GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR SALA PENAL: Dr. JOSE SARMIENTO MANTILLA
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO A.

TOMO XCIX Bogotá - Colombia Mayo a Agosto de 1962 Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259

SALA PLENA

Extractos de jurisprudencia de esta Sala a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

CARACTER SUBORDINANTE DE LA CONSTITUCION FRENTE A LA LEY.

Normas que rigen la segregación de terrenos de un Departamento para anexarlos a otro. Inexequibilidad de la Ley 141 de 1961 en cuanto adoptó el Decreto legislativo número 34 de 1957, por el cual se anexaron los Municipios de San Marcos y Caimito al Departamento de Córdoba.

1. Por su esencia la Constitución Política de la República es norma subordinante y en modo alguno subordinada dentro del régimen de derecho. Su imperio es ineludible en la preceptiva fundamental, que condiciona y regula la actividad de las leyes comunes y con mayor razón el campo del simple reglamento. Nunca a la inversa, porque entonces se daría el posible desconocimiento, la modificación real o virtual de la Carta a pretexto de reglamentación o desarrollo, precisamente por los órganos llamados a respetarla, defenderla y ejecutarla, lo mismo que a velar por la integridad de su vigencia y eficacia, a virtud del fiel cumplimiento de sus mandatos y prohibiciones.

2. Si la Constitución —que por su destino perdurable debe estar integrada por normas científicas ajenas a la casuística— dispone expresa-

menio que la ley reglamente algunos de sus mandatos, ello por la naturaleza misma de las cosas apenas significa que las incidencias de carácter variable en el desarrollo institucional de la república pueden ser regidas y revisadas por el legislador ordinario para atemperarlas a las exigencias cambiantes de los tiempos, sin necesidad de que la Constitución Nacional sea reformada. Pero nunca se desprenderá de allí que no entren a regir o permanezcan en suspenso los ordenamientos sustanciales, que encuadran y limitan perentoriamente cualquiera posible reglamentación. Menos aún podría significar aquella previsión constituyente que sus categorías imperativas quedaran subordinadas al hecho externo, secundario y circunstancial de que un reglamento se dicte o no se dicte en la práctica por la discrecionalidad o mero albedrío del encargado de ejecutar y cumplir el categórico imperativo constitucional.

3. En principio, las disposiciones de la Carta son susceptibles de reglamento y desarrollo mediante leyes comunes del Congreso Nacional. Del mismo modo que las leyes comunes lo son a virtud de la potestad reglamentaria que en lo administrativo incumbe al Gobierno. Pero así como estos decretos gubernamentales no pueden salir del marco de la ley, tampoco las leyes comunes pueden traspasar los límites inviolables de la Carta. Ello es elemental y poco menos que axiomático en la vida del Estado de Derecho. Ello es también fundamento insustituible de la tranquilidad general, la paz y el sosiego colectivos, como valores permanentes a que se dirige toda la organización jurídica.

4. Si para segregar territorio de un Departamento y agregarlo a otro u otros Departamentos, exige nítidamente la Carta que se consulte la opinión de los habitantes del respectivo territorio y que previamente se oiga el concepto de los Gobernadores de los Departamentos interesados, todo ello es de vigencia actual ineludible, y de subordinante, sustancial e inmediato imperio, sin necesidad de reglamento ninguno, puesto que, además, ninguna reglamentación legal, por muy prevista que se encuentre en la norma, puede referirse a cosa distinta de preceptos instrumentales o adjetivos ordenados al fiel y estricto cumplimiento del imperativo sustancial de la Carta, más nunca a suplantar, desviar o mermar sus efectos en el tiempo y en el espacio. De otra suerte sería dejar el imperio de la Constitución Nacional al valvén de la voluntad más o menos discrecional o caprichosa de quien legisle. Lo cual repugna ostensiblemente a la organización democrática de la nacionalidad colombiana.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, ocho (8) de junio de mil novecientos sesenta y dos (1962).

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

En ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Carta, el ciudadano doctor Ildefonso Méndez demanda que por inconstitucionalidad se declare inexequible la Ley 141 de 15 de diciembre de 1961 en cuanto adoptó con el mismo carácter de Ley el Decreto legislativo 34 de 22 de febrero de 1957, "por el cual se suprimen los Municipios de San Marcos y Caimito en el Departamento de Bolívar y se anexan al Departamento de Córdoba".

Dice el texto del Decreto adoptado como ley:

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y considerando:

"Que por Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

"Que por Decreto número 3520 de la misma fecha, se suspendieron las sesiones del Congreso Nacional, de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales;

"Que por medio de la Ley número 9, de diciembre 18 de 1951, se creó y organizó el Departamento de Córdoba con los Municipios de Montería, San Carlos, Ciénaga de Oro, Cereté, San Pelayo, Chimá, Momil (Purísima), Chinú, Lorica, San Bernardo del Viento, San Andrés de Sotavento, Sahagún y Ayapel, que antes pertenecían al Departamento de Bolívar;

"Que el primitivo proyecto de ley contemplaba, además de los Municipios antes citados, los de San Marcos, San Benito Abad y Caimito;

"Que en el mensaje de objeciones de 13 de diciembre de 1951, el Presidente de la República devolvió tal proyecto para que el Congreso Nacional tuviera en cuenta la supresión de los Municipios de San Marcos, San Benito Abad y Caimito, por circunstancias que entonces se consideraban necesarias y convenientes para ambos Departamentos;

"Que el Congreso Nacional, en gracia de las circunstancias de aquel momento, consideró fundadas tales objeciones, y en virtud de este hecho dictó la Ley 9ª de 1951, ya citada, sin inclusión de los Municipios antes mencionados;

"Que la mayoría de los ciudadanos de San Marcos y Caimito, a partir del 18 de diciembre de 1951, fecha de la creación del Departamento de Córdoba, han solicitado insistentemente la anexión de tales territorios al Departamento antes mencionado;

"Que en razón de estas circunstancias el Gobierno Nacional consideró conveniente el envío de una comisión a tales regiones del país para que se verificaran las condiciones en pro y en contra de tal aspiración;

"Que en el informe correspondiente a la comisión integrada por el Abogado General del Ministerio de Gobierno y el Teniente Asesor del Ministerio de Guerra, conceptuaron favorablemente sobre la conveniencia de la anexión al Departamento de Córdoba de los Municipios de San Marcos y Caimito y sobre la continuación de San Benito en el Departamento de Bolívar;

"Que el Gobierno Nacional, en virtud de la solicitud de la mayoría de los ciudadanos de San Marcos y Caimito, ya mencionada; de las conclusiones a que llegó la comisión para tales efectos; de las circunstancias de orden económico y político; de factores de tipo sociológico, étnico, cultural, religioso y de otros elementos de suma importancia, cree prudente y necesaria para beneficio de tales territorios la anexión de los Municipios de San Marcos y Caimito al Departamento de Córdoba;

"Que por otra parte, serios motivos de orden público inducen a una determinación inmediata sobre la materia,

DECRETA:

"Artículo 1º Incorpórase y se anexan política y administrativamente al Departamento de Córdoba los Municipios de San Marcos y Caimito, que actualmente pertenecen al Departamento de Bolívar, con las mismas cualidades, circunstancias y límites de que actualmente disfrutan.

"Parágrafo. Dentro de las circunstancias establecidas en el presente artículo, quedan reformados los actuales límites de los Departamentos de Bolívar y Córdoba.

"Artículo 2º La distribución judicial, las oficinas de Notaría y Registro de Instrumentos Públicos y Privados y demás dependencias que tengan actualmente los mencionados municipios, pertenecerán al Departamento de Córdoba, y los nombramientos de los respectivos funcionarios o empleados se harán de conformidad con las normas legales que rigen cada una de las mencionadas ramas.

"Artículo 3º Las disposiciones de la Ley 9ª de 1955, por la cual se crea y organiza el Departamento de Córdoba, se aplicarán a la situación legal establecida en el presente Decreto, en lo que no sea contrario a su naturaleza.

"Artículo 4º Facúltase al Gobernador del Departamento de Córdoba para dictar las medidas administrativas necesarias para llevar a término la incorporación y anexión de los Municipios de San Marcos y Caimito al territorio de su jurisdicción.

"Artículo 5º Quedan suspendidas todas las disposiciones que sean contrarias al presente Decreto.

"Artículo 6º El presente Decreto rige a partir del 1º de marzo del año en curso".

Y la Ley 141 de 1961, "por la cual se adopta una legislación de emergencia y se dictan otras disposiciones", expresa:

"Artículo 1º Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución, desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958, en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores.

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

LA ACUSACION

Presenta dos motivos que en sustancia son a saber:

I. Por cuanto las leyes deben expedirse dentro del marco constitucional y puesto que el artículo 5º del Estatuto ordena reglamentación por la ley de lo relacionado con la disposición que permite segregar territorio de un Departamento para agregarlo a otro u otros —lo que envuelve condición suspensiva para la operancia de esa norma que no expresa cómo ha de tenerse en cuenta la opinión de los respectivos habitantes— surge la inexequibilidad de la Ley 141 de 1961 en cuanto adoptó el Decreto 34 de 1957, dictado con abuso y desviación de poder para segregar de Bolívar los Municipios de San Marcos y Caimito y anexarlos a Córdoba, desde luego que hasta la fecha el Congreso Nacional no ha expedido la reglamentación prevista por el constituyente. En esta orden de ideas interpreta el demandante la doctrina de Corte Plena, repetida en los días 4 de julio de 1958 y 2 de abril de 1959.

II. "Mas si se considera operante la norma que comento —se lee en la demanda— es decir, el numeral 3º, del artículo 5º de la Constitución,

también subsiste la inconstitucionalidad anotada, ya que el Decreto legislativo 3d de 1957 y consecuencialmente la Ley 141 de 1961 que lo adoptó, se dictaron sin oír el concepto previo de los Gobernadores interesados, o sean los de los Departamentos de Bolívar y Córdoba, tal como aparece del texto del mencionado decreto".

LA VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación emitió concepto en sentido afirmativo de la inexequibilidad demandada.

Se considera:

1. En sus incisos 3º y 4º, el artículo 5º de la Constitución Nacional estatuye:

"La ley podrá segregar territorio de un Departamento para agregarlo a otro u otros limítrofes, teniendo en cuenta la opinión de los habitantes del respectivo territorio y el concepto previo de los Gobernadores de los Departamentos interesados.

"La ley reglamentará lo relacionado con esta disposición".

2. Por su esencia la Constitución Política de la República es norma subordinante y en modo alguno subordinada dentro del régimen de derecho. Su imperio es ineludible en la preceptiva fundamental, que condiciona y regula la actividad de las leyes comunes y con mayor razón el campo del simple reglamento. Nunca a la inversa, porque entonces se daría el posible desconocimiento, la modificación real o virtual de la Carta a pretexto de reglamentación o desarrollo, precisamente por los órganos llamados a respetarla, defenderla y ejecutarla, lo mismo que a velar por la integridad de su vigencia y eficacia, a virtud del fiel cumplimiento de sus mandatos y prohibiciones.

3. Si la Constitución —que por su destino perdurable debe estar integrada por normas científicas ajenas a la casuística— dispone expresamente que la ley reglamente algunos de sus mandatos, ello por la naturaleza misma de las cosas apenas significa que las incidencias de carácter variable en el desarrollo institucional de la república pueden ser regidas y revisadas por el legislador ordinario para atemperarlas a las exigencias cambiantes de los tiempos, sin necesidad de que la Constitución Nacional sea reformada. Pero nunca se desprenderá de allí que no entren a regir o permanezcan en suspenso los ordenamientos sustanciales, que encuadran y limitan perentoriamente cualquiera posible reglamentación. Menos aún podría significar aquella previsión constituyente que sus categorías imperativas quedaran subordinadas al hecho externo, secundario y circunstancial de que un reglamento se dicte o no se dicte en la práctica por la discrecionalidad o mero albedrío del encargado de ejecutar y cumplir el categórico imperativo constitucional.

Es otra posición —y bien distinta— que para ciertas y determinadas materias el constituyente defiera del todo a lo que en su sabiduría tenga a bien proveer el legislador ordinario. Esto no es otra cosa que acentuar la función de la rama legislativa del poder público para evitar la intromisión de las otras ramas, particularmente de la ejecutiva, en el ejercicio de ese atributo soberano de la nación colombiana, cuya esfera quedaría rota o deformada.

4. Fue así como en 2 de abril de 1959 se recibieron por la Corte Plena todos y cada uno de los siguientes puntos doctrinales, de modo indivisible (XCIII. 2230-2231. 623):

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

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

"3º Los reglamentos legales que establece la Constitución pueden ser de dos clases: a) El reglamento necesario, sin el cual, a pesar de entrar en vigencia, no puede alcanzar viabilidad jurídica ni obrar prácticamente la norma constitucional reglamentable. Ello ocurre en virtud de diversas causas y razones que surgen del propio texto (causas técnicas, disposiciones de complemento, condiciones modales, formas esenciales, circunstancias de

tiempo, etc); b) El reglamento contingente, sin el cual puede obrar prácticamente la norma reglamentable, en razón de que *ésta constituye una proposición jurídica completa;* se está entonces en presencia de textos cuya realización jurídica obra de plano o *per vindicationem*, sin que para su operancia práctica sea menester esperar la expedición del reglamento legal.

"4º Uno de estos últimos textos es, sin duda, el inciso 3º del artículo 12 de la reforma plebiscitaria. Su contenido forma una proposición jurídica completa, y su aplicación no puede por ello condicionarse a la expedición del reglamento legal que el mismo artículo preestablece en su última parte, principio que por lo demás la Corte ya admitió desde su Resolución de 4 de julio de 1958 (G. J. Nº 2199-2200, 477)".

5. En principio, las disposiciones de la Carta son susceptibles de reglamento y desarrollo mediante leyes comunes del Congreso Nacional. De propio modo que las leyes comunes lo son a virtud de la potestad reglamentaria que en lo administrativo incumbe al Gobierno. Pero así como estos decretos gubernamentales no pueden salir del marco de la ley, tampoco las leyes comunes pueden traspasar los límites inviolables de la Carta. Ello es elemental y poco menos que axiomático en la vida del Estado de Derecho. Ello es también fundamento insustituíble de la tranquilidad general, la paz y el sosiego colectivos, como valores permanentes a que se dirige toda organización jurídica.

6. Si, pues, para segregar territorio de un Departamento y agregarlo a otro u otros Departamentos, exige nítidamente la Carta que se consulte la opinión de los habitantes del respectivo territorio y que previamente se oiga el concepto de los Gobernadores de los Departamentos interesados, todo ello es de vigencia actual e ineludible, y de subordinante, sustancial e inmediato imperio, sin necesidad de reglamento ninguno, puesto que, además, ninguna reglamentación legal, por muy prevista que se encuentre en la norma, puede referirse a cosa distinta de preceptos instrumentales o adjetivos ordenados al fiel y estricto cumplimiento del imperativo sustancial de la Carta, mas nunca a suplantar, desviar o mermar sus efectos en el tiempo y en el espacio. De otra suerte sería dejar el imperio de la Constitución Nacional al vuivén de la voluntad más o menos discrecional o caprichosa de quien legisle. Lo cual repugna ostensiblemente a la organización democrática de la nacionalidad colombiana.

7. Si se admitiera que la vigencia de la aludida norma esté expresamente condicionada a la reglamentación prevista por el inciso 4º, se sostendría al propio tiempo la exequibilidad del decreto convertido en ley que la demanda acusa. Pues si en suspenso estuviese aquel precepto constitucional hasta cuando se dictara el reglamento, como en efecto no se ha expedido aún, bien cabría segregar territorios departamentales para agregarlos por simples leyes a otros Departamentos, incluso en el caso de que no fueran siquiera limítrofes, desde luego que no regiría la disposición en ninguna de sus partes, y hasta por otro aspecto podría verse en esa simple ley o en el decreto adoptado como ley, la reglamentación que para el caso concreto fuese dictada por el legislador.

Pero así como sería manifiestamente erróneo el entendimiento de que pudieran segregarse territorios para atribuírlos a Departamentos que no fuesen limítrofes, no se ganaría en acierto si se recibiera como exequible la disposición que recorta municipios de un Departamento y los agrega a otro sin tener en cuenta la opinión de los habitantes respectivos, ni el concepto de los Gobernadores de los Departamentos interesados.

8. En el Decreto 34, acusado a través de la Ley 141, apenas se hace alguna referencia más o menos vaga a la opinión de los habitantes de aquellos municipios, sin que pueda saberse el modo como fue escrutada; y no se menciona siquiera el concepto de los Gobernadores de Bolívar y de Córdoba, que debió ser previo. Por donde es notorio el quebranto de la Constitución Nacional en el inciso 3º de su artículo 5º, que de plano hace imperativas tres condiciones para segregar por ley territorio de un Departamento y agregarlo a otro u otros:

1ª Que los Departamentos sean entre sí limítrofes;

2ª Que se tenga en cuenta la opinión de los habitantes del respectivo territorio, y

3ª Que se oiga el concepto previo de los Gobernadores de los Departamentos interesados.

Cualquiera reglamentación legal apenas conduce a señalar el procedimiento mejor y más adecuado a cumplir con plenitud y a cabalidad esas precisas condiciones que, con reglamento o sin él, deben ser llenadas dentro de su sentido elemental y obvio para segregar territorios departamentales y agregarlos a otro u otros Departamentos.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y en ejercicio de la jurisdicción constitucional de que está investida por el ar-

ciento 214 de la Carta Fundamental de la Nación, *declara inexequible* por inconstitucionalidad, la Ley 141 de 1961 en lo correspondiente a la adopción con el mismo carácter de ley del Decreto legislativo 34 de 1957, que segregó del Departamento de Bolívar los Municipios de San Marcos y Caimito para agregarlos al Departamento de Córdoba, decreto que así convertido en ley es por consecuencia inexequible.

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

José Joaquín Rodríguez, 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, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

LISTAS DE JURADOS DE CONCIENCIA.

Obligación de los Tribunales de Distrito Judicial de formarlas y enviarlas oportunamente a los Juzgados Superiores. Se imponen unas sanciones disciplinarias.

