleza del acto intencional que es preciso tenga el incendio para merecer estructurarse como delito de tal categoría y no en otra. Dice así:

"Estas observaciones sobre el elemento ma-

consumación, nos obliga a volver un momento sobre el elemento intencional para considerar una distinción que es sutilísima, pero que prácticamente resulta fundamental tanto en el incendio consumado como en el tentado. Preestablecido que desde el punto de vista del elemento material, el fuego excitado en los muebles colocados en una casa habitada representa el delito **ya consumado** de incendio de casa habitada, tal regla debe siempre entenderse bajo la condición de que el elemento **intencional** esté, por su lado, **específicamente** establecido. No basta la intención **in genere** de incendiar, la cual fácilmente surge del hecho material. Para imputar como tentado o consumado el incendio de **casa habitada**, es preciso probar especialmente que el culpable quería incendiar precisamente la casa. Una cosa es la intención de incendiar el edificio y otra distinta puede ser la intención de quemar un mueble. (Las subrayas son del texto. Programa número 3.087, parte especial, Volumen VI, págs. 188 y 189. Edición en español dirigida por el Profesor Sebastián Soler).

El mismo Carrara (obra citada, número 3.075, página 175), afirma como un hecho comprobado por la experiencia que "los procesos por incendio se embarazan a menudo en la investigación del cuerpo del delito y de la intencionalidad". Aconseja al respecto que en tales casos "el Juez deberá atender el más valioso criterio, para ese examen, de la **causa para delinquir**, que es siempre un poderoso argumento —sea cuando falte, sea cuando concurra— en las indagaciones intencionales; debiéndose decir también que en cualquier estado de duda, el Juez deberá siempre presuponer la falta de dolo, si poderosos indicios no lo afirman y si las circunstancias del hecho verosímilmente lo excluyen".

Conformando el criterio a tan sabio consejo, oportuno en el caso particular de este proceso, se advierte de inmediato que ni las militud de que fuera el incriminado ni existen indicios graves de que su conducta estuviera dirigida a producir por el medio empleado consecuencias distintas de orden económico radicadas en un seguro, pero sin ulteriores y más graves perjuicios, porque la intencionalidad para producirlos no está demostrada. (Casación Penal, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 586, 2ª, y 587, 1ª.

190

INCENDIO

(Caso en que faltan elementos esenciales).

Artículos 251 y 252 del Código Penal.

Si alguien, prendiendo fuego a bienes muebles de su propiedad, los destruye en todo o en parte sin ocasionar daño al inmueble que los contenía, no se configura el delito de incendio en el grado de consumado, por faltarle a la cosa el requisito de ser ajena; ni tampoco como delito imperfecto, en relación con el inmueble ajeno, sino sólo en el caso de que se establezca que la intención específica del agente alcanzaba esa ulterior finalidad. (Casación Penal, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 587, 1ª.

191

INCENDIO

(Caso en que se configura un delito diferente).

Artículos 251, 252 y 417 del Código Penal.

Si quien prende fuego a los bienes muebles de su propiedad no ocasiona daño alguno al inmueble ajeno en que se encontraban, y la investigación no logra establecer la específica intención de incendiar el edificio, sino que comprueba que el móvil para delinquir

amparaba los muebles y enseres, lo que revela que el propósito se concretaba a la incineración de éstos, el delito que se configura no es el de incendio, sino el que contempla el artículo 417 del Código Penal, comprendido en el título del Abuso de Confianza y otras defraudaciones. (Casación Penal, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 587, 2ª.

192

INDICIOS

Artículos 216 y 223 del Código de Procedimiento Penal).

El indicio, entendido por el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal como "un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho", debe ser perfecto en su sustancia intrínseca, vale decir, concluyente en su relación con el delito y, además, perfecto en la sustancia de la prueba, esto es, que debe aparecer claramente establecido por otros medios probatorios, excepto el de otro indicio. Sólo después de que el indicio logre consolidarse en la prueba como hecho, es dable discutirlo en su eficacia lógica y, por ende, probatoria. (Sala de Casación Penal, 15 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 207, 1ª.

193

INDICIOS

(En materia penal).

Artículo 216 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

Los presupuestos de la prueba de indicios se resumen en estos tres verbos: observar, suponer y verificar. Porque lo primero es conocer objetiva y directamente los hechos mediante las pruebas directas de la inspección ocular, la prueba testimonial, los dictámenes periciales, etc.; luégo viene el formular y poner en juego las distintas hipótesis que puedan explicar los sucesos, para discriminar cuál de ellas encuentra mejor respaldo en los autos; por último, se ha de proceder a la verificación de las mismas, a fin de eliminar las que no sirvan a ese objetivo y hallar el camino que conduzca a la aceptación racional de una sola y última, como la más conducente y cierta. (Casación Penal, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 585, 2ª.

194

INEXEQUIBILIDAD

(De proyectos de ley).

Artículo 76, numerales 19 y 20, de la Constitución Nacional.

Todo proyecto de ley que trate de emprender o de apoyar económicamente las empresas u obras útiles o benéficas a que se refieren los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, deberá cumplir necesariamente los requisitos que se exijan en la ley general que haya trazado los correspondientes planes y programas, pues la falta de cumplimiento de tales exigencias, en conformidad con lo ordenado en las disposiciones citadas, conlleva un vicio de inconstitucionalidad para el respectivo proyecto de ley. (Sala Plena, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 475, 2ª.

195

INHIBITORIA DEL JUEZ

(Por faltar la demanda en forma).

Artículo 481 del Código Judicial.

A la verdad, cuando el objeto de la demanda aparece impreciso o las peticiones son

incompatibles entre sí, lo que sucede es que la materia del juicio no está definida, hay en cierta forma sustracción de ella, por lo que no es un simple pretexto lo que lleva al juzgador a su declaración de inhibitoria en tales casos. Lo que prohibe el artículo 481 es, en definitiva, el deferir para otro juicio la decisión del fondo cuando todos los presupuestos procesales están satisfechos. La inhibitoria del juzgador se impone entonces como una solución perfectamente jurídica, querida implícitamente por el legislador, y ante el silencio de éste sobre el medio técnico que debe utilizarse, nada más natural que acudir a la moderna teoría de los presupuestos procesales. Autoridades como De la Plaza y Kisch son claros en considerar a la demanda en forma como un presupuesto de tal clase, lo mismo que el mexicano Pallares. Esta jurisprudencia de la Corte, en todo caso, es más razonable que la que regía antes y que conducía a dictar sentencia que declaraba la ineptitud sustantiva de la demanda, en casos como el presente, sin base tampoco en texto legal expreso, pero sin apoyo en ninguna teoría procesal. (Sala de Negocios Generales, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 417, 1ª y 2ª.

196

INSPECCION OCULAR

(Objeto de la prueba).

Artículo 724 del Código Judicial.

Está fuera de toda duda que en el procedimiento civil, a diferencia de lo que sucede en el penal, el Juez no tiene iniciativa alguna en cuanto atañe a la investigación o invención, no sólo respecto de los medios de prueba adecuados, sino de los documentos que deben ser allegados al expediente, con el objeto de comprobar los hechos debatidos. Esta actividad, en virtud del principio dispositivo, corresponde a las partes, que deben desarrollar, aun antes de promover la litis, la actividad suficiente y cumplir la investigación necesaria, con el fin de señalar, determinar o individualizar el documento o instrumento que contiene el acto o contrato objeto del debate judicial.

Por tanto no puede admitirse que un medio de prueba, encaminado, como el de la inspección ocular, al examen y reconocimiento "de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", se lo desnaturalice en tal forma que en lugar de encaminarse al fin indicado por la ley, se torne en un sistema para investigar, buscar, descubrir o inventar los documentos o instrumentos, cuya existencia desconoce la misma parte actora. (Sala de Negocios Generales, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 837, 1ª.

197

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

Artículo 593 y siguientes del Código Judicial.
Artículo 1618 y siguientes del Código Civil.

Si bien en todo acto jurídico ha de buscarse, como a su nervio vital, la intención o voluntad de su autor, pudiendo coincidir en una u otra forma los medios de interpretación que la ley traza para lograr ese conocimiento, como imperados que son por los dictados de la lógica, ello no significa que las normas de hermenéutica propias de un campo jurídico hayan de aplicarse en otro, con desmedro de las específicas que a éste corresponden.

Considerada la demanda como una prueba, en la medida en que de éstas tiene algunas de sus calidades, es claro que su interpretación judicial está preferentemente cubierta por las normas rectoras de la apreciación probatoria, entre éstas la de la autonomía del sentenciador, con las excepcionales limi-

taciones que puedan derivarse ya del error de derecho, ya del error de hecho evidente.

No es posible, como lo intenta el recurrente, interpretar una demanda descoyuntando los hechos que la motivan, es decir, considerando aisladamente los unos de los otros y sin conexión con el pedimento, que ha de presentarse como la consecuencia de esos hechos en razón del derecho invocado. (Sala de Casación Civil, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 148, 2ª.

198

INTERPRETACION DE CONTRATOS

(Reglas).

Artículo 1618 y siguientes del Código Civil.

En realidad los preceptos de hermenéutica contenidos en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil no regulan ningún contrato ni consagran derechos concretos, pero esta circunstancia no basta para justificar la tesis de que esas normas son meras reglas facultativas de lógica, tesis que conduce a reconocerle al Juez la libertad de aplicarlas u omitirlas y de dar a las convenciones el sentido que mejor le parezca, con desconocimiento de la intención de las partes y menoscabo de la fuerza obligatoria de las mismas convenciones. Antes que todo, dichas normas son disposiciones de orden legal, esto es, preceptos positivos de observancia obligatoria. La ley no da consejos, sino que establece normas de conducta, bien para los particulares, ora para los funcionarios encargados de aplicarla. En segundo término, no están sólo destinadas a encauzar la actividad mental del juzgador en la exégesis de las convenciones, sino que van también dirigidas a los particulares, quienes tienen el deber de precisar sus relaciones contractuales en la forma que responda mejor a los fines prácticos o económicos que con la contratación persiguen. En tercer lugar, no son simples normas formales, sino preceptos que señalan las nociones, factores y conceptos que el Juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas, "función augusta que toca con las más altas prerrogativas humanas". (LXXVII, 2.138-2.139, 150). Dichos cánones no consagran en verdad derechos concretos, pero sí indican las circunstancias que el intérprete debe considerar en el proceso lógico de puntualizar cuáles son esos derechos en cada caso particular. Por esta razón la Corte calificó alguna vez esas reglas como "un tratado sobre interpretación de los contratos, que se distingue por su unidad y sabiduría". (XLII, 1.899, 343). (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 551, 1ª y 2ª.

199

INTERPRETACION DE CONTRATOS

(Como materia de casación).

Artículo 1618 y siguientes del Código Civil.
Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Puesto que las normas de hermenéutica (artículos 1618 y siguientes del Código Civil) revisten carácter obligatorio y su desconocimiento puede conducir al sentenciador a quebrantar preceptos sustanciales y a incurrir así en errores jurídicos, es obvio que en este supuesto la infracción de esas reglas interpretativas puede dar lugar a un cargo en casación cuando a consecuencia de ella se produce también el quebranto de una ley sustancial (1). (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 551, 2ª.

(1) Un Magistrado salvó su voto.

200

INTERPRETACION DE CONTRATOS

(Y examen de pruebas).

Artículo 1618 y siguientes del Código Civil.
Artículo 593 y siguientes del Código Judicial.

La interpretación y la prueba no se confunden porque tienen funciones y finalidades diferentes. La primera consiste en desentrañar el sentido, la significación o el alcance de las declaraciones de voluntad o el comportamiento de las partes con el fin de determinar los efectos jurídicos de aquellas o de éste. Es una función lógica que busca establecer las relaciones de derecho que nacen de una declaración de voluntad o de la conducta de una persona. La prueba tiene otra función distinta, como es poner de manifiesto el acaecimiento y la existencia de determinados hechos; demostrar que ha ocurrido un suceso, que se ha producido una declaración de voluntad, que se ha observado cierta conducta, es decir, llevar al conocimiento del Juez los supuestos fácticos, los elementos de hecho de la cuestión, caso o problema cuya solución se le pide. La prueba pone de relieve los hechos, las expresiones orales o escritas de los contratantes, el comportamiento de una persona, y la interpretación analiza estos elementos, desentraña su significado y su alcance e infiere las consecuencias que producen en el campo jurídico. (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 551, 2ª.

201

INTERPRETACION DE CONTRATOS

(Y examen de pruebas).

Artículo 1618 y siguientes del Código Civil.
Artículo 593 y siguientes del Código Judicial.

Obvio es que la prueba puede influír en la interpretación y en la determinación de los efectos jurídicos de un hecho o de un contrato, porque la presencia o la ausencia de ciertos elementos altera los supuestos de hecho y con ello las consecuencias que dimanan de los mismos. De aquí que, en punto de interpretación contractual, pueda ocurrir la infracción de la ley sustancial como consecuencia de los errores de hecho o de derecho que se cometan en la apreciación de las pruebas. (1).

Tratando de estas mismas cuestiones, la Corte sintetizó así su doctrina en casación de 24 de marzo de 1955: "En consecuencia, la interpretación de un contrato por el Tribunal de instancia es motivo de casación, con base en el inciso primero del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inciso segundo del ordinal 1º del citado artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico". (LXXIX, 2.151, 797). (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 551, 2ª, y 552, 1ª.

202

INTERPRETACION DE CONTRATOS

(Casos en que es viable la casación).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

En punto de interpretación de los contratos, es viable un cargo en casación en estos tres casos: 1º Por error jurídico: a) Cuando hay violación directa de la ley del contrato frente a los preceptos que regulan su naturaleza y sus efectos. b) Cuando la infracción

(1) Un Magistrado salvó su voto.

se produce por consecuencia del quebranto de las normas de hermenéutica contractual. Estos dos supuestos están comprendidos en el inciso primero del ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial. 2º Cuando hay violación indirecta de preceptos sustanciales por error manifiesto de hecho en el campo probatorio. 3º Cuando se infringe también indirectamente una disposición sustancial por causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso. Estos dos últimos casos se rigen por el inciso segundo del ordinal primero del citado artículo 520 (1). (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 552, 1ª.

203

INTERVENCIONISMO DEL ESTADO

Artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional.

Acusados de inconstitucionalidad el literal d) del artículo 1º y el parágrafo del artículo 6º de la Ley 15 de 1959, por medio de la cual se da mandato al Gobierno para intervenir en la industria del transporte, la Corte considera:

1º Por sentencia de 22 de octubre de este año (1960) y a virtud de demanda contra varios artículos de la Ley 15 de 1959, entre ellos el 6º, con su parágrafo, la Corte declaró exequible dicho artículo, motivo también de acusación en la demanda que ahora se resuelve.

La declaración de exequibilidad referida imposibilita a la Corte entrar sobre materia que constituye cosa juzgada, con alcance **erga omnes.**

2º Se infiere del contenido de los artículos 30, 32 y 39 de la Carta, la atribución del Estado para intervenir en esta clase de fenómenos, sin que haya sido necesario que en la Constitución se determine y reglamente el modo de operar en cada caso concreto.

Tratar de interpretar los principios constitucionales en sentido puramente gramatical, sin atender a su contenido ideológico y sistemático, sería contrario a elementales normas de exégesis y llevaría a la pugna permanente entre la Ley de Leyes y la movilidad del acontecer social, o paralizaría la función del Estado frente a situaciones cuya solución, inclusive, pudiera incidir en su estabilidad.

Por lo demás, es importante relievar que la facultad concedida por el artículo 39, en comento, ya se había concedido por el Acto Legislativo número 1º de 1918 y, es natural, que su comentario y alcance deba ser entendido en armonía con los artículos 30 y 32 de la Carta. (Artículos 28 y 38 de la reforma del 36).

(Sala Plena, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 13, 2ª.

J

204

JURISDICCION Y COMPETENCIA

Decreto 3562 de 1949.

El Decreto 3562 de 1949, que dio competencia a la justicia castrense para el conocimiento y juzgamiento de ciertos delitos, hizo expresa relación al Código Penal Militar por entonces en vigencia (Ley 3ª de 1945), Código que fue sustituído por el que se expidió por medio del Decreto 1125 de 31 de marzo de 1950, el cual reglamentó todo lo referente a la justicia penal militar y, en ese orden de ideas, subrogó el citado Decreto 3562, dejándolo sin aplicación posible. Por consiguiente, mal puede pretenderse que se

(1) Un Magistrado salvó su voto.

tengan en cuenta sus disposiciones, para que con arreglo a ellas se defina lo relativo a la competencia para conocer de delitos cometidos cuando estaba ya en vigencia el Código de 1950. (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 637, 1ª y 2ª.

205

JURISDICCION LABORAL

(Para contratistas independientes).

Decretos 456 y 931 de 1956.
Artículo 17 de la Constitución Nacional.

El que los Decretos 456 y 931 de 1956 hayan confiado la tutela de los derechos del trabajador independiente a la justicia del trabajo, unificando la garantía jurisdiccional respecto a las dos modalidades del trabajo —autónomo y subordinado— no significa que aquellos decretos violen el artículo 17 de la Ley Fundamental. Por el contrario, está más de acuerdo con la unidad de la materia, en sus líneas fundamentales, y más conforme con el genuino sentido del mandato constitucional que le impone al Estado el deber de otorgar protección especial al trabajo, cualquiera que sea su clase. (Casación Laboral, 28 de febrero de 1961). Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 810, 1ª.

206

JUZGADOR

(Limitación a sus facultades).

Artículo 593 del Código Judicial.

Al Juzgador no le está permitido fundar la sentencia en hechos no invocados en la demanda, aunque se demuestren en el curso del proceso, pues para el demandado la decisión resultaría sorpresiva, ya que respecto de tales hechos no fue llamado a responder en el juicio ni tuvo por tanto oportunidad para impugnarlos, aportando las pruebas del caso. (Casación Laboral, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 787, 1ª.

L

207

LAUDOS ARBITRALES

(Finalidad).

Artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cuando el laudo define situaciones jurídicas de categoría pertenecientes a la clase trabajadora, se está en presencia de un conflicto económico o de intereses. En estos casos, el fallo de los árbitros busca hallar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. El fallo es de equidad. No se aplican a la controversia reglas jurídicas preexistentes, pues no se trata de cuestiones legales específicas, con fundamento en el derecho material. Los árbitros formulan, por vía general, nuevas condiciones de trabajo, limitadas a la materia que se ha tratado por las partes, sobre las bases contenidas en el petitum respectivo. (Casación Laboral, 26 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 718, 1ª.

208

LAUDOS ARBITRALES

(Condiciones de forma).

Artículo 136 del Código de Procedimiento Laboral.
Artículos 471 y 1223 del Código Judicial.

La ritualidad establecida en el artículo 471 del Código Judicial consiste en que la

sentencia, en su parte resolutiva, exprese, antecediéndola, lo siguiente: "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley".

El Tribunal de Arbitramento estudia, en el caso concreto, cada una de las peticiones del pliego, y a continuación pronuncia la respectiva decisión, sin separar la parte motiva de la dispositiva, pues se vale de una y de otra en el examen de cada solicitud. La omisión de la fórmula ritual se debe, quizás, al procedimiento que adoptó en la elaboración del laudo.

No hay ningún precepto en los capítulos del Código del Trabajo reglamentarios del arbitraje en los conflictos colectivos, que prescriba la formalidad de que se trata. El de Procedimiento Laboral sobre arbitraje voluntario para la definición de conflictos jurídicos, dice, en su artículo 136, que el laudo deberá acomodarse, en lo posible, a las sentencias que dicten los jueces en los juicios del trabajo. Norma igual trae el Código Judicial en su artículo 1.223, respecto del fallo arbitral que decida asuntos civiles.

Por razones conocidas son aplicables al fallo decisorio del conflicto colectivo las dos normas legales citadas. No mandan ellas que aquél adopte la misma forma de la sentencia del Juez, sino que la acoja, en lo posible. Por tanto, si el laudo no la sigue escrupulosamente, la omisión no alcanza a configurar un defecto que justifique su devolución al Tribunal de Arbitramento para el solo fin de que repita el fallo con observancia de la formalidad pretermitida. Si es verdad que el extinguido Tribunal Supremo, en alguna providencia de que hace mérito el recurrente, estimó imperativo el uso de la ritualidad en referencia, la Sala rectifica ese concepto, a su juicio sin asidero legal suficiente. La forma procesal, en cuanto sea de la esencia del acto, debe ser atendida por el Juez, como lo debe ser por el árbitro, so pena de nulidad. No es de esta clase la que se examina, sino simplemente autorizada, cuya omisión, por lo mismo, es irrelevante. Se sabe que el Juez ejerce la jurisdicción, atributo de la soberanía, en representación del Estado, del cual deriva su poder para juzgar, y que su misión en la sentencia es afirmar la voluntad de ley, si obra en proceso de conocimiento. Aunque la sentencia prescinda del rito en examen, no por eso dejaría de entenderse que su autor es órgano del Estado y su representante, y que al prestar la jurisdicción está cumpliendo con un deber que la ley le impone. Cabe decir lo propio del árbitro, ya que si ejerce la jurisdicción es porque la ley lo consiente. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 725, 2ª, y 726, 1ª.

209

LEGISLADOR

Constitución Nacional.

A la ley no puede confiarse la resolución de cuestiones tendientes a definir asuntos de interés patrimonial entre entidades de derecho público, ya sea entre la Nación y el Departamento o entre aquélla y el Municipio, pues cada uno, en su respectiva esfera, maneja sus negocios con independencia, según preceptos de la Constitución. (Sala Plena, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 480, 1ª.

210

LESION ENORME

(En inmueble vendido a la Nación).

Artículo 1947 del Código Civil.

Como ya tiene dicho la Corte, en la estimación del justo precio de un inmueble que

se ha vendido con destino a una obra pública, no puede tenerse en cuenta la valorización ocasionada por la misma obra, a lo menos cuando el vendedor no se desprende de la totalidad de la propiedad. (Sala de Negocios Generales, 23 de noviembre de 1950. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 426, 1ª.

211

LEYES SOBRE OBRAS UTILES

(Requisitos a que deben sujetarse).

Artículo 76 de la Constitución Nacional.
Ley 71 de 1946.

En desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, el Congreso expidió la Ley 71 de 1946 que señala los requisitos, condiciones, planes y programas a los que se deben ceñir los proyectos de ley para la construcción o fomento de las obras o empresas útiles dignas de apoyo por parte de la Nación. Esta ley, como lo expresó la Comisión Primera que en la Cámara estudió el proyecto que posteriormente se convirtió en la expresada ley, "sería una base para que sobre ella pudiera legislarse sin incurrir en infracción alguna de nuestra Carta (número 70 de los Anales del Congreso, correspondientes al 11 de octubre de 1946).

La expresada ley en su artículo 1º trae una enumeración de las empresas u obras a que se refiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, y en sus siguientes artículos establece los requisitos y condiciones indispensables que deben cumplirse por el legislador cuando ordena la ejecución o fomento de esas obras en un proyecto de ley. Por lo tanto, el proyecto de ley sobre la ejecución o desarrollo de estas obras debe sujetarse, por mandato de la misma Constitución, a la ley general sobre planificación y programación. (Sala Plena, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 475, 2ª.

212

LIBERTAD DE ASOCIACION

Artículo 2º del Decreto 18 de 1958.
Artículo 44 de la Constitución Nacional.

Dos normas integran el artículo 2º del Decreto número 18 de 6 de febrero de 1958, a saber: a) La convención colectiva sólo se aplica a los afiliados al Sindicato que la celebre; y b) De los beneficios de la convención no gozarán los trabajadores ajenos a la asociación sindical, a menos que paguen, durante su vigencia, el cincuenta por ciento de las cuotas ordinarias con que contribuyen los afiliados.

Las cuestiones que el demandante plantea tienen que ver con el principio relativo a la extensión de la convención colectiva, esto es, a sus efectos tanto en relación con los afiliados al Sindicato contratante, como con respecto a los trabajadores que no pertenezcan a él.

El punto, antes de la expedición del decreto, tenía en el Código del Trabajo esta regulación:

Artículo 470. "Las convenciones colectivas entre patronos y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda del límite indicado en el artículo siguiente, solamente son aplicables a los miembros del organismo sindical que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato".

Artículo 471. "1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato o agrupación de sindicatos cuyos afiliados excedan a la tercera parte del total de los trabajadores de las empresas o establecimientos respectivos, las normas de la convención se extienden a todas las personas, sean o no sindica-

lizadas, que trabajen o lleguen a trabajar en ellos.

"2. Lo dispuesto en el inciso 1 rige también cuando el número de afiliados del sindicato o sindicatos llegue a exceder del límite indicado".

El artículo 2º del Decreto, en su primera parte, esto es, la que se ha señalado bajo el punto a), se atempera a la mente del artículo 470 del citado Código, en cuanto a los trabajadores que al celebrarse la convención pertenezcan al sindicato. El precepto del decreto deja sin efecto las disposiciones del artículo 471 ibídem ya transcrito.

La ley, antes de la promulgación del decreto, estableció un sistema sobre extensión a terceros de la convención colectiva, sin duda de mayor amplitud del que acoge el artículo 2º del Decreto, pues según los términos de aquella la convención puede cobijar a trabajadores no sindicalizados sin someterlos al cumplimiento de requisito alguno. La previsión del decreto impuso a los trabajadores extraños al organismo sindical el deber de pagar las cuotas ordinarias en un cincuenta por ciento, durante la vida de la convención. Mas, el espíritu que en este cambio se descubre no es otro que el de fomento de la institución sindical, esto es, el de procurarle fondos para el mejor cumplimiento de sus diversas funciones, entre otras las que con el carácter de principales enumera el artículo 373 del Código del Trabajo.

Ni debe perderse de vista que la ley ordena incluír, entre las cláusulas del estatuto de los sindicatos, la que fije las cuotas ordinarias a cargo de los afiliados y la que disponga señalar el procedimiento para decretar y cobrar cuotas extraordinarias (artículo 362, ordinales 7º y 8º del Código del Trabajo).

Sentadas estas bases, se pasa a considerar la constitucionalidad del precepto acusado:

Según el artículo 44 de la Carta, el derecho de asociación está sujeto a dos restricciones: la moral y el orden legal, colocándose así bajo la potestad reglamentaria del legislador, quien, es obvio, no puede llegar a la expedición de normas prohibitivas de su ejercicio, no exigidas por la moral o el orden público.

Por lo que hace a la primera parte del artículo 2º del Decreto, o sea la que dispone que "la convención colectiva de trabajo que celebre un sindicato sólo se aplica a sus afiliados", hay que decir que su exequibilidad es patente, porque el precepto se limita apenas a determinar una consecuencia inherente en principio a toda convención: la de que sus estipulaciones únicamente se apliquen a quienes la han pactado, sin que haya en la norma nada que impida el ejercicio del derecho de asociación o que limite la libertad de los trabajadores para afiliarse, sí o no, a un sindicato.

De igual manera cabe afirmar la constitucionalidad de la segunda parte del precepto acusado, en cuanto prescribe que los trabajadores no sindicalizados que quieran beneficiarse de la convención colectiva deberán pagar al sindicato una cuota periódica igual a la mitad de la ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización, porque reclamar a los no asociados que quieran aprovecharse de los beneficios de la convención un sacrificio menor que el impuesto a los afiliados, como lo hace la norma en estudio, no es atentar contra libertad alguna, cual lo sostiene el demandante, sino apenas disminuír en punto a obligaciones las diferencias entre quienes sean usufructuarios de unos mismos beneficios, tratando de orientar el régimen del sindicato hacia el principio de la igualdad. Pero no tiene el trabajador extraño al sindicato la obligación de hacer el pago de la cuota en referencia, si no quiere acogerse a la convención. El cumplimiento de aquella depende de su voluntad; puede adherir al sindicato o abstenerse de hacerlo. Su actividad en uno u otro sentido se conforma a las dos modalidades del dere-

cho de asociación: la positiva, que faculta al trabajador para ingresar o acogerse al sindicato, y la negativa, que le permite no tomar participación en él. Esto es, que el precepto se limita a brindarle una opción, y quien puede libremente optar no sufre coacción, ni castigo.

La última parte del artículo 2º del Decreto, que dice: "El patrono deberá retener del valor de los salarios de tales trabajadores la cuota correspondiente", estatuye simplemente una modalidad aseguradora del pago de la cuota a cargo de los trabajadores no sindicalizados que opten por beneficiarse de la convención colectiva, siendo por lo mismo regla que no se aplica a aquellos trabajadores que se abstengan de tal beneficio. Es, pues, una previsión consecuencial a lo dispuesto en lo anterior del artículo, cuya suerte sigue; y, si lo primero es exequible, según se vio, igualmente lo es lo último.

En resumen: el referido artículo del decreto implica apenas una regulación en las relaciones del derecho colectivo laboral, sin que su preceptiva envuelva atentado alguno contra la libertad de asociación que el artículo 44 de la Carta garantiza. (Sala Plena, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 9, 2ª, y 10, 1ª y 2ª.

213

LISTAS DE JURADOS DE CONCIENCIA

Artículo 486 del Código de Procedimiento Penal.

El único argumento del demandante para estimar sin vigencia la lista de jurados, para la fecha de los sorteos verificados en este proceso, es el de "que el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal ordena que 'anualmente cada uno de los miembros del Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial deberá enviar al Presidente de la Corporación, durante los últimos quince días del mes de noviembre, una lista con no menos de cien nombres de candidatos para jurados...'; y que 'anualmente...', dice el demandante... 'está indicando, a las claras, que cada año es necesario renovar ese personal, que deben enviarse listas nuevas, que el bloque de jurados para escoger debe ser cambiado...' ".

Pero de lo anterior no se desprende demostración alguna de que —como dice el demandante— por no ser enviadas oportunamente, por un Tribunal Superior de Distrito, esas listas a los respectivos Juzgados Superiores, los juicios deban paralizarse, sin que se pueda hacer el sorteo de jurados con las listas de jueces de conciencia que, precisamente por no haber sido renovadas, siguen vigentes.

"El Juez sólo puede sortear a los de la lista vigente...", dice la demanda. Y precisamente en este negocio fue lo que se hizo: sortear el Tribunal popular de la lista vigente, si bien ella había sido enviada por el Tribunal Superior el año inmediatamente anterior a ese sorteo. Vigente, porque no existía otra lista; y sólo en junio de 1959 el Tribunal renovó la que enviara en el año de 1957.

Ahora bien:

El artículo 32 del Código de Procedimiento Penal expresa que "en casos especiales..." la administración de justicia... "se ejerce... aun por los particulares, en calidad de Jurados, que participan de las funciones judiciales...".

Y para que esos particulares cumplan con esas funciones judiciales es por lo que los Tribunales Superiores de Distrito deben hacer las listas de ciudadanos que, al ser sorteados en un determinado juicio, componen el Tribunal popular que juzga en materia penal.

Les es pertinente, entonces, a las personas que hacen parte de esas listas lo señalado en

el artículo 11 del Código Judicial, en donde se preceptúa lo siguiente:

"El funcionario del orden judicial o del Ministerio Público cuyo período haya terminado, o a quien se conceda licencia... **no puede separarse** del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo del destino el individuo que deba reemplazarlo o sucederle".

Sobre este particular anota el profesor Hernando Morales en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil" (cuarta edición, Tomo 1º, página 43), que "quien renuncia..." un cargo judicial... "no puede dejar el empleo, so pena de incurrir en el delito de abandono del puesto, hasta cuando se le acepte la renuncia, se nombre a quien ha de reemplazarlo y éste tome posesión del cargo".

Esto tiene su fundamento lógico en la necesidad de que la administración de justicia no se paralice. Y la misma razón aparece respecto de los particulares que, por formar parte de las listas de jurados, transitoriamente pueden ser llamados a cumplir funciones judiciales.

La Corte, en providencia de 3 de diciembre de 1943 (G. J., Tomo LVI, págs. 472 a 479 del Nº 2001 a 2005), dijo lo que pasa a transcribirse:

"Las listas de ciudadanos que forman los Tribunales, para sortear entre ellas los miembros de los Jurados, sólo rigen durante el período anual para el cual han sido adoptadas, a menos que aquellas corporaciones no las hayan sustituído en la época legal, pero sustituídas, caduca su vigencia y rigen las que las hayan reemplazado".

No resultan, pues, demostrados los eventos de nulidad previstos en los ordinales 4º y 5º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal y, de consiguiente, es inatendible este cargo hecho a la sentencia recurrida. (Sala de Casación Penal, 22 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 221, 1ª y 2ª.

M

214

MEDIO NUEVO

(En casación).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

No es de recibo el argumento de que, interesando al orden público los medios de prueba y la forma de su producción en juicio, ello haría admisible un medio nuevo en casación. Porque, si bien el régimen legal probatorio se inspira en consideraciones de interés general, no es menos cierto que este interés, en lo que respecta al recurso extraordinario, tiene su tutela propia en el sistema del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, en cuanto franquea el recurso contra las sentencias de los tribunales superiores de que trata el artículo 519 ibídem, por violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error, ya de derecho, ya de hecho manifiesto, en la apreciación de pruebas. En otros términos: la defensa en casación del derecho probatorio quebrantado por el sentenciador no legitima el planteamiento de medios nuevos, reñidos en principio con la naturaleza del recurso, sino que esa guarda ha de realizarse dentro del sistema de la acusación por infracción indirecta de la ley sustancial, siempre que esta última infracción se haya producido como consecuencia de los aludidos yerros de apreciación probatoria. (Casación Civil, 25 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 499, 2ª.

215

MEDIO NUEVO

(En casación).

Artículo 520 del Código Judicial.

Si contra la sentencia aprobatoria de la partición se hace

formulado en el escrito de objeciones a la misma, constituye medio nuevo, inaceptable en casación, porque se invoca en el recurso extraordinario sin que de él tuviera conocimiento el Tribunal. (Casación Civil, 24 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 565, 1ª.

216

MINISTERIO PUBLICO

(En la Justicia Penal Militar).

Artículos 381 y 547 del Decreto 250 de 1958.

Admitido que a este proceso se le dio un curso que es propio a los Consejos Ordinarios de Guerra, como bien claro resulta del examen de la actuación cumplida, es evidente que la primera instancia incurrió en grave falla al designar, por sí y ante sí, el Agente del Ministerio Público, pues si se analizan los artículos 381 y 547 del Código de Justicia Penal Militar, es fácil entender que la facultad del Juez de primera instancia para nombramiento de fiscal está reducida a los Consejos Verbales, sin que pueda ejercerla en los que siguen el procedimiento militar ordinario. (Sala de Casación Penal, 2 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 247, 2ª, y 248, 1ª.

217

MUNICIPIOS

(Propiedad de sus bienes y rentas).

Artículos 30 y 183 de la Constitución Nacional).

La propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, dice así el artículo 30 de la Constitución. Por mandato del artículo 183 ibídem, los bienes y rentas de los Municipios son de su propiedad exclusiva, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. La administración de los bienes y rentas del Distrito corresponde a su Concejo, que éste debe ejercer por medio de acuerdos, conforme al artículo 197, numeral 1º de la Ley Fundamental.

Sobre la base de que la Nación y el Municipio de Cartagena son deudores recíprocos de determinadas deudas, el artículo 4º del proyecto de ley objetado por el Presidente de la República ordena compensarlas, declarando el ordenamiento que, al aprobarse la ley, las dos entidades quedan a paz y salvo en cuanto a las obligaciones por liquidar. En virtud de este arreglo, el artículo 10º del estatuto dispone que la administración de los bienes y rentas del Municipio, atribuída por éste a sus Empresas Públicas, según contratos vigentes, debe ser mantenida.

En concepto de la Sala, las dos normas del proyecto violan las disposiciones antes citadas de la Constitución. En efecto: el artículo 4º implica, en el fondo, un acto de disposición de bienes del Municipio de Cartagena, realizado sin su consentimiento, y el 10º desconoce la autonomía de la entidad municipal para el manejo de su patrimonio. Es el acuerdo del Concejo y no la ley, el medio constitucionalmente apto para que el Municipio exprese su voluntad. En esta actividad no puede el legislador sustituír al Concejo; su ejercicio por la ley desplaza hacia ésta una facultad exclusiva de aquel. El proyecto se arroga, pues, atribuciones que el artículo 197 de la Carta otorga al Concejo del Distrito. Como es fácil advertirlo, en la expedición de la ley no tiene el Distrito ingerencia alguna ni lo que ella disponga podría, por consiguiente, considerarse como manifestación de

su querer. (Sala Plena, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 480, 1ª.

M

MUNICIPIOS

(Autonomía de administración de sus bienes).

Artículo 197, ordinal 1º, de la Constitución Nacional.

No le es permitido al legislador imponer a un Municipio una determinada forma de administrar sus bienes y rentas, ya que, arrogándose atribuciones que el ordinal 1º del artículo 197 de la Constitución Nacional otorga al Concejo del Distrito, desconoce la autonomía que tiene la entidad municipal para el manejo de su patrimonio. (Sala Plena, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 480, 1ª.

N

219

NON BIS IN IDEM

Artículo 37 del Código Penal.

Le sobra razón al recurrente para invocar la causal primera de casación como motivo para que se invalide la sentencia por error de derecho, consistente en imponer al reo una pena que excede a la que legalmente le corresponde, desde luego que el Tribunal, al individualizarla, involucró circunstancias de mayor peligrosidad con los elementos tipos del delito, con violación del artículo 37 del Código Penal, que claramente dispone que sólo se pueden tener en cuenta aquéllas cuando no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del mismo. (Casación Penal, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 625, 1ª.

220

NOTIFICACIONES

(En juicios paralizados).

Artículo 322 del Código Judicial.

Cuando, según lo preceptuado en el artículo 322 del Código Judicial, la notificación del primer auto que se dicte en un juicio en suspenso no pueda hacerse personalmente a todos los litigantes dentro de los tres días siguientes a su pronunciamiento, ella se cumple por edicto que dura fijado quince días en la secretaría y por la publicación del mismo en el periódico de la localidad o en el oficial del Departamento. Satisfechas estas dos formalidades, se llenan las exigencias de la norma citada y, por consiguiente, se surte la notificación. De los términos claros del artículo citado, no se puede sostener que ésta requiera para su cumplimiento la presentación al juicio del ejemplar del periódico en que se hizo la publicación, porque sería agregar una formalidad que la ley no contempla. La agregación del ejemplar del periódico en que se hizo la publicación se hace solamente para dar fe de que se cumplió, pero no para establecer que sólo entonces debe darse por surtida la notificación del auto, pues ésta solamente demanda la fijación del edicto y la publicación de él en el periódico. (Sala de Casación Civil, 22 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 81, 2ª, y 82, 1ª.

221

NOTIFICACIONES

(Al defensor y al vocero).

Artículo 171, ordinal d), del Código de Procedimiento Penal.

No es necesario notificar personalmente al vocero de la defensa el auto que señala día y hora para la celebración de la audien-

cia pública, notificación que sí es imprescindible hacer en la forma indicada al defensor, de acuerdo con el ordinal d) del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 659, 2ª.

222

NULIDAD

(Como causal de casación).

Artículos 203 y 567 (numeral 4º) del Código de Procedimiento Penal.

No es atendible, jurídicamente, en el caso **sub-judice**, la invocación de la **causal cuarta**, si el vicio que se atribuye a la actuación procesal consiste en haber sido proferido el fallo de segundo grado sin obrar en el juicio la prueba que demanda el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Como es obvio, la impugnación tendría que derivar a la causal segunda y, subsidiariamente, a la primera, pues se trataría de establecer el error en la interpretación o apreciación de los hechos por el juzgador, con la natural consecuencia de una indebida aplicación de la ley.

No se trata, entonces, de la inobservancia o violación de las formas propias del juicio, que pudiera dar lugar a la nulidad supralegal o constitucional. Y por no ser así, el equivocado planteamiento del señor apoderado, releva a la Sala de todo examen a fondo, en este acápite, de la prueba de cargo contra el acusado. (Casación Penal, 11 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2236 y 2237). 632, 2ª, y 633, 1ª.

223

NULIDADES

Artículo 198, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Penal.

Aun en el supuesto de que el hecho de no [illegible] negó a un testigo, para que firmase a su nombre la diligencia de notificación del auto de proceder proferido en su contra, constituyese una irregularidad que pudiese desvirtuar la prueba de que esa notificación se cumplió, se tendría que esa supuesta causal de nulidad señalada en el ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, dejó de ser pertinente, porque "habiendo comparecido el reo en juicio, no la reclamó dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le hizo la primera notificación personal", como ocurrió en este negocio, de conformidad con lo señalado en el citado ordinal.

Y ello es apenas natural, pues si la razón de noticiar personalmente el auto de proceder al enjuiciado es la de que conozca los cargos que en él se deducen y ejercite el derecho de nombrar defensor, si ello es por él conocido posteriormente porque se le ha notificado otra providencia del mismo juicio, es claro que cesa la razón tomada en cuenta por la ley (ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal) para que exista la nulidad de lo actuado, si además deja transcurrir ese lapso de treinta días sin reclamarla, contados desde la fecha de esa notificación personal.

Anotaba sobre este particular el doctor Rueda Concha, en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, cuando se discutía el mencionado ordinal 3º del artículo 198 del citado Código, lo siguiente:

"El fin de la ley es la razón suprema para buscar su interpretación; si el fin de la notificación personal es el que el procesado conozca los cargos que se le formulan en el auto de proceder, inmediatamente que este procesado los conozca, debe desaparecer la nulidad consignada, para cuando falte ese conocimiento. Ahora bien: es claro que el procesado a quien se notifica personalmente una providencia posterior, necesariamente tiene que conocer los cargos del auto de proceder. Por lo tanto, cuando esta notificación se le ha hecho y ha pasado un término pru-

dencial corto, sin que alegue la nulidad, debe desaparecer la causal".

Y más adelante agrega:

"¿Pero cuál es el caso concreto que puede presentarse? Tomemos un ejemplo: dice una notificación del auto de proceder: "en tanto de tantos notifico personalmente el auto de proceder al señor fulano de tal, quien impuesto firma"; efectivamente la notificación fue hecha, pero por descuido del Secretario el procesado no firma. Esto queda así, el procesado sabe de antemano que faltando su firma, el proceso puede ser anulado. No dice nada, ni alega nada, sino que se espera hasta el final. Bien: expedida la sentencia condenatoria, se presenta ese mismo procesado y dice: pido la nulidad de todo el juicio. Es como si dijera: yo sí conocía el auto de proceder, pero eso me lo guardé para la última hora. Pido a usted que anule todo. Un fraude a la ley, evidente, que no puede permitirse. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, si le ha faltado a la notificación la firma del Secretario, o si la fecha se ha dejado en blanco".

Y en este proceso el enjuiciado dejó de firmar la diligencia de notificación del auto de proceder sólo porque no sabe hacerlo, habiendo firmado un testigo, si bien no se dejó testimonio de que el procesado lo hubiera solicitado así. Pero es lo cierto que el enjuiciado, desde ese momento, conoció el auto de proceder, como que en la misma diligencia de notificación designó defensor. Y solamente después del veredicto condenatorio del Jurado es cuando alega, por primera vez, esa supuesta nulidad, apoyada en lo que indica el ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, habiendo sido notificado de otras providencias del juicio, mucho antes. (Sala de Casación Penal, 22 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 220, 1ª y 2ª.

224

NULIDADES

Artículo 198, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945.