La omisión por parte de los tribunales en la elaboración y envío anual a los Juzgados Superiores de las listas de jurados, como lo prescribe la ley, conspira a hacer frustráneos sus objetivos, introduciendo el desorden en el funcionamiento de la justicia y exponiendo a mengua, así los fines de la defensa social, como el derecho de los acusados a ser juzgados mediante el estricto cumplimiento de todos los requisitos que integran la estructura procesal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, D. E., diez y ocho de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Con motivo de una queja presentada ante la Procuraduría General de la Nación por Jacinto e Isauro Velandia, por el hecho de no habérseles definido aún su situación jurídica en el proceso contra ellos adelantado por el delito de homicidio en el Juzgado 2º Superior de Buga, no obstante estar detenidos desde hace seis años, el Procurador General se dirigió a la Corte, en oficio número 8845 de 7 de septiembre del año próximo pasado, en el que luego de manifestarle que, según información fiscal al respecto, la audiencia pública en la referida causa "no se había podido llevar a cabo en razón de la ausencia de uno de los jurados y la imposibilidad de sustituirlo ya que el honorable Tribunal Superior de ese Distrito Judicial aún no había enviado a dicho Juzgado la lista de jurados correspondiente al año de 1961", concluye así:

"Como, en concepto de esta Procuraduría, los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Buga han incumplido lo dispuesto en los artículos 182 y 433 del Código de Procedimiento Penal, causando así perjuicio a quienes están en las mismas condiciones de los señores Jacinto e Isauro Velandia, y sin que hasta el día de hoy haya (sic) remediado tan anómala situación, atentamente se permite dar traslado a esa honorable Corte Suprema, a fin de que tome las medidas que estime convenientes".

Encauzada por la vía disciplinaria esta intervención del Ministerio Público, los Magistrados del Tribunal en sus contestaciones al cargo de que se les diera conocimiento resultaron acordes en manifestar la dificultad que tuvieron para constituír con destino a cada uno de los tres Juzgados Superiores del Distrito Judicial las listas de jurados de conciencia, y, además, la mayoría de aquéllos coincidió en la explicación de detalles concretos acerca del caso, como se ve en la respuesta del Magistrado ... a la sazón Presidente del Tribunal, y de la que se transcriben los siguientes pasajes:

"La tardanza en el envío de la lista de jurados de conciencia al Juzgado Segundo Superior del Distrito se debió a que fue necesario hacer una minuciosa revisión de las listas que venían sirviendo en años anteriores porque muchos particulares y abogados se quejaron de la parcialidad de algunos jurados cuando les correspondía actuar, y numerosos ciudadanos que figuraban en dichas listas presentaron excusas legales o cambiaron de domicilio.

"El entonces Presidente del Tribunal, ... para efectos de la selección del personal de jurados le solicitó a cada Juez Superior que, en cola-

boración de su respectivo Fiscal, estudiara la lista de jurados del año anterior y enviara luego al Tribunal su concepto sobre los ciudadanos que debían excluírse y las razones que existían para ello. Una vez obtenidos esos datos, el Tribunal revisó detenidamente tales listas y excluyó de ellas a las personas vetadas, que habían presentado excusa legal o cambiado de domicilio, quedando de las seiscientas personas originalmente en lista sólo cuatrocientas cincuenta, que sirvieron para elaborar la nómina de jueces de conciencia de los Juzgados Primero y Tercero del Distrito, quedando pendiente la del Juzgado Segundo Superior, después de un estudio de la situación sobre el estado en que se encontraban los negocios penales en cada uno de los Juzgados Superiores, para saber cuáles necesitaban con mayor urgencia las mencionadas listas. Fue entonces cuando se comprobó que el Juzgado Segundo Superior tenía en turno para audiencia pública un número de procesos suficiente para las labores de todo el año según el promedio de las audiencias realizadas en los años anteriores y, por tanto, ya habían sido sorteados los jurados de conciencia correspondientes, mientras que en los otros dos Juzgados (Primero y Tercero) los procesos no ascendían al mismo número y era urgente el sorteo de jurados de conciencia en muchos juicios. Por otra parte, los nuevos procesos en curso en el Juzgado Segundo Superior ya no necesitaban de sorteo de jurados por haber sido iniciados con posterioridad al 4 de junio de 1959 y regirse por el procedimiento establecido por el Decreto extraordinario 0012 de la misma fecha.

"Las anotadas circunstancias observadas en el Juzgado Segundo Superior del Distrito hicieron pensar al Tribunal que ningún perjuicio acarrearía la demora en la confección y envío de la correspondiente lista de jurados y, mientras tanto, se obtendría la escogencia de los ciento cincuenta ciudadanos que hacían falta para integrarla, con personas idóneas en todo sentido que, dado el envío de las otras dos listas y la escasez de personal para elaborarla, demandaba bastante tiempo en una ciudad pequeña como ésta.

"En la causa criminal contra Jacinto o Isauro Velandia, desde el año pasado se había hecho el sorteo de jurados con base en la lista vigente, pero por desgracia hubo necesidad de reemplazar uno de esos jurados y de allí el aplazamiento de la audiencia por falta de nueva lista, aplazamiento que una vez pasada ésta volvió a producirse por excusa de uno de los abogados que intervienen en dicho proceso.

"Hay que advertir que el Tribunal en su empeño de completar la lista de jurados para el Juzgado Segundo Superior de este Distrito, solicitó a la Registraduría Municipal del Estado Civil una lista de ciudadanos que sirvieran de jurados de votación en las elecciones pasadas, con el fin de refrescar la memoria de los Magistrados que debíamos pasar la lista de cien nombres cada uno, y la mayoría de los cuales no somos oriundos de Buga y no conocemos el personal suficiente que pueda desempeñar el cargo de jurado de conciencia.

"Los Magistrados que integramos este Tribunal al incurrir en esta demora no tuvimos otro propósito que el de hacer una lista de personas que llenaran a cabalidad los requisitos legales para desempeñar la delicada misión de jurado de conciencia".

Anticipándose a esta contestación, el Presidente del Tribunal, en oficio número 322 de 26 de septiembre de 1961, informó a la Corte que "desde el día 15 de este mes y con oficio número 312 fue pasada la lista de jurados de conciencia al Juzgado Segundo Superior de este Distrito Judicial".

Para resolver se considera:

1. Según los artículos 482 a 486 del Código de Procedimiento Penal, es deber de los Tribunales de Distrito formar y enviar en el mes de diciembre de cada año a los Juzgados Superiores las listas de los ciudadanos destinados a servir el cargo de jurado; obligación aquélla que los Tribunales han de esforzarse por cumplir oportunamente, comoquiera que la formación anual de esas listas tiene por fin el de que, a la vez que se prescinda de los nombres de quienes han fallecido, se han ausentado del lugar o se han inhabilitado para desempeñar el cargo, se haga una razonable renovación del personal de las mismas, repartiendo así, en cuanto sea posible, entre los ciudadanos adecuados al efecto, la imposición de este servicio oneroso, todo ello en función de una expedita y acertada administración de justicia.

2. Esto deja ver que la omisión por parte de los tribunales en la elaboración y envío anual a los Juzgados Superiores de las listas de jurados, como lo prescribe la ley, conspira a hacer frustráneos sus objetivos, introduciendo el desorden en el funcionamiento de la justicia y exponiendo a mengua, así los fines de la defensa social, como el derecho de los acusados a ser juzgados mediante el estricto cumplimiento de todos los requisitos que integran la estructura procesal.

3. En el caso de que se trata, sin restarle a las explicaciones dadas por los Magistrados del Tribunal la plena fe que merecen, la Corte no encuentra que las dificultades por ellos invocadas como razón de haber demorado por un lapso de nueve meses el suministro al Juzgado 2º Superior de Buga, de la lista de jurados para el año de 1961, asuman la categoría de una imposibilidad que los exonere de la responsabilidad consiguiente al retardo. Es de considerar que el envío que de esa lista hicieron con aquella demora hubieran podido efectuarlo oportunamente, si las diligencias que dicen desplegaron para reunir elementos de información y juicio acerca del personal alistable, las hubieran realizado con una prudente anticipación..

RESOLUCION

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función disciplinaria, *impone* a cada uno de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga... una multa de cincuenta pesos ($ 50.00) a favor del Tesoro Nacional. Estas multas se harán efectivas por el respectivo pagador, descontándolas de los sueldos correspondientes.

Transcríbase esta decisión al Procurador General de la Nación, al Departamento de Vigilancia del Ministerio de Justicia y al Pagador respectiva, para los fines consiguientes.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente, e insértese esta providencia en la *Gaceta Judicial*.

José Joaquín Rodríguez, 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, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásques, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

EL JUEZ UNIPERSONAL Y EL JUEZ PLURAL. LA ETICA DEL ABOGADO FRENTE AL EJERCICIO DEL PERIODISMO.

1. Estima la Sala que es contrario a la ética profesional que el abogado lleve a prensa periódica los debates judiciales en que interviene, y más contrario aún si ello se hace en periódico perteneciente al abogado. No menos digno de censura es el hecho de que el abogado se sienta facultado para motejar de prevaricadores a los jueces si sus decisiones le son adversas. Ese sistema confunde dos actividades que no admiten interferencia, por lo cual no es lícito que la del periodista se ponga al servicio de la del abogado. Otra cosa es que éste denuncie ante la autoridad competente los hechos delictuosos de que tenga conocimiento, obligación que la ley impone a todo ciudadano, pero siempre que al cumplirla no obre con ligereza o temeridad.

2. La Corte ha reiterado en diversas ocasiones la necesidad de que todos los miembros del Tribunal participen en las deliberaciones o ilustren con sus observaciones y conceptos las cuestiones debatidas. La costumbre de pasarle los magistrados los proyectos, dándolo casi siempre al ponente un voto de confianza, es a todas luces desacertada, con el inconveniente de que se presta para incurrir en graves errores. El procedimiento no solo es contrario a la ley sino que desvirtúa la segunda instancia, pues aquélla quiere que el examen del superior sea el resultado de la obra conjunta de todos los miembros del Colegio Judicial. Si así no se procede el nuevo examen, en el fondo, tiene el mismo significado que el del juez unipersonal del primer grado, perdiendo todas las ventajas propias del segundo juicio, entre las cuales figura como principal la del mayor acierto en la decisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diez de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

I

El abogado Humberto Plazas Olarte, vecino de Tunja, se queja de los Magistrados Eduardo Supelano Medina y José C. Abaúnza Jiménez, miembros del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por actos y omisiones que a ellos imputa, según la relación de hechos que puede resumirse así:

1. Que formuló denuncia ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, "por prevaricato, usurpación de funciones, abuso de autoridad y otros", contra los nombrados magistrados, con motivo de la segunda instancia del juicio posesorio de Presentación Mora contra Luis Sarmiento Buitrago y otros.

2. Que debido a tal denuncio los Magistrados se declararon impedidos "por enemistad grave o poderosa" para conocer de los negocios que cursaban en la Sala Civil del Tribunal, en los cuales el denunciante tenía el carácter de "apoderado o gestor", pero en forma discriminada, es decir, en unos, pero en otros no.

3. Que no allanó el impedimento en aquellos negocios de que los magistrados siguieron conociendo sin sortear los conjueces, "cumpliéndose, en esta forma, una demora inmensa e injustificada en la tramitación y decisión de tales asuntos".

4. Que en las diligencias de secuestro preventivo promovidas por Simón Bolívar Vega contra Martín, María Luisa y Gustavo Amésquita, diligencias que subieron en apelación introducida contra el auto del juez del circuito que levantó el secuestro de valiosos ganados, sin embargo de haber sustituído el mandato en el abogado Pablo

Barón Garavito, el Magistrado José C. Abaúnza Jiménez se declaró impedido por la causa anotada; el impedimento fue allanado, pero, con todo, el negocio ha permanecido en el despacho del magistrado, quien ha negado pedimentos tan sencillos como el de unas simples copias.

5. Que en el juicio posesorio de Presentación Mora contra Luis Sarmiento Buitrago y otros, en el cual la "indebida tramitación", dio motivo a la acusación por los delitos arriba mencionados contra los dichos miembros del Tribunal, recusó al Magistrado Eduardo Supelano Medina por demoras en el despacho con apoyo en el Decreto extraordinario número 3346 de 1950. Del incidente conoció el Magistrado José C. Abaúnza Jiménez, a pesar de la grave y poderosa enemistad entre el abogado quejoso y este funcionario, pidió copia de los autos para aducirla en el sumario iniciado y su solicitud no mereció trámite alguno; dictada sentencia en dicho asunto, "en las irregulares condiciones de que se ha dado cuenta", pues no se había decidido sobre la recusación, el magistrado últimamente nombrado le sugirió al demandante solicitar la declaración de nulidad de la sentencia, solicitud que, habiendo sido formulada, permanecía a la fecha de la queja sin resolver, y los magistrados "ni se han declarado impedidos para seguir conociendo de ese asunto, ni despachan las solicitudes formuladas".

Termina diciendo que la situación "es aberrante y escandalosa", porque los magistrados "quieren vengarse de los denuncios penales" formulados, y el Magistrado Abaúnza Jiménez, en sus "autos o actos diversos", deja conocer su resentimiento a través de expresiones injuriosas que sorprenderán a la Corte.

II

Tramitada la queja el Magistrado Abaúnza Jiménez expuso sus descargos, así:

Juicio posesorio de Presentación Mora contra Luis Sarmiento Buitrago y otros. Que con respecto a este juicio posesorio, las cosas sucedieron en esta forma: hallándose el expediente al despacho del Magistrado ponente, doctor Eduardo Supelano Medina, el abogado Plazas Olarte, mandatario de uno de los contrincantes, le previno al Magistrado Abaúnza Jiménez de que en tratándose de una "causa política", debía prestarle suma atención, a lo cual le replicó que así lo hacía en todos los negocios a fin de lograr soluciones acertadas; después, el magistrado ponente le manifestó al Magistrado Abaúnza Jiménez que estaba preocupado por ese negocio, razón por la cual quería oír su opinión, y tras de discurrir largamente sobre él, se llegó a la conclusión de que el fallo apelado —favorable a la parte representada por el referido abogado— no podía sostenerse y con esta orientación fue elaborado el proyecto de sentencia, que el Magistrado Abaúnza Jiménez aprobó luégo de estudiarlo de nuevo.

Que mientras se copiaba en papel competente dicho proyecto, el abogado promovió incidente de *recusación* del Magistrado Eduardo Supelano Medina, alegando la mora en el despacho de la instancia, con fundamento en el artículo 1º del Decreto extraordinario número 3346 de 1950, y al ser publicada la sentencia el mismo Plazas Olarte le expresó verbalmente al Magistrado Abaúnza Jiménez que había cometido un prevaricato, porque el Magistrado Supelano Medina había sido recusado antes, a lo que repuso aquél que podría darse quizá una nulidad en el juicio, pero jamás un prevaricato, pero estaba en su derecho de instaurar las acciones penales que considerara del caso; el abogado, a la vez propietario del periódico "Ciudad del Sol", publicó entonces un escrito intitulado "Sensación en el país por el prevaricato del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo", en el cual —sigue diciendo el Magistrado Abaúnza Jiménez— calumnió, injurió e hizo falsas imputaciones a los miembros del Tribunal, quienes lo denunciaron el 1º de junio de 1960 ante las autoridades del Crimen. Así las cosas, el mismo magistrado procedió a declararse impedido en los negocios en que era interesado el abogado Plazas Olarte, menos en dos de ellos, en los cuales le correspondió calificar el impedimento manifestado por el Magistrado Supelano Medina, de conformidad con el artículo 443 del Código Judicial, a lo cual obedece el cargo de que en unos negocios se ha declarado impedido y en otros no.

Diligencias preventivas de Simón Bolívar Vega contra Martín, María Elisa y Gustavo Amézquita. Fueron recibidas en el Tribunal debido a apelación de un auto interlocutorio; al serle a él repartido, el Procurador Plazas Olarte sustituyó el poder en el abogado Pablo Barón Garavito; con todo, se declaró impedido el exponente, habiéndole sido allanado el impedimento y dentro del mayor rigor de los términos se ventiló la instancia, que concluyó con providencia confirmatoria de la recurrida, favorable al abogado acusador. Lo cual —agrega el magistrado— es lo que éste ha llamado "caso aberrante".

En relación con sorteos de conjueces, nunca ha habido mora —agrega— aparte de que ello corresponde al Presidente de la Sala Civil, y él no lo es.

El mismo magistrado con su memorial adujo los siguientes documentos:

a) Certificado del Juez 2º Civil del Circuito de Sogamoso y su Secretario, sobre la tramitación que en el Tribunal sufrieron las diligencias preventivas promovidas por Simón Bolívar Vega contra Martín, María Elisa y Gustavo Amézquita, certificado del cual resulta que el magistrado actuó dentro de los plazos legales, pocas veces con tardanza de un día, pero en ocasiones también sin hacer uso de todo el término.

b) Certificado del Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, del cual aparece:

Que el Magistrado Abaúnza Jiménez ha venido declarándose oportunamente impedido para conocer de los negocios en los cuales actúa como apoderado el abogado Plazas Olarte, y de la misma manera ha procedido a ordenar los sorteos de conjueces cuando le ha correspondido hacerlo; que no ha conocido como ponente sino de dos asuntos en que es mandatario el dicho profesional, en razón de que éste le ha allanado el impedimento, sin que haya habido demoras imputables a él, en su tramitación, inclusa el examen y devolución de los proyectos de sentencia que le fueron remitidos por el Magistrado Eduardo Supelano Medina; que nunca ha sido recusado por litigante alguno; y que del juicio de Presentación Mora contra Luis Sarmiento Buitrago, quien conoce como ponente es el Magistrado Supelano Medina.

c) Declaración jurada del abogado Pablo Barón Garavito, según la cual, habiendo obrado como Procurador ante el Tribunal, del abogado Plazas Olarte, en las diligencias preventivas iniciadas por Simón Bolívar Vega contra Martín, María Elisa y Gustavo Amézquita, no observó ninguna irregularidad ni demora en el despacho, y la providencia proferida, favorable al mismo abogado, confirmó la del inferior, y "la corrección y honestidad del magistrado no debe ser puesta en duda jamás, ni en éste ni en ninguno de los negocios en que él actúa, pues ha dado ejemplo de una integridad moral a toda prueba".