La Sala prohija la tesis del señor colaborador Fiscal, por cuanto ella se ciñe a la realidad procesal y a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, en cuanto a la naturaleza de las acciones consagradas por los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, y por cuanto el quejoso no demostró de modo alguno haber sufrido daño o perjuicio económico o moral por las actividades profesionales de los abogados a quienes acusa.

Por lo tanto, la Sala habrá de decretar la nulidad de este juicio, como lo solicitó el señor Procurador Delegado en lo Penal, por ilegitimidad de personería en el querellante y por cuanto éste no es asunto de aquellos en que pueda procederse de oficio, con base en lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que establece como causa de nulidad en los procesos penales la ilegitimidad de la personería en el querellante.

Esta causal de nulidad es aplicable a los juicios especiales consagrados por la Ley 69 de 1945, reglamentaria de la profesión de abogados, pues dichos juicios, por su finalidad y naturaleza, son verdaderos procesos penales, con los que se busca sancionar las faltas cometidas contra la ética profesional por los abogados autorizados por la misma ley para el ejercicio de la abogacía. (Sala de Casación Penal, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 243, 2ª.

225

NULIDADES

Artículo 200 del Código de Procedimiento Penal. Artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945.

La nulidad que existe en este juicio por falta de legitimidad de personería en el querellante o quejoso habrá de decretarla la Sala, a pesar de la manifestación expresa de los abogados acusados de que allane dicha nulidad, por cuanto ésta no es subsanable, y así cuando ocurre en un juicio, debe declararse sin lugar a ordenar que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, por cuanto el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal no lo permite.

La querella, y por lo tanto la legitimidad del querellante, es una condición de procedibilidad según opinión de los modernos procesalistas. En consecuencia, cuando inicialmente se observa la falta de legitimidad del quejoso o querellante en un proceso que no puede iniciarse ni adelantarse oficiosamente, el proceso no puede incoarse; si esta falta se observa cuando ya el juicio se ha adelantado, deben tenerse como ineficaces y sin valor los actos procesales realizados, y por lo tanto, declararse la nulidad correspondiente. Esta falta de validez se funda en que faltando la condición de procedibilidad de la legitimidad de personería del querellante, los actos procesales no han podido producir el efecto preclusivo, necesario para el desarrollo procesal, y así no teniendo estos actos fuerza vinculante, por falta de una condición necesaria, se desemboca en la total ineficacia e invalidez del proceso.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, no puede subsanarse el proceso anulado por ilegitimidad de personería en el querellante, ni aun presentando dentro del mismo proceso nueva querella por quien tenga derecho a ello, ni convalidando en tal forma los actos procesales realizados. Esto, naturalmente, no es óbice para que el legítimo querellante, dentro del término legal, pueda iniciar un nuevo proceso, distinto y válido, pero sin tener en cuenta en lo más mínimo el proceso que fue anulado, el que no puede aportar nada al nuevo proceso por cuanto es absolutamente ineficaz.

La norma del artículo 200 tiende, entonces, a evitar toda revalidación de un proceso anulado por causa de la ilegitimidad de la personería en el querellante. (Sala de Casación Penal, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 243, 2ª, y 244, 1ª.

226

NULIDADES

Artículo 198, ordinal 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

En el caso de este juicio le asiste razón al demandante, y por consiguiente prospera el cargo, pues como puede fácilmente comprobarse en el proceso, no se cumplió debidamente el artículo 58 del Decreto Extraordinario 14 de 1955, porque no se notificó personalmente al apoderado del procesado el auto de detención preventiva, en el que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 60 del mismo Decreto, se abrió a prueba el juicio. En efecto, el auto de detención y de apertura a prueba lo dictó la Inspección Primera de Pitalito, el 24 de abril de 1959 (folios 26 a 30 del cuaderno 1º), pero sólo fue notificado al procesado el 9 de junio siguiente. En la diligencia de notificación éste manifestó que nombraba como su apoderado al doctor José Israel Ramírez Londoño, a quien en la misma fecha y en la misma diligencia se le notificó dicho auto, sin habérsele reconocido ni posesionado, y a pesar de la manifestación que hizo de que no podía encargarse de la defensa, según lo expresa en memorial visible al folio 67 del mismo cua-

derno. De modo que no habiendo aceptado, ni posesionado, ni ejercido en ningún momento el defensor nombrado por el procesado, ha debido procederse inmediatamente a nombrarle un defensor de oficio, en cumplimiento de claros preceptos legales. Pero ocurrió que solamente vino a nombrársele tardíamente defensor de oficio, por el Juez del conocimiento, el 24 de septiembre siguiente, es decir, cuatro meses después de haber proferido el auto de detención y el de apertura a pruebas, y cuando ya estaba para dictarse el fallo de primer grado.

De lo anterior se sigue, que no solamente se violó lo dispuesto en el artículo 56 del citado decreto, al no notificarse personalmente al defensor el auto del 24 de abril, en que se decretó la detención del procesado y se abrió el juicio a prueba, sino lo dispuesto en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, que es perfectamente compatible con el procedimiento establecido en dicho decreto.

Así no solamente se incurrió en la causal de nulidad prevista taxativamente en el ordinal 4º del artículo 198, pues el interesado no hizo uso del derecho de pedir pruebas, sino que al haber carecido de defensor el procesado durante la mayor parte del juicio, en primera instancia, se violó en forma palmaria la garantía de defensa consagrada por el artículo 26 de la Constitución, incurriéndose, por este aspecto, en una nulidad sustancial e insubsanable, que deberá ser declarada en esta providencia. (Sala de Casación Penal, 7 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 278, 2ª, y 279, 1ª.

227

NULIDADES

(Como motivo de casación).

En varias ocasiones ha reiterado esta Corporación que la invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación ni su estudio obliga a la Corte. (Artículos 198 y 567 (ordinal 4º) del Código de Procedimiento Penal. Artículo 26 de la Constitución Nacional). (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 637, 1ª.

228

NULIDADES

(Sorteo de jurados).

Artículo 199, numerales 4º y 5º, del Código de Procedimiento Penal.

Se alega, como causal de nulidad, que habiendo resultado sorteada para formar parte del Jurado la persona de Gilma Sarmiento, fue Gilma de Díaz la que actuó y firmó las actas respectivas. La falta de identidad que se arguye es gratuita, pues a más de no haberse hecho objeción alguna por ella misma al ser notificada de la elección, tampoco las partes en el juicio pusieron en duda, ni antes ni en el curso de la audiencia, esa identidad que, de haber faltado realmente, habría sido muy fácil demostrar. La pretendida nulidad, de que tratan los numerales 4º y 5º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, no se da en este caso. (Casación Penal, 24 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 713, 2ª.

229

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso arbitral).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Artículos 456 y siguientes del Código del Trabajo.

Puesto que, en la serie de conflictos bancarios que determinaron la constitución de un Tribunal Especial de Arbitramento para que los defendiera, tres Bancos no fueron

parte en el conflicto en ninguna de sus fases, su juzgamiento no se hizo conforme a las reglas del debido proceso, lo que trae como consecuencia el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional. Por consiguiente, en cuanto sus decisiones obligan a estos tres Bancos, el laudo arbitral es inexequible. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 730, 1ª.

230

NULIDADES CONSTITUCIONALES

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Al carecer de defensor el procesado durante la mayor parte del juicio, en primera instancia, se violó en forma palmaria la garantía de defensa consagrada por el artículo 26 de la Constitución Nacional, incurriéndose en nulidad sustancial e insubsanable. (Sala de Casación Penal, 7 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 279, 1ª.

231

NULIDADES CONSTITUCIONALES

Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Artículo 1º del Decreto 012 de 1959.

La aplicación del procedimiento que se consagra en el Decreto 012 de 1959 a delitos no enumerados allí taxativamente, acarrea una ostensible nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta; pues al juzgarse al acusado mediante un procedimiento de excepción y no conforme a las normas procedimentales ordinarias —que son en tal caso las de imperativa aplicación— se violan derechos y prerrogativas consagradas por la ley en beneficio del procesado. (Sala de Casación Penal, 7 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 161, 2ª.

232

NULIDADES CONSTITUCIONALES

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que aunque en algunos casos la Corte haya admitido la existencia de ciertas nulidades llamadas constitucionales o supralegales, a pesar de no estar expresa y taxativamente establecidas en la ley procesal penal, se han aceptado cuando el vicio u omisión invocado es de tal naturaleza y alcance que quebranta las bases esenciales del procedimiento o entraña un desconocimiento de la garantía del derecho de defensa, precepto de superior jerarquía que consagra el artículo 26 de nuestra "Ley de Leyes"; pero ello no quiere decir que cualquiera irregularidad o vicio del procedimiento necesariamente conlleva la existencia de una nulidad constitucional, pues para que ésta exista es necesario que sea de tal naturaleza y entidad que entrañe un vicio sustancial, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases mismas del juzgamiento o quebrante o desconozca los intereses de la justicia o de las partes. "Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional" (Casación de 19 de julio de 1956).

El hecho de que por auto de fecha 6 de octubre de 1958 se hubiera señalado, por tercera vez, el día siguiente para efectuar la diligencia de sorteos de nuevos jurados, diligencia que ya estaba ordenada en providencia anterior ejecutoriada, no entraña de ninguna manera violación de la norma del artículo 26, ni quebrantamiento alguno de los intereses del procesado, pues como acertadamente lo anota el señor colaborador Fiscal, aquel asistió personalmente a la diligencia de sorteo, en donde el acusado y su defensor tuvieron amplia oportunidad para ha-

cer las observaciones y reclamos que quisieran.

En cuanto al segundo cargo, es notorio que lo que ocurrió fue error del jurado de conciencia al estampar su firma al pie de una notificación que no era para él, en vez de hacerlo al pie de la notificación destinada a los miembros del jurado, informalidad ésta sin trascendencia alguna en cuanto hace relación a la efectividad del juicio y a las garantías procesales de las partes.

Son tan triviales los motivos invocados como causales de nulidad, que con razón anota el señor Procurador Delegado en lo Penal que ellos son "un nuevo ejemplo del abuso que se comete por ciertos litigantes al invocar a todo trance las referidas nulidades sustanciales, cuestión o proceder éste que la Procuraduría ha criticado en diversas ocasiones, pues tal parece que en el campo de las llamadas nulidades constitucionales se ha ido demasiado lejos, hasta el punto de no saberse dónde empiezan y dónde terminan las causales de las mismas". (Sala de Casación Penal, 7 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 274, 1ª y 2ª.

233

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(Por excepción).

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Decreto 012 de 1959.

Se alega que la tramitación establecida en el Decreto 012 de 1959 es violatoria de los fueros de la defensa, pues la condena se produce sin haber oído ni vencido al procesado y que la Sala, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, debe invalidar la sentencia, en consideración a que el proceso recibió la tramitación establecida en el mencionado decreto. Una demanda de esta naturaleza necesita contener la demostración de sus afirmaciones, pues la declaración por excepción de inconstitucionalidad no es una facultad arbitraria del fallador, ni puede ser tomada por éste en forma ligera y superficial, sino que debe ser motivo de profundo estudio, el cual tiene que surgir de los mismos razonamientos del interesado. (Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 268, 1ª.

234

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(Por excepción).

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Decreto 012 de 1959.

Fuera más explícita la demanda en el punto concreto a los vicios de inconstitucionalidad que le atribuye al Decreto 012 de 1959, conforme a cuyo procedimiento fue juzgado el procesado, y tal vez podría la Corte conceder una mayor importancia al cargo de impugnación consistente en aquellas razones. Porque, demostradas por el recurrente, con la demostración que es requerida en el recurso extraordinario de casación, la solidez de los argumentos bien pudiera llegar a convencer a la Sala de que el juzgamiento mediante las ritualidades que prescribe el Decreto, constituye violación de los fueros de la defensa e incide, por lo mismo, en la nulidad supralegal, por no haberse oído y vencido en juicio al procesado y por no habérsele juzgado con la plenitud de las formalidades. (Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 267.

235

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(Formas de juicio).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Bueno es advertir que la Constitución no prescribe propiamente formas de juicio (ar-

tículo 26), sino que garantiza las establecidas por la ley, y por lo tanto la Corte no tiene facultad para declarar inconstitucionales formas de éste, concernientes a ritualidades y sustanciación de los mismos. Su acción a este respecto está limitada al caso de conflicto entre la Carta y el mandato legal, en cuyo caso se prefiere la norma constitucional, o lo que es lo mismo, actúa aquí el fenómeno de la prelación de normas a que se refiere la Ley 57 de 1887. (Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 268, 1ª.

236

NULIDADES CONSTITUCIONALES.

Decreto 012 de 1959.
Artículos 26, 214 y 215 de la Constitución Nacional.

La impugnación que pretende que se invalide el fallo condenatorio, con fundamento en que el Decreto 012 de 1959, bajo cuyas normas se tramitó y falló el proceso, priva al acusado, en concepto del recurrente, del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta e impone la aplicación del 215 de la misma, no prospera. Es notorio, sin duda, que tal Decreto limita y hace precario el derecho de defensa; pero siendo propio de la ley, no de la Constitución, determinar "la plenitud de las formas propias de cada juicio", la Corte excedería su potestad juzgadora si en fallo de casación fuera a ejercer una función que sólo le compete en los términos y condiciones señalados en el artículo 214 de la Carta. (Casación Penal, 4 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 605, 2ª.

237

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En procesos penales).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Decreto 012 de 1959.

La aplicación del Decreto 012 de 1959 al juzgamiento de delitos cometidos antes de su expedición y vigencia, vicia el procedimiento, por entrañar quebranto de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional. (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 656, 2ª.

238

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Para que una actuación dentro del proceso penal aparezca contraria a los precisos y claros términos del artículo 26 de la Constitución Nacional, debe ser patente e inequívoco el agravio a las garantías y derechos que presiden el juicio criminal, pues cabalmente para protección del acusado la doctrina ha elaborado la nulidad constitucional, cuyos objetivos y alcance superan las consagradas de modo expreso por la ley. (Casación Penal, 24 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 713, 2ª.

239

NULIDADES POR FALTA DE FORMALIDADES

(Oportuno reclamo).

Artículo 199, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal.

De admitirse que es una "formalidad de las que la ley señala" que el representante

del Ministerio Público suscriba el acta de sorteo de jurados, concurra o no a la diligencia, el reclamo por la falta de su firma tiene que formularse por el interesado "al tiempo de verificarse el acto" para que esté en capacidad de alegar la nulidad de que trata el ordinal 5º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, 24 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 713, 1ª.

240

NULIDADES PROCESALES

Artículo 198, numeral 8º, del Código de Procedimiento Penal.

Prevé el Código de Procedimiento Penal, entre las distintas causales de nulidad, la que consiste en incurrir en error relativo al nombre o apellido de la persona ofendida por el delito (artículo 198, numeral 8º). Pero no es esto lo que ocurre, porque el supuesto es diferente, cuando siendo conocida y mencionada la persona indistintamente con dos nombres, el Juez no la nombra en su providencia sino con uno de ellos; sobre todo cuando los otros medios de identificación concurren a descartar por completo la posibilidad de que la acción del delito hubiera recaído sobre diferente sujeto pasivo. (Casación Penal, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 617, 1ª.

241

NULIDADES PROCESALES

(Ilegitimidad de personería).

Artículo 448, numeral 2º, del Código Judicial.

El señor apoderado sustituto del Municipio demandante, ha provocado incidente de nulidad en este juicio del nombrado Distrito Municipal contra la Nación, a partir de la fecha en que el delegante y procurador principal judicial de la parte actora fue elegido representante principal a la Cámara, por haber continuado ejerciendo durante varios meses después de su elección el poder que le había sido conferido, no obstante lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 8ª de 1958 que prohibe a los miembros del Congreso defender o gestionar intereses contrarios a los de la Nación, so pena de nulidad.

Esta nulidad, pues, que se funda en la inhabilitación legal del apoderado para llevar la personería que ejerce, no es sino una modalidad específicamente regulada de la que produce la ilegitimidad de la personería adjetiva, por lo cual se rige por las reglas aplicables a esta última, entre ellas, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la de que "no puede ser alegada ni durante la instancia del juicio ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente" (G. J., LXV, 668); doctrina que se funda en el principio universal de derecho de que nadie debe ser oído cuando alega su propia falta: **nemo auditur propiam turpitudinem allegans.**

En el caso contemplado en estos autos, alega la nulidad el delegado o sustituto del representante judicial que habría incurrido en la violación de precisas normas que establecen incompatibilidad entre el ejercicio de cargos de representación nacional y la procuración de intereses contrarios a los del Estado, por lo cual deriva de él su mandato, el que, por otra parte, ejerce en nombre de la parte que se aprovecharía de la nulidad invocada no obstante haber dado lugar a ella, pues que consintió en continuar representada por quien se hallaba inhabilitado legalmente para hacerlo; y la declaración de nulidad pronunciada en tales circunstancias repugna al espíritu del ordenamiento jurídico procesal, que no ha establecido las nulidades como recurso que pueda aprovechar a la parte que deliberadamente las causa,

sino que las ha instituído para garantizar los derechos procesales de los litigantes, así como por vía de sanción al desconocimiento y violación de esos derechos. De otro modo se quebrantaría un principio —**nemo auditur**...— que, si bien no aparece consagrado en la ley en forma expresa, sí lo está tácitamente en numerosas disposiciones de los códigos civil y judicial, y es tenido por la jurisprudencia y la doctrina como regla general que orienta nuestras instituciones.

Son estos motivos suficientes para no acceder, como no se accede, a declarar la nulidad invocada por la parte demandante. (Sala de Negocios Generales, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 843, 1ª y 2ª, y 844, 1ª y 2ª.

©

242

OBLIGACIONES CONDICIONALES

Artículo 1535 del Código Civil.

La condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, para que anule la obligación en la hipótesis del primer inciso del artículo 1535 del Código Civil, sería la suspensiva, porque entonces esa potestad toma a su arbitrio la formación del vínculo; pero no sería nula la condición resolutoria, porque en tal caso el vínculo ya estaría válidamente constituído. Como bien lo dice Alessandri Rodríguez, "si es resolutoria es válida, porque la obligación ha podido formarse y producir todos sus efectos, ya que la condición resolutoria no afecta a la existencia de la obligación sino únicamente a su extinción". (Derecho Civil. Teoría de las obligaciones, pág. 173. Chile, 1934).

En este criterio se informa el artículo 2.011 del Código Civil, que dispone: "Si se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes, y voluntario para las otras, se observará lo estipulado, y la parte que puede hacer cesar el arriendo **a su voluntad**, estará, sin embargo, sujeta a dar la noticia anticipada que se ha dicho". (Subraya la Corte).

Sobre este particular existe también jurisprudencia. En casación de tres de septiembre de 1941 (LII, 1.977, 36 y ss.) se da cuenta de la discusión jurídica planteada acerca de unas estipulaciones contractuales que conferían a una compañía dedicada a la exploración y explotación de minerales e hidrocarburos el derecho de dar por terminado el contrato, entre otros eventos, "si sobreviene otra causa que implique para la compañía inconveniente o perjuicio en la continuación del contrato, **todo ello a juicio de la compañía**"; otra de las estipulaciones del mismo contrato disponía que ninguna de las cláusulas de éste se interpretará como "restricción o limitación del derecho que la compañía tiene **para darlo por terminado en cualquier tiempo**, quedando así libre de cualquiera obligación, según se estipuló en la cláusula vigésima primera".

El sentenciador de ese tiempo y caso declaró válida la cláusula de renuncia por parte del explotador, concepto que fue atacado en casación no sólo por quebranto del artículo 1.535 del Código Civil, sino también por la institución doctrinaria del abuso del derecho, "por el rompimiento inmotivado del contrato **por obra de su sola voluntad**..., y de ser ella **el dueño de conceptuar al respecto**".

Acerca de esa potestad dijo entonces la Corte que "si fuera a colocársela dentro del artículo 1.535 del Código Civil, no le correspondería el inciso primero, según el cual son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, puesto que no es este el caso; se la colocaría en el inciso segundo, según el cual, si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá".

Y en cuanto al abuso del derecho, consistente en que una de las partes exija y la otra

acepte ser el dueño de conceptuar sobre la renuncia, expuso la Corte estas reflexiones que, no por referirse a una acusación ahora inadmisible, o sea por violar la figura jurídica del abuso del derecho, ya que la casación se ha propuesto aquí por infracción de preceptos legales sustantivos, deja de ser pertinente en relación con el artículo 1.535, citado, y por la índole de las actividades del explotador de entonces y del de hoy: "Ya se vio que la condición de que tanto se ha hablado no consiste en la mera voluntad de la Compañía. Cuanto al abuso del derecho, se tiene que si es doctrina sana y salvadora de la justicia en sus casos, no puede darse por extendida, con todos los efectos a que aspira aquí el recurrente, a un contrato como el de que se trata en el que, si las dos partes contratantes se vinculan entre sí con prestaciones recíprocas que, libremente determinadas por personas **sui generis**, demuestran que él es oneroso y conmutativo, al propio tiempo que, por lo que mira a su objeto, es en éste aleatorio. Una y otra de las partes se enfrentan a una contingencia, a un hecho futuro de la más señalada incertidumbre que a ambas producirá o no los favores que ambas buscan, según se halle o no lo buscado por ellas. La exploración de terrenos tenidos por petrolíferos y la explotación de sus elementos caso de hallárseles, es labor en que culmina lo contingente y que requiere esfuerzo arduo e inversión de dinero, ya que es muy natural en la vida de los negocios que no se obligue, la parte que tal se propone, en forma de no poderse retirar en un momento dado en el curso de la explotación, durante la exploración y aun antes de emprenderlas.

"Ello es que en el contrato de estudio la Compañía hoy demandada exigió como requisito para contratar que se le facultara en tales sentidos; al menos la escritura contiene esa facultad reiteradamente y se cierra con la cláusula 29 ya transcrita. Sobre este pie y en vista de la clase y finalidades y circunstancias del contrato, a algunas de las cuales brevemente acaba de llamarse la atención, no le sería dado al sentenciador desoír esas estipulaciones y condenar a la Compañía por haber terminado el contrato, a pretexto de aplicar o hallar aplicable la doctrina del abuso del derecho que el recurrente invoca".

La Corte prohija de nuevo y ratifica la doctrina expuesta en 1941, consistente en que las estipulaciones potestativas de renuncia de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que además ha recibido ejecución por parte y parte durante largo tiempo, no pueden ubicarse dentro de las prohibidas por el primer inciso del artículo 1.535 del Código Civil, sino dentro de las permitidas por el inciso segundo. (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 548, 1ª y 2ª, y 549, 1ª.

243

OBLIGACIONES CONDICIONALES

Artículo 1535 del Código Civil.

La Corte prohija de nuevo y ratifica la doctrina expuesta en 1941 (Gaceta Judicial, LII, 36 ss.), consistente en que las estipulaciones potestativas de renuncia de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que además ha recibido ejecución por parte y parte durante determinado tiempo, no pueden ubicarse dentro de las prohibidas por el primer inciso del artículo 1535 del Código Civil, sino dentro de las permitidas por el inciso segundo. (Casación Civil, 23 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 548, 2ª.

244

OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Artículo 1579 del Código Civil.

El deudor solidario que paga la deuda o la extingue por alguno de los medios equivalentes al pago, "queda subrogado en la ac-

ción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda". Y "si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le corresponden en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores". (1 y 2, 1579, C. C.).

De suerte que si el único interesado en la deuda solidaria es quien paga, la obligación se extingue sin consecuencias, se libertan las cauciones, y no hay lugar de ningún modo al fenómeno subrogatorio contra quienes con su firma se limitaron a respaldar el crédito del deudor.

La subrogación por el contrario es obvia y se predica para cuando la deuda es cubierta por el codeudor que no estuvo interesado en el negocio o que apenas recibió una cuota de beneficio y paga la totalidad. Tendrá claro derecho al reembolso con el respaldo de los privilegios y seguridades de la acreencia por lo que hace a su importe completo o con deducción de la cuota del codeudor que paga in integrum. (Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 76, 1ª y 2ª.

245

OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Artículo 1579 del Código Civil.

El titular de la acción de reembolso es el propio coobligado y no quien por valor recibido de sus manos asumió la obligación de cancelar la deuda. Si hace el pago en su propio nombre, será apenas para ejecutar aquello a que está jurídicamente vinculado en interés y por cuenta ajena. Cumplida su misión, queda libre de responsabilidad por los mismos no puede pretender sucesión en el lugar del codeudor solidario libertado, que es quien tendría derecho a reembolso de los otros codeudores, caso de no ser el único interesado en el negocio, según viene expuesto.

Es así, en cuanto quien por virtud de contraprestación cumplida de antemano es deudor a través de un contrato bilateral y a su turno satisface su promesa, desata el vínculo que lo ligaba a su directo acreedor y queda en paz y a salvo, liberta su responsabilidad, pero no puede pretender que además de lo que tuvo recibido para obligarse, merezca titularidad para colocarse en la situación jurídica del codeudor que le hizo el suministro para el pago, y perseguir sin causa el reembolso del codeudor o codeudores restantes. (Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 76, 2ª.

P

246

PACTO COMISORIO

Artículos 1935, 1937 y 16 del Código Civil.

Si con ocasión de la compraventa a plazo de cosas muebles, el vendedor a más de reservarse el dominio de ellas mientras no se efectúe el pago, hace optativamente para sí el pacto comisorio, con estipulación expresa de que el contrato se resuelve ipso facto por no pagarse el precio al tiempo convenido, y todavía se reserva las ventajas generales que al vendedor conceden las leyes, se encontrará allí muestra palpable de las dificultades con que tropieza el desarrollo del crédito, o de las muy grandes que tienen que superar quienes carecen de recursos para desembolsar el precio al contado, pero no que la malla cautelar de estipulaciones en amparo del vendedor venga a perturbar el orden público y las buenas costumbres. Estas son las que

enseñan el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas, y al comprador le basta satisfacer en oportunidad las suyas para verse libre de responsabilidad frente a todas las estipulaciones impresas por la cautela del vendedor que, **a priori**, no podría calificarse de exagerada.

Y al comprador le será siempre indispensable haber cumplido su propia deuda para legitimarse en causa por cualquiera acción derivada del contrato. Sin ello no lo está, y menos si no prueba incumplimiento del vendedor, quien puso en sus manos el objeto para todos los efectos, menos el de transferirle los poderes del dueño. (Sala de Casación Civil, 2 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 117, 1ª y 2ª.

247

PACTO DE RESERVA DEL DOMINIO

Artículo 1º, inciso 2º, de la Ley 45 de 1930.
Artículo 750, inciso 2º, del Código Civil.

Si las cláusulas contractuales dictadas por la experiencia en ciertas ramas de especulación mercantil pudieran aparecer revestidas de extremada severidad para la clientela, ello sería conducente a descubrir el escaso desarrollo del crédito en medios económicos acaso no muy avanzados, o el complejo de factores prácticos que aumentan riesgos en la vida de los negocios por fuerza de las circunstancias.

Pero tal severidad, por sí sola y en el campo jurídico, no demuestra atentado contra el orden público o las buenas costumbres, como límites infranqueables que son para la autonomía de la voluntad de las partes dentro del régimen legal de contratación.

Es necesario, entonces, contemplar de cerca el significado y alcance concreto de las estipulaciones, para desprender las consecuencias jurídicas de la convención.

Cuando se examina la venta a plazo con la sola firma del comprador de un automóvil, más o menos delicado y costoso, no habrá de parecer extraño el pacto de reserva de dominio para el vendedor, ni tampoco que a título por demás precario se haga la entrega al comprador, precisamente para que pueda disfrutarlo exento de culpa, inclusive en función del pago religioso del precio.

Y como se trata de bienes de inmediato demérito por el uso, susceptibles de avería, deterioro y aún de pérdida total inopinada o en breve lapso, no es inexplicable que el vendedor, además de reservarse el dominio del objeto, por estipulación expresa quede facultado para encajar definitivamente los dineros recibidos a cuenta del precio por vía indemnizatoria penal, a menos que el comprador satisfaga sus obligaciones oportuna y plenamente, caso en el cual la operación queda saldada y el dominio transferido del vendedor al comprador, automáticamente y con efectos desde el día de la entrega.

Si quien vende a plazo y de una vez entrega el objeto al comprador pudiera tener confianza absoluta en el fiel cumplimiento del contrato, no sólo por lo que atañe al pago del precio sino también en lo que respecta al uso adecuado y aprovechamiento razonable del vehículo vendido, las cláusulas de la negociación serían sin duda de extremada sencillez y redactadas con el propósito exclusivo de consignar con claridad y certidumbre el crédito otorgado por el vendedor y recibido por el comprador.

Pero tal acontecer supone la existencia de costumbres en que la sensibilidad crediticia es objeto de cultivo esmerado e informa el desarrollo de los negocios dentro de ambientes de confianza general no perturbada nunca sin grave escándalo, mas no cuando las circunstancias de orden práctico por diversidad de motivos están más o menos alejadas de coincidir con aquella posición ideal.

Es así como la experiencia mercantil y el fomento de las ventas a plazo por contados

sucesivos han permitido recibir la norma del inciso 2º, artículo 1º, Ley 45 de 1930, a saber:

"La cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los terceros de buena fe".

Esas condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, brindan a la cláusula reservatoria del dominio flexibilidad suficiente para adaptar el sistema de ventas de pago diferido a las tendencias económicas. Y si bien la coyuntura puede favorecer al vendedor para dar las reglas de esas operaciones, es igualmente susceptible de serle adversa, para entonces recibir de la demanda la ley del mercado.

El pacto de reserva de dominio guarda por lo demás estrecha armonía con el 2º inciso, artículo 750 del Código Civil en cuanto organiza la entrega no traslaticia para cuando "el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición".

De suerte que si las normas sustanciales prevén y permiten expresamente el pacto que reserva el dominió al vendedor, es indudable que su inclusión en la venta a plazo de un automóvil en nada contradice el orden público o las buenas costumbres. (Sala de Casación Civil, 2 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 116, 2ª, y 117, 1ª.

248

PAGO CON SUBROGACION

Artículo 1668, numeral 5º, del Código Civil.

Por ministerio de la ley se efectúa con subrogación el pago de una deuda ajena, "consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor", (5º, 1668, C. C.). Va entendido eso sí en el supuesto de la norma que quien verifica el pago lo hace de su propio peculio. Porque se trata de evitar injusto enriquecimiento para el deudor, y se quiere, además, que quien así paga con la aquiescencia del obligado, disfrute de las mismas garantías que amparaban al acreedor, desinteresado ya con la prestación que le era debida.

Pero si la deuda es objeto del pago por cuanto el tercero ha recibido del deudor bienes o valores en general para asumir la obligación de cancelarla, no es ya por fenómeno subrogatorio legal como entre ellos dos se miden los efectos que en derecho se derivan del pago, sino en conformidad con la convención surtida entre el deudor y quien tomó a su cargo la extinción de la deuda a trueque de aquellos bienes o valores recibidos precisamente para tal finalidad.

Quien así satisface un pagaré que no ha suscrito, frente al acreedor es un tercero ciertamente. Mas no del mismo modo en sus relaciones con el deudor libertado en cumplimiento de la respectiva obligación surgida del pacto bilateral en que ambos son partes que ejecutaron las contraprestaciones recíprocamente prometidas. Mal podría efectuarse con subrogación el pago de quien lo ha hecho como contravalor de lo que tiene ya recibido para verificarlo. Si lo hace, apenas cumple la obligación suya de cancelar determinada deuda, que por lo mismo no le es ajena. Al extinguirla frente al acreedor, extingue en el acto su propia obligación de cancelarla, asumida por recibo previo de contravalor y, desde luego, sin derecho a reembolso alguno de su parte. (Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 75, 2ª, y 76, 1ª.

249

PARTICION DE BIENES COMUNES

Artículo 959 del Código Judicial.
Artículo 1392 del Código Civil.

A la crítica de que la distribución no consulta las normas de igualdad y equivalencia

que deben presidir el trabajo de partición de bienes comunes, por cuanto el valor real de algunas adjudicaciones resulta ser superior al que figura en los avalúos, se contesta que, supuesto que estaban en firme los dictámenes periciales, base de toda distribución o partición, y que el partidor se sujetó fielmente a ellos, no queda fundamento para invalidar en casación, por errores de hecho o de derecho, la sentencia aprobatoria de la partición. (Sala de Casación Civil, 12 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 120, 2ª.

250

PETROLEOS

(Acción de oposición).

Artículos 5º y 34 del Decreto 1056 de 1953.

La acción de oposición a la propuesta de un contrato, sobre exploración y explotación de hidrocarburos, conlleva el ejercicio de una acción petitoria, por cuanto tiene la finalidad de obtener la declaración de que el derecho de dominio, respecto de un predio determinado, salió del poder del Estado en virtud de un título anterior al 28 de octubre de 1873; por tanto, para establecer tal derecho se requiere determinar el predio objeto de la primitiva merced o adjudicación, en la forma exigida en el artículo 34 del Decreto número 1056 de 1953, en armonía con el artículo 222 del Código Judicial; y si el inmueble adjudicado antes de la fecha citada, ha sido dividido y subdividido, cada una de estas parcelas debe especificarse por sus lindes, para que, posteriormente, identificado y localizado el antiguo inmueble, pueda ubicarse, dentro de ese todo, cada una de las parcelas de propiedad de los actuales demandantes, quienes en tales circunstancias, sí podrían obtener la acumulación, porque resultaría evidente la vinculación de todos a la misma causa o título del cual emanaría el dominio por ellos alegado. (Sala de Negocios Generales, 1º de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 436, 2ª.

251

PRECLUSION

(En el juicio de sucesión).

Artículos 366 y siguientes del Código Judicial.

El complejo de actividades que el proceso civil supone para llegar a la sentencia, hace necesario el fenómeno de la preclusión, sin cuya presencia, en vez de método y orden, el proceso sería, arbitrariedad y caos. En el juicio de sucesión, de etapas tan visibles, una vez hecho el inventario y avalúo, se da en traslado a los interesados y al Recaudador de Impuestos, por tres días. Dentro de este plazo se pueden formular las objeciones del caso. El incidente se tramita como una articulación. Igualmente dentro de esos tres días del traslado se puede pedir también, por una sola vez, que cualquiera de los avaluadores o todos ellos funden, expliquen, amplíen o aclaren su dictamen dentro del término prudencial que el Juez les fije.

Pasada en silencio esa etapa, o si los reparos no triunfaron, ya no es posible en el incidente de objeciones a la partición —otra etapa del juicio—, atacar el avalúo hecho al inventario. Este adquirió firmeza y constituye base inmodificable para la distribución y adjudicación de las especies, salvo convenio legítimo de los adjudicatarios.

Relieva lo anterior la imposibilidad de atacar legalmente la sentencia aprobatoria de la partición, cualesquiera sean los cargos contra ella formulados, cuando, como en la demanda que se resuelve, se los basa en no haberse tenido en cuenta para la adjudicación de bienes un avalúo distinto al cumpli-

do en la diligencia de inventario prevista para el juicio de sucesión por el artículo 1.392 del Código Civil y por el Capítulo III del Título XXX del Código Judicial. Ni es de recibo la censura involucrada en el cargo tercero por "equivocada apreciación de las pruebas que figuran en los autos al aceptar o reconocer el pasivo" del inventario, error que según el recurrente condujo a la violación "indirecta de la ley sustantiva por quebrantamiento del artículo 1.393 del Código Civil, en armonía con el 1.016 ibídem", porque, como viene dicho, la oportunidad de atacar el inventario pasó definitivamente. (Casación Civil, 24 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 564, 1ª y 2ª.

252

PREVARICATO

Artículo 168 del Código Penal.

Comoquiera que de los elementos de juicio aportados con la denuncia, se desprende claramente que el delito de prevaricato que se imputa a unos Magistrados de Tribunal (artículo 168 del Código Penal), no tiene más fundamento que la propia afirmación del denunciante, no le es posible a la Sala Penal de la Corte dar cabida a la investigación, porque a la postre, aunque termine con un sobreseimiento definitivo después de una inútil actuación debida a una denuncia notoriamente temeraria, podría esgrimirse como arma contra la reputación de los magistrados denunciados. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 681, 2ª, y 682, 1ª.

253

PREVARICATO

Artículo 168 del Código Penal.

Aun aceptando la hipótesis de que un Juez o Magistrado, al dictar una providencia de fondo, se equivoque en la apreciación de las pruebas o las disposiciones legales que considere aplicables al caso, y al obrar de esta manera se ponga en desacuerdo con otras providencias recaídas en el mismo proceso y dictadas por otros funcionarios de la misma categoría, no por ello sólo se puede suponer que aquél Juez o Magistrado incurra en delito de prevaricato (artículo 168 del Código Penal). (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 682, 1ª.

254

PRIMA DE SERVICIOS

Artículo 360 del Código del Trabajo.

La prima de servicios no es un derecho que, como el de cesantía, se hace exigible al terminar el contrato, sino una prestación periódica, que se causa durante su desarrollo. Nace el derecho a la prima cada seis meses, en junio y diciembre, bien al salario de un mes, ya al de quince días, según el capital de la empresa, o a la parte proporcional cuando durante el semestre el trabajador ha prestado servicios por tiempo no inferior a un trimestre. El artículo 306 subordina el nacimiento del derecho a una condición, y es la de que el trabajador no haya sido despedido por justa causa. Si la condición se cumple, el derecho se pierde; si falla, el derecho se consolida en cabeza del trabajador.

Si la obligación nace o se hace exigible cada seis meses, la condición tiene el mismo ámbito temporal. Opera también por el mismo espacio de tiempo. Cuando la obligación es condicional, no se puede separar la condición de la obligación, pues siendo aquella una modalidad de ésta, no puede vivir independientemente de ella. No hay una sola obligación de pagar las primas de servicios, sino tantas obligaciones cuantas surjan durante la vida del contrato, separadas cada una por períodos de seis meses. Si transcurri-

do el primer semestre no se ha producido el despido del trabajador por justa causa, el derecho a la prestación se consolida, de manera que si el despido se produce durante el segundo semestre y el patrono no ha cumplido su obligación de pagar la prima ya causada, no la pierde el trabajador, pues siendo independiente el derecho a cada prima, el hecho que determina la pérdida de la correspondiente al segundo semestre no puede extenderse a la del primero. Por estimar que el derecho a cada prima surge a la vida legal el 30 de junio y del 1º al 20 de diciembre, por semestres del calendario, como lo prescribe la disposición legal citada, esta Sala señaló como fecha inicial de la prescripción el 1º de julio y el 21 de diciembre, esto es, el día siguiente al de la exigibilidad de la respectiva obligación. (Sentencia de 16 de diciembre de 1959. G. J., Tomo XCI, pág. 1.222).

El alcance que le da la Sala al artículo 306 se deduce de sus propios términos. Que el despido por justa causa se concreta a la pérdida de la prima del respectivo semestre o a la parte proporcional, es una interpretación que se ve más clara con la sola consideración de que el ordenamiento parte de la base de que las primas anteriores al semestre durante el cual se produjo el despido han sido satisfechas por el patrono, pues el precepto dispone su pago cada seis meses, en las fechas ya anotadas. Si al terminar el contrato por voluntad del patrono con base en una justa causa, hay primas de servicios insolutas, la pérdida de las causadas se fundaría en el incumplimiento de aquél de obligaciones a su cargo. De ser aceptable la tesis, se presentaría el singular fenómeno de que el patrono que cubrió las primas causadas conforme a la ley, ningún derecho tendría a exigir su repetición; en cambio, el patrono que desatendió el mandato legal, absteniéndose de satisfacer la prestación debida, quedaría liberado de sus obligaciones. Repugna, a la recta razón que una situación como la [illegible] pueda definirse en forma contraria a la justicia y a la equidad. Cabe observar también que la pérdida del derecho a la prima es una sanción que afecta el patrimonio del trabajador, y toda norma de esa naturaleza, según principios bien conocidos, es de interpretación restricta. (Sala de Casación Laboral, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 372, 1ª y 2ª.

255

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

(Las partes).

Artículos 456 y siguientes del Código del Trabajo.

En el procedimiento arbitral, como en el jurisdiccional contencioso, no es posible incertidumbre alguna acerca de quiénes son los contendientes. Estos no pueden ser otros que los que asumieron esa calidad en los debates de arreglo directo y de conciliación, pues la fase de arbitraje obligatorio no es autónoma, sino la última de las tres en que la ley divide el conflicto colectivo de trabajo. El conflicto, según la ley orgánica, es uno solo desde su promoción hasta su decisión final. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 728, 1ª y 2ª.

256

PROCEDIMIENTO CRIMINAL PARA ALTOS FUNCIONARIOS

Artículo 97, ordinal 3º, de la Constitución Nacional.

Cuando hay lugar a un proceso criminal en las condiciones fijadas en el ordinal 3º del artículo 97 de la Carta, el procedimiento a seguir impone:

a) Acusación de la Cámara de Representantes ante el Senado de la República;

b) Admitida la acusación, tratándose de delitos comunes, "el Senado se limitará a declarar si hay lugar o no a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema", y

c) Seguimiento de la causa ante la Corte.

Todo esto con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal ya citadas.

En resumen: **La Corte sólo puede usar de su atribución constitucional y legal cuando el Senado, previa acusación de la Cámara e instrucción del proceso, ha declarado que hay lugar a seguimiento de causa.**

Este criterio halla respaldo en el pensamiento de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, como puede verse en los Trabajos Preparatorios, Tomo VIII, pág. 242. (Casación Penal, 2 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 595, 1ª.

257

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

(A falta de fuero).

Artículos 42 y siguientes y 55 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Llegado el caso de que en relación con un alto funcionario del Estado, la Cámara de Representantes se declare sin competencia para ejercer su función acusadora, inhibiendo en consecuencia tanto al Senado como a la Corte, y no siendo admisible llegar al absurdo de dejar sin Juez a la persona justiciable, forzosamente las normas de competencia tienen que aplicarse en su forma ordinaria, siguiendo las pautas establecidas en el Código de Procedimiento Penal en los Capítulos II y III, Título II del Libro Primero, ya que en ausencia del fuero, que en tal supuesto se niega a reconocer la Cámara de Repre-

proceden (1). (Casación Penal, 2 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 595, 2ª.

258

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

(A falta de fuero).

Artículo 45 del Código de Procedimiento Penal.

La determinación de la Cámara de abstenerse de presentar acusación de determinado funcionario de alta categoría ante el Senado, invocando incompetencia para ello en ese caso concreto, no tiene el poder de darle competencia privativa a la Corte para conocer del negocio, sino que el poder virtual de dicha resolución es el de privar al sindicado de todo procedimiento de excepción, lo que conduce necesariamente a aplicar las normas comunes en materia de competencia. De suerte que, si en conformidad con estas normas tal competencia le corresponde a los Juzgados Superiores, allí debe enviarse el proceso, y no por simple mandato jurisdiccional, sino porque en tal supuesto "su conocimiento no está atribuído a fuero especial", como lo expresa el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal (1). (Casación Penal, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 695, 1ª y 2ª.

259

PRUEBAS

(Su apreciación).

Artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

No es omnímoda la libertad que tiene el Juez en la apreciación de la prueba: al adoptar el legislador un sistema intermedio entre

(1) Un Magistrado salvó su voto.

la libre apreciación de las pruebas y la tarifa legal, fue sin duda porque aceptó los principios que informan la teoría general de la prueba, señalando pautas y límites para apreciarlas de tal modo que los principios que forman esta teoría no pueden ser desestimados, para encontrar aquella certeza legal que es la única que, dentro de las deficiencias del espíritu humano, puede permitir al Juez el ejercicio de una recta justicia. (Sala de Casación Penal, 14 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 189, 1ª y 2ª.