III

Por su parte el Magistrado Eduardo Supelano Medina dio respuesta a la queja, así:

Manifestación de impedimento. Que las manifestaciones de impedimento no se hicieron sino después de haber formulado los magistrados con fecha 1º de junio de 1960, denuncia penal contra el mencionado abogado, por calumnia, injuria y falsas imputaciones, hechos cometidos a través de su periódico "Ciudad del Sol", de modo que las dichas declaraciones de impedimento se debieron a la denuncia presentada por los magistrados, y no antes, a pesar de haber sido precedida de la de Plazas Olarte contra ellos.

Juicio de María Eva Cristancho contra Ramona Ramírez y otros. Fue fallado en mayo de 1960, antes de haber hecho las aludidas manifestaciones de impedimento, pero sí un poco después del denuncio del prenombrado profesional.

Juicio de Parmenio Marco Neita contra Joselyn Corredor. El Tribunal no lo ha fallado "en razón del impedimento manifestado por el Magistrado Ponente Eduardo Supelano Medina".

Juicio posesorio de Presentación Mora contra Luis Sarmiento Buitrago y otros. La Sala Civil dictó fallo definitivo con ponencia del Magistrado Supelano Medina, y ello dio lugar a que el abogado formulara denuncia criminal contra los magistrados integrantes de aquélla, por los antedichos delitos, razón por la cual ha estado en suspenso en espera de las resultas de la denuncia; mas, sin embargo, fue elaborado el proyecto de auto sobre nulidad del fallo, impetrado por el abogado Plazas Olarte, y se ordenó la compulsa de copias pedidas por este mismo.

Finaliza exponiendo que durante el trámite a que da lugar un impedimento, no puede despacharse siquiera una petición de copias; mas, en todo caso se efectuaron los sorteos de rigor en los términos de la ley; y además, agrega, que el nombrado profesional "es notoriamente conflictivo con casi todos los funcionarios de la rama jurisdiccional de este Distrito Judicial".

El nombrado magistrado por su parte, acompañó con su escrito un certificado del Secretario del mismo Tribunal Superior, de acuerdo con el cual:

a) En el juicio ordinario de María Eva Cristancho y otros contra Ramona Ramírez y otros se dictó fallo de segundo grado en mayo de 1960;

b) En el de Parmenio Marco Neita contra Joselyn Corredor, "no se ha dictado sentencia a causa del impedimento manifestado por el Magistrado Supelano Medina".

c) El mismo magistrado, en los negocios en que se ha declarado impedido, por figurar en ellos como mandatario el abogado Plazas Olarte, los sorteos de conjueces se han verificado con toda regularidad, y

d) En el juicio posesorio de Presentación Mora contra Luis Sarmiento Buitrago, el nombrado magistrado inscribió proyecto de providencia sobre nulidad de la sentencia de segunda instancia, nulidad cuya declaración solicitó aquel profesional.

IV

Consideraciones de la Corte.

1º En cuanto a mora en el despacho de los negocios expresados, no la hubo, a juzgar por los certificados aducidos.

2º A) Es infundado el cargo contra el Magistrado Abaúnza Jiménez, *por conocer de unos negocios y de otros no*, porque, en cuanto a los primeros el apoderado Plazas Olarte le allanó el impedimento por él manifestado; y respecto a los últimos, ello tuvo lugar únicamente con motivo de los incidentes sobre los impedimentos declarados por el Magistrado Supelano Medina.

B) Del mismo modo carece de base legal la acusación contra el nombrado funcionario Abaúnza Jiménez, consistente en que a pesar de haberle allanado el impedimento el apoderado sustituto del abogado Plazas Olarte, el magistrado "hace tiempos que mantiene sin ninguna actuación esas diligencias", porque del certificado del Juzgado 2º Civil del Circuito de Sogamoso, se sigue que recibido en el Tribunal el expediente el 7 de junio de 1960 y repartido el 9 de este mes, después de la tramitación de rigor, en la cual el Magistrado ponente observó estrictamente los términos legales, fue resuelta la apelación el 26 de agosto del mismo año. Sin embargo, el abogado Plazas Olarte no tuvo escrúpulo en presentar a esta Corte el cargo referido, con fecha 30 de julio del propio año de 1960, lo cual prueba desvío inexplicable en el autor de la queja, del todo incompatible con la ponderación y la ética que al abogado impone el ejercicio profesional.

C) Igualmente infundado es el cargo contra el Magistrado Supelano Medina, relativo al juicio de *Eva Cristancho y otro contra Ramona Ramírez y otros*, en el cual fue ponente el mismo magistrado, porque la sentencia fue dictada en *mayo de 1960* esto es, antes de la denuncia presentada (1º de junio) por los miembros de la Sala contra el abogado, denuncia de la cual partió la determinación de los magistrados de declararse impedidos en los procesos civiles en que figurase dicho profesional como mandatario.

3º A) El Magistrado Supelano Medina confirma en su memorial de descargos lo que al respecto certifica el Secretario del Tribunal Superior: que en el juicio de Parmenio Manco Neita contra Joselyn Corredor, no se ha dictado sentencia, en razón del impedimento declarado por el magistrado, a causa de la denuncia que los miembros del Tribunal dieron contra el abogado Plazas Olarte, con motivo de la publicación que éste hizo en la hoja periódica "Ciudad del Sol", de su propiedad.

En ejercicio de la facultad estatuída en el artículo 7º del Decreto número 3665 de 1950, la Sala dispuso dictar auto para mejor proveer, fechado el 22 de marzo del año en curso, con el objeto de solicitar por conducto del Presidente del Tribunal, certificación del Secretario sobre el trámite a que fue sometida en dicho proceso la referida manifestación de impedimento, providencias dictadas después, y además, si se pronunció sentencia definitiva.

Según el certificado recibido al efecto, el impedimento fue anunciado a las partes en auto de 25 de julio de 1960; el abogado Plazas Olarte no lo allanó; por auto de 1º de agosto se dispuso pasar el negocio al otro magistrado de la Sala; en agosto 17 este funcionario se declaró a su vez impedido "hasta tanto no se cumpla lo preceptuado en el artículo 438 del Código Judicial, por tener el carácter de allanable el impedimento"; éste no fue allanado y mediante proveído de septiembre 1º se ordenó pasar el juicio al Conjuez, doctor Virgilio J. Suárez, sorteado en diligencia del 9 de los mismos, quien se posesionó el 9 de febrero de 1961; habiendo quedado integrada la Sala con el doctor Luis Enrique Caicedo Chaparro, sorteado el 28 del mismo mes; por último, el negocio se halla al despacho del Conjuez, doctor Suárez a partir del 26 de junio de 1961, y a la fecha de la certificación no aparece fallado.

De donde se sigue que el Magistrado Supelano Medina obró conforme a las normas procesales en lo que respecta al impedimento que manifestó y al trámite que imprimió al incidente, y no puede, por tanto, inculpársele de quebranto de las prescripciones legales al respecto.

B) En el litigio de Presentación Mora contra Luis Sarmiento Buitrago y otros, como se desprende tanto de la queja como del memorial de descargos del Magistrado Abaúnza Jiménez, mientras el proyecto de sentencia era pasado en limpio y desde luego antes de suscribir el fallo los Magistrados de la Sala, fue recusado el ponente Magistrado Supelano Medina, por demora en el despacho, con fundamento en el artículo 1º del Decreto extraordinario número 3346 de 1950, de tal manera que al firmarlo se hallaba sin deci-

dir el mentado incidente. A juzgar por lo que afirma el autor de la queja, en el punto 9º de ésta, la recusación la resolvió el Magistrado Abaúnza Jiménez negando la recusación por haberse acreditado fuerza mayor o caso fortuito por parte del funcionario recusado.

Con motivo de la sentencia dictada, hallándose recusado el Magistrado ponente, el abogado publicó en su periódico "Ciudad del Sol", el aludido artículo que intituló "Sensación en el país por el prevaricato del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo"; esta publicación a su turno dio lugar a la denuncia que los magistrados presentaron el 1º de junio de 1960 contra el dueño de la hoja periódica y a la vez abogado de la parte desfavorable en el fallo, por los delitos de calumnia, injuria y falsas imputaciones, denuncia que llevó a los miembros de la Sala a declararse impedidos para conocer de los litigios en que dicho abogado fuese apoderado de alguno de los contendientes.

Afirma el Magistrado Supelano Medina en el escrito de contestación a la queja, que el expresado negocio "ha estado en suspenso en espera de los resultados de la denuncia formulada". Como la sentencia definitiva fue proferida, lo que permanece en suspenso es la finalización del incidente de nulidad de dicha pieza, provocado por el abogado Plazas Olarte, incidente en el cual el proyecto de decisión fue registrado, según consta en el punto cuarto de la certificación del secretario del mencionado Tribunal Superior.

A pesar de que ya no se trataba de mantener en suspenso el juicio civil, puesto que había terminado con sentencia, la orden de suspensión aparece explicable en dicho momento del proceso, teniendo presentes las circunstancias que rodearon de manera sensible la posición del funcionario debido a la publicación que hizo el abogado en su periódico y a la denuncia que elevó el mismo por los distintos delitos de prevaricato, usurpación de funciones y abuso de autoridad, contra los miembros de la Sala, así como a la formulada por éstos contra aquél, por injuria, calumnia y falsas imputaciones.

No hay, de consiguiente, lugar a imponer sanciones disciplinarias por los hechos a que se refiere la queja en referencia.

V

Hace la Corte, para terminar, las siguientes consideraciones con motivo de los hechos a que se contrae el presente asunto:

1ª Estima la Sala que es contrario a la ética profesional que el abogado lleve a la prensa periódica los debates judiciales en que interviene, y más contrario aún, que ello se haga en periódico perteneciente al abogado. No menos digno de censura es el hecho de que el abogado se sienta facultado para motejar de prevaricadores a los jueces si sus decisiones lo son adversas. Ese sistema confunde dos actividades que no admiten interferencia, por lo cual no es lícito que la del periodista se ponga al servicio de la del abogado. Otra cosa es que éste denuncie ante la autoridad competente los hechos delictuosos de que tenga conocimiento, obligación que la ley impone a todo ciudadano, pero siempre que al cumplirla, no obre con ligereza o temeridad.

2ª De las piezas que obran en el expediente se infiere que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, como otros del país, tiene abandonada la práctica de las reuniones en Salas para discutir los proyectos de las providencias que deben dictarse. La Corte ha reiterado en diversas ocasiones la necesidad de que todos los miembros del Tribunal participen en las deliberaciones e ilustren con sus observaciones y conceptos las cuestiones debatidas. La costumbre de pasarse los magistrados los proyectos, dándole casi siempre al ponente un voto de confianza, es a todas luces desacertada, con el inconveniente de que se presta para incurrir en graves errores. El procedimiento no sólo es contrario a la ley sino que desvirtúa la segunda instancia, pues aquélla quiere que el examen del superior sea el resultado de la obra conjunta de todos los miembros del Colegio Judicial. Si así no se procede el nuevo examen, en el fondo, tiene el mismo significado que el del Juez unipersonal del primer grado, perdiendo todas las ventajas propias del segundo juicio, entre las cuales figura como principal la del mayor acierto en la decisión.

En vista de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a sancionar a los Magistrados José C. Abaúnza Jiménez y Eduardo Supelano Medina, miembros del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por los hechos relacionados en la referida queja elevada por el abogado Humberto Plazas Olarte.

Remítase copia de esta decisión al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente, e insértese esta providencia en la *Gaceta Judicial*.

José Joaquín Rodríguez, 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, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosto, Angel Martín Vásquez, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

Exequibilidad de los artículos 2º y 5º de la Ley 179 de 1959, relacionados con la Fundación "Ciudad de Cali" y el siniestro ocurrido en dicha ciudad. Constitución de las asociaciones y fundaciones. Necesidad del reconocimiento del Gobierno para que gocen de personería jurídica.

1. Por medio del artículo 2º de la Ley 179 de 1959, el legislador no hizo sino facultar a la Fundación "Ciudad de Cali", para que mediante un procedimiento expedito, pudiera cumplir los fines a que está destinada dicha Fundación, dándole a los bienes que constituyen su patrimonio la oportuna y debida aplicación que los donantes de ellos se propusieron se les diera, o sea, el de indemnizar a las personas perjudicadas por el siniestro ocasionado por la explosión ocurrida en la ciudad de Cali el 7 de agosto de 1956.

2. Sobre el artículo 634 del Código Civil —que negaba a las fundaciones y corporaciones no establecidas en virtud de una ley el carácter de personas jurídicas—, prevalecieron las disposiciones constitucionales. El artículo 44 de la actual codificación permite formar asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, con el derecho a ser reconocidas como personas jurídicas. El hecho de que esta disposición constitucional permita a los particulares constituir asociaciones y fundaciones, no quiere decir que éstas no puedan ser creadas por el legislador. Pero para que las asociaciones y fundaciones creadas por particulares gocen de personalidad jurídica, necesitan ser reconocidas expresamente por el Gobierno.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, julio dieciocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Los ciudadanos Arturo Rodríguez Ospina, Ismael Cárdenas y María del Carmen Londoño, en su condición de damnificados por la explosión ocurrida en la ciudad de Cali el 7 de agosto de 1956, presentaron a la Corte demanda de inconstitucionalidad de los artículos segundo y quinto de la Ley 179 de 1959, "por la cual se decreta la cooperación económica de la Nación en favor de los damnificados por la explosión del 7 de agosto de 1956 en la ciudad de Cali".

Las disposiciones acusadas dicen:

"Artículo 2º Para efecto de pagar extrajudicialmente las reparaciones a que haya lugar como consecuencia de este siniestro, en favor de los damnificados que a la expedición de esta ley tuvieren un patrimonio gravable no mayor de cien mil pesos ($ 100.000.00), centralízase el conocimiento y decisión de todas estas cuestiones, y por el procedimiento administrativo que aquí se establece, en la institución de utilidad común denominada Fundación Ciudad de Cali, creada por los decretos 133 y 170 de 1957, y cuya existencia para los fines indicados, se reconoce expresamente en esta ley.

"Artículo 5º El patrimonio de la fundación Ciudad de Cali estará formado por la Unidad Residencial República de Venezuela, cuya ubicación y linderos se hallan determinados en la escritura número 2057 de 1958, otorgada en la Notaría 1ª de Cali; por los terrenos de la Flora, alinderados en la escritura número 3204 de 1957; por los terrenos y edificaciones de Agua Blanca, según ubicación y linderos que se dan en la escri-

tura número 69 de 1958, otorgada en la Notaría 1ª de Cali; por las donaciones que en bienes raíces o muebles hubiere recibido o reciba en el futuro, con destino a los damnificados por la explosión del 7 de agosto de 1956, y por los demás aportes del Estado o de los particulares".

DEMANDA

La demanda de inexequibilidad señala como violadas por las disposiciones que se acaban de transcribir, los artículos 36 y 30 de la Constitución.

El artículo 36 de la Carta, que los demandantes consideran quebrantado por el artículo 2º de la Ley 179 de 1959, dispone: "El destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El Gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones".

El artículo 30 de la Constitución que los actores estiman que ha sido violado por el artículo 5º de la Ley 179 de 1959, "garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.. "

En orden a demostrar que el artículo 2º de la Ley 179 de 1959 es inexequible por violación del artículo 36 de la Constitución, los demandantes hacen los razonamientos siguientes: "Confrontando uno y otro artículo se ve claramente la violación del precepto constitucional transcrito; porque la frase "Y cuya existencia, para los fines indicados se reconoce expresamente en esta ley". No equivale jurídicamente a la creación de la Fundación Ciudad de Cali, después de haber sido disuelta ésta en virtud de la derogación de los Decretos, 133 y 170 de 1957 que establecieron esta entidad, hecha por el artículo 25 de la ley que acusamos y que dice: "Artículo 25. Quedan derogados los Decretos números 133 y 170 de 1957 y las demás disposiciones contrarias a la presente ley, y modificados en este sentido el artículo primero de la Ley 2ª de 1958". Y no está demás, advertir al futuro ponente y demás Magistrados, que la palabra reconocer no significa "crear, establecer, erigir o fundar". Por otra parte según el texto del artículo 36 de la Constitución Nacional, el origen de una fundación es el contrato civil y privado de la *donación* entre vivos o por testamento, para fines sociales, y por tanto, el Gobierno Nacional por medio de los decretos leyes de que se ha hablado no tenía facultad para crear por sí y ante sí a la entidad, conocida con el nombre de Fundación de Cali, ni el Congreso de 1959 tampoco la tenía para pretender crearla nuevamente, después de haberla disuelto en virtud del artículo 25 de la Ley 179 de 1959 ya citada y mediante la frase sabulesca del artículo segundo de la misma ley. No es, pues, jurídico ni constitucional, establecer dicha fundación, expidiendo decretos leyes o una ley ordinaria como ha sucedido en el caso que nos ocupa, sino que depende única y exclusivamente del contrato civil y particular de la donación entre vivos, definido por el artículo 1443 del Código Civil y reglamentada en un capítulo separado del mismo llamado de la *donación entre vivos*. Esta ha sido aceptada por los damnificados demandantes y otros como aparece en la escritura de constitución de la *comunidad* de las víctimas de la catástrofe del 7 de agosto de 1956 en Cali, y por consiguiente no podían desconocer el Gobierno ni el Congreso Nacional ese acto jurídico particular de las donaciones que nos hicieron personas nacionales y extranjeras, en dinero, muebles y bienes raíces y cuyos donantes conocidos son el Gobierno Nacional, que por conducto del Instituto de Crédito Territorial, nos donó las casas prefabricadas de aluminio que habitamos en el barrio de Aguablanca; la Unidad Residencial República de Venezuela, por el Gobierno de la hermana República que lleva el mismo nombre; y las 35 plazas de terreno del sitio o Hacienda denominada La Flora, hecha por la sociedad Adolfo Bueno e Hijos Limitada, representada por el señor Gerente don Miguel Bueno Plaza, vecino de esta ciudad, este último. Así mismo no podían, el Gobierno y el Congreso Nacional, siendo los damnificados todos mayores de edad, crear y pretender crear la entidad denominada Fundación Ciudad de Cali, no sólo sin nuestra voluntad sino también contra ella, ni mucho menos obligarnos a renunciar a nuestra condición de copropietarios de ese patrimonio donado, que actualmente maneja y malgasta la tal Fundación de Cali, con grave perjuicio de nuestros legítimos intereses como beneficiarios de estas donaciones. "Artículo 1488 del Código Civil".