260

PRUEBAS

(Su estimación en materia laboral).

Artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral.

La Sala encuentra equivocados los razonamientos del recurrente y no los comparte. En efecto, conforme a los principios que rigen la estimación probatoria en materia laboral, el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas dentro de la facultad que tiene para formar libremente su convencimiento, sin sujeción a una tarifa legal, por lo que puede darle preferencia a cualquiera de las aportadas al juicio, conforme al mandato contenido en el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo. La única obligación al respecto es la de que forme su convicción, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, y que atienda, además, a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. (Sala de Casación Laboral, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 399, 1ª.

261

PRUEBAS

(Su estimación).

Artículo 203 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

No siempre resulta tarea sencilla y fácil desentrañar el verdadero valor de convicción que determinada prueba ofrece. En la generalidad de los casos, la prueba en un proceso penal es compleja, o lo que es igual, se encuentra diseminada en distintas formas, cuyo valor demostrativo para conducir a la certeza legal surge apenas del conjunto de todas las que la legislación procesal autoriza para tal efecto. Por esto mismo, la labor del Juez, cuandoquiera que dicha complejidad se presenta en un caso dado, no se limita ni puede limitarse a una esquemática enunciación de aquellos elementos de convicción, sino que su misión alcanza un límite más extremo, como es el de desentrañar con el mayor cuidado y laborioso empeño, el contenido probatorio de aquéllas, la fuerza de convicción hacia la certeza que aportan y la energía con que conducen al establecimiento de la afirmación categórica de que el acusado es el autor de los hechos que se le imputan. Esto se dice porque solamente en casos de muy restringida ocurrencia, en muy contadas ocasiones, tal demostración surge mediante una sola y única categoría de prueba. En todos los demás aquella demostración viene a resultar de las distintas especies o clases que consagra la ley, que reunidas en el expediente por obra de la investigación, forman en conjunto la prueba legal requerida, aunque cada una de ellas por separado no la produzcan. (Casación Penal, 10 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 618, 1ª y 2ª.

262

PRUEBAS

(Su estimación por el Juez Laboral).

Artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral.

Cuando de dos grupos de testimonios el fallador prefiere el uno o el otro, siendo como es libre en la formación de su convencimiento al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, no resulta justificada la acusación de su fallo; pues si tuvo facultad para escoger, mal pudo incurrir en error de hecho por haber escogido. El error no se fundaría, en tal caso, en haber aceptado hechos no acreditados sino en haber preferido, entre los dos grupos de declarantes, el de una de las partes en litigio. Ahora bien, es ésta una facultad discrecional y no reglada que, por lo mismo, pertenece al libre arbitrio del juzgador. No se le puede reprochar, pues, el que en su mente haya hecho más fuerza la prueba testimonial rendida por una parte que la producida por la otra. (Sala de Casación Laboral, 4 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 356, 1ª y 2ª.

233

PRUEBAS

(Paz y Salvo expedido por el trabajador).

Artículos 51 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral.

Como ya lo tiene decidido la jurisprudencia laboral, el valor de los finiquitos que expida el trabajador es siempre relativo y no absoluto, y "ellos sirven para demostrar el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones en la cuantía en que aparezcan detallados, pero la declaración de paz y salvo no anula el derecho del trabajador a reclamar judicialmente cualquier otro valor que el patrono haya quedado debiéndole por estos conceptos". (Casación Laboral, febrero 15 de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 772, 2ª.

R

264

RECONOCIMIENTO DE FIRMA

(Su valor en relación con un documento).

Artículos 637 y 642 del Código Judicial.
Artículo 1761 del Código Civil.

Quien confiesa ante el Juez ser suya la firma en documento privado, reconoce también su contenido, le confiere el valor de escritura pública y releva de prueba al adversario acerca de las obligaciones consignadas a cargo del otorgante (artículos 637 y 642 del Código Judicial, y 1761 del Código Civil). Es así como, después de admitida la autenticidad del escrito, las alegaciones tendientes a desconocer su validez y fuerza en derecho, deben ser probadas a plenitud por medios de recibo según la regulación legal. (Casación Civil, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 583, 1ª.

265

RECURSO DE REVISION

(Se deben acompañar las pruebas).

Artículo 544 del Código Judicial.

La ley ordena (artículo 55), presentar con la demanda de revisión las pruebas en que se funda la solicitud, lo cual no impide que en el término probatorio se complementen,

"Es apenas lógico y justo, ha dicho la Corte, que para enjuiciar la cosa juzgada, una de las bases fundamentales del orden jurídico, se exija como prenda de seriedad la presentación de las pruebas como requisito formal para dar comienzo a autorizar una acción excepcional y extraordinaria de rectificación jurisdiccional. Esta prueba documental que debe acompañarse al escrito en que se interpone la revisión se exige y considera, como es obvio, en calidad de base legal para la admisión del recurso, ya que el estudio y apreciación de su mérito demostrativo como el de las que se produzcan en el término probatorio, como base de la revisión, esto es, su capacidad rectificadora o destructora de la convicción judicial en que se fundó la sentencia recurrida, es la cuestión de fondo que se decide en la sentencia que def...a el recurso". (T. LV, pág. 533).

Si, pues, las pruebas presentadas no dan base legal para la admisión del recurso, es preciso proceder en consecuencia. (Casación Civil, 17 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 489, 1ª y 2ª.

266

RECURSO DE REVISION

(Demanda).

Artículos 205 y 544 del Código Judicial.

Que la demanda de revisión no lo sea propiamente ni esté sujeta al rigor del artículo 205 de la ley de procedimiento civil, es pretensión insostenible. Porque si no se desconoce la calidad de extraordinario del recurso de revisión, ya que tiene por objeto atacar una sentencia ejecutoriada, que se pretende sustituír por otra; si se analizan los motivos determinantes de ese recurso, taxativos, distintos entre sí, y distintos de los otros medios de impugnación reconocidos por el Código Judicial, comoquiera que el de revisión tiene por fundamento causales extrínsecas al proceso en que la sentencia censurada se dictó, al paso que los otros recursos emergen del proceso mismo, le son inmanentes, aun en el de casación, se comprenderá que su tramitación requiere un juicio y que, para iniciarlo, es menester una demanda en forma. (Casación Civil, 17 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 489, 1ª.

267

RECURSO DE REVISION

(Fundamento).

Artículo 542 del Código Judicial.

El juicio de revisión tiene establecida una tramitación que se inicia con una **demanda** (artículo 544); que, interpuesto el recurso, la Corte ordena que de la **demanda de revisión** se dé traslado a quienes fueron partes en el juicio, en la forma y términos prevenidos para el traslado de la demanda en vía ordinaria (artículo 545); que, contestados o no los traslados, el **juicio** se abre a prueba por quince días, concluídos los cuales se da a las partes un término común de seis días para que aleguen y, vencido éste, se resuelve (artículo 546); que, si la Corte estima fundado el recurso, invalida el fallo y dicta en su lugar la **sentencia** que juzgue ajustada a derecho. Si lo declara infundado, condena al recurrente en las costas (artículo 547), ordenamiento legal que demuestra cómo para revisar un fallo es preciso abrir un juicio sobre la base de una demanda de lineamientos específicos, capaz de fijar la relación procesal concretamente; dar oportunidad a la defensa por ser conocida la causa legal que motiva el ataque y, en fin, circunscribir la órbita de la sentencia de la Corte.

"La solicitud de revisión es **inadmisible** si no se funda precisamente en los circuns-

cias determinadas por la ley, de modo que a esta vía excepcional y de derecho estricto no se puede ocurrir libremente, como sucede con los recursos ordinarios, por todo el que haya perdido el pleito...". (T. LV, pág. 533). (Rayas de la Sala). (Casación Civil, 17 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 489, 1ª.

268

RECURSO DE REVISION

(Restitutio in integrum).

Artículo 542 y siguientes del Código Judicial.

El recurso de restitutio in integrum contra la sentencia ejecutoriada, reconocido por la ley canónica (canon 1905), equivalente al recurso extrordinario de revisión reglamentado por la ley colombiana, sólo puede fundarse y tramitarse de acuerdo con las normas de la ley de enjuiciamiento civil, puesto que en ninguna de las disposiciones del Concordato-Ley, el Estado colombiano defirió expresamente a la legislación de la Iglesia el ordenamiento procesal civil colombiano, en tal materia. (Casación Civil, 17 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 491, 1ª.

269

RECUSACIONES

Artículo 73, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Penal.

Cuando la recusación se basa en la amistad íntima debe darse un valor especial, a falta de prueba suficiente, a la apreciación subjetiva del propio funcionario recusado. (Sala de Casación Penal, 22 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 220, 1ª

270

RECUSACIONES

Artículo 73, numeral 7º, del Código de Procedimiento Penal.

Dictado por un Tribunal Superior un auto de detención que luégo el Juez del conocimiento, por medio de otro auto, se niega a revocar, nada impide el que en virtud de apelación contra esta última providencia, resuelvan el recurso los mismos magistrados que actuaron primeramente. No es pertinente, en particular, pretender que se cumple en tal caso, el motivo de recusación de que trata el numeral 7º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, pues se trata de dos providencias enteramente distintas, proferidas en distintas fechas y por distintos funcionarios. (Sala Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 679, 2ª, y 630, 1ª.

271

REFORMATIO IN PEJUS

Artículo 494 del Código Judicial.

Se le hace a la sentencia del Tribunal el cargo de haber violado, en forma directa, el artículo 494 del Código Judicial, por cuanto frente a la condenación en abstracto que hizo el juzgador a quo (quien se limitó a ordenar la tramitación respectiva para fijar la cuantía de los daños sufridos), el Tribunal, sin haber mediado apelación del demandante, hizo condenación concreta, lo cual, en concepto del recurrente, constituye reformatio in pejus. La Corte considera que si bien es cierto que el agravio fija el ámbito de la apelación, no se puede afirmar en general que una condenación concreta sea de suyo más grave que una en abstracto y que por eso solo pueda reformarse la sentencia cuando el acreedor no apeló.

La Corte ha interpretado el alcance del artículo 494 del Código Judicial así:

"Bien podía el Tribunal apartarse, como se apartó, del criterio del Juez para la fijación de los perjuicios materiales, sin que este cambio de criterio implicara un desmejoramiento de la situación procesal que había logrado la parte apelante a virtud del fallo de primera instancia, pues no puede decirse en forma absoluta, como lo afirma el recurrente, al sustentar su cargo en la demanda de casación, que una condena en concreto sea más gravosa que una condenación en abstracto, máxime cuando ella ha sido hecha, como en el presente caso, sin fijar norma, ni base, ni límite alguno, ya que se desconoce el monto del perjuicio y no hay por tanto punto de comparación con el que reconoce el Tribunal. Para que pudiera decirse que vino a crearse una situación procesal más desfavorable para el apelante, era menester que a éste se le hubiese impuesto una condena por una suma mayor a la fijada en el fallo apelado". (XC, págs. 29 y 30). (Casación Civil, 13 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 526, 1ª y 2ª.

272

REGULACION DE PERJUICIOS

Artículo 553 del Código Judicial.

Lo que permite el artículo 553 del Código Judicial es la avaluación en concreto del importe de los perjuicios, pero la producción de éstos debe quedar establecida, sin duda alguna, en el plenario. El pronunciamiento que al respecto hizo la sentencia apelada debe, en consecuencia, ser revocada; pues no hay prueba alguna de que la demandante hubiera sufragado los gastos de clínica, drogas, médicos y entierro de la víctima del accidente ocasionado por el vehículo del ejército, que dio lugar a esta demanda contra la Nación. (Sala de Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 820, 1ª.

273

REINCIDENCIA

Artículo 34 del Código Penal.

En lo tocante a la afirmación del recurrente de que no se puede hablar de reincidencia, para aumentar la pena, sino cuando el nuevo delito cometido es de la misma naturaleza del anterior, la Sala se atiene al concepto emitido por el señor Procurador delegado cuando dice: "En manera alguna es jurídico afirmar que el aumento de pena sólo procede cuando se trate de la comisión de un delito de la misma naturaleza de aquel por el cual se hubiere impuesto una condena anteriormente. La simple lectura del texto legal (artículo 34 del Código Penal) impide tan peregrina hermenéutica". (Casación Penal, 11 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 631, 1ª, y 634, 1ª.

274

REIVINDICACION

Artículo 215 del Código Judicial.
Artículo 953 del Código Civil.

Cuando en juicio reivindicatorio se ha omitido tramitar como excepción dilatoria la afirmación de uno de los demandados, de no ser poseedor de la cosa, la definición del punto, que atañe a uno de los predicamentos sustanciales de la acción, cual es el de la legitimación pasiva en la causa, queda deferida al fallo definitivo, pues sería absurdo que la manifestación de tal demandado de no ser sino un tenedor de la cosa o de no ser poseedor de la misma fuese por sí sola suficiente

para desligarlo de la acción, quitándole su calidad de parte, colocándolo a cubierto de todo pronunciamiento en su contra y eximiéndolo de la necesidad de recurrir contra el fallo desfavorable, como lo pretende el recurrente. Porque el objetivo de los artículos 953 y 954 del Código Civil y 214 del Código Judicial no es otro que el de precaver del seguimiento de una controversia ineficaz y perjudicial al actor ante la falta de lealtad o de honradez del demandado que calla o disimula su verdadera condición respecto de la cosa demandada; pero, cuando a pesar de haber manifestado el reo no ser poseedor de la cosa que se persigue, el juicio se ha continuado, bien porque se omitió tramitar la excepción dilatoria del artículo 215 del Código Judicial, bien porqué fue fallada en contra del excepcionante, entonces la cuestión tocante a tal calidad debe resolverse definitivamente en la sentencia como ya se dijo. (Sala de Casación Civil, 10 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 55, 2ª.

275

RENUNCIA IRREVOCABLE

(Del empleado).

Artículo 61, letra g, del Código del Trabajo.

La afirmación de que la renuncia irrevocable es abiertamente ilegal o implica la terminación del contrato de trabajo no es exacta, puesto que la decisión del empleado de retirarse del cargo puede obedecer a causas justificadas o puede suceder también que la renuncia no le sea aceptada por el empleador y que ante esta nueva circunstancia el empleado la retire. Desde luego que el caso es diferente cuando la decisión del trabajador es la de retirarse del cargo de todas maneras, aun abandonando sus funciones, es decir, cuando la renuncia es franca y eficazmente irrevocable. (Sala de Casación Laboral, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 361, 1ª y 2ª.

276

REPRESENTACION JUDICIAL

(Prueba de la personería).

Artículo 36 del Código de Procedimiento Laboral.

Se afirma que la sentencia violó, entre otros, el artículo 36 del Código de Procedimiento Laboral, que establece que el demandante no está obligado a probar la existencia de la persona jurídica demandada, al menos mientras no se presente controversia sobre el particular. De las razones en que el juzgador fundamenta su fallo se deduce que lo que lo determinó a negar las peticiones del profesor que reclamaba las prestaciones, no fue la consideración de aquel presupuesto procesal, sino la de no hallar establecida la titularidad del sujeto pasivo. En otros términos: al echar de menos la prueba de que el establecimiento de educación, donde prestó sus servicios el demandante, fuera de propiedad de la Institución demandada, no encontró razón para que ésta tuviera que responder de los actos realizados por aquel establecimiento educativo. (Casación Laboral, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 777, 1ª y 2ª.

277

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Artículo 2341 del Código Civil.

La responsabilidad del Estado tiene el carácter de indirecta cuando los perjuicios emanan de hechos ilícitos cometidos por empleados subalternos, con ocasión del ejercicio de funciones propias del cargo o con pretexto de ejercerlas, o sea, tiene como fundamento un delito o una culpa imputable a un empleado subalterno, con ocasión del ejercicio o del desempeño de una actividad propia del cargo o empleo.

La responsabilidad directa del Estado se caracteriza, principalmente, porque el acto o la omisión se imputa a los funcionarios órganos, encargados de expresar la voluntad de la entidad a la cual pertenecen, con fundamento en las normas reglamentarias generales y en relación con determinadas circunstancias concomitantes al hecho o acto.

Los funcionarios que tienen la calidad de órganos, para comprometer la responsabilidad del Estado, deben realizar los actos u operaciones administrativas con el objeto de llenar o cumplir fines propios de la administración. (Sala de Negocios Generales, 6 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 444, 1ª.

278

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Por pérdida de mercancía en las aduanas).

Sin embargo, admitiendo que el depósito de las mercaderías, en la aduana respectiva y dada la finalidad, pudiera catalogarse como un acto administrativo, no podría en ningún caso darse tal calificativo al posterior hecho de la pérdida, total o parcial, de las mercancías depositadas, porque el acto u operación administrativa conlleva la intención de cumplir fines propios de la administración, mediante la intervención de sus órganos o de funcionarios con facultad de decisión, identificados en el obrar con el ente moral, que actúa mediante el concurso de las personas naturales en la capacidad expresada; y es obvio que la pérdida de las mercancías, como consecuencia de un delito de hurto o de robo, o bien por cualquiera otra causa indeterminada, no casa dentro de los elementos que integran el acto u operación administrativa, sino en la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por hechos consumados por sus dependientes, como en los delitos de robo o hurto cometidos por ellos; o bien por omisión, negligencia o imprevisión, en una palabra, por culpa de los dichos dependientes, quienes, con semejante conducta, han hecho posible la pérdida de los elementos depositados en las bodegas de la aduana, para los fines determinados en el artículo 12 de la Ley 79 de 1931. (Sala de Negocios Generales, 15 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 450, 1ª y 2ª.

279

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Con relación al daño futuro).

Artículo 2341 del Código Civil.

La doctrina y jurisprudencia nacionales son hoy unánimes en aceptar que el daño futuro pero cierto puede ser objeto de indemnización, sobre la base de que si no hubiera ocurrido la muerte de una persona, otra habría podido en lo futuro recibir asistencia económica de aquélla. Pero ello a condición de que las probabilidades sean muchas, que en cierto modo sean capaces de convertirse en certidumbre. A pesar de los grandes esfuerzos que han hecho los tratadistas para distinguir entre el daño futuro indemnizable y el eventual o hipotético no resarcible, es el buen sentido jurídico del juzgador el que en cada caso puede decir la palabra definitiva. (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 820, 1ª.

280

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Artículo 2341 del Código Civil.

La jurisprudencia de la Corte se ha orientado en el sentido de no reconocer indemni-

zación por la muerte de una persona que al momento del deceso era económicamente improductiva, y por ende ninguna ayuda proporcionaba a la demandante. En providencia del 27 de septiembre de 1951 (G. J., T. LXX, Nos. 2115/16), pág. 648) afirmó que "ha sido jurisprudencia constante de la Corte que para efectos de la condenación de perjuicios materiales en juicios sobre responsabilidad civil extra-contractual o aquiliana, ha de probarse que la víctima del accidente o del daño efectivamente estuviera prestando algún apoyo económico a las personas que quieran beneficiarse con la condena a los perjuicios materiales. Si no existe de parte de la víctima ningún apoyo económico hasta la fecha de producirse el accidente que lo imposibilite para seguirlo prestando, es claro que los perjuicios materiales no se han causado".

En providencia de 22 de julio de 1943 (G. J., T. LV, Nos. 1996/7, págs. 764 y ss.), parecería haberse contradicho tal jurisprudencia, pero estudiada a espacio se tiene que entre los hechos de la demanda que dio lugar al juicio en que se profirió, figura la afirmación de que los padres del occiso estaban recibiendo apoyo material de éste.

En su enjundioso alegato el señor Procurador Delegado ha hecho referencia a la doctrina francesa, que, para casos como el de autos de responsabilidad por muerte de una persona, exige como requisito mínimo para conceder la indemnización el que el demandante se encuentre en la situación concreta que le daría derecho a recibir alimentos del difunto, aunque no hubiera presentado demanda, y afirma que en este proceso no hay constancia del estado de necesidad de doña Martha, que le habría permitido demandar alimentos a su hijo, de conformidad con los artículos 411 y 420 del Código Civil. Cree la Sala que, en términos generales, tal exigencia es válida en Francia, donde como dicen los Mazeaud, "la mayor parte de los autores y numerosas sentencias afirman que, para comprometer la responsabilidad de su autor, el daño debe 'comportar la lesión de un derecho adquirido' ", pero no en Colombia, dado que el artículo 2.341 del Código Civil a este respecto sólo exige la comisión de un "daño". Por tal motivo, la Sala ha preferido sustentar su negativa a la indemnización, directamente sobre la circunstancia, ya estudiada, de estarse en presencia de un perjuicio puramente eventual. (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 820, 2ª, y 821, 1ª.

281

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Directa e indirecta).

Artículos 2341, 2347, 2349 y 2358 del Código Civil.

La cuestión atinente a la determinación de si el hecho dañoso puede estimarse jurídicamente como un acto de la administración, abstraída la personalidad del autor del ilícito, o como un acto del empleado o dependiente de aquélla pero que compromete la responsabilidad de dicha entidad de derecho público en forma refleja y por culpa presunta, tiene evidente importancia desde el punto de vista de la prescripción de la acción y también de la responsabilidad del agente del daño frente a la víctima y con respecto a la Administración misma, ya que el Código Civil gobierna tales situaciones de manera diversa en relación con cada uno de los indicados casos. (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 827, 1ª y 2ª.

282

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Cuándo es directa y cuándo indirecta).

Artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil.

Debe admitirse, desde luego, que ante la ausencia de normas expresas y claras al res-

pecto, el problema de la responsabilidad extracontrato de las personas jurídicas de derecho público por hechos culposos de sus representantes, funcionarios y dependientes ha dado origen a vacilaciones en cuanto a la fijación de un firme criterio doctrinal que establezca si esa responsabilidad es directa o indirecta. Refléjase el cambiante criterio y ese movimiento de vaivén en las distinciones elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina al enfocar las relaciones de esas entidades públicas con terceros, cuando en virtud de ellas surge el derecho a la indemnización de perjuicios. En efecto, desde tiempo atrás la jurisprudencia nacional, rechazando las manifestaciones y las tendencias de los privilegios realistas, ha aceptado que dichas personas jurídicas están obligadas a reparar los daños causados a otro y que son consecuencia de culpas civiles, si bien en un principio predicaba que el Estado no respondía en tales eventos por hechos propios sino por actos ajenos de sus agentes, actos que sólo eran susceptibles de comprometer indirectamente la responsabilidad de la Administración, a la manera como lo hacen los terceros que están bajo la dependencia, autoridad o cuidado de otro, en los términos consagrados en los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil.

Mas otra vertiente jurisprudencial que especialmente buscó la fuente de esta responsabilidad en el artículo 2.341 de la citada obra, recogió el concepto de que los agentes de tales entes morales, "cualquiera que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, carecen de toda personalidad; sus actos no son, por tanto, personales suyos, sino de la persona moral, y directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origina, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando sólo lo ha sido con ocasión de ella... De suerte que, o el hecho se realiza en ejercicio de la función o con ocasión de ella, y se tiene la responsabilidad directa y exclusiva de la persona moral; o se produce por fuera de la función o traicionándola, y entonces la responsabilidad, como originada en un hecho personal de quien la ejercita, es ya directa y exclusiva de éste". (G. J., Tomo LXVIII, pág. 467). Mas esta orientación monista tampoco ha sido uniforme, porque a partir de 1941 aceptó la Corte nuevos conceptos en cuanto a la extensión de la responsabilidad directa del Estado, admitiendo al efecto la noción de la llamada "falta o culpa del servicio", conforme a la cual incumbe a la Administración responder de los daños ocasionados a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos. De acuerdo con este criterio de Derecho Administrativo, "más que a la falta personal del subalterno se atiende a la culpa impersonal de la Administración, generada en las fallas y deficiencias de un servicio público que en un momento dado se revela mal organizado". (G. J., Tomo LIV-bis, pág. 430).

Pero también a partir de la sentencia de 15 de mayo de 1944 de esta Sala de la Corte —como lo anota el señor Procurador en su alegato de bien probado—, se anuncia y desarrolla una nueva orientación al respecto, pues allí se expresa claramente que las personas jurídicas de derecho público pueden incurrir en responsabilidad civil por hechos propios (responsabilidad directa) y en responsabilidad por hechos ajenos o de otras personas (responsabilidad refleja), según que los actos culposos originantes del daño se hubieren cometido por funcionarios —órganos o funcionarios— dependientes. Se acepta en dicho fallo que los órganos de la persona jurídica "son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado", pero que "**hay empleados públicos** que no son **funcionarios**, y dentro de los funcionarios puede haber algunos que dentro del ejercicio de sus funciones no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por lo tanto a comprometer su responsabilidad directa".

Posteriormente, en sentencia de 16 de abril de 1955, la Corte postuló el mismo criterio de la responsabilidad dual del Estado, por estimar que la tendencia jurisprudencial que sólo admite la responsabilidad de las entidades de derecho público en forma directa, es "una tesis tan original por la generalidad de sus términos y tan peligrosa por lo rígida y falta de matices, que por lo mismo se halla en pugna con la variada gama de situaciones que se presentan en el campo de la responsabilidad extracontractual, especialmente con motivo de actos dañosos realizados por personas naturales que comprometen la responsabilidad de la administración pública". Contiene tal fallo estas advertencias: "es directa la responsabilidad de personas jurídicas con motivo de faltas cometidas por sus órganos porque cuando éstos quieren y actúan en su nombre, dentro del círculo de acción que les ha sido trazado, es la persona jurídica la que en realidad quiere y actúa. El órgano no existe jurídicamente en sí mismo, sino como parte integrante de la persona, formando con ella un todo indivisible. En consecuencia, cuando incurre en culpa el órgano que actúa y quiere en nombre y por cuenta de la persona moral, es ésta misma quien quiere y realiza el acto culposo. La persona moral es, pues, responsable directamente por los actos de sus órganos, porque a los ojos de la ley son sus propios actos". Se agrega que "los empleados subalternos como los choferes, al servicio de las personas jurídicas de derecho público" no son órganos de aquélla y que su actividad en el campo de la responsabilidad extracontractual no puede ser considerada como actividad propia de la persona jurídica.

Después, la Corte en sentencia de 28 de febrero de 1958 reafirma y amplía las nociones en cuestión a fin de estructurar con mayor rigor lo que pudiera llamarse teoría de los órganos de las personas jurídicas. A esa sentencia pertenecen las siguientes transcripciones: "En general, pues, el órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de 'una función colectiva' propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; y por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines colectivos de la persona jurídica; por ser parte integrante de su propia existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica. De manera que dos condiciones esenciales dan a una o varias personas físicas la calidad de órgano de una persona jurídica: a) Ejercer una función colectiva (o pública si se trata de personas jurídicas de derecho público), es decir, una actividad propia del giro ordinario de los negocios a que se dedican las personas jurídicas de derecho privado o de los servicios públicos a que se dedican las personas jurídicas de derecho público; b) Que dichas personas hayan sido designadas como órganos de actuación para la realización de tal función por el ordenamiento jurídico o por los estatutos, pues sólo esto hace que sus actos se consideren como actos propios de la persona jurídica (de derecho privado o de derecho público)". Agrega esta sentencia que "mediante la teoría de los órganos se estatuye una responsabilidad directa, es decir, por hechos propios de la persona jurídica", pero que también existe la responsabilidad refleja de ésta, la cual encuentra su fuente en el artículo 2.349 del Código Civil, norma aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Por lo tanto, "la persona jurídica en los casos en que tiene la calidad de amo (patrón, jefe, director), responde del daño causado por sus dependientes trabajadores (criados o sirvientes), con ocasión de servicios prestados por éstos o aquéllos"... No es muy difícil en cada caso concreto distinguir la responsabilidad indirecta de la persona jurídica de la responsabilidad directa. Toda persona jurídica, tanto de derecho público como de derecho privado, se sirve, en el desarrollo de su actividad, de sus órganos y del

denominado por la doctrina 'personal auxiliar'. Cuando "la persona jurídica realiza sus funciones sirviéndose de uno de sus órganos, tenemos la responsabilidad directa o responsabilidad por hecho propio, en razón de daños causados a terceros; y cuando los órganos se sirven de personas auxiliares, mediante una relación de subordinación que dé a la persona jurídica la calidad de patrón y al trabajador la de dependiente, los daños que éste cause a terceros en el cumplimiento de órdenes, genera la responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno de la persona jurídica".

De esta suerte, y con fundamento en la aplicación qué de las doctrinas últimamente citadas debe hacerse al caso de autos en la forma antes expresada, no procede la declaratoria de la excepción de prescripción presentada por el personero de la Nación, pues no se trata de una culpa indirecta de ésta. (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 828, 2ª, a 830, 1ª.

283

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Prueba del daño moral subjetivo).

Artículos 2341 y siguientes del Código Civil. Artículo 95 del Código Penal.

En materia de responsabilidad por culpa aquiliana, y en lo tocante al daño moral subjetivo, inasible por su naturaleza e imposible de someter a una escala de compensación monetaria, la ley ha aceptado que su existencia se pruebe presuntivamente y, al efecto, admite que tenga una pequeña satisfacción pecuniaria, dejando su medida y estimación al libre arbitrio del Juez, según los vínculos de afecto que liguen a la víctima con determinada persona y dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal. (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 830, 2ª, y 831, 1ª.

284

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Prueba del daño moral objetivo).

Artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

También son indemnizables, como consecuencia de la responsabilidad extracontractual por culpa, los perjuicios morales objetivos u objetivados; porque el daño que sufre una persona en su patrimonio moral puede materializarse por sus repercusiones en el campo económico. "Surge entonces el daño moral objetivado que fácilmente puede repararse, porque es tangible, estimable en dinero y concretable en cifras numéricas". Mas la demostración indirecta o presuntiva que acepta la ley en lo referente a la existencia del daño moral subjetivo, no se extiende a estos otros perjuicios antes enunciados, por lo cual es necesario establecer plenamente la existencia de ellos en forma cierta y no simplemente hipotética. (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 831, 1ª, y 832, 1ª.

285

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Indemnización de perjuicios materiales).

Artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

En relación con los perjuicios materiales que la supresión de la vida de una persona pueden causar a quienes dependían económi-

camente del muerto (esposa, hijos, etc.) debe anotarse —como lo expresa con rigor y justedad la jurisprudencia nacional (G. J., Tomo LXXVII, pág. 55)— que si bien "la vida humana jamás puede considerarse en sí misma como un bien patrimonial, para que la privación de ella llegue a estimarse como un perjuicio indemnizable", tal apreciación no significa que esa eliminación "no pueda segar en múltiples ocasiones provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamo. En esa cesación de beneficios es en lo que el perjuicio se concreta: no en la misma muerte del benefactor". (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 831, 1ª.

226

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS ADUANAS

(Competencias).

Artículo 4º, parágrafo 2º, del Decreto 188 de 1958. Artículo 76, ordinal 1º, del Código Judicial.

¿Qué determinan "las normas legales ordinarias", respecto a la jurisdicción que deba conocer de los reclamos contra la Nación por pérdidas de mercancías en aduanas nacionales? Es lo que pasa a dilucidarse.

Ante la dualidad de jurisdicciones que existe en Colombia respecto a las controversias de la Administración, y para determinar frente a casos de responsabilidad extracontractual la que deba conocer del correspondiente proceso, si la ordinaria o la administrativa, se ha venido adoptando, incluso por la jurisprudencia de la Sala, la vía metodológica consistente en decidir previamente, y a la luz de la doctrina, la calidad intrínseca de la litis, y según resulte civil o administrativa, se atribuye el litigio a la una o a la otra jurisdicción. Con relación a la responsabilidad contractual, no había duda alguna, ante los claros términos del artículo 40 del Código Judicial.

Sin embargo, respecto a las controversias sobre responsabilidad extracontractual de la Nación, tal método no es indispensable puesto que el legislador ha definido cuáles de ellas deben ir a la jurisdicción administrativa y cuáles a la ordinaria.

En los capítulos V y VI del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) están enumerados los asuntos que son de la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales seccionales administrativos, y con relación a las controversias por indemnizaciones a cargo de la Nación, sólo aparecen adscritos al Consejo aquellas que se originan en trabajos públicos (artículo 34, ord. 2º); luego es obvio que las demás quedaron del conocimiento de la justicia ordinaria, o sea, que el legislador sólo consideró administrativas aquellas controversias, y no las demás de la misma clase. Por tanto, si la responsabilidad en juego es la extracontractual, el caso queda subsumido bajo el artículo 76, ord. 1º del Código Judicial, es decir, que conoce de él en primera instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial, y por ende, en segunda, la Sala de Negocios Generales de la Corte (artículo 37 del Código Judicial).

Al respecto fueron bien nítidos los autores del proyecto de la Ley 167, en cuya exposición de motivos, y a propósito del juicio especial que establecieron para deducir dicha responsabilidad, expresaron lo siguiente:

"El capítulo que sobre estas materias se encuentra en el Código lo hemos denominado 'indemnización por causas de trabajos públicos' y la expresión legislativa que contiene tiende a regular el reconocimiento a que está obligada la administración cuandoquiera que agentes suyos, adscritos a su servicio,

ejecuten ocupaciones de hecho o causen daños en la propiedad privada, con ocasión de un trabajo público. En esta forma, la acción para reclamar queda limitada a los casos en que la ocupación o el daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común, desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil".

No se oponen a lo antes dicho los artículos 51 y 68 del Código Contencioso Administrativo, como han sostenido algunos; entre otras razones, por la muy obvia de que estos preceptos contemplan ocurrencias administrativas ("toda contención administrativa..."; "... cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa"...), y, como ya se vio, el Código sólo consideró de carácter administrativo —y el pensamiento de sus autores fue bien nítido al respecto— las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado motivadas por daños en trabajos públicos (excluídos los casos de ocupación permanente de la propiedad inmueble, según resulta de la declaración de inexequibilidad que hizo la Corte en sentencia de 20 de junio de 1955).

Tampoco contradice lo que se viene exponiendo lo sostenido por el Consejo de Estado en importante providencia del año pasado, según la cual todos los asuntos administrativos de la Nación quedaron bajo la jurisdicción del Consejo de Estado, como consecuencia del Acto Legislativo de 1955. Porque, sencillamente, esa reforma constitucional no entró a determinar el ámbito preciso de la materia administrativa, y no siendo ésta fácilmente determinable por la doctrina, como resulta del apreciable número de teorías que en Francia y otros países se han elaborado al respecto (incluso hay autores que niegan toda distinción entre derecho público y privado), era apenas natural que el legislador pudiera calificar determinadas controversias de administrativas o civiles; tanto más cuanto que el propio constituyente lo había instado a hacerlo desde 1914, al consagrar al Consejo de Estado como supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo "según las reglas que señale la ley" (ord. 6º del Acto Legislativo de 1914, 141 de la Codificación). (Sala de Negocios Generales, 15 de diciembre de 1960. Tomo XCIV, Números 2233 y 2234). 446, 1ª y 2ª; 447, 1ª.

287

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(Elementos).

Artículo 2341 del Código Civil.

Para que resulte comprometida la responsabilidad del Estado por el hecho dañoso de sus agentes o dependientes, se requiere el concurso de los siguientes factores: un daño, un delito o culpa en una persona, una relación de causalidad entre el daño y el hecho de esa persona y una relación de dependencia entre el Estado y la persona a quien se le impute el daño. Faltando alguno de tales factores la responsabilidad estatal no queda comprometida, así como cuando puede aprovecharse de una circunstancia eximente. (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV, Números 2235 y 2236). 819, 2ª.

288

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(Directa e indirecta).

Artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil.

En el presente evento, que contempla el caso de la muerte, a manos de un preso, de un funcionario judicial que practicaba la

visita reglamentaria a la cárcel, no se configura la responsabilidad indirecta prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, si se observa que los errores de conducta causantes de la tragedia no dimanan exclusivamente de actos u omisiones individuales de personas que, por razón de lazos de subordinación o dependencia, comprometan la responsabilidad del ente jurídico demandado, sino que tales imputaciones se enderezan contra la Nación misma en forma preferente y directa, predicándose la consiguiente responsabilidad civil por actividades negligentes o descuidadas de gestores que tienen bajo su dirección un determinado servicio orgánico de dicha entidad de derecho público, es decir, de los agentes superiores de la función o rama penitenciaria (artículo 2341 ibídem). (Negocios Generales, 31 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 827, 2ª, y 828, 1ª.

239

RETENCION DE CUOTAS

(A trabajadores no sindicalizados).

Artículo 2º del Decreto 18 de 1958.
Artículo 400 del Código del Trabajo.

El pago de cuotas ordinarias a la asociación sindical, es obligación únicamente de los empleados afiliados a ella (artículo 400 del Código del Trabajo). La extensión de la convención colectiva a trabajadores extraños a la entidad sindical, como la del laudo arbitral, que en cuanto a las condiciones de trabajo tiene el mismo valor de aquélla (artículo 461 ibídem), se rige en la forma prevista en el artículo 2º del Decreto 18 de 1958, al tenor del cual depende de la voluntad del trabajador extraño al sindicato la obligación de pagar la cuota ordinaria, en la proporción allí establecida. Ahora bien: el laudo arbitral resolvió la súplica correspondiente en tal forma, que es el patrono quien tiene la facultad de aplicarle el laudo al trabajador extraño al sindicato y hacerlo partícipe de sus beneficios. Es clara la oposición entre el ordenamiento del fallo arbitral y lo que dispone la norma legal, por lo cual esta decisión es inexequible. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961). Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 748, 1ª y 2ª.

290

ROBO CALIFICADO

(Empleo de armas).

Artículo 404, numeral 1º, del Código Penal.

La circunstancia de agravación del delito de robo consistente en el empleo de armas, de que trata el artículo 404 del Código Penal en su numeral 1º, no está condicionada a que en efecto las armas sean empleadas contra la víctima, sino que es suficiente que sirvan de medio intimidativo para la ejecución del delito. (Casación Penal, 11 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 634, 1ª.

S

291

SALARIO MINIMO

(Naturaleza).

Artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo.

El llamado salario mínimo, como el salario en general, ofrece aspectos que permiten su consideración no sólo desde el punto de vista de elemento integrante del contrato de trabajo, conforme a la previsión del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sino también por el papel político, económico y social

que desempeña. Así, se puede observar, que en nuestro sistema económico-jurídico, fundado sobre la empresa privada, el "salario", que el trabajador recibe como retribución de sus servicios, debe ser correlativo al trabajo prestado y constituye medio de sustento para quien lo recibe. Estos aspectos económicos, sociales y políticos que tan importante papel juegan al tratar de fijar su alcance y contenido, han permitido formar diversas teorías para definir su sentido conceptual o para explicar la esencia y la razón determinante del mismo. Así, para el tratadista Eugenio Pérez Botija, "Si el salario desde el aspecto político social es la retribución del trabajador, desde el punto de vista jurídico es la retribución del trabajo". (Salarios, página 29).

Es cuestión sabida y aceptada que, en el campo del Derecho Laboral, la actividad intervencionista del Estado se ejerce de manera preponderante para defender al trabajador, preservar su salud, proteger la dignidad de la persona humana, garantizar un mínimo de derecho a los asalariados y buscar el equilibrio jurídico económico del trabajador frente al patrono o empresario.

En punto a la retribución del trabajo el intervencionismo estatal ofrece aspectos especiales, pues en esta materia el legislador no se limita a fijar formas abstractas, sino también contenidos concretos. Tal ocurre con las normas que determinan y regulan los sueldos o salarios mínimos.

Sin embargo, es preciso dejar claramente establecido que la retribución del trabajo, intervenida mediante la fijación del llamado "salario mínimo", constituye apenas una de las formas de protección legal del salario en general, como pueden serlo también las que hacen referencia a su modalidad y periodicidad en el pago, a la integridad del mismo, a su preferencia o prelación cuando concurren créditos de esta clase con otros privilegiados, a su inembargabilidad y a ciertas otras medidas de protección económica que buscan asegurar una retribución suficiente y justa del trabajador. De lo que se concluye que si el objetivo perseguido por la ley al intervenir en la fijación de los salarios consiste en asegurar a los trabajadores un determinado nivel de vida, según lo expresa el tratadista Mario de la Cueva en su obra "Derecho Mexicano del Trabajo", el concepto de "salario mínimo" no puede entenderse ni interpretarse dándole un alcance o contenido diferente u opuesto a lo que según su propia naturaleza significa, o sea, de ser siempre un **"salario"** aunque referido a la cantidad indispensable para la subsistencia del trabajador y de su familia, atendiendo al propio tiempo otros fines como son los de asegurar la satisfacción de las necesidades de orden material, moral y cultural. Así aparece de la propia definición que se contiene en el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice: "Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural". (Casación Laboral, 26 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 717, 2ª, y 718, 1ª.

292

SALARIO MINIMO

(Su fijación por medio de laudo arbitral).

Artículo 147, ordinal 1º, del Código Sustantivo del Trabajo.

Conforme a lo establecido por la ley (artículo 147, ordinal 1º, del Código Sustantivo del Trabajo), resulta incuestionable que la fijación de salarios mínimos es materia que puede ser determinada y establecida por medio del laudo arbitral; es decir, que los Tribunales de Arbitramento tienen competencia para estatuír sobre el particular, al proferir el laudo que ponga fin a un conflicto colectivo de trabajo. (Casación Laboral, 26 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 718, 1ª.

293

SEGURO DE VIDA

(Proceso de emplazamiento y pago).

Artículos 294 y 295 del Código del Trabajo).

En cuanto a la súplica del pliego de peticiones relacionada con el seguro de vida, el laudo arbitral, en el aparte segundo de la respectiva resolución, dispuso: "Las publicaciones se harán en los primeros diez días del fallecimiento del trabajador y el pago del seguro treinta días después de éste". Tal ordenamiento del laudo altera el régimen legal: De conformidad con el artículo 294 del Código del Trabajo, la empresa no realiza oficiosamente las publicaciones del aviso, sino a instancia de quien haya acreditado la calidad de beneficiario del seguro, requisito del cual prescinde la decisión arbitral. Además, el término de emplazamiento no puede contarse sino a partir de la fecha del segundo aviso, no desde la muerte del trabajador. Tanto la publicidad como el plazo tienden a proteger derechos de terceros y a resguardar debidamente los de la empresa (artículos 294 y 295 ibídem). Al árbitro no le está permitido desconocer ordenaciones de derecho positivo, la decisión en examen, por consiguiente, es inexequible. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 750, 2ª, y 751, 1ª.

294

SIMULACION Y CAUSA SIMULANDI

Artículos 1766 y 1525 del Código Civil).

Si en el presente litigio trabado entre los contratantes, la sentencia recurrida basa la absolución en que ni por contraescritura, ni por reconocimiento judicial, ni por principio de prueba escrita debidamente complementada se demostró la simulación, ningún género de error de derecho puede atribuírsele precisamente por exigir las únicas probanzas de recibo en la materia **sub iudice.**

En error de derecho habría incurrido, eso sí, en el evento de admitir el dicho de testigos o indicios como prueba de la simulación **inter partes**; que no se invoca sino el testimonio cuando por ese medio se desea establecer confesión extrajudicial.

Ni tampoco el sentenciador se equivocó manifiestamente de hecho, puesto que el Tribunal no dio por existente medio que no figurara en el proceso, ni dejó de apreciar ninguno de los que aparecen. No ha fallado contra la evidencia de los autos, porque si bien los considerandos le dejan la impresión de que el negocio fue simulado, no procedió a declararlo así en vista de que las pruebas no revestían las características admisibles para ese resultado jurisdiccional.