Para establecer que el artículo 5º acusado es violatorio del artículo 30 de la Carta, los actores argumentan:

"El Artículo 5º de la Ley ya citada al declarar patrimonio de la Fundación Ciudad de Cali las donaciones que el Gobierno de la hermana República de Venezuela nos hizo del bloque venezolano, Miguel Bueno, de los terrenos de La Flora y del Gobierno Nacional, mediante el Ins-

tituto de Crédito Territorial, hizo lo mismo con los terrenos y edificaciones de Aguablanca, viola el precepto constitucional que se acaba de transcribir y que ampara los derechos adquiridos. Es claro que tenemos un derecho adquirido sobre los bienes anteriormente citados, como resultado no sólo de la aceptación en escritura pública constitutiva de la *comunidad de damnificados* sino también porque hace cuatro años estamos poseyéndolas sin interrupción, las 140 familias en el Bloque Venezolano, numerosos damnificados en los terrenos de La Flora, y 468 casas prefabricadas de aluminio del barrio de Aguablanca, sin reconocer derecho alguno a la Fundación Ciudad de Cali, motivo por el cual desde que nos constituímos en *comunidad*, dejamos de pagarle a la Fundación, alquileres por ser incompatible con nuestra calidad de comuneros o condueños de ese patrimonio antes especificado. No se escapa a la clara inteligencia y vasta preparación jurídica del próximo Magistrado ponente de la Sala Plena y demás honorables miembros de ésta, que física y jurídicamente no puede declararse a la Fundación de Cali, como aparece en el artículo 5º de la Ley 179 de 1959, dueña de todo ese patrimonio sin haber sido damnificada por el siniestro de la madrugada del 7 de agosto de 1956, ya que por razón de ser nosotros víctimas de ese siniestro, fue como nos hicieron dichas donaciones, y como tales tenemos legítimo derecho a seguir poseyéndolas y a no ser desconocido ese derecho ni lesionados esos intereses, mediante la declaratoria de propiedad de ese mismo patrimonio a favor de la Fundación de Cali quien al ejercerlo inconstitucionalmente, podría arbitrariamente usar, gozar y disponer de él con manifiesto perjuicio de los demandantes y demás damnificados afiliados a la *comunidad*".

Con la pretensión de demostrar su derecho adquirido de propiedad sobre los bienes que constituyen el patrimonio de la Fundación Ciudad de Cali, según el artículo 5º de la expresada ley, los demandantes acompañan a su libelo copias de las escrituras a que este artículo hace referencia, en las que consta la cesión gratuita que algunas entidades hicieron, de los bienes a que el mismo artículo se refiere, a la Fundación Ciudad de Cali y copia de una escritura pública en la que los demandantes y algunas otras personas, por sí y ante sí, declaran que son damnificados, por la explosión del 7 de agosto de 1956; que aceptan las donaciones de toda clase de bienes que les hicieron personas naturales y jurídicas; que desconocen toda validez a las aceptaciones mediante escrituras públicas, otorgadas por entidades oficiales y semioficiales; que consecuencialmente a los otorgantes les corresponde por igual el patrimonio en su calidad de copropietarios de los bienes a que se refiere el artículo 5º acusado de inexequible.

Como fácilmente se deduce, es con apoyo en este original título de propiedad que los demandantes pretenden que la Corte, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Constitución, declare que es inexequible el artículo 5º de la Ley 179 de 1959, por estimar que esta disposición viola su derecho adquirido sobre los bienes, que de acuerdo con esta norma, constituyen el patrimonio de la Fundación Ciudad de Cali.

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que no debe accederse a la demanda. Dice que basta la simple lectura del artículo 2º de la Ley 179, para entender, "sin necesidad de análisis", que esta disposición en nada se opone al artículo 36 de la Carta, puesto que aquella disposición "se limita a facultar a la llamada Fundación Ciudad de Cali para el pago extrajudicial de las reparaciones a que haya lugar como consecuencia de este siniestro, en favor de los damnificados que a la expedición de esta ley tuvieren un patrimonio gravable no mayor de cien mil pesos ($ 100.000.00)". A este respecto el señor Procurador anota también: "El revestir de competencia a la citada fundación para tramitar y resolver las peticiones de que trata la norma acusada no puede ciertamente entenderse como un acto del legislador orientado a cambiar el destino de las donaciones intervivos o testamentarias; por el contrario, quizás, a garantizar el fiel cumplimiento de la voluntad de los donantes".

En relación con la acusación de inconstitucionalidad del artículo 5º de la Ley 179 de 1959, el señor Procurador replica: "que un problema de dominio, en el evento de que existiera, no puede resolverse en una sentencia de inexequibilidad de una ley, en donde solo cabe confrontar la norma legal acusada con las constitucionales que se estimen infringidas, para decidir de la suerte de las peticiones, y en donde, por lo mismo, toda consideración sobre hechos o pruebas es totalmente ajena".

PARA RESOLVER, CONSIDERA LA CORTE

Con respecto a la acusación de inexequibilidad del artículo segundo de la expresada Ley 179 de 1959, por ser violatorio del artículo 36 de la

Constitución, basta la simple confrontación de estas normas, para llegar a la conclusión que entre ellos no existe ninguna oposición ni incompatibilidad.

Por medio de aquella disposición el legislador no hizo sino facultar a la Fundación Ciudad de Cali, para que mediante un procedimiento expedito, pudiera cumplir los fines a que está destinada dicha Fundación, dándole a los bienes que constituyen su patrimonio la oportuna y debida aplicación que los donantes de ellos se propusieron se les diera, o sea, el de indemnizar a las personas perjudicadas por el siniestro ocasionado por la explosión ocurrida en la ciudad de Cali el 7 de agosto de 1956.

Por otra parte, el artículo segundo de la Ley 179 no creó la Fundación Ciudad de Cali, como erradamente parecen entenderlo los demandantes, pues dicho organismo, se deduce del contenido del artículo tercero de dicha ley, ya había sido creado y se le había otorgado personería jurídica por medio de la Resolución número 2606 de 26 de septiembre de 1957, emanada del Ministerio de Justicia.

Además, como lo expresa el señor Procurador, "carece de consistencia los razonamientos de los demandantes, según los cuales las fundaciones sólo pueden tener origen en una donación entre vivos o por acto testamentario. Si la fundación no es otra cosa que la destinación de un bien o un conjunto de bienes a un fin determinado, es indudable que ella puede tener origen en un acto jurídico diferente, como el de una ley, que refiriéndose a bienes del Estado, los sustrajera a su dominio para destinarlos a un fin de utilidad social. Habría quedado, entonces, constituída una fundación".

El artículo 634 del Código Civil dispone: "No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley". De acuerdo con esta norma y hasta la vigencia de la Constitución de 1886, las fundaciones y las corporaciones solamente podían ser creadas por el legislador, excepto las "sociedades industriales", o sea las sociedades civiles o comerciales, que de acuerdo con el artículo 635 de dicho código estaban sometidas en cuanto a su constitución y funcionamiento a un régimen legal especial y tenían su origen en la voluntad de los fundadores, con sujeción a ciertas normas prescritas por el Código de Comercio y el Código Civil.

Sobre el artículo 634 del Código Civil —que negaba a las fundaciones y corporaciones no establecidas en virtud de una ley, el carácter de personas jurídicas—, primaron los artículos 47 y 49 de la Carta, según los cuales era permitida la formación de asociaciones públicas o privadas que no fueran contrarias a la moralidad ni al orden legal, con derecho a ser reconocidas como personas jurídicas. El artículo 47, inciso primero, fue derogado por el artículo 34 del Acto Legislativo número 1º de 1936, cuyo artículo 20, o sea el 44 de la actual codificación constitucional, permite formar asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, con el derecho a ser reconocidas como personas jurídicas.

El hecho de que esta disposición constitucional permita a los particulares constituír asociaciones y fundaciones, no quiere decir que éstas no puedan ser creadas por el legislador. Pero para que las asociaciones y fundaciones creadas por particulares gocen de personalidad jurídica, necesitan ser reconocidas expresamente por el Gobierno

Por lo tanto, el artículo 2º de la Ley 179, acusado de inconstitucional, no le dio a los bienes que fueron donados a la Fundación Ciudad de Cali una destinación contraria a la voluntad de los donantes de dichos bienes, ni tampoco creó esa institución, pues como lo expresan los mismos demandantes la palabra "reconocer", empleada en dicha norma, en relación con la existencia de la mencionada Fundación, "no significa crear, establecer o fundar".

En lo que hace relación al artículo 5º de la precitada ley, que los demandantes pretenden se declare inexequible, por ser violatorio del artículo 30 de la Constitución, es suficiente considerar que dicho precepto se limita a hacer la relación de los bienes que componen el patrimonio de la Fundación Ciudad de Cali, en lo cual, como en toda la ley, el legislador no tuvo otro propósito que el de respetar el destino de las donaciones hechas para socorrer a quienes sufrieron daño en sus personas o propiedades, o en unas y otras, con motivo del incendio en referencia. Dicho artículo 5º de la ley acusada, no constituye un título de propiedad sino una simple declaración de que tales o cuales bienes hacen parte de los haberes de la Fundación. Los títulos son las donaciones mismas, generadoras de la transferencia del dominio a favor de los damnificados. El artículo 5º se limita a hacer referencia a esos títulos —que especifica—, y en ello no se desconoce el derecho de los damnificados, puesto que toda la ley no persigue otra cosa que hacer efectiva la destinación de los bienes que personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, donaron con motivo del siniestro.

En virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con él, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución,

RESUELVE:

Son exequibles los artículos segundo y quinto de la Ley 179 de 1959.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

José Joaquín Rodríguez, 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, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

IMPUESTO DE VALORIZACION. EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 3º Y 4º DE LA LEY 25 DE 1921. FACULTADES IMPOSITIVAS DEL LEGISLADOR. DESARROLLOS POSTERIORES A LAS NORMAS ACUSADAS.

1. La institución del impuesto de valorización frente a la facultad que al legislador le otorga la Constitución en su artículo 43. 2. Elementos orgánicos de esta contribución, según los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921. Los citados artículos 3º y 4º acusados, no se ocuparon de los factores que deben emplazarse para saber si un predio ha de aumentar o no de valor, como consecuencia de las mejoras públicas. Realmente, la impugnación se dirige, más contra los desarrollos ulteriores de la ley orgánica y la reglamentación de sus preceptos que contra la ley misma. Las disposiciones acusadas no violan los artículos 30 y 16 de la Constitución Nacional. 3. La expropiación sin indemnización es extremo que no puede atribuírse a las disposiciones acusadas. Las organizaciones locales del impuesto no siempre han logrado desarrollos exentos de injusticia. Recursos de que pueden valerse los propietarios para hacer sus reclamaciones. Importancia social del impuesto de valorización. 4. Reglas de equidad en torno a la aplicación de las disposiciones legales sobre impuesto de valorización. Extensión de las facultades impositivas que corresponden al legislador. Casos excepcionales en que puede hablarse de acto confiscatorio o expropiación incompatible con el derecho de propiedad.

1. En cuanto el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 instituye un nuevo "impuesto", llamado de "valorización", tal norma no es sino ejercicio de la facultad que el constituyente ha conferido al legislador en el artículo 43 de la Carta. No importa que haya más de una característica que lo diferencia de manera ostensible del impuesto propiamente dicho, que por ello le viene mejor el nombre de contribución, como lo llama el artículo 3º citado y el 5º de la misma ley.

2. El impuesto de valorización se inició como recurso literalmente aplicable, al decir del artículo 3º de la Ley 25 de 1921, a las obras de "limpia y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas". La interpretación de esta cláusula no fue uniforme, porque en tanto que para unos su alcance se circunscribía a obras relacionadas con las tierras rurales, para otros se limitó a consagrar un principio general aplicable a toda clase de mejoras públicas de interés local, pues que las mencionadas en la disposición sólo hacían el papel de ejemplos. Algunos de los decretos reglamentarios de esta ley interpretaron ampliamente dicho texto (arts. 2º del Decreto 219 de 1923 y 2º del Decreto 438 de 1928), mientras la jurisprudencia administrativa se movía entre uno y otro criterio. Asimismo se aplicó inicialmente este impuesto por el Gobierno Nacional; después por el Municipio de Bogotá (Ley 105 de 1936); luégo las capitales de departamento, el Municipio de Quibdó y los demás que tuvieron un presupuesto superior a trescientos mil pesos (Ley 63 de 1938); y por último, todos los municipios del país (Ley 1ª de 1943).

Se ha repetido que este impuesto no es más que la obligación que pesa sobre los titulares de determinadas propiedades raíces, de atender a la construcción de obras públicas de interés local, de las cuales haya de resultar para aquéllas

directa y necesariamente un aumento de valor. Tal es el concepto inicial de la Ley 25 de 1921, toda vez que el impuesto aparece así basado en el beneficio de determinados fundos y con un límite máximo: el costo de las obras. Esta es la innovación que en el curso de los años habría de convertirse en un gravamen compuesto por la inversión requerida más una cuota de la valorización de los inmuebles como resultado de las obras. Entonces, de la simple inversión forzosa indispensable para ejecutarlas, el impuesto pasó a afectar la utilidad lograda a consecuencia de las mismas.

La Ley 51 de 1926 (art. 6º), en efecto, inició la reforma al estatuir que sobre las erogaciones hechas se agregue un diez por ciento "como remuneración al Gobierno". El artículo 4º de la Ley 167 de 1936 prescribió un recargo del treinta por ciento "del beneficio de los terrenos", como la 88 de 1940 (art. 6º) un veinticinco por ciento "del beneficio líquido" que las tierras desecadas recibieron, o un diez por ciento cuando, en tratándose de obras de irrigación, el valor de aquéllas se duplicare (art. 8º). La 1ª de 1943, para el régimen municipal de valorización, dispuso tener en cuenta el mayor valor que reciban los predios "sin considerar para ello solamente el costo de las mismas". El artículo 8º de la Ley 79 de 1946, distingue entre "los dineros invertidos en las obras de interés público local de desecación, riego, provisión de aguas subterráneas y defensa contra las aguas" y "un impuesto directo adicional de valorización, en forma proporcional al beneficio que recibieren los inmuebles una vez ejecutadas tales obras", impuesto adicional que el parágrafo 2º del mismo precepto fija en un veinticinco por ciento del "beneficio líquido".

De donde se infiere que —aparte de la utilidad pública de la obra proyectada, causa eficiente de esta contribución— es el beneficio de la propiedad inmueble la razón reguladora del gravamen, puesto que si la mejora rural o urbana no ha de influir directamente en un aumento de valor de determinadas propiedades raíces, no se trataría de obras de interés local —que son las financiadas por el impuesto— y carecería éste, por tanto, de respaldo jurídico y económico.

Al adoptar el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 el factor del beneficio que se produzca para los predios particulares con motivo de las obras públicas referidas, enseñó que la materia gravable es la plus valía de la propiedad privada, como necesaria secuela de las obras; al expresar el artículo 4º que la tasación del gravamen debe hacerse "sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras que se proyectan", ordenó tener en cuenta, previamente, el valor de los fundos que han de valorizarse —o sea la cotización comercial, según el artículo 4º de la Ley 51 de 1926—; y al prescribir que la tasación se efectúe "en proporción al valor de los inmuebles", "al beneficio que reporten" y "al presupuesto o costo de las obras", señaló en síntesis los elementos orgánicos de esta contribución, según los textos acusados, a saber: a) una obra de utilidad pública y a la vez de interés local; b) un beneficio cierto y concreto de determinados predios, calculado sobre el valor de los mismos antes de la ejecución de la obra; y c) el costo de ésta, límite del impuesto total, según la misma Ley 25.

La demanda de inexequibilidad no ataca los textos de esta ley (arts. 3º y 4º de la Ley 25 de 1921), en razón de la creación del gravamen, ni por la materia del mismo, o sea la valorización de la propiedad raíz, sino de los factores causantes de ésta, sobre los cuales la acusación no comparte el criterio de las disposiciones de la ley, que se refieren simplemente a la plus valía originada en las obras, pues que tales factores, y no otros, a juicio del acusador, son los que enumera en su demanda como generadores de valorización económica.

Los artículos 3º y 4º acusados no se ocuparon de los factores que deben emplazarse para saber si un predio ha de aumentar o no de valor, como consecuencia de las mejoras públicas de interés local, ya que se refieren únicamente al hecho objetivo de que por virtud de aquéllas los inmuebles merezcan, de manera segura, un justiprecio más elevado. Realmente, la impugnación se dirige, por tanto, más contra los desarrollos ulteriores de la ley orgánica y la reglamentación de sus preceptos que contra la ley misma. El artículo 3º de la Ley 25 se limitó a decir que "la tasación de este impuesto se hará sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras". Fue la Ley 51 de 1926 cuyo artículo 4º dispuso justipreciar las fincas "por su valor comercial actual", y fueron los decretos reglamentarios del estatuto inicial y más tarde los acuerdos municipales sobre la organización local del impuesto, los actos que entraron en pormenores referentes a los avalúos preliminares de los bienes y a la estimación del mayor valor que fuesen a obtener o hubiesen obtenido ya concluidas las obras. Por lo mismo, cuanto se encamine a impugnar el criterio, las bases o factores llamados a participar en el cálculo de la plus valía, no es ataque eficiente en el ámbito del control constitucional, ya que los textos acusados guardan silencio al respecto.

Los decretos reglamentarios de esta ley, números 219 y 1702 de 1923, 1284 de 1925 y 438 de 1928, proveyeron a la forma de proceder en la composición de los "catastros especiales". El primero, con el objeto de calcular el gravamen sobre cada propiedad, mandó sumar los valores de los fundos que habrían de beneficiarse al total de la valorización, ejecutadas que fuesen las obras, para distribuir luego sobre los inmuebles favorecidos el impuesto —circunscrito al monto de las inversiones, según la ley acusada— a prorrata del avalúo previo comercial de cada cual y de la valorización producida. De tales decretos el número 1284 se ocupó del tema que la ley acusada dejó a la potestad reglamentaria, y prescribió a los peritos estimar todos los factores de orden natural, comercial, industrial y legal que pudiesen elevar el valor de los inmuebles, factores entre los cuales figuran indudablemente los componentes de la valorización económica de que habla la demanda, tales como las cualidades agrológicas, geológicas y climáticas de la tierra, la densidad de la población y otras de indudable influjo en dicho cómputo.

Sobre la juridicidad del impuesto que el acusante discute debido a la diversidad de criterios relativos a los elementos que deben jugar en los cálculos tendientes a fijar el monto de la valorización, la Corte se pronunció en sentencia de 3 de diciembre de 1937, con motivo de la demanda de inexequibilidad del artículo 4º de la Ley 107 de 1936, el cual para integrar el impuesto ordenó agregar al costo de las obras un porcentaje del beneficio alcanzado por los inmuebles como fruto de éstas (Gaceta Judicial, XLV, 797).

De suerte que circunscrita la impugnación a los factores referidos, de que los textos acusados no tratan especialmente, pues se limitan —se repite— a fundar un impuesto sobre la base del beneficio que las obras públicas de interés local puedan producir, no puede darse la transgresión pretendida de los cánones constitucionales señalados en la demanda:

A) No la del artículo 30 de la Carta, porque si es incuestionable que la propiedad puede ser gravada con tributos comunes —y soportarlos es una de las obligaciones que implica— como lo dice la Corte en la sentencia citada, tal potestad no se aminora por entrar en juego estos o aquellos factores en la estimación del mayor valor de los fundos afectados por el impuesto, factores que, por lo demás, la Ley 25 no determinó. Por otra parte, esta especial contribución —que se inspira primordialmente en la finalidad de utilidad pública de las obras—, redunda en provecho pecuniario directo de los dueños de inmuebles comprendidos en las zonas de influencia cuya demarcación corresponde a la autoridad administrativa. Según los textos acusados, el impuesto no podía exceder del costo de la obra, y ésta habría de producir necesariamente un aumento de valor de la propiedad inmueble, pues sin este presupuesto no era ni es posible financiar obra pública alguna de interés local mediante el impuesto de valorización.

B) Tampoco aparece la violación del artículo 16 de la Ley de Leyes, que la demanda estima igualmente infringido, debido a los susodichos factores de valorización, porque este gravamen tiende fundamentalmente a procurar más adecuados servicios públicos —deber primario del Estado— lo cual confluye en una más esmerada protección de la sociedad civil. Además, el mismo texto les asigna a las autoridades la misión de "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", deberes que, en cuanto al primero, se resumen en la prestación adecuada de esos servicios, y en lo atinente a los últimos, si al Estado concierne protegerlos en sus bienes, a ellos atañe corresponderle cumpliendo lealmente la función social de su propiedad inmobiliaria.

2. El acusador de los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921, insiste sobre la posibilidad, o más exacto, la seguridad de que por el juego de los factores de valorización que impugna, la distribución del impuesto no se hace equitativamente, porque en la práctica, en no pocas veces —dice— llega a absorber mucha parte, cuando no todo el valor de la propiedad afectada, produciéndose de tal suerte una expropiación sin indemnización, prohibida por el mismo artículo 30 de la Ley Fundamental.

Los extremos a que el actor se refiere no pueden atribuirse a los preceptos materiales de la iniciativa realizada por la expresada ley de 1921, cuya constitucionalidad ya está juzgada en la sentencia de la Corte de 3 de diciembre de 1937 (XLV, 794). Quizás las organizaciones locales del impuesto, a partir de la Ley 1ª de 1943, especialmente, no han logrado desarrollos exentos de injusticia, dada la complejidad de los problemas que en la práctica se originan de esta contribución de singulares características. No descartaría la adopción de un criterio que procurase remover cuanto pueda obstaculizar el adecuado ejercicio de un impuesto que para llenar mejor sus objetivos persigue hoy en todas partes más eficientes métodos de financiación que faciliten a las entidades públicas la forma de atender con regularidad a las obras y a los contribuyentes el pago en largos plazos y abonos moderados, así

cómo implantar sistemas de reparto de la carga que no se aparten de la equidad.

Nada tan grave podría acontecer como que debido a los reparos dirigidos por la demanda acusadora, concernientes a los factores que deben contemplarse en la estimación de la plus valía, sobre los cuales —vuelve a decirse— calla la Ley 25 de 1921, la Administración se abstuviera de derramar este gravamen, porque, o dejarían de realizarse obras de utilidad pública, de ingentes erogaciones, llamadas a incrementar la producción de la tierra, ensanchar las áreas de población, acomodar lo existente a las necesidades modernas y transformar y embellecer los centros urbanos, o la Administración tendría que atender a ellas con los fondos comunes, fruto de la masa de contribuyentes, en beneficio directo e inmediato de unos cuantos propietarios, estimulando de tal modo un enriquecimiento antisocial y por tanto ilegítimo. Sería inconducente, por lo demás, en los momentos actuales, atacar —así sea por el aspecto de los acotados factores de valorización— un tributo que ya en el año de 1921 era recurso universal, y entre nosotros, a más de estrictamente ajustado a la Carta, obedecía a obvios motivos de conveniencia pública, equilibrio social y progreso rural y urbanístico, que ahora se destacan sin duda con más vigor.

No se justificaría relacionar aquí los métodos o sistemas que se han venido empleando en distintas ciudades del país para que el cálculo y la distribución del gravamen consulten los ordenamientos de la ley, dando para ello intervención a los particulares en la preparación del presupuesto de las obras, en la distribución de la carga y la vigilancia de las inversiones, como lo dispone de manera perentoria el artículo 22 de la Ley 1ª de 1943.

No sobra agregar, en este orden de ideas, que aparte de los recursos que los propietarios tienen para reclamar ante los organismos del impuesto, pueden ejercer las acciones propias de la jurisdicción contencioso-administrativa y aun las de la justicia ordinaria en casos especiales.

4. Si en principio a la Corte le basta, para cumplir su función constitucional, confrontar las disposiciones legales con los mandatos de la Ley de Leyes, afirmando su conformidad con ésta o su inconsonancia, no estima, sin embargo, ajeno a dicha función, poner de presente un criterio que pudiera contribuir a evitar desviaciones en su aplicación:

a) Si un predio, no obstante hallarse comprendido en las zonas de influencia, no reporta valorización, no habría lugar al gravamen, porque éste tiene su causa inmediata en el beneficio real recibido o que ha de recibir la propiedad raíz;

b) Si un fundo, en vez de beneficio, recibe daño, debe indemnizarse a su dueño;

c) Si el costo de la obra, incluído el porcentaje que autorizan los textos legales, arroja un impuesto superior al beneficio, aun tomando en cuenta todos los factores que puedan aumentar la valorización, la Administración debe atender al excedente.

La sentencia de 2 de diciembre de 1937 (XLV, 797), trae en lo referente a estas preocupaciones, los siguientes conceptos, de oportuna reiteración en el presente fallo:

"Si no está mal avenido el impuesto de valorización con los principios y normas de la ciencia fiscal, menos lo está con los preceptos de la Constitución Nacional que consagran el poder impositivo del Estado en sus artículos 29 y 69. La Carta no contiene texto alguno que prohiba el establecimiento de impuestos como el de valorización, ni condiciona tampoco el poder de imposición que corresponde al legislador sin límite ni tasas. No está dentro de las atribuciones de la Corte la determinación del punto hasta donde pueda ir el ejercicio de las facultades del legislador en relación con la cuantía de las contribuciones. Este límite en la calificación constitucional de los impuestos no puede resultar sino relacionando el poder soberano del Estado de imponer contribuciones con el amparo constitucional debido a la propiedad privada, cuando la cuantía del impuesto sea en tal forma exorbitante que absorba casi totalmente el valor de lo gravado, porque exigiéndosele así al contribuyente el importe de su propiedad o reduciéndosela a la completa improducción, llegaría a atentarse contra las garantías de ese derecho. Sólo en este caso de absorción por el impuesto de la cosa gravada o de impedimento de su uso y goce puede tener ocurrencia el acto confiscatorio o de expropiación incompatible con el derecho de propiedad que garantiza la Constitución de la República. Fuera de este caso, surge la idea de impuesto antidientífico, o de impuesto inconveniente o simplemente de gravamen alto, pero no de contribución inconstitucional".

La demanda de inexequibilidad de que se trata, puede sí, considerarse como un esfuerzo crítico general de la reglamentación diversa que de los textos sustantivos atinentes a esta contribución han hecho las entidades públicas; pero no como impugnación eficaz, en el terreno constitucional, de las disposiciones acusadas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diez y seis de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

En ejercicio de la acción popular del artículo 214 de la Carta, el doctor Ernesto González Concha, pide se declare que son inexequibles los artículos 8º y 4º de la Ley 25 de 1921, "por la cual se crea el impuesto de valorización".

Señala como violados los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional.

El señor Procurador General de la Nación dio concepto negativo a la demanda, fundado en que la acusación es de orden técnico, campo en el cual no se produce necesariamente el quebranto de textos constitucionales.

I

Dicen así las disposiciones acusadas:

"Artículo 3º Establécese el impuesto directo de valorización, consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, como la limpieza y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas, contribución destinada exclusivamente a atender los gastos que demanden dichas obras.

"Artículo 4º La tasación de este impuesto se hará sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras que se proyectan y en proporción al valor de ellas, al beneficio que reporten de las susodichas obras y al presupuesto y costo de éstas".

II

Expone el demandante que dos son las causales de inconstitucionalidad:

"Primera. Que la ley al crear el impuesto se basó y lo fundamenta en un principio erróneo: las obras producen *valorización;* que, en el caso del artículo 3º de la Ley 25 de 1921 se pueden enunciar: 'las obras públicas de interés local producen valorización de las tierras aledañas.

"Segunda. Que la aplicación de la ley que demando ha dado lugar, y lo da de suyo, a una injusta distribución del gravamen que por la misma fue creado".

Se refiere a la acepción de la palabra "valorización" y tras algunas disquisiciones concluye que la de que se trata en el impuesto así llamado, es la económica, respecto de la cual dice:

"Las obras —públicas o privadas— siempre se llevan a cabo con el propósito y deseo de utilizar, aprovechar y explotar valores potenciales de la cosa afectable por las obras que sean ejecutadas. Entre los valores potenciales de la propiedad territorial cuenta por mucho la real y verdadera valorización, *la valorización económica*".

Haciendo referencia al fundamento jurídico del gravamen en cuestión, afirma que "el autor y proponente, Esteban Jaramillo, considera como indiscutible el fundamento jurídico del impuesto que denominó de valorización. Establece a priori que las obras de interés local son causa eficiente de valorización y beneficio, para concluir que los propietarios directamente afectados deben sufragar el costo mediante el impuesto. Para aceptar los presupuestos valorización y beneficios, que son hechos, no bastan demostraciones, que son necesarias fehacientes comprobaciones. Así pues que habría que comprobar:

"a) Que una valorización comercial, un aumento de precio se produce indudiblemente en cuanto las obras locales son ejecutadas;

"b) Que, igualmente se causa un beneficio cierto;

"c) Que el beneficio, medido pecuniariamente por la valorización legalmente apreciada, no es inferior al costo de las obras;

"d) Que en la realidad resulten concordantes según presume la ley, las bases de tasación que establece, es decir, el beneficio, la valorización, el costo presupuesto y el costo efectivo.

"Todo lo cual no sólo no ha sido probado sino que bien por el contrario, infirmado e invalidado experimentalmente dondequiera que ha sido puesta en acción la ley que demando.

"El artículo 4º, ya transcrito, prescribe imperativamente el procedimiento que ha de emplearse para justipreciar y determinar el tributo que se presume equivalente al beneficio que reciban las propiedades y 'en proporción al... 'valor de ellas'... al beneficio que reporten las obras y al presupuesto y al costo de las mismas. Establece se proceda en vista y por comparación de 'Catastros Especiales' que se lleven a cabo antes y después de la ejecución de las obras. El hecho del aumento de precio no sólo hay que deducirlo de la comparación de avalúos catastrales 'ad hoc'. En cumplimiento de la ley debe establecerse, clara y concluyentemente, que el aumento ha sido causado en su totalidad, y en qué proporción, como consecuencia de la ejecución de las obras que motivan el impuesto. En gracia de

discusión se concede que avalúos periciales siempre se ajustan a una realidad y verdad comercialmente aceptable".

Termina el actor sintetizando las deficiencias del impuesto llamado de valorización, en esta forma:

"Demostrando, como creo, que por cuanto la ley 25 no tiene en cuenta ni la generalidad de los servicios públicos y por ende la de los beneficios; que no establece relación y proporción entre los valores económicos potenciales, materia tanto de los servicios como del impuesto; que la supuesta valorización comercial no puede constituir a priori medida cierta y equitativa ni del servicio, ni del beneficio directo, ni del impuesto, es del caso concluir que los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921 dan de suyo lugar a injusta distribución, tasación y recaudo del impuesto de valorización que establecen y tasan.

"Ahora bien, siendo en la práctica un hecho de injusta distribución la tasación del impuesto que acuso, hay que comprobar que tal ha ocurrido y ocurre en donde quiera que se ha echado mano de tan arbitrario recurso fiscal. La honorable Corte, bien sea por medio de una encuesta, o meramente por informaciones que directamente solicite y obtenga de las Oficinas o Departamentos de Valorización que han venido funcionando, —especialmente los municipales—, en desarrollo y aplicación de la ley 25 en cuestión, y de las que en ellas se basan, podrá comprobar:

"a) Que los métodos y sistemas adoptados y puestos en vigencias, múltiples y diversos —para ver de distribuir el impuesto—, han resultado inaceptables por arbitrarios y eminentemente injustos, desde luego que no se toma en cuenta el valor económico, real y potencial, sino el comercial y un eventual e incierto aumento de precio;

"b) Que han sido, en toda parte, numerosos los casos de las fincas gravadas en más del precio comercial y catastral de las mismas;

"c) Que durante los treinta y siete años que lleva de vigencia la ley demandada, en dondequiera que ha sido utilizada se han visto obligados a forjar y establecer sucesivos 'Estatutos de Valorización', para ver de reducir, sin lograrlo, el temor de injusticia comprobada de aquellos a los cuales sustituye, ocurriendo en no pocos casos que se aumente el mal reconocido;

"d) Que en dichos estatutos se han visto obligados a limitar o restringir el alcance de la ley de valorización para que las fincas no resulten gravadas en más de un cincuenta o de un setenta por ciento del precio comercial o del avalúo catastral que les corresponde;

"e) Que excediendo el monto del impuesto al posible beneficio directamente causable y con mucho —como establece Esteban Jaramillo anteriormente citado—, da lugar a una expropiación sin indemnización alguna (pág. 366) previa y conforme a prescripciones explícitas de la Constitución Nacional;

"f) Que dichos continuos cambios, modificaciones y ensayos frustrados, constituyen un reconocimiento de la injusticia que de suyo engendra la ley demandada".

Y reitera el cargo de que un impuesto que en sí contiene tantas y tan graves deficiencias, es contrario a la justicia, distributiva, al derecho de propiedad que garantiza el artículo 30 de la Carta, y al deber del Estado de proteger los bienes de los habitantes, según el artículo 18 ibídem, textos que por ello resultan violados por los artículos materia de la tacha de inconstitucionalidad que ha planteado ante la Corte.

III

Consideraciones de la Corte

1. En cuanto el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 instituye un nuevo "impuesto", llamado de "valorización", tal norma no es sino ejercicio de la facultad que el constituyente ha conferido al legislador en el artículo 43 de la Carta. No importa que haya más de una característica que lo diferencia de manera ostensible del impuesto propiamente dicho, que por ello le viene mejor el nombre de *contribución*, como lo llaman el artículo 3º citado y el 5º de la misma ley. Pero, la acusación misma no toca con el establecimiento, en sí, de esta carga extraordinaria.

2. Tampoco impugna, en principio, el artículo 3º, en lo que respecta al objeto de la nueva contribución, cual es el mayor valor que logre la propiedad raíz, pero niega, contra lo que enseña dicho texto, que pueda ello deberse a que las obras locales de interés público produzcan valorización, la cual se debe a otras causas no previstas allí; fuera de que producida la valorización por dicha clase de obras, se llega a una injusta imposición del expresado tributo. Dice:

"Como queda dicho, dos son las causales de inconstitucionalidad que alego y que respetuosamente someto a la consideración de la honorable Corte:

"Primera. Que la ley al crear el impuesto se basó y lo fundamentó en un principio erróneo: *las obras producen valorización;* que, en el caso del artículo 3º de la Ley 25 de 1921 se puede

enunciar: las obras públicas de interés local producen valorización de las tierras aledañas.

"Segunda. Que la aplicación de la ley que demanda ha dado lugar y lo da de suyo, a una injusta distribución del gravamen que por la misma fue creado".

Es por ello erróneo, a juicio del acusador, partir de la base de que las obras locales de interés público, causen aumento de valor en los inmuebles aledaños a ellas; error que, en la práctica, por otra parte, "ha dado lugar y lo da de suyo, a una injusta distribución" del impuesto.

3. Para fundamentar la primera de estas afirmaciones, destaca la diferencia entre *precio* y *valor* y concluye que como el artículo 1º de la ley manda tasar el impuesto por medio de "catastros especiales", y éstos son de índole comercial, la valorización a que la ley se refiere concierne al aumento de precio, esto es, a la valorización comercial, y no a la económica.

Dice que los factores determinantes de valorización comercial, son:

"a) Exceso de demanda en presencia de la oferta;

"b) Acciones de incidencia subjetiva como son la mejor presentación de la cosa, la propaganda, la especulación, etc.;

"c) Situaciones particulares que obran en el ánimo de los contratantes;

"d) En forma preponderante la devaluación monetaria".

Y agrega que no incluye entre las causas de valorización comercial, la ejecución de obras locales de interés público, "por cuanto ni de suyo ni siempre la producen". Las obras —públicas o privadas—, siempre se llevan a cabo con el propósito y deseo de utilizar, aprovechar y explotar valores potenciales de la cosa afectable por las obras que sean ejecutadas. Entre los valores potenciales de la propiedad territorial cuenta por mucho la real y verdadera valorización: *la valorización económica.*

"Este principio no necesita demostración —continúa—. Para aceptarlo basta mirar, fijar la vista sobre ciudades como Bogotá, Cali, Medellín, y las demás que vamos en pleno desarrollo, y en regiones como las del Quindío, y pensar a qué se debe lo que fueron antaño y hoy son. La presencia del hombre y su creciente número, por natalidad e inmigración, ha venido transformando las villas en ciudades y las selvas en emporios de riqueza. Se ha venido depositando y vinculando a la tierra poseída, y a manera de ahorro providente, un *algo* que real y verdaderamente acrece la capacidad de éste para admitir y remunerar más cuantiosas inversiones de capital y trabajo. Ese valor que se incorpora a la propiedad territorial, como el oro en las minas de aluvión, es la valorización económica. Hecho que tiene la característica del fenómeno al cual denomina Esteban Jaramillo valorización espontánea, la que clara y determinantemente es causada, no por obras locales, sino por la presencia del hombre como queda dicho y comprobado (pág. 67). Conjugados los valores de *tierra y valorización*, dan lugar a determinar la capacidad económica de la propiedad territorial. La considero la *materia imponible*, que por razón natural ha de constituir la base primordial del patrimonio de los Municipios".

Según se desprende de lo expuesto en esta parte de la demanda, la valorización económica de la tierra, es la producida por los "pobladores y habitantes" de una región determinada, "en función de la densidad y capacidad económica de los mismos", y a ello debe atenderse solamente en la liquidación del impuesto y no al factor que consiste en las obras públicas mismas de progreso urbano o rural.

4. El impuesto de valorización se inició como recurso literalmente aplicable, al decir del artículo 3º acusado, a las obras de "limpia y canalización de ríos, construcción y diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas". La interpretación de esta cláusula no fue uniforme, porque en tanto que para unos su alcance se circunscribía a obras relacionadas con las tierras rurales, para otros se limitó a consagrar un principio general aplicable a toda clase de mejoras públicas de interés local, pues que las mencionadas en la disposición sólo hacían el papel de ejemplos. Algunos de los decretos reglamentarios de esta ley interpretaron ampliamente dicho texto (arts. 2º Decreto Nº 219 de 1923 y 2º del Decreto Nº 436 de 1928), mientras la jurisprudencia administrativa se movía entre uno y otro criterio. Así mismo se aplicó inicialmente este impuesto por el Gobierno Nacional; después por el Municipio de Bogotá (Ley 195 de 1936); luego las capitales de Departamento, el Municipio de Quibdó y los demás que tuviesen un presupuesto superior a trescientos mil pesos (Ley 63 de 1938); y por último, todos los municipios del país (Ley 1ª de 1943).

5. Se ha repetido que este impuesto no es más que la obligación que pesa sobre los titulares de determinadas propiedades raíces, de atender a la construcción de obras públicas de interés local, de las cuales haya de resultar para aquéllas directa y necesariamente un aumento de

valor. Tal es el concepto inicial de la Ley 25 de 1921, toda vez que el impuesto aparece así basado en el beneficio de determinados fundos y con un límite máximo: el costo de las obras. Esta es la innovación que en el curso de los años habría de convertirse en un gravamen compuesto por la inversión requerida más una cuota de la valorización de los inmuebles como resultado de las obras. Entonces, de la simple inversión forzosa indispensable para ejecutarlas, el impuesto pasó a afectar la utilidad lograda a consecuencia de las mismas.

6. La Ley 51 de 1926 (art. 6º), en efecto, inició la reforma al estatuir que sobre las erogaciones hechas se agregue un diez por ciento "como remuneración al Gobierno". El artículo 4º de la Ley 107 de 1936 prescribió un recargo del treinta por ciento "del beneficio de los terrenos", como la 88 de 1940 (art. 6º), un veinticinco por ciento "del beneficio líquido" que las tierras desecadas recibieren, o un diez por ciento cuando, en tratándose de obras de irrigación, el valor de aquéllas se duplicare (art. 8º). La 1ª de 1943, para el régimen municipal de valorización, dispuso tener en cuenta el mayor valor que reciban los predios "sin considerar para ello solamente el costo de las mismas". El artículo 8º de la Ley 79 de 1946, distingue entre "los dineros invertidos en las obras de interés público local de desecación, riego, provisión de aguas subterráneas y defensa contra las aguas" y "un impuesto directo adicional de valorización, en forma proporcional al beneficio que recibieren los inmuebles una vez ejecutadas tales obras", impuesto adicional que el parágrafo 2º del mismo precepto fija en un veinticinco por ciento del "beneficio líquido".

De donde se infiere que —aparte de la utilidad pública de la obra proyectada, causa eficiente de esta contribución— es el beneficio de la propiedad inmueble la razón reguladora del gravamen, puesto que si la mejora rural o urbana no ha de influir directamente en un aumento de valor de determinadas propiedades raíces, no se trataría de obras de *interés local* que son las financiadas por el impuesto— y carecería éste, por tanto, de respaldo jurídico y económico.

7. Al adoptar el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 el factor del *beneficio* que se produzca para los predios particulares con motivo de las obras públicas referidas, enseñó que la materia gravable es la *plus valía* de la propiedad privada, como necesaria secuela de las obras; al expresar el artículo 4º que la tasación del gravamen debe hacerse "sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras que se proyectan", ordenó tener en cuenta, previamente, el valor de los fundos que han de valorizarse —o sea la cotización *comercial*, según el artículo 4º de la Ley 51 de 1926—; y al prescribir que la tasación se efectúe "en proporción al valor de los inmuebles", "al beneficio que reporten" y "al presupuesto o costo de las obras", señaló en síntesis los elementos orgánicos de esta contribución, según los textos acusados, a saber: a) una obra de utilidad pública y a la vez de interés local; b) un beneficio cierto y concreto de determinados predios, calculado sobre el valor de los mismos antes de la ejecución de la obra; y c) el costo de ésta, límite del impuesto total, según la misma Ley 25.

8. La demanda de inexequibilidad —se repite— no ataca los textos de esta ley, en razón de la creación del gravamen, ni por la materia del mismo, o sea, la valorización de la propiedad raíz, sino de los factores causantes de ésta, sobre los cuales la acusación no comparte el criterio de las disposiciones de la ley, que se refieren simplemente a la *plus valía* originada en las obras, pues que tales factores, y no otros, a juicio del acusador, son los que enumera en su demanda como generadores de valorización económica.

Los artículos 3º y 4º acusados no se ocuparon de los factores que deben emplazar para saber si un predio ha de aumentar o no de valor, como consecuencia de las mejoras públicas de interés local, ya que se refieren únicamente al hecho objetivo de que por virtud de aquéllas los inmuebles merezcan, de manera segura, un justiprecio más elevado. Realmente, la impugnación se dirige, por tanto, más contra los desarrollos ulteriores de la ley orgánica y la reglamentación de sus preceptos que contra la ley misma. El artículo 3º de la Ley 25 se limitó a decir que "la tasación de este impuesto se hará sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras". Fue la Ley 51 de 1926 cuyo artículo 4º dispuso *justipreciar* las fincas "por su valor comercial actual", y fueron los decretos reglamentarios del estatuto inicial y más tarde los acuerdos municipales sobre la organización local del impuesto, los actos que entraron en pormenores referentes a los avalúos preliminares de los bienes y a la estimación del mayor valor que fuesen a obtener o hubiesen obtenido ya concluídas las obras. Por lo mismo, cuando se encamine a impugnar el criterio, las bases o factores llamados a participar en el cálculo de la *plus valía*, no es aquí oportuno en el ámbito del control constitucional, ya que los textos acusados guardan silencio al respecto.

9. Los decretos reglamentarios de esta ley, números 219 y 1702 de 1928, 1284 de 1925 y 438 de 1928, proveyeron a la forma de proceder en la composición de los "catastros especiales". El primero, con el objeto de calcular el gravamen sobre cada propiedad, mandó sumar los valores de los fundos que habrían de beneficiarse al total de la valorización, ejecutadas que fuesen las obras, para distribuir luego sobre los inmuebles favorecidos el impuesto —circunscrito al monto de las inversiones, según la ley acusada— a prorrata del avalúo previo comercial de cada cual y de la valorización producida. De tales Decretos el número 1284 se ocupó del tema que la ley acusada dejó a la potestad reglamentaria, y prescribió a los peritos estimar todos los factores de orden natural, comercial, industrial y legal que pudiesen elevar el valor de los inmuebles, factores entre los cuales figuran indudablemente los componentes de la valorización económica de que habla la demanda, tales como las cualidades agrológicas, geológicas y climáticas de la tierra, la densidad de la población y otras de innegable influjo en dicho cómputo.

Sobre la juridicidad del impuesto que el acusante discute debido a la diversidad de criterios relativos a los elementos que deben jugar en los cálculos tendientes a fijar el monto de la valorización, la Corte se pronunció en sentencia de 3 de diciembre de 1937, con motivo de la demanda de inexequibilidad del artículo 4º de la Ley 107 de 1936, el cual, para integrar el impuesto ordenó agregar al costo de las obras un porcentaje del beneficio alcanzado por los inmuebles como fruto de éstas (XLV, 1928, 797).

10. De suerte que circunscrita la impugnación a los factores referidos, de que los textos acusados no tratan especialmente, pues se limitan —se repite— a fundar un impuesto sobre la base del beneficio que las obras públicas de interés local puedan producir, no puede darse la transgresión pretendida de los cánones constitucionales señalados en la demanda:

A) No la del artículo 30 de la Carta, porque si es incuestionable que la propiedad puede ser gravada con tributos comunes —y soportarlos es una de las obligaciones que implica— como lo dice la Corte en la sentencia citada, tal potestad no se aminora por entrar en juego estos o aquellos factores en la estimación del mayor valor de los fundos afectados por el impuesto, factores que, por lo demás, la Ley 25 no determinó. Por otra parte, esta especial contribución —que se inspira primordialmente en la finalidad de utilidad pública de las obras— redunda en provecho pecuniario directo de los dueños de inmuebles comprendidos en las zonas de influencia cuya demarcación corresponde a la autoridad administrativa. Según los textos acusados, el impuesto no podía exceder del costo de la obra, y ésta habría de producir necesariamente un aumento de valor de la propiedad inmueble, pues sin este presupuesto no era ni es posible financiar obra pública alguna de interés local mediante el impuesto de valorización.

B) Tampoco aparece la violación del artículo 16 de la Ley de Leyes —que la demanda estima igualmente infringido— debido a los susodichos factores de valorización, porque este gravamen tiende fundamentalmente a procurar más adecuados servicios públicos —deber primario del Estado— lo cual confluye en una más esmerada protección de la sociedad civil. Además, el mismo texto les asigna a las autoridades la misión de "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", deberes que, en cuanto al primero, se resumen en la prestación adecuada de esos servicios, y en lo atinente a los últimos, si al Estado concierne protegerlos en sus bienes, a ellos atañe corresponderle cumpliendo lealmente la función social de su propiedad inmobiliaria.

11. Insiste el acusador sobre la posibilidad, o más exacto, la seguridad de que por el juego de los factores de valorización que impugna, la distribución del impuesto no se hace equitativamente, porque en la práctica, en no pocas veces —dice— llega a absorber mucha parte, cuando no todo el valor de la propiedad afectada, produciéndose de tal suerte una expropiación sin indemnización, prohibida por el mismo artículo 30 de la Ley Fundamental.

Los extremos a que el actor se refiere no pueden atribuirse a los preceptos materiales de la iniciativa realizada por la expresada ley de 1921, cuya constitucionalidad ya está juzgada en la aludida sentencia de la Corte. Quizá las organizaciones locales del impuesto, a partir de la Ley 1ª de 1943, especialmente, no han logrado desarrollos exentos de injusticia, dada la complejidad de los problemas que en la práctica se originan de esta contribución de singulares características. No desentonaría la adopción de un criterio que procurase remover cuanto pueda obstaculizar el adecuado ejercicio de un impuesto que para llenar mejor sus objetivos persigue hoy en todas partes más eficientes métodos de financiación que faciliten a las entidades públicas la forma de atender con regularidad a las obras y a los contribuyentes el pago en largos plazos y

abonos moderados, así como implantar sistemas de reparto de la carga que no se aparten de la equidad.

Nada tan grave podría acontecer que debido a los reparos dirigidos por la demanda acusadora, concernientes a los factores que deben contemplarse en la estimación de la *plus valía*, sobre los cuales —vuelve a decirse— calla la Ley 25 de 1921, la Administración se abstuviera de derramar este gravamen, porque, o dejarían de realizarse obras de utilidad pública, de ingentes erogaciones, llamadas a incrementar la producción de la tierra, ensanchar las áreas de población, acomodar lo existente a las necesidades modernas y transformar y embellecer los centros urbanos, o la Administración tendría que atender a ellas con los fondos comunes, fruto de la masa de contribuyentes, en beneficio directo e inmediato de unos cuantos propietarios, estimulando de tal modo un enriquecimiento antisocial y por tanto ilegítimo. Sería inconducente, por lo demás, en los momentos actuales, atacar —así sea por el aspecto de los aceptados factores de valorización— un tributo que ya en el año de 1921 era recurso universal, y entre nosotros, a más de estrictamente ajustado a la Carta, obedecía a obvios motivos de conveniencia pública, equilibrio social y progreso rural y urbanístico, que ahora se destacan sin duda con más vigor.

No se justificaría relacionar aquí los métodos o sistemas que se han venido empleando en distintas ciudades del país para que el cálculo y la distribución del gravamen consulten los ordenamientos de la ley, dando para ello intervención a los particulares en la preparación del presupuesto de las obras, en la distribución de la carga y la vigilancia de las inversiones, como lo dispone de manera perentoria el artículo 22 de la Ley 1ª de 1943.

No sobra agregar, en este orden de ideas, que aparte de los recursos que los propietarios tienen para reclamar ante los organismos del impuesto, pueden ejercer las acciones propias de la jurisdicción contencioso-administrativa y aún las de la justicia ordinaria en casos especiales.

12. Si en principio a la Corte le basta, para cumplir su función de control constitucional, confrontar las disposiciones legales con los mandatos de la Ley de Leyes, afirmando su conformidad con ésta o su inconsonancia, no estima, sin embargo, ajeno a dicha función, poner de presente un criterio que pudiera contribuir a evitar desviaciones en su aplicación:

a) Si un predio, no obstante hallarse comprendido en las zonas de influencia, no reporta valorización, no habría lugar al gravamen, porque éste tiene su causa inmediata en el beneficio real recibido o que ha de recibir la propiedad raíz;

b) Si un fundo, en vez de beneficio, recibe daño, debe indemnizarse a su dueño;

c) Si el costo de la obra, incluído el porcentaje que autorizan los textos legales, arroja un impuesto superior al beneficio, aún tomando en cuenta todos los factores que puedan aumentar la valorización, la Administración debe atender al excedente.

La citada sentencia trae, en lo referente a estas preocupaciones, los siguientes conceptos, de oportuna reiteración en el presente fallo:

"Si no está mal avenido el impuesto de valorización con los principios y normas de la ciencia fiscal, menos lo está con los preceptos de la Constitución Nacional que consagran el poder impositivo del Estado en sus artículos 29 y 69. La Carta no contiene texto alguno que prohiba el establecimiento de impuestos como el de valorización, ni condiciona tampoco el poder de imposición que corresponde al legislador sin límites ni tasas. No está dentro de la órbita de las atribuciones de la Corte la determinación del punto hasta donde pueda ir el ejercicio de las facultades del legislador en relación con la cuantía de las contribuciones. Este límite en la calificación constitucional de los impuestos no puede resultar sino relacionando el poder soberano del Estado de imponer contribuciones con el amparo constitucional debido a la propiedad privada, cuando la cuantía del impuesto sea en tal forma exorbitante que abarque casi totalmente el valor de lo gravado, porque exigiéndosele así al contribuyente el importe de su propiedad o reduciéndosele a la completa improducción, llegaría a atentarse contra las garantías de ese derecho. Sólo en este caso de absorción por el impuesto de la cosa gravada o de impedimento de su uso y goce puede tener ocurrencia el acto confiscatorio o de expropiación incompatible con el derecho de propiedad que garantiza la Constitución de la República. Fuera de este caso, surge la idea de impuesto anticientífico, o de impuesto inconveniente o simplemente de gravamen alto, pero no de contribución inconstitucional" (XLV, 1928, 797).

La demanda de inexequibilidad de que se trata, puede, sí, considerarse como un esfuerzo crítico general de la reglamentación diversa que de los textos sustantivos atinentes a esta contribución han hecho las entidades públicas; pero, no como impugnación eficaz, en el terreno constitucional de las disposiciones acusadas.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— de acuerdo con el concepto emitido por el señor Procurador General de la Nación y en ejercicio de la jurisdicción que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara que son exequibles los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921. Comuníquese a quien corresponda.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

José Joaquín Rodríguez, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Brava, 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, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

1. Aspectos que es preciso tener en cuenta para poder establecer si los miembros de un Tribunal han incurrido en demoras injustificadas en el desempeño de sus funciones. 2. La actuación de un funcionario judicial, determinada por la manera como él interpreta determinadas normas procesales, en manera alguna puede dar lugar a sanción disciplinaria, ni cabe en ella la ingerencia de los visitadores del Ministerio de Justicia.

1. Del informe del Visitador del Ministerio de Justicia aparece que en el negocio a que se refiere la queja no se observaron estrictamente los términos legales. Pero las razones que para explicar la demora expone el Magistrado del Tribunal contra quien se dirige la queja, resultan justificadas, y así debió entenderlo el Visitador, ya que se abstuvo de refutarlas mediante la comprobación de datos que las desvirtuaran.

Dijo la Corte en sentencia de 18 de agosto de 1960 que "para saber si los miembros de un Tribunal acusan demoras injustificadas en el desempeño de sus funciones, no basta averiguar la fecha en que entra al despacho un asunto y aquélla en que sea resuelto, y de la comparación entre ellas y el término que la ley señale al efecto, deducir si la actividad judicial fue cumplida oportunamente, para reclamar la imposición de sanciones en el caso de que no resulte observado el término. Este procedimiento, utilizado por el acusador en la queja que se examina, aplica mecánicamente las normas legales sobre los actos procesales del Juez, con prescindencia de todo factor extraño a su comportamiento, como el previsto en el régimen disciplinario establecido en el Decreto. Por tanto, establecida la demora, la investigación no ha concluido. Queda todavía por determinar si tuvo por causa la fuerza mayor, o un motivo justificado, y sólo cuando aparezca que el retardo es extraño a hechos de tal naturaleza, habrá lugar a la aplicación de sanciones" (Gaceta Judicial, XCIII, 77).

El número excesivo de negocios que debe atender cada uno de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la necesidad legal de fallar primero los asuntos que llegan al Despacho con anterioridad, constituyen motivos suficientes para eximir al Magistrado contra quien se dirige esta queja, de la sanción disciplinaria por morosidad que solicita el abogado querellante.

2. En cuanto a la irregularidad de que se acusa al Magistrado del Tribunal por su actuación como ponente, en el juicio de que se trata, acerca del incidente sobre restitución de un término, considera la Corte que tal actuación, derivada de la manera como el referido magistrado sustanciador interpretó determinados preceptos legales de carácter procesal, en manera alguna puede dar lugar a sanción disciplinaria ni cabe en ella la ingerencia de los Visitadores del Ministerio de Justicia, como bien lo anota el magistrado acusado en los términos siguientes:

"Y es que de admitirse o siquiera tolerarse esta indebida intervención procesal sobre puntos de derecho, con ello se sentaría un funesto precedente para la soberanía e independencia con que la Constitución y la Ley protegen al encargado de administrar justicia para imponer sus fallos, pues a más de que se someterían las sentencias y providencias dictadas en juicios civiles a una especie de tercera instancia no contemplada por la ley dentro del orden jerárquico, se establecería sobre el juzgador cierta coacción para que pronunciara sus providencias en determinado sentido, ya que si no lo hiciese así, la parte no favorecida con éstas, podría pedir y obtener, mediante el ejercicio de actuaciones como las de que dan cuenta estas diligencias, que el juez o magistrado autor de los proveídos fuese castigado sancionándolo con pena pecuniaria o

con suspensión o destitución de su cargo por haberse equivocado en la interpretación de la Ley".

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.—Bogotá, D. E., agosto diecisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

El Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia envía a la Corte una copia de la queja que formuló el doctor Eduardo Rodríguez Ramírez contra el doctor José Asunción Pachón, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Acompaña también una copia del Acta de Visita que practicó el funcionario designado al efecto y del informe rendido por éste a aquella dependencia.

En su memorial de queja, el doctor Rodríguez Ramírez dice que es apoderado judicial de la señorita María Elisa Pinzón P. en un juicio posesorio que adelanta al señor Pedro J. Vallejo, el cual fue iniciado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá; que el Tribunal conoce actualmente del juicio en virtud de la apelación que interpuso contra la sentencia de primer grado; que es Magistrado ponente o sustanciador en ese negocio el doctor Pachón, a cuyo despacho entró desde el 11 de octubre de 1959; que en el mes de julio de 1960 salió el expediente de la Secretaría respectiva con auto que dictó la Sala de decisión, por medio del cual se declara la nulidad de parte del proceso; que habiéndosele notificado ese auto por estado, solicitó reposición dentro de la oportunidad correspondiente, solicitud que hasta la fecha de la queja no había sido resuelta, a pesar de haber transcurrido tres meses; que cuando el expediente se hallaba, para resolver el memorial de reposición, al despacho del Magistrado doctor Pachón, éste dando curso a una petición del apoderado del demandado sobre la restitución de un término, dictó auto en que dispone que el interesado explique a qué término de restitución se refiere; que notificado este auto, el apoderado de la parte demandada manifestó que la restitución propuesta se refería a la providencia en que la Sala de Decisión declaró nulo parte de lo actuado y, que en vista de ello, el sustanciador ordenó tramitar articulación y dar el respectivo traslado.

El doctor Rodríguez Ramírez estima que ha habido demora injustificada en la tramitación del negocio y que, además, el Magistrado sustanciador ha procedido en forma ilegal e injurídica al darle curso a la solicitud de la restitución de términos antes de que la Sala de Decisión, que entonces tenía la jurisdicción, resolviera la reposición pedida por él, "ya que involucra un incidente con una providencia que está en tela de juicio".

El Visitador del Ministerio de Justicia, en el acta respectiva, hace las siguientes anotaciones:

"A) El juicio entró al despacho del Magistrado ponente, doctor José Asunción Pachón, para sentencia de segunda instancia el día diez de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, y salió el día veintiuno de junio de mil novecientos sesenta con un auto de esa fecha por medio del cual la Sala de Decisión declaró nulo todo lo actuado en el juicio, a partir del proveído de fecha siete de julio de mil novecientos cincuenta y ocho; B) El día dos de julio de mil novecientos sesenta entró nuevamente el asunto al despacho del Magistrado ponente, doctor Pachón, para resolver el recurso de reposición que el apoderado de la demandante, doctor Eduardo Rodríguez Ramírez, interpuso contra el citado auto del 21 de junio del corriente año; C) Estando el proceso al despacho para resolver la reposición, el apoderado sustituto del demandado, doctor Hugo Manrique Echeverría, en memorial de fecha dos de septiembre de mil novecientos sesenta, pidió la restitución de un término; D) Al memorial acabado de mencionar recayó el auto del veintitrés del mismo mes de septiembre, por medio del cual el Magistrado ponente dispuso: "Previamente determine el memorialista, con toda claridad y precisión, cuál es el término cuya restitución solicita". E) Con fecha veintiocho del propio mes de septiembre el apoderado aclaró su pedimento diciendo: "el término cuya restitución solicito es el de la ejecutoria del auto citado", o sea el de fecha 21 de junio último, que declaró la nulidad; F) Hecha la anterior aclaración el Magistrado ponente dictó la providencia de fecha treinta del citado mes de septiembre, que dice: "En vista de la anterior aclaración y de lo dispuesto por el artículo 372 del Código Judicial se resuelve: La anterior solicitud formulada en tiempo sobre restitución de un término, trámitase como articulación. En consecuencia, de ella córrase traslado a la contraparte por dos días. Fórmese cuaderno separado"; G) El primero de octubre en curso el apoderado sustituto del demandado presentó un memorial manifestando que desistía de su solicitud de restitución de término, desistimiento que el Magistrado ponente aceptó por medio del auto de fecha diez de los corrientes, en donde se dispuso que en firme la misma providencia vuelva el asunto al despacho "para resolver la reposi-

ción pendiente"; H) El expediente está en la Secretaría listo para entrarlo al despacho en cumplimiento de aquella orden".

El mismo Visitador, en el informe que rindió al Departamento de Vigilancia Judicial sobre el cumplimiento de su Comisión, expresa el siguiente concepto:

"Considero señor Director que el Magistrado ponente ha cometido una irregularidad en el procedimiento por cuanto sin haber resuelto el memorial de reposición entró a considerar el memorial de la otra parte en el cual solicita la restitución de un término. Es claro que habiendo una providencia por dictar en atención a una petición pedida (sic) con anterioridad mal puede un magistrado dar cvasión a un memorial posterior".

Para los fines del artículo 5º del Decreto 3665 de 1950, la Corte puso la queja en conocimiento del Magistrado doctor Pachón, quien la contestó en debida oportunidad. En su descargo dicho funcionario expone las razones consignadas por él en el Acta de Visita, a saber:

"Primera. Entrado al despacho el juicio posesorio de que se trata, para proferir la sentencia de segundo grado, el suscrito Magistrado ponente procedió a estudiarlo con el fin de elaborar el respectivo proyecto, con el resultado de que después de detenido examen de los autos, observó que el proceso había quedado viciado de nulidad desde la providencia de fecha 7 de julio de 1958, inclusive, por los motivos que luego se precisaron en el proveído que declaró la nulidad.

"Segunda. Puesto en conocimiento de los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, por el Magistrado sustanciador, el vicio de nulidad observado, ésta, después de varios debates suscitados en distintos días, optó por declarar la nulidad de que ya se ha hablado.

"Tercera. Si el juicio en referencia no se decidió en segunda instancia antes de producirse aquella declaratoria de nulidad, ello se debió a lo siguiente: a) A lo delicado del problema controvertido sujeto a decisión; b) A la necesidad legal de fallar primero los asuntos que para tal efecto habían venido al despacho con anterioridad, y, c) Al recargo de trabajo a que cada uno de los magistrados tiene que atender y por lo cual se ven obligados a emplear el sistema de turno para el despacho de los numerosos negocios que entran para sentencia;

"Cuarta. Si el recurso de reposición interpuesto por el abogado doctor Rodríguez Ramírez contra el precitado auto del 21 de junio de 1960 no se ha resuelto hasta la fecha, ello se debe a las causas enunciadas en el numeral anterior y además a lo siguiente: a) A que reunida por el magistrado ponente, la Sala de Decisión para considerar y resolver tal recurso, después de larga deliberación, los Magistrados restantes resolvieron llevarse el expediente para sus despachos, a fin de estudiarlo directamente, cada uno por separado, a fin de decidir la reposición con pleno conocimiento de la situación de hecho y de derecho contemplada en el proceso; b) A que, en consecuencia, y con tal fin, el expediente pasó al despacho del Magistrado doctor Rey Barrera como pudo comprobarlo personalmente y por varias veces la demandante María Elisa Pinzón Pinzón, despacho en donde se encontraba el juicio cuando se presentó la petición sobre restitución de término de que se ha hablado, y c) A que el expediente se sustrajo del estudio de la Sala de Decisión por efecto de aquella petición".

"Quinta. A la aludida solicitud de restitución de término formulada por el apoderado sustituto del demandado se le dio curso antes de resolver la mencionada reposición, por estos motivos: 1º) Porque la restitución impetrada era precisamente la del término de la ejecutoria del auto de cuya reposición se trata, y siendo así, es obvio que este recurso no podía decidirse mientras estuviera pendiente, el incidente de restitución, cuyo resultado, como bien se comprende, podía influir en la decisión final, o sea en la que recayera al recurso de reposición; y, 2º Porque el incidente de restitución de término era legalmente procedente al tenor del artículo 372 del Código Judicial, ora, porque como fundamento de ella se alegó fuerza mayor —enfermedad grave del apoderado principal del demandado, doctor Milciades Cortés A.—; bien, porque el tantas veces mencionado recurso de reposición no había sido decidido; y ya porque el juicio mismo, en el fondo, no ha sido resuelto en definitiva, puesto que lo que se hizo en la segunda instancia fue anular el proceso desde el auto que abrió la causa a prueba".

Y agrega:

"a) Al tenor del artículo 488 del Código Judicial, el recurso de reposición procede también contra los autos interlocutorios; 'y en este caso, la solicitud se mantiene en la Secretaría por dos días a disposición de la contraparte, para que esta pueda objetarla dentro de ese término...' Y en la ocurrencia de autos la restitución de término impetrada se pidió para hacer uso, precisamente, de este derecho de objeción concedido por la ley;

"b) La restitución de un término procede aún después de la sentencia, 'pues hay algunos, como el de apelación, que corren luego del fallo', como

lo anota el doctor Hernando Morales en su obra 'Curso de Derecho Procesal', Parte General, Cuarta Edición, páginas 354 y 355, y

"c) Los autos dictados en el incidente de restitución de término los profirió únicamente el suscrito Magistrado en su calidad de ponente —no la Sala de Decisión— porque así lo estatuye el primer inciso del artículo 84 del Código Judicial".

Termina manifestando, como conclusión de los anteriores descargos, que son absolutamente equivocadas las apreciaciones emitidas sobre su actuación en el incidente de la restitución de términos, por el abogado querellante y el comisionado Visitador del Ministerio de Justicia. De éste dice además que "se está atribuyendo funciones que, constitucional y legalmente, no le corresponden, como que pretende interpretar y aplicar la ley en un juicio civil, facultad que en acuerdo con nuestra organización judicial y procedimiento civil solo puede ejercerla la administración de justicia a través de las entidades o funcionarios determinados en el primer inciso del artículo 1º del Código Judicial...".

La Corte considera:

Del informe del Visitador del Ministerio de Justicia aparece que el negocio a que se refiere la queja, entrado al Despacho del Magistrado doctor Pachón el 10 de octubre de 1959, no salió sino el 21 de junio de 1960, con auto por medio del cual se declara nulo parte de lo actuado, y que el memorial de reposición, presentado oportunamente por el doctor Rodríguez Ramírez, no había sido resuelto en la fecha del informe, o sea el 27 de octubre del mismo año. Es, pues, evidente que no se observaron estrictamente los términos legales. Pero las razones que para explicar la demora expone el magistrado contra quien se dirige la queja, resultan justificadas, y así debió entenderlo el Visitador del Ministerio de Justicia, ya que se abstuvo de refutarlas mediante la comprobación de datos que las desvirtuaran.

Dijo la Corte, en sentencia del 18 de agosto de 1960 que "para saber si los miembros de un Tribunal acusan demoras injustificadas en el desempeño de sus funciones, no basta averiguar la fecha en que entra al despacho un asunto y aquélla en que sea resuelto, y de la comparación entre ellas y el término que la ley señale al efecto, deducir si la actividad judicial fue cumplida oportunamente, para reclamar la imposición de sanciones en el caso de que no resulte observado el término. Este procedimiento, utilizado por el acusador en la queja que se examina, aplica mecánicamente las normas legales sobre los actos procesales del Juez, con prescindencia de todo factor extraño a su comportamiento, como el previsto en el régimen disciplinario establecido en el Decreto. Por tanto, establecida la demora, la investigación no ha concluído. Queda todavía por determinar si tuvo por causa la fuerza mayor, o un motivo justificado, y solo cuando aparezca que el retardo es extraño a hechos de tal naturaleza, habrá lugar a la aplicación de sanciones" (G. J., 2228-2229, página 77).

El número excesivo de negocios que debe atender cada uno de los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la necesidad legal de fallar primero los asuntos que llegan al Despacho con anterioridad, constituyen motivos suficientes para eximir al Magistrado doctor Pachón de la sanción disciplinaria por morosidad que solicita el abogado querellante.

En cuanto a la irregularidad de que se le acusa por su actuación como ponente en el mismo juicio acerca del incidente sobre restitución de un término, considera la Corte que tal actuación, derivada de la manera como el magistrado sustanciador interpretó determinados preceptos legales de carácter procesal, en manera alguna puede dar lugar a sanción disciplinaria ni cabe en ella la ingerencia de los Visitadores del Ministerio de Justicia, como bien lo anota el magistrado acusado en los términos siguientes:

"Y es que de admitirse o siquiera tolerarse esta indebida intervención procesal sobre puntos de derecho, con ello se sentaría un funesto precedente para la soberanía e independencia con que la Constitución y la Ley protegen al encargado de administrar justicia para imponer sus fallos, pues a más de que se someterían las sentencias y providencias dictadas en juicios civiles a una especie de tercera instancia no contemplada por la ley dentro del orden jerárquico, se establecería sobre el juzgador cierta conección para que pronunciara sus providencias en determinado sentido, ya que si no lo hiciese así, la parte no favorecida con éstas, podría pedir y obtener, mediante el ejercicio de actuaciones como las de que dan cuenta estas diligencias, que el Juez o Magistrado autor de los proveídos fuese castigado sancionándolo con pena pecuniaria o con suspensión o destitución de su cargo por haberse equivocado en la interpretación de la Ley".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, estima infundada la queja presentada por el doctor Eduardo Rodríguez Ramírez, contra el doctor José Asunción Pachón, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Ju-

dicial de Bogotá, y, por tanto, declara que no hay lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INTERVENCIONISMO DEL ESTADO. PRIVILEGIOS Y MONOPOLIOS. SE DECLARA EXEQUIBLE EL ARTICULO 24 DE LA LEY 90 DE 1948, POR EL CUAL SE AUTORIZA AL GOBIERNO PARA FIJAR PRECIOS SUFICIENTEMENTE REMUNERADORES A PRODUCTOS AGRICOLAS Y MATERIAS PRIMAS.

El precepto acusado encuentra claro apoyo en el artículo 32 de la Carta. Su propósito evidente es el de fomentar la industria nacional, en lo que concierne a la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país. La racionalización a que se refiere el artículo 32 de la Carta no puede constreñirse al simple aspecto técnico de la producción, distribución y consumo de las riquezas, sino que su alcance mira, principalmente, al incremento de la economía nacional. De otra parte, el carácter general de la disposición acusada, contraría el alcance de exclusividad que concierne a todo monopolio. Las gracias o prerrogativas que consagra una ley con miras a fomentar las empresas útiles o benéficas, si se cumplen ciertos y determinados requisitos, son permitidas.

El artículo 24 de la Ley 90 de 16 de diciembre de 1948 faculta al Gobierno "para fijar precios suficientemente remuneradores para productos agrícolas y materias primas de producción nacional, utilizables por la industria colombiana, a fin de fomentar la producción hasta llenar las necesidades del consumo nacional, y en forma que permita establecer un nivel equitativo de salarios para los trabajadores. Para lograr este fomento...", agrega la norma acusada, "el Gobierno podrá fijar cuotas de absorción obligatoria de las materias primas de producción nacional y condicionar el otorgamiento de licencias de importación, a la celebración de convenios con los interesados, referentes a la compra de tales materias primas".

El fin económico social del precepto aludido es indiscutible. El encuentra claro apoyo en el artículo 32 de la Carta, como que en éste se autoriza al Estado para "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".

Su propósito evidente es el de fomentar la industria nacional, en lo concerniente a la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país. Con ello, lógicamente, se racionaliza su producción y consumo y se busca para el trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Naturalmente, dentro del desarrollo de estos fines de incremento de la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país, bien podía el legislador, como así lo hizo, dentro del ámbito del precepto constitucional antes citado, facultar al Gobierno para condicionar el otorgamiento de licencias de importación de los mismos productos a determinados actos, como la celebración de convenios sobre compra de materias primas nacionales.

La racionalización a que se refiere el artículo 32 de la Carta no puede constreñirse al simple aspecto técnico de la producción, distribución y consumo de las riquezas, sino que su alcance mira, principalmente, al incremento de la economía nacional.

Es cierto, como lo anota el demandante, que la Conferencia Económica Mundial, que organizó la Sociedad de las Naciones en Ginebra, en el año de 1927, definió así la racionalización: "Aquellos métodos técnicos y de organización que son destinados a limitar a un mínimum el desgaste

del trabajo y de materiales. Pertenecen a esto la organización científica del trabajo, la standarización del material y de los productos, la simplificación de los procesos de producción y el mejoramiento de los transportes y ventas". Pero, con el tiempo y con las necesidades crecientes de la industria, del comercio, de la distribución y del consumo, y particularmente por el deber del Estado de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, el concepto de racionalización ha ido ampliándose, en forma que hoy no puede sometérsele al estrecho cauce que primeramente le señaló el "taylorismo", o al que luégo indicó la citada Conferencia Económica Mundial.

La Corte, en sentencia de 4 de septiembre de 1939 (Sala Plena, Gaceta Judicial, XLVIII, 616 ss.), dice lo siguiente:

"El progreso creciente de las industrias y la urgencia de fomentarlas, de metodizarlas y de defenderlas, ha impuesto la necesidad de la intervención del Estado en esta zona de la actividad humana. La intervención estatal es hoy aceptada en todos los países y sólo varían los métodos empleados para practicarla... La Constitución de Colombia, al autorizar en su artículo 28..." (hoy 32)..., "la intervención del Estado para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, abarcó en su totalidad el problema y no se refirió solamente a la racionalización técnica sino también a la comercial y a la económica. Interpretar en otra forma esa disposición sería mutilar el pensamiento del constituyente y darle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado que haría ineficaz la intervención".

De otra parte, el carácter general de la disposición acusada, como que se refiere a todos los "productos agrícolas y materias primas de producción nacional utilizables por la industria colombiana", contraría el alcance de exclusividad que concierne a todo monopolio.

Al respecto, también la Corte, en sentencia de 14 de marzo de 1951, citada por el señor Procurador General de la Nación (Gaceta Judicial, LXIX, 316), expresa que "lo que es prohibido de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución Nacional, es la concesión de privilegios a objetos distintos de los inventos útiles y de las vías de comunicación, pero las gracias o prerrogativas que consagra una ley con miras a fomentar las empresas útiles o benéficas, si se cumplen ciertos y determinados requisitos, son permitidas y caen bajo la reglamentación consagrada por el ordinal 2º del artículo 76 del Estatuto Fundamental".

De las consideraciones hechas, se desprende que la norma acusada no es inexequible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

El doctor Néstor Vergara Túmara, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita que se declare inexequible el artículo 24 de la Ley 90 de 1948, cuyo texto es el siguiente:

"El Gobierno podrá, cuando lo juzgue necesario, fijar precios suficientemente remuneradores para productos agrícolas y materias primas de producción nacional, utilizables por la industria colombiana, a fin de fomentar la producción hasta llenar las necesidades del consumo nacional, y en forma que permita establecer un nivel equitativo de salarios para los trabajadores. Para lograr este fomento, el Gobierno podrá fijar cuotas de absorción obligatoria de las materias primas de producción nacional y condicionar el otorgamiento de licencias de importación, a la celebración de convenios con los interesados, referentes a la compra de tales materias primas".

Estima el demandante que la norma transcrita viola los siguientes preceptos de la Carta:

a) El inciso 2º del artículo 31, según el cual "sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación", y

b) El artículo 32, el cual dispone que "el Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y 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.

"Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución".

Apoya lo solicitado en las siguientes consideraciones:

"El artículo 24 de la Ley 90 de 1948 es inconstitucional, porque las prescripciones que hizo el legislador ordinario de la intervención estatal en las industrias, para racionalizar la producción, constituyen un falseamiento al texto de la norma constitucional (art. 32 de la Constitución Nacional), pues dicho artículo 24 confunde la racionalización de la producción de las industrias, definida por la Conferencia Económica Internacional de la Sociedad de Naciones 'como el conjunto de métodos, de técnica y de orga-

nización, destinados a asegurar el mínimo de pérdidas en esfuerzo material', con el 'acto de imperium' de fijar precios, e imponer cuotas de absorción obligatoria de materias primas nacionales a las industrias, que es remedio contrario a la racionalización de la producción.

"Fuera del falseamiento al texto constitucional, por entender como racionalización la fijación de precios y cuotas de absorción obligatoria, de materias primas nacionales que debe absorber la industria transformadora por prescripción imperativa de la norma, que no admite recurso, se viola ostensiblemente una de las libertades primarias, el 'jus commercium', que es una de las libertades individuales, anterior a las constituciones escritas, y en la cual se fundamentan el orden y la legalidad constitucional, según el pensamiento del tratadista Hauriou... Dicho artículo viola el principio superior de derecho, que forma parte de la legalidad constitucional, de la igualdad ante la ley, pues establece un privilegio aberrante, injurídico, antitécnico, en favor de la clase productora de materia prima nacional, que, por imperio de la norma acusada, tiene asegurado, antes de comenzar la labor, un precio monopolístico para ésta, y una compra total de la producción, lo que hace que ese fomento de ella no sea bajo la inspiración de las reglas de la racionalización, sino bajo la égida de un privilegio estatal, que incide en la letra y en el espíritu del inciso 2º del artículo 31 de la Constitución Nacional".

Anota, además:

"Según el tratadista, Tascón, la producción se puede racionalizar mediante el aumento del rendimiento con menor costo, con la mejora de las condiciones de trabajo, para darle el máximo de eficasia, con el mínimo de esfuerzo.

"El diccionario de Economía de 'College Outline Series' la define, así: ... 'tal como se aplica a la industria, nuevos métodos de naturaleza administrativa que aumentan su eficacia'. El honorable Senado de la República, al discutir el Acto legislativo número 1 de 1936, que guarda mucha similitud con el artículo 32 de la Constitución actual, dejó constancia que entendía por racionalización, la definición que dio de tal fenómeno la Conferencia Económica de la Sociedad de Naciones".

Dice luego el demandante que, como fundamento de orden económico, se tiene lo siguiente:

"Lo que prescribe el artículo 24 citado, contraría la racionalización de la producción; por mandato de la ley, la industria está obligada a absorber a precios monopolísticos la producción íntegra de la materia prima nacional. Esta absorción obligatoria, origina que la persona, natural o jurídica, dedicada a la industria de extracción de grasas, tiene que producir necesariamente a 'costo creciente', modalidad esta que contraría la esencia de la racionalización, que es el aumento de la producción con el menor costo, con la mejora en las condiciones de trabajo, para darle el máximo de eficacia con el mínimo esfuerzo, según las definiciones de que se ha hecho mérito.

"El modo operandi para fomentar la producción estatuído por el legislador es equívoco, en la práctica se falsea el principio constitucional de la intervención estatal en las industrias, pues la Constitución sí la permite, pero con un fin, para racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza; como un medio para aumentar su eficacia, como un remedio para redistribuir la riqueza, o para dar protección al trabajador; más, de la pureza literal del texto, ni de su espíritu, ni de ningún principio superior de derecho, se desprende que ese artículo vaya a servir de fundamento para establecer el odioso privilegio que prohija el artículo 24 de la Ley 90, que garantiza a los productores de materia prima nacional la venta íntegra de su producción, a precios monopolísticos.

"El eminente profesor Paul Samuelson, en su Curso de Economía Moderna, página 40, dice cuál debe ser la directriz del Estado en relación con la empresa privada: 'Evidentemente, el Estado debe emplear todas sus facultades fiscales y monetarias en capacitar la empresa privada para mantener un estable y elevado nivel de empleo y para lograr una productividad creciente, y entonces serán varios los principios clásicos de la economía sobre los mercados y los precios'. Entre nosotros se fomenta 'la productividad', el pleno empleo, con la tesis monopolística que prohija el artículo 24 citado, que contribuye a que en virtud de los precios monopolísticos las fábricas de grasas operen su producción a precios crecientes".

Como conclusiones, señala el doctor Vergara Támara las que pasan a transcribirse:

"Primera. El artículo 24 de la Ley 90 de 1948, viola el jus commercium, que es una libertad primaria, el orden individualista, que forma parte de la legalidad constitucional.

"Segunda. El mismo texto citado prohija un privilegio en favor de los productores de materias primas nacionales y en contra de la industria transformadora de grasas, pues dichos productores tienen asegurada la venta de toda la producción a un precio monopolístico, que hiere

la estructura del sistema de precios en que se basa la libre empresa.

"Tercera. También el artículo 24 falsea el principio constitucional de la intervención del Estado, pues en la práctica confunde el fenómeno económico de la racionalización con una intervención estatal que conculca el principio superior de derecho de igualdad ante la ley, pues, por el solo hecho de ser fabricante de grasas, la persona natural o jurídica que se dedique a esta actividad, tiene limitada su facultad de importar materias primas oleaginosas, para su industria, si no absorbe la materia prima de producción nacional; en cambio, cualquier 'otro industrial' puede importar lo que necesite con las solas limitaciones de la lista de prohibida importación".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación, luego de un amplio y fundamentado examen del asunto, considera que el artículo 24 de la Ley 90 de 1948 no es inexequible, y solicita, en consecuencia, que así lo declare la Corte.

Sobre el particular, anota lo siguiente:

a) Si "por monopolio ha de entenderse, como lo define el Diccionario, el 'aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera', no se ve cómo puede afirmarse que la norma materia de acusación consagra un monopolio. Aun cuando el demandante pretende dar la sensación de que los únicos productores beneficiados con la medida son los de materias oleaginosas, y que las únicas industrias perjudicadas con ella son las de grasas, el texto del artículo no autoriza esa arbitraria restricción; lo cierto es que la medida es general, concepto éste contrario al de exclusividad propia del monopolio.

"De este modo, en opinión de la Procuraduría, el artículo acusado no viola el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Nacional".

b) "No se trata...", agrega...; "de un privilegio de aquellos que prohibe expresamente la Constitución en el artículo 31, sino de una legítima intervención estatal, de aquellas contempladas en el artículo 32 de la Carta.

"La intervención estatal, por mandato de una ley, es procedente en la explotación de industrias públicas y 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". Y la disposición acusada cabe en el precepto constitucional de que se hace referencia, el cual comprende "la facultad de fijar precios suficientemente remuneradores y, al efecto, determinar cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional, así como condicionar el otorgamiento de licencias de importación a la celebración de convenios con los interesados, referentes a la compra de tales materias primas".

Anota más adelante que "el problema se reduce a saber si la fijación de precios suficientemente remuneradores puede entenderse como 'racionalización' de la producción, distribución y consumo de las riquezas. La Procuraduría se pronuncia por la afirmativa, no sólo por las razones atrás expuestas, sino porque, desde un punto de vista general de las necesidades y conveniencias del país, es forzoso entender como racionalización las medidas que, como la fijación de precios, fortalecen las industrias y empresas nacionales y las capacitan para abastecer el mercado interno de la nación, mejoran la situación de los trabajadores y elevan sus salarios y limitan las importaciones de materias primas que el país produce. De aceptarse la extrema tesis del demandante, habría que considerar como inconstitucionales todas aquellas normas, hoy vigentes, que facultan al Gobierno —muy especialmente al Ministerio de Fomento— para fijar precios y tarifas en numerosas ramas de la industria. Tal consecuencia —evidentemente errada— muestra la invalidez jurídica de las tesis contenidas en la demanda.

"Por otra parte, dentro de un régimen jurídico que permite el establecimiento de listas de 'prohibida importación', parece claro que el Gobierno, en virtud de facultad conferida expresamente por la Ley, puede condicionar el otorgamiento de licencias de importación a determinados actos, tales como la celebración de convenios sobre compra de materias primas, en la forma hecha por el artículo acusado. Si quien puede lo más puede lo menos, el legislador que puede facultar al Gobierno para establecer listas de prohibida importación, puede evidentemente facultarlo para que condicione el otorgamiento de licencias a la celebración de determinados convenios".

c) Observa, por último, el señor Procurador que "la norma acusada tiende a fomentar y estimular la industria nacional, de manera que, lejos de violar el artículo 31 (inc. 2º) de la Constitución, parece caber dentro de la disposición contenida en el numeral 20 del artículo 76 de la Carta. Lo que se consagra...", repite...,

"es una prerrogativa a favor de la industria nacional, con el fin de estimular la producción y de establecer un nivel equitativo de salarios para los trabajadores".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA

El artículo 24 de la Ley 90 de 16 de diciembre de 1948 faculta al Gobierno "para fijar precios suficientemente remuneradores para productos agrícolas y materias primas de producción nacional, utilizables por la industria colombiana, a fin de fomentar la producción hasta llenar las necesidades del consumo nacional, y en forma que permita establecer un nivel equitativo de salarios para los trabajadores. Para lograr este fomento...", agrega la norma acusada..., "el Gobierno podrá fijar cuotas de absorción obligatoria de las materias primas de producción nacional y condicionar el otorgamiento de licencias de importación, a la celebración de convenios con los interesados, referentes a la compra de tales materias primas".

El fin económico-social del precepto aludido es indiscutible. El encuentra claro apoyo en el artículo 32 de la Carta, como que en éste se autoriza al Estado para "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".

Su propósito evidente es el de fomentar la industria nacional, en lo concerniente a la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país. Con ello, lógicamente, se racionaliza su producción y consumo y se busca para el trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Naturalmente, dentro del desarrollo de estos fines de incremento de la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país, bien podía el legislador, como así lo hizo, dentro del ámbito del precepto constitucional antes citado, facultar al Gobierno para condicionar el otorgamiento de licencias de importación de los mismos productos, a determinados actos, como la celebración de convenios sobre compra de materias primas nacionales.

La *racionalización* a que se refiere el artículo 32 de la Carta no puede constreñirse al simple aspecto técnico de la producción, distribución y consumo de las riquezas, sino que su alcance mira, principalmente, al incremento de la economía nacional.

Es cierto, como lo anota el demandante, que la Conferencia Económica Mundial, que organizó la Sociedad de las Naciones en Ginebra, en el año de 1927, definió así la *racionalización*: "Aquellos métodos técnicos y de organización que son destinados a limitar a un mínimum el desgaste del trabajo y de materiales. Pertenecen a esto la organización científica del trabajo, la standarización del material y de los productos, la simplificación de los procesos de producción y el mejoramiento de los transportes y ventas". Pero, con el tiempo y con las necesidades crecientes de la industria, del comercio, de la distribución y del consumo, y particularmente por el deber del Estado de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, el concepto de *racionalización* ha ido ampliándose, en forma que hoy no puede sometérsele al estrecho cauce que primeramente le señaló el "taylorismo", o al que luego indicó la citada Conferencia Económica Mundial.

La Corte, en sentencia de 4 de septiembre de 1939, (Sala Plena. G. J., t. XLVIII, p. 610 a 634), dice lo siguiente:

"El progreso creciente de las industrias y la urgencia de fomentarlas, de metodizarlas y de defenderlas, ha impuesto la necesidad de la intervención del Estado en esta rama de la actividad humana. La intervención estatal es hoy aceptada en todos los países y sólo varían los métodos empleados para practicarla... La Constitución de Colombia, al autorizar en su artículo 28..."; (hoy 32) ..., "la intervención del Estado para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, abarcó en su totalidad el problema y no se refirió solamente a la racionalización técnica sino también a la comercial y a la económica. Interpretar en otra forma esa disposición sería mutilar el pensamiento del constituyente y darle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado que haría ineficaz la intervención".

De otra parte, el carácter general de la disposición acusada, como que se refiere a todos los "productos agrícolas y materias primas de producción nacional utilizables por la industria colombiana", contraría el alcance de exclusividad que concierne a todo *monopolio*.

Al respecto, también la Corte, en sentencia de 11 de marzo de 1951, citada por el señor Procurador General de la Nación (G. J., t. LXIX, 316), expresa que "lo que es prohibido de acuerdo con la disposición primeramente citada..." (se refiere al art. 31 de la Constitución Nacional)..., "es la concesión de privilegios a objetos distintos de los inventos útiles y de las

vías de comunicación, pero las gracias o prerrogativas que consagra una ley con miras a fomentar las empresas útiles o benéficas, si se cumplen ciertos y determinados requisitos, son permitidas y caen bajo la reglamentación consagrada por el mencionado ordinal 20 del artículo 76 del Estatuto Fundamental".

De las consideraciones hechas, se desprende que la norma acusada no es inexequible.

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, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría General de la Nación, *declara exequible* el artículo 24 de la Ley 90 de 16 de diciembre de 1948.

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

José Joaquín Rodríguez, 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, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad,, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Los extractos de las doctrinas sentadas por esta Sala durante los meses de mayo, junio y julio de 1962, fueron elaborados por el Relator de entonces doctor Luis Ignacio Segura. Y los correspondientes al mes de agosto del mismo año, a cargo del señor Carlos Manuel Gutiérrez E., Relator Judicial Auxiliar.

OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO.

La demanda, sobre resarcimiento de daños, dependió de haberse incendiado, en poder del arrendatario, una casa de propiedad del actor. Presunción de responsabilidad del arrendatario. La carga de la prueba. Acción de perjuicios derivada de los daños ocasionados a la cosa arrendada.

Aparece ajustada a derecho la premisa capital de la sentencia que se examina, puesto que por el inciso cuarto del artículo 2005 del Código Civil se presume responsabilidad del arrendatario cuanto a los daños y pérdidas sobreven'dos durante el goce sobre la cosa arrendada. De modo que para verse libre de indemnizarlos "debe probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios", que es norma ya sentada por el artículo 1993 ibidem.

Si dentro del marco legal incumbe al arrendatario probar por lo menos hechos positivos de cuidado y diligencia que permitan inferir ciertamente