Además: no puede perderse de vista que aun en el evento de que la simulación estuviese acreditada por medios idóneos, en este caso lo sería inseparablemente de la causa **simulandi,** reconocida por el actor a lo largo del proceso desde la demanda inicial: Que tuvo el propósito de **insolventarse** a fin de eludir las resultas del juicio en que a la sazón se le perseguía para el pago de perjuicios.

Tal **causa simulandi** destruye la acción propuesta con fundamento en la posición antijurídica del traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Porque no se trata en este caso de corregir la conducta errónea, de evitar o reparar las consecuencias de la falta, lo cual sería lícito y aun plausible base de la acción. Por el contrario, se pretende obtener que por la justicia, como instrumento, se corone la maniobra proyectada en fraude de los acreedores, cuando se estima que ha cesado el peligro de persecución. Nadie entonces con apoyo en causa reprobada por el derecho puede recabar acción ante los tribunales (artículo 1525 del Código Civil).

Claro es que la ilicitud de la **causa simulandi** debe estar plenamente acreditada en el proceso, como lo ha sido en esta oportunidad por confesión del actor.

Caso distinto sería que la acción fuese propuesta por los herederos ajenos al fraude de su causante (1). (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 22, 2ª, y 23, 1ª.

295

SIMULACION Y NULIDAD

Artículos 1766 y 1740 del Código Civil.

Sin duda que en materia de simulación la doctrina de la Corte fue vacilante e imprecisa. Antes de 1935 estimó que se trataba de nulidad absoluta por falta de causa y consentimiento real de las partes. De 1935 a 1940 dio a la simulación la fisonomía jurídica que le corresponde y a la acción la finalidad que le es propia, de obtener que prevalezca la realidad sobre la apariencia. Distinguió y separó las acciones de simulación y de nulidad, ya que en el ámbito de esta última la ineficacia se produce contra la voluntad de las partes, mientras que en la simulación se quiere algo determinado, pero con el propósito de encubrirlo al público. De 1941 a 1945 la Corte empezó de nuevo a considerar la simulación como causal de nulidad, a pesar de que buscaba el desarrollo de la doctrina de 1935. Pero últimamente son numerosas las sentencias en que la Corte ha restablecido con nitidez la diferencia entre las acciones de nulidad y de simulación para conservarles su peculiar trascendencia, que arranca de los hechos generadores y no del nombre que errónea o acertadamente el actor le haya dado en la demanda.

Así en sentencia de 2 de septiembre de 1954 dijo:

"La nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden ser equiparadas, ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse, y así lo aceptó la doctrina por largos años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad absoluta y a la simulación para conservarles su propia fisonomía.

"La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico sino sólo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal, como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena". (LXXVIII 2146-555).

Si son, en consecuencia, de naturaleza diferente las condiciones de la acción de nulidad y los presupuestos de la acción de simulación, y si en concreto las afirmaciones de hecho de la demanda inicial predican simulación, es indudable que el sentenciador estuvo acertado al referir su fallo a la acción de prevalencia, aunque el actor le diese el rótulo de nulidad absoluta. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 21, 2ª, y 22, 1ª.

296

SIMULACION Y SU PRUEBA

Artículos 1602 y 1766 del Código Civil.
Artículo 593 del Código Judicial.

Sin perjuicio de las buenas costumbres y el orden público, rige la autonomía de la voluntad en el campo convencional, de suerte que el contrato válidamente celebrado es ley para los contratantes. (1602 C. C.).

Por ello la voluntad real priva entre las partes sobre la declaración, sin menoscabo de terceros.

Si el negocio es de aquellos que ad substantiam necesitan de escritura pública, tal como sucede con la compraventa de inmuebles, la seguridad jurídica exige que terceras personas puedan sustentar su buena fe y obtener posición firme en derecho al amparo de la voluntad declarada por los otorgantes, o preferir, si a bien lo tienen, la voluntad real en el supuesto concreto de demostrarse que esa verdadera voluntad es diversa de la ostensible y pública.

La fe debida a los instrumentos notariales no permite a las partes, o a quienes lleguen a ocupar su puesto jurídico, destruír por simulación el mérito de las declaraciones escriturales, si no es por contraprueba idónea dentro del perímetro restringido de las contraescrituras privadas, previstas especialmente por la ley (1766); de la confesión o reconocimiento judicial de parte; o del principio de prueba escrita, complementada por testigos, indicios u otros medios conducentes a integrar la convicción del juzgador. Nada más natural que esta limitación probatoria, por ley de equivalencia y equilibrio, pues si se pretende postergar el valor del instrumento que en sí mismo lleva los atributos de probanza plena, es de rigor que en contrario se produzcan medios tan poderosos y de tanto valor que alcancen a desvanecer lo que en No así cuanto a terceros, porque entonces la simulación constituye, no un acto propio de ellos, sino el hecho fundamental de la acción de prevalencia; y como hecho generador viene a ser susceptible de prueba por cualquiera de los medios previstos por la ley. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 22, 1ª y 2ª.

297

SINDICATOS

(Su personería en el conflicto colectivo).

Artículos 357 y 374 del Código del Trabajo.

La personería ante las empresas en el trámite del pliego de peticiones, como la facultad de nombrar conciliador y árbitro, corresponde, de preferencia, al sindicato de base (artículo 357 del Código del Trabajo). Desde que se habla de "preferencia", es porque la facultad de representación puede concurrir con el mismo derecho en cabeza de un sindicato de otra clase. La dualidad es posible, pues a todos los sindicatos les confiere la ley las mismas facultades en la promoción y desarrollo del conflicto colectivo (artículo 374 ibídem). (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 731, 2ª, y 732, 1ª.

298

SOBORNO DE TESTIGOS

(Elementos del delito).

Artículo 194 del Código Penal.

El delito de soborno de testigos, contemplado en el artículo 194 del Código Penal, responde a una modalidad del falso testimonio, y en su esencia consiste en instigar, por

u otra utilidad, a un testigo para que rinda una declaración falsa. De consiguiente, los elementos que lo integran son los que siguen:

a) Ofrecimiento o promesa de dinero u otra utilidad por parte del agente del delito;

b) Calidad de testigo en quien recibe el ofrecimiento o la promesa; y

c) Propósito del agente, al hacer la promesa o el ofrecimiento, de inducir al testigo para que declare falsamente. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 666, 1ª.

299

SOBORNO DE TESTIGOS

(Delito "per se").

Artículo 194 del Código Penal.

En el artículo 194 del Código Penal aparece que se incurre en el delito que allí se describe, o sea el de soborno de testigos, "aun cuando la oferta o promesa no sea aceptada", frase que, como es obvio, sólo puede entenderse en el sentido de que es indiferente, para el nacimiento de la figura, que la oferta o promesa se rechace o se acepte. (Sala de Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 666, 1ª.

300

SOBORNO DE TESTIGOS

(Delito "per se").

Artículo 194 del Código Penal.

La forma especial como el artículo 194 del Código Penal disciplina el delito de soborno de testigos, como delito per se, vale decir, como de simple acción, independiente a resultado, excluye, en rigor lógico, el que su autor pueda caer en la órbita de la complicidad con respecto al delito de falso testimonio en que incurra, movido por la promesa o la oferta, el sobornado. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 666, 1ª y 2ª.

301

SOBORNO DE TESTIGOS

(Cuál es la sanción legal).

Artículos 194 y 211 del Código Penal.

El criterio de autonomía con que se crea la figura delictuosa del soborno de testigos (artículo 194 del Código Penal), sobre la base de la oferta o promesa de dinero u otra utilidad, con el exclusivo propósito de conseguir una declaración falsa, rechaza la posibilidad de que el agente activo del delito pueda sustraerse a los alcances del predicho artículo 194, para quedar en la esfera del 211 de la misma obra, referente a la propuesta de cometer un delito cualquiera. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 666, 2ª.

302

SOBORNO DE TESTIGOS

(Modalidades).

Artículo 194 del Código Penal.

Comoquiera que la calidad de testigo corresponde a una situación de hecho, cabe la posibilidad de que un tercero obre con el objetivo de instigar, mediante oferta o promesa de dinero u otra utilidad, a quien realmente dispone de esa calidad para que, aprovechando tal situación, rinda una declaración falsa; o que, con los mismos recursos de instigación, trate de determinar a quien es extraño a esa calidad, para que la simule

y en esa suerte se comporte del mismo modo que el primero. La conducta de ese tercero, en las dos hipótesis, queda comprendida necesariamente en el artículo 194 del Código Penal, sobre soborno de testigos. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 666, 2ª, y 667, 1ª.

303

SOCIEDAD

(Causás de nulidad).

Artículo 2083 del Código Civil.

Una sociedad puede ser nula y funcionar de hecho, bien por un vicio interno o de fondo, ora por un defecto externo o de forma. Para distinguir el vicio algunos doctrinantes han propuesto llamar sociedad de hecho a la que adolece de un defecto de fondo y sociedad irregular a la que está afectada de un vicio de forma. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 31, 2ª.

304

SOCIEDAD

(Efectos de la nulidad).

Artículos 2083 y 2084 del Código Civil.

A estas sociedades, afectadas de vicios internos o externos, las denomina la ley sociedades de hecho y les reconoce algunos efectos, porque, habiendo funcionado de hecho, con la apariencia de sociedades perfectas, y realizado operaciones con terceros, no es posible desconocer estos hechos cumplidos ni obtener su reversión al **statu quo ante**.

A propósito de las sociedades de hecho no es inútil recordar en esta sazón que desde 1935 la Corte ha venido exponiendo algunas doctrinas que bien pueden servir de base para elaborar una teoría sobre esas sociedades. En casación de 30 de noviembre de 1935 la Corte reconoció de manera enfática la existencia de las sociedades de hecho y expresó que ellas pueden tener origen ya en un consentimiento expreso, bien "en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito". (XLII, 1901-1902, 479). Anteriormente la Corte le había dado a la sociedad de hecho el tratamiento de una simple comunidad. La doctrina expuesta en 1935 ha sido reiterada en otras ocasiones posteriores. (LXII, 2048-2049, 347. - LXXVIII, 2145, 255. - LXXXI, 2159, 461. - LXXXVII, 2194, 499).

En casación de 10 de marzo de 1936 (XLIII, 1909-1910, 561) y de modo más categórico en la de 28 de mayo de 1956 (LXXXII, 2167, 591), la Corte asentó la doctrina de que la nulidad absoluta que, por un vicio externo o de forma, afecta a una sociedad, no produce efecto retroactivo (**ex tunc**), sino que sólo obra para el futuro (**ex nunc**) y a manera de disolución de la compañía de hecho. Por las mismas razones que la sustentan y de acuerdo con el sistema consagrado por los artículos 2083 y 2084 del Código Civil, esta doctrina es también extensiva y aplicable a las sociedades de hecho por un vicio interno o de fondo. La nulidad que afecta a una sociedad, bien por vicio de fondo, ya por vicio de forma, no produce en realidad efecto retroactivo, porque tal efecto es contrario a los intereses de terceros y a la naturaleza de la propia sociedad como contrato de ejecución sucesiva. Esa nulidad no causa sino la disolución de la compañía de hecho, y por ello la doctrina la distingue con el nombre de nulidad-disolución. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 31, 2ª, y 32, 1ª.

305

SOCIEDAD

(A título universal).

Artículo 2082 del Código Civil.

La sociedad cuya finalidad consiste en lucros, utilidades o ganancias a título universal (**omnium quae ex quaestu veniunt**) sería aquella en que las partes conciertan poner en común todo el patrimonio futuro que, conjunta o separadamente, lleguen a adquirir a título oneroso en cualquier género de actividades durante la existencia de la compañía. En algunas partes se permite esta sociedad a título universal y aun se ha llegado a admitir que ella puede formarse de hecho entre personas que, llevando vida concubinaria, se consagran a trabajar en provecho recíproco. El artículo 2082 del Código Civil prohibe la constitución de esta clase de sociedad, salvo entre cónyuges. La conyugal es la única sociedad de ganancias a título universal que nuestra ley autoriza, porque los cónyuges, al unirse en matrimonio, ponen en común su trabajo, sus actividades y esfuerzos en beneficio mutuo. Cada cónyuge trabaja y adquiere, no para sí solo, sino también para su consorte. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 33, 2ª.

306

SOCIEDAD ENTRE CONCUBINOS

Artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

El artículo 180 del Código Civil dispone que por el hecho del matrimonio se forma una sociedad de bienes entre los cónyuges. Esta sociedad conyugal se forma a título universal y es una institución de orden público que sólo puede formarse entre quienes están unidos por el vínculo del connubio y cuyo patrimonio se halla por lo regular constituído por todos los bienes, muebles e inmuebles, que los cónyuges adquieren a título oneroso durante la existencia de la misma sociedad.

El artículo 3º de la Ley 28 de 1932 prescribe que "son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial". De este modo la ley prohibe los contratos sobre inmuebles entre cónyuges, en el propio beneficio de éstos y en salvaguardia de los intereses de terceros.

Entre concubinos no se forma sociedad conyugal, pero sí puede constituírse una compañía de carácter lucrativo, civil o comercial, regular o de hecho, y celebrarse toda clase de contratos, porque ellos no están unidos por un vínculo legalmente incompatible con esas convenciones y porque, como personas jurídicamente independientes, gozan de libertad para concertar esos mismos contratos sobre cualquier clase de bienes, raíces o muebles. La nulidad consagrada por el transcrito artículo 3º de la Ley 28 de 1932 no es aplicable por analogía a los contratos celebrados entre concubinos, primero por ser una sanción de carácter estricto, y segundo porque éstos no se hallan ligados por ningún vínculo que la ley considere inconciliable con dichas convenciones. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 36, 1ª y 2ª.

307

SOCIEDAD CONYUGAL

Artículo 180 del Código Civil.

La sociedad conyugal no es un contrato, sino una institución de orden público y de carácter accesorio, porque se forma por el hecho del matrimonio y no puede subsistir sin él. La sociedad —regular o de hecho—

sí es un contrato, a veces implícito, y presenta modalidades que la distinguen de la sociedad conyugal. Entre concubinos no puede haber sociedad conyugal, pero sí es posible que se forme una compañía de índole convencional cuando la pactan de modo expreso o cuando ambos trabajan y colaboran en una empresa o negocio común, independiente de sus relaciones concubinarias. Así lo observó ya la Corte en casación de siete de mayo de 1947: "Sobra advertir que la posibilidad de que exista una compañía o sociedad en el hecho o por los hechos dentro de un concubinato, no da base a pensar, porque sería jurídica y moralmente imposible, en una sociedad conyugal de hecho, como parece darlo a entender el recurrente cuando aduce en abono de sus tesis la marcada analogía del caso con lo que acontece entre cónyuges. La sociedad conyugal no se origina en el consentimiento particular; se forma fuera de la zona contractual del derecho privado, dentro de la institución familiar que corresponde al orden público, como una consecuencia legal del matrimonio, que es su fuente y su antecedente ineludible" (LXII, 2048-2049, 348). (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 34, 2ª, y 35, 1ª.

308

SOCIEDAD DE HECHO

(Por vicio interno).

Artículos 2083 y 2084 del Código Civil.

La ley prevé el caso de que llegue a funcionar una sociedad con alguno de sus factores esenciales afectado por un vicio. En ese supuesto la sociedad está afectada de invalidez, pero funciona de hecho, con apariencia de tal sociedad, y la ley la toma en cuenta para ciertos efectos que se relacionan con los propios socios y con terceros. A estas sociedades que adolecen de un vicio interno o de fondo y que, no obstante esto, funcionan de hecho, se refieren precisamente los artículos 2083 y 2084 del Código Civil, el primero de los cuales dispone que, "si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubiere aportado". El segundo precepto consagra el principio de que la nulidad del contrato de compañía no perjudica a los terceros de buena fe que hubieren entrado en relaciones con esa sociedad de hecho. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 31, 1ª.

309

SOCIEDAD DE HECHO

(Por vicio externo).

Artículos 476 y 477 del Código de Comercio.

Además de aquellas que por causa de un vicio interno resultan ser sociedades de hecho, hay otras que lo son por obra de un vicio externo. Así, las sociedades mercantiles, la anónima civil y la de responsabilidad limitada están sujetas a ciertas formalidades cuya inobservancia produce la nulidad absoluta de tales compañías. A estas sociedades nulas por vicios externos o de forma también las llama la ley sociedades de hecho (Código de Comercio, 476 y 477) y les reconoce existencia para efectos relacionados con los socios y con terceros. En casación de 10 de marzo de 1936 expresó la Corte que las sociedades solemnes pueden ser afectadas de nulidad por vicios internos o de fondo y vicios externos o de forma (XLIII, 1909-1910, 561). (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 31, 2ª

310

SOCIEDAD DE HECHO

(Liquidación).

Artículo 475 del Código de Comercio.
Artículo 2141 del Código Civil.

Prescribe el artículo 2083 del Código Civil que en la sociedad que se forma de hecho —la cual no puede subsistir legalmente por el vicio que la afecta— cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubiere aportado. El artículo 2141 ibídem dispone que, disuelta la sociedad, se procederá a la división de los objetos que componen su haber y que en esa división se aplicarán las reglas de la partición de los bienes herenciales. El artículo 475 del Código de Comercio estatuye que, "declarada la nulidad, pendiente aún la sociedad de hecho, los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose a las reglas del cuasi-contrato de comunidad". Este último precepto ordena aplicar a la liquidación de una sociedad de hecho las reglas de la comunidad singular, pero sólo cuando se decreta judicialmente la nulidad de esa compañía y no cuando ella se disuelve por cualquier otra causa legal.

En el presente caso la sociedad de hecho se disolvió, no por causa de una declaración de nulidad, sino por motivo de la muerte de uno de los socios, y en consecuencia no procedía ordenar su liquidación por el sistema de la comunidad singular, sino por la vía de la comunidad herencial, como se dispone en la sentencia acusada. De lo cual resulta que el Tribunal no violó por aplicación indebida el artículo 2141 del Código Civil, sino que por el contrario aplicó correctamente este precepto. Por la misma razón tampoco infringió el sentenciador los artículos 2083 del Código Civil y 475 del Código de Comercio porque no los aplicó ni eran aplicables.

Cabe recordar además para la mejor inteligencia de estos dos últimos preceptos que en ellos se alude a la "liquidación de las operaciones anteriores" y que el trabajo de liquidar una compañía, cualquiera que ésta sea, es un acto complejo que, por lo regular, comprende tres operaciones primordiales, consistentes en la realización del activo, en la cancelación del pasivo y en la participación del haber líquido restante. Las "operaciones anteriores" de que habla la ley están comprendidas precisamente dentro de las dos primeras que constituyen la parte inicial de la liquidación de toda sociedad. La partición, que es el postrer acto de esa labor, se efectúa de acuerdo con las normas que regulan la división de la comunidad. De suerte que no es extraño que el artículo 475 del Código de Comercio ordene aplicar las reglas del cuasicontrato de comunidad a la liquidación de una sociedad de hecho disuelta por nulidad, y menos cuando se considera que el artículo 2335 del Código Civil dispone observar, en lo no previsto para la división de una comunidad singular, las normas de la partición de la herencia. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 32, 2ª, y 33, 1ª.

311

SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

(Prueba de su constitución y existencia).

Artículo 40 de la Ley 28 de 1931.
Artículo 36 de la Ley 40 de 1907.

Ante los términos perentorios del artículo 2º de la Ley 124 de 1937 que expresamente somete la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada "sean civiles o comerciales", al requisito de la escritura pública, no cabe la distinción que el recurrente pretende hacer entre sociedades comercial

y sociedades civiles de responsabilidad limitada, en cuanto a su constitución y los medios de probarla. Sobre lo primero, el artículo citado establece las mismas formalidades para las dos clases de compañías. Y sobre lo segundo, el artículo 11 de la misma ley repite que "en lo no previsto y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se rigen por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio".

Consecuencia de estos preceptos es que también a las sociedades civiles de responsabilidad limitada les es aplicable, para demostrar su constitución y existencia, el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, que aceptó el certificado de la Cámara de Comercio con el contenido que indica dicha norma.

El artículo 36 de la Ley 40 de 1907, estableció, como prueba de la personería jurídica de las sociedades y de sus representantes, la copia de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el Secretario del Juzgado donde aquellas hubieren sido registradas. Pero tal disposición fue modificada por la Ley 28 de 1931, que admite como prueba no la copia del extracto, sino el certificado suscrito por el Presidente y el Secretario de las Cámaras de Comercio donde éstas existan y se hayan inscrito.

Ocurre entonces que, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, registrada en una Cámara de Comercio, no es el artículo 36 invocado el aplicable sino el 40 de la Ley 28 de 1931, que fue el tenido en cuenta por el fallador, sin que a la estimación hecha por él se le pueda imputar error alguno. Al contrario, el mismo recurrente acepta que si el certificado no contiene las indicaciones exigidas no puede acreditar la constitución y existencia de las sociedades comerciales. Luego tampoco puede demostrar tales hechos respecto de las sociedades de responsabilidad limitada.

De otra parte, en el supuesto de que el citado artículo 36 fuera de aplicación por la Cámara de Comercio, se advierte que no se trajo la copia del extracto social sino el certificado que autoriza la Ley 28 de 1931, artículo 40, que es un documento distinto del contemplado por el 36 de la Ley 40 de 1907. (Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 140, 1ª y 2ª.

312

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

(Requisitos para su constitución).

Artículo 2º de la Ley 124 de 1937.

Para los efectos de estimarse probada la constitución y existencia de una sociedad de responsabilidad limitada, es indiferente que ella sea civil o comercial, como se deduce de los claros términos de la Ley 124 de 1937 que introdujo en el derecho colombiano esta clase de sociedades.

En efecto, el artículo 2º claramente dispone: "Las sociedades de responsabilidad limitada, sean civiles o comerciales, se constituirán por escritura pública y con los demás requisitos indicados en el Código de Comercio para las sociedades colectivas. La escritura de constitución contendrá además de las enunciaciones que expresa el artículo 467 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a las sumas que a más de éstos se indique y la de que aquellos han sido pagados".

El artículo 465 del Código de Comercio estatuye que la sociedad colectiva de comercio "se forma y prueba por escritura pública registrada conforme al Código Civil". El 467 ibídem determina lo que la escritura social debe contener. El 469 establece cuáles de las indicaciones expresadas en la escritura debe recoger el extracto de ésta; el registro del mismo en la Secretaría del Juzgado de Cir-

cuito y su publicación. El artículo 39 de la Ley 28 de 1931, manda que el registro de los extractos debe hacerse en las Cámaras de Comercio en los lugares donde éstas funcionan.

Por manera que si la sociedad colectiva de comercio para su constitución debe cumplir con todas estas formalidades, las de responsabilidad limitada, sean comerciales o civiles, han de llenarlas también, por así haberlo dispuesto el artículo 2º de la citada Ley 124 de 1937. (Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 139, 1ª.

313

SOCIO INDUSTRIAL

Artículo 2095 del Código Civil.

El artículo 2095 del Código Civil establece que cuando uno de los socios contribuye solamente con su industria, servicio o trabajo y no hay estipulación sobre su cuota de beneficios, corresponde al Juez regular esta cuota, en caso necesario. El señalamiento de tal cuota es asunto que la ley defiere en este último caso a la facultad discrecional del juzgador, quien ha de tener en cuenta todos los factores que lo induzcan a tomar una decisión equitativa, tales como la importancia del aporte en industria o trabajo, la eficacia de la colaboración prestada por el socio industrial y la prosperidad de la empresa o negocio común. (Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 35, 2ª.

314

SUBSUELO

(Qué significa).

Ley 38 de 1887.

En parte alguna aparece definido por el legislador el concepto del subsuelo. Si, pues, un demandante pide en forma genérica que se le declare dueño del subsuelo de unas determinadas tierras que alindera, habría que entender que lo que solicita es una declaración de dominio sobre todos los minerales subyacentes, sin excepción alguna, comprendidos dentro de los linderos de dichas tierras prolongados indefinidamente hacia el centro del planeta. Desde luego, la imprecisión de lo pedido sería así absolutamente evidente. (Sala de Negocios Generales, 5 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 416, 1ª y 2ª.

T

315

TERMINACION ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Indemnización).

Artículos 64 y 48 del Código del Trabajo.

Como lo tiene establecido en forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala Laboral, cuando una de las partes contratantes da por terminado el contrato de trabajo en ejercicio de la reserva pactada conforme al artículo 48 del Código del Trabajo y no da el preaviso según la ley o no paga previamente el valor de los salarios correspondientes a tal período de aviso, para prescindir de él, la ruptura del contrato se torna ilegal. En este evento, la parte no responsable sólo tiene derecho a la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 64 de la misma obra, sin que pueda reclamar el pago del preaviso. (Casación Laboral, 27 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 799, 2ª, y 800, 1ª.

316

TERMINACION ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Indemnización).

Artículo 64, numeral 2º, del Código del Trabajo.

La facultad de dar por terminado el contrato de trabajo, por cualquiera de las partes, en ejercicio de la llamada cláusula de reserva, está condicionada al cumplimiento de las formalidades y requisitos que la ley establece, para que dicha terminación unilateral sea legal. Cuando ello no ocurre, el rompimiento del contrato equivale al incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, en los que se comprende el daño emergente y el lucro cesante. La ley, en el numeral 2º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, fija concretamente y por anticipado la modalidad compensatoria de los perjuicios que deben indemnizarse al trabajador, por el concepto de lucro cesante, en caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato por parte del patrono, en una suma de dinero equivalente al monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo del contrato. (Casación Laboral, 27 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 801, 1ª.

317

TESTIGOS

(Momento en que se adquiere esta calidad).

Artículos 224 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

La calidad de testigos emerge, para quien pasa a ostentarla, en el momento mismo en que conoce un acto de trascendencia jurídi- tal calidad surge de una situación de hecho. Este criterio, por cierto elemental, pero a cambio de ello comprensivo y fácil, es el que nutre, en materia de testigos, el sistema procesal colombiano, distinto al de otros países en donde aquella calidad depende, en esencia, de la previa calificación que el Fiscal o el Juez competente hace sobre la lista de personas que las partes están obligadas a presentar para que declaren. (Casación Penal, 17 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 666, 2ª.

318

TESTIMONIO

(Apreciación del mismo).

Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

Ante hechos que colocan en tela de juicio las calidades morales de un testigo, sobre todo en lo que concierne a su poco respeto por la verdad y el buen nombre de sus semejantes, no le es permitido al juzgador eximirse de abordar el análisis de tales condiciones personales del deponente. El solo contexto de sus testimonios no debe bastarle, pues esto equivaldría a discriminar la prueba de acuerdo con su propia y omnímoda voluntad. (Sala de Casación Penal, 14 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 188, 1ª.

319

TESTIMONIO

(Corrobora la confesión).

Artículos 609 y 668 del Código Judicial.
Artículo 1934 del Código Civil.

La circunstancia de que el sentenciador reafirme su convencimiento en mérito de las declaraciones del Notario y de los testigos instrumentales, en modo alguno es censurable, desde luego que la fuerza de tales tes-

timonios no se proyecta contra el mérito de la escritura tocante a la fe pública, sino que refuerza el valor de la confesión judicial en cuanto hace a las relaciones entre los otorgantes, sin perjuicio de los intereses de terceros a cuya guarda se aplica el artículo 1934 del Código Civil. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 512, 1ª.

320

TESTIMONIO

(Corrobora la confesión).

Artículos 609 y 668 del Código Judicial.
Artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

Es el caso de agregar apenas que la necesidad de un escrito para actos o contratos de objeto que valga más de quinientos pesos, está predicada por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 no **ad solemnitatem** sino **ad probationem.** De donde se desprende que la confesión de parte puede ser corroborada por testigos, sin que ello signifique que el testimonio adicione o altere en modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato o que verse sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, desde luego que no es por testigos sino en mérito de la confesión como desaparece **inter partes** la verdad de lo escrito. Los testimonios surgen en respaldo de esa plenitud probatoria para reafirmar la convicción judicial, y no para acreditar derechos cuyo objeto valga más de quinientos pesos. (Casación Civil, 30 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 512, 1ª y 2ª.

321

TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO

(Límites de sus facultades).

Artículos 130, 131 y 139 del Código de Procedimiento Laboral.

Es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si puede serle impuesto a las partes mediante fallo arbitral. El punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los artículos 130, 131 y 139: sólo un acuerdo de las partes litigantes puede establecer una jurisdicción especial y el Tribunal de Arbitramento no puede imponerla. (Sala de Casación Laboral, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 340, 2ª, y 341, 1ª.

322

TRIBUNALES DE CONCILIACION Y ARBITRAJE

(Competencia).

Artículo 1º del Decreto 2017 de 1952.

No era aplicable al caso de autos el ordenamiento contenido en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 y no por las razones expuestas por el **ad-quem,** ya que es erróneo su criterio en cuanto al referirse a esta disposición limita la competencia de los organismos de que allí se habla, únicamente para dirimir los conflictos que se presenten entre "personas jurídicas", pero no con los trabajadores como personas naturales. La competencia del organismo arbitral a que se refiere el citado Decreto es la que se le fije o atribuya en el pacto respectivo de constitución que puede ser el contrato individual, el sindical, la convención colectiva o cualquier otro documento otorgado posteriormente,

y 139 del Código de Procedimiento del Trabajo. Dichos actos jurídicos pueden indistintamente asignar a los organismos arbitrales el conocimiento y decisión de conflictos que surjan entre las partes, bien sean éstas personas jurídicas solamente o también jurídicas y naturales. (Sala de Casación Laboral, 3 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 341, 2ª.

323

TRIBUNALES ESPECIALES DE ARBITRAMENTO

(Facultades).

Artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es cierto que el punto primero del pliego de peticiones sometido a decisión arbitral no usa, en forma expresa, los vocablos "salario mínimo" al solicitar el aumento de sueldos o salarios de los trabajadores del Banco. Empero, tal omisión no impide ni limita en forma alguna la facultad de los árbitros para incluír en su decisión todos los puntos referentes a la retribución o salario de los trabajadores comprometidos en el conflicto. La afirmación anterior tiene su apoyo no sólo en la interpretación doctrinal y jurídica que antes se ha dejado expuesta sobre el contenido y alcance de lo que se entiende por "salario" y por "salario mínimo", sino que resulta, además, del propio objetivo perseguido por los trabajadores al demandar del Banco el aumento de salarios, que sin duda fue el de asegurar una mejor retribución que les permitiese atender a sus propias necesidades y a las de la familia. Esta finalidad u objeto de la reclamación, constituye el fundamento inmediato racional y equitativo de la decisión arbitral contenida en el parágrafo del numeral primero de la parte resolutiva del laudo. Al propio tiempo, la regularidad [illegible] al considerar que la petición de aumento de salarios buscaba modificar el ordenamiento regulador de las condiciones de trabajo de los empleados bancarios vigente al tiempo de la presentación del pliego, o sea, del laudo de fecha 14 de julio de 1959 expedido por el señor Presidente de la República. Al resolver las peticiones sobre aumento de salarios contenidas en los respectivos pliegos formulados por las asociaciones de trabajadores bancarios, el laudo del señor Presidente fijó también los salarios mínimos que los Bancos comprometidos como parte en el conflicto, quedaban obligados a reconocer y pagar a sus trabajadores. El Banco Popular S. A. quedó incluído en dicho ordenamiento arbitral, el que, en el punto referente a salarios, fue denunciado por el Sindicato de trabajadores del mismo establecimiento, para obtener su modificación.

La Corte considera que el Tribunal Especial de Arbitramento que profirió el laudo que se revisa actuó dentro de sus facultades y sin extralimitar el objeto para el cual se le convocó, al fijar los salarios mínimos que debe pagar el Banco Popular S. A. a sus trabajadores, conforme a lo previsto en el parágrafo del numeral primero de la parte resolutiva. (Casación Laboral, 26 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 718, 2ª, y 719, 1ª.

324

TRIBUNALES ESPECIALES DE ARBITRAMENTO

(Señalamiento de las partes por el Ministerio).

Artículo 453 del Código del Trabajo.
Artículo 1º del Decreto 525 de 1956.

El Ministerio del Trabajo, al crear el Tribunal de Arbitramento que ha de definir un conflicto colectivo, debe indicar, como sujetos de la relación de arbitraje a los mismos

que lo eran del conflicto, como con toda claridad se infiere de lo establecido en el artículo 453 del Código del Trabajo, modificado por el 1º del Decreto 525 de 1956. Expresa éste, que el Tribunal se compondrá de tres miembros, designados así: uno por cada una de las partes, y el tercero por el Ministerio del Trabajo. (Casación Laboral, 27 de enero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 728, 2ª.

V

325

VENTA DE COSA AJENA

Artículo 1871 del Código Civil.

Si, conforme al artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena vale, ello es sin perjuicio de los derechos del dueño. De que se desprende que si el objeto se encuentra en manos de alguien que lo ha recibido a título precario por consecuencia del pacto de reserva del dominio en cierta negociación, y lo vende, se está en la postura concreta y especial de quien a sabiendas desconoce, por obra de su arbitraria voluntad, las prerrogativas del dueño, reservadas expresamente en el contrato. (Sala de Casación Civil, 2 de diciembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 117, 2ª.

326

VEREDICTO DEL JURADO

Artículo 537 del Código de Procedimiento Penal.

Los jueces de hecho, en su función juzgadora, están facultados para deducir soberanamente sus conclusiones. A esta soberanía del Jurado sólo se opone el caso en que su fallo resulte palmariamente contrario a la realidad procesal, situación en la cual corresponde declarar contraevidente el veredicto. (Sala de Casación Penal, 28 de noviembre de 1960. Tomo XCIV. Números 2233 y 2234). 237, 2ª.

327

VIOLACION INDIRECTA EN CASACION

(Técnica de la demanda).

Artículo 90, numeral 5º, literal a), del Código de Procedimiento Laboral.

Según jurisprudencia constante, tanto de la casación civil como de la de trabajo, la infracción de normas de derecho probatorio constituyen infracción de medio, que es necesario completar indicando las de derecho sustancial, violación de resultado. Las de la primera clase sirven de antecedente al error de juicio del fallador, y de consecuente las de la segunda. Por lo demás, se trata de requisito formal de la demanda de casación, establecido en el literal a), numeral 5º, artículo 90, del Código de Procedimiento Laboral, sin cuya observancia el ataque resulta infructuoso. (Casación Laboral, 21 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 788, 1ª.

328

VOCEROS

(En audiencias públicas).

Artículo 477 del Código de Procedimiento Penal.

De la disposición contenida en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal se deduce con extrema claridad que la intervención del llamado vocero de la defensa se agota dentro de la audiencia pública para la cual ha sido designado, así que se requiere nueva designación en caso de que, por declararse contraevidente el veredicto del Jurado, se imponga la celebración de una segunda vista pública. (Casación Penal, 15 de febrero de 1961. Tomo XCIV. Números 2235 y 2236). 659, 2ª.

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO XCIV DE LA "GACETA JUDICIAL"

Nota — Las cifras puestas en la colùmna números indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE

Artículos	Números
17	205
26	227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238
30	203, 217
32	203
39	203
44	212
51	104
52	63
62	104
76	211
76, num. 4º	102, 103
76, num. 19	102, 103, 194
76, num. 20	102, 194
97	69, 81, 83, 105
102, ord. 5º	69, 104
183	217
197, ord. 1º	218
214	121, 122, 236
215	236

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
16	246
180	307
236	169
238	170
397	157
756, inc. 2º	247
953	274
1325	87
1394, reglas 7ª y 8ª	61
1504	112
1525	294
1535	242, 243
1579	244, 245
1602	108, 296
1618	197, 198, 199, 200, 201
1668, num. 5º	248
1740	295
1757	117, 130
1759	145, 146
1761	168, 264
1762	131
1766	294, 295, 296
1769	146
1871	325
1934	319
1935	246
1937	246
1947	210
2054	109
2079	110
2082	305
2083	303, 304, 308
2084	304, 308
2095	313
2141	277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 288, 310
2347	261, 262, 288
2349	281, 282, 288
2358	281

CODIGO PENAL

Artículos	Números
9º	149, 150
28	147
34	273
37	219
38, ord. 3º	147
95	283
115	1
168	252, 253
172	2, 3
191	156,
194	298, 299, 300, 301, 302
211	301
251	188, 189, 190, 191
252	188, 189, 190, 191
362	171
363, num. 1º	25
363, ord. 5º	26, 27
363, ord. 6º	26
365	173
370	172
379	173
404, num. 1º	290
417	191

CODIGO PENAL MILITAR

Artículos	Números
308, num. 2º	79
331	78
381	216
547	216

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículos	Números
5º	112
22	118, 119
23	11, 114, 115, 116, 117, 118, 119
24	117
27	111
34	107
48	315
58, num. 1º	116
59	73, 148
61, letra g)	275
62, aparte A) numeral 5º	113
62, num. 8º	116
64, num. 2º	315
65	181, 182, 183, 184
65, num. 2º	185, 186, 187
145	291
147, ord. 1º	292
149	73, 148
204, num. 1º	4, 5
294	293
295	193
357	297
360	254
374	297
400	289
453	324
456	229, 255
458	22, 23, 98, 151, 152, 153, 154, 207, 323
467	120

CODIGO DE ADUANAS

Artículos	Números
253	106

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
234	86
249	85
333	119
475	310
476	309
477	309

CODIGO DE PETROLEOS

Artículos	Números
5º	250
34	11, 12, 250

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
29, inc. final	82
32	74, 75, 76
37, ord. 1º	16
38, num. 1º	71, 72
76, num. 1º	16, 286
123	208
152	80
205	6, 125, 126, 127, 266
209	7
215	274
268	21
273	132
322	220
341	123
366	251
398	7
398, num. 1º	10
398, num. 4º	8, 9, 11, 12
434	120

Artículos	Números
438	179
448, num. 2º	241
466, num. 2º	28, 29
471	208
481	195
494	20, 271
519	37, 40
520	39, 61, 215
520, ord. 1º	34, 41, 42, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 93, 94, 133, 134, 135, 137, 199, 202, 214
520, ord. 1º, inc. 1º	47
520, ord. 1º, inc. 2º	38, 48, 51, 52, 53, 59, 136
523	36
530	43
531	33, 35, 46
542	267, 268
544	265, 266
553	272
593	197, 200, 201, 206, 296
596	29
609	91, 92, 93, 94, 97, 160, 319, 320
636	128
637	130, 131, 168, 264
642	168, 264
668	160, 319, 320
724	194
935	31
959	249
964	24
1216, num. 3º	24

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
42	84, 104, 105, 257
42, ord. 5º	82
43	84
45	258
55	77, 257
58	32
65	70
72	176, 177, 178
73	175
73, num. 5º	269
73, num. 7º	270
97, ord. 3º	253
171, ord. d)	221
198	227
198, num. 2º	224
198, num. 4º	226
198, num. 8º	240
199, num. 4º	228
199, num. 5º	228, 239
200	225
203	222, 261
204	259
216	192, 193
223	192
224	317, 318
255	95, 96
477	328
486	213
567	326
567, num. 2º	65, 66, 140, 141, 142, 143, 144
567, num. 4º	222, 227

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Artículos	Números
2º	98
3º	98
32	148
36	276
51	263
61	113, 260, 261
87, num. 1º	63, 64, 138
87, num. 1º, inc. 1º	45
87, num. 1º, inc. 2º	139
90	124
90, num. 5º, lit. a)	327
130	321
131	68, 321
136	208
139	321
142	23, 151, 152, 153, 154
143	22, 23, 151, 155, 174
471	13

L E Y E S

Artículos	Números
	Ley 38 de 1837
—	314
	Ley 153 de 1887
91	129
93	129
	Ley 35 de 1888
—	88

Págs.

Uribe Conrado contra Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Ordinario laboral ... 322

Uribe Margarita y otros contra Carlos Humberto Mejía Guzmán y otros. Ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución 78

Urueña Prada Marco Tulio. Homicidio. Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado ... 280

Urriago Luis Eduardo y otros contra Rosa Torres v. de Barbosa. Filiación natural ... 513

V

Valero Alonso y otros. Amnistía. Se deniega la solicitada 210

Vargas Iriarte Ricardo contra la Nación. Ordinario sobre la propiedad del subsuelo de un inmueble. Se modifica la providencia que decretó la práctica de unas pruebas 835

Vélez Armando contra Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Ordinario laboral ... 405

Villa Pedro A. contra Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Ordinario laboral ... 363

Z

Zamudio Abel contra "Empresa Colombiana de Curtidos S. A.". Ordinario laboral 778

Zapata García Antonio José contra Josefa García v. de Zapata y otro. Ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa. 141

Zapata Quintero Jesús Emilio contra Bernardo Salazar Toro. Ordinario laboral 764

ERRATAS ADVERTIDAS EN ESTE TOMO XCIV

En la entrega correspondiente a noviembre y diciembre de 1960:

Página 22, columna 1ª, renglones 40 y 41, donde se lee: "Por ello la voluntad real prima entre las partes sobre la declaración, sin menoscabo de terceros", debe leerse, de conformidad con el texto original, como sigue: "Por ello la voluntad real priva entre las partes sobre la declaración, sin menoscabo de terceros".

Página 23, columna 1ª, renglones 18 a 22, dice: "Por el contrario, se pretende obtener que por injusticia, como instrumento, se corone la maniobra proyectada en fraude de los acreedores, cuando se estima que ha cesado el peligro de persecución", debe leerse como sigue para que no quede destruída la frase original: "Por el contrario, se pretende obtener que **por la justicia**, como instrumento ...".

Página 33, columna 1ª, renglones 29 y 30, dice: "participación"; léase "partición".

Página 35, columna 2ª, renglón 14, quedó escrito "difiere" en vez de "defiere".

Página 109, columna 2ª, renglón 15, dice "quaestic juris" "quaestic facti", en vez de "quaestio juris" "quaestio facti".

Página 110, columna 2ª, renglón 14, donde dice: "da de indicar", debe leerse: "ha de indicar".

Página 356, columna 2ª, penúltimo párrafo, donde dice: "Para la Corte el trabajo personal que se presenta por razones de amistad..., léase así: "Para la Corte el trabajo personal que **se presta** por razones ...".

En la entrega correspondiente a enero y febrero de 1961:

Página 511, columna 1ª, renglones 18 y 19, donde dice: "presencia por la vista y el oído y por éstos", léase: "presencia por la vista y el oído, **y por esto** ...".

Página 511, columna 2ª, último renglón, donde se cometió la siguiente grave equivocación tipográfica. Dice: "y el sentenciador valora como indivisible el reconocimiento", debe leerse: "y el sentenciador valora **como divisible** el reconocimiento ...".

Página 521, columna 1ª, renglón 7º, donde dice: "y no únicamente el magistrado sustanciador ...", léase: "y no únicamente **por** el magistrado sustanciador ...".

Página 522, columna 1ª, 2º párrafo, donde dice: "La disparidad conceptual entre el ligante ...", léase: "La disparidad conceptual entre el litigante ...".

Página 587, columna 1ª, último renglón, donde dice: "elemenos", léase: "elementos".

Página 803, columna 1ª, 6º renglón del aparte 2, donde dice: "y que el demandante consignó ...", léase: "y que **el demandado** consignó ...".

NOTA:

La titulación de los extractos del presente Indice de Jurisprudencia estuvo a cargo del entonces Relator, doctor Luis Ignacio Segura A.

EL RELATOR

19584-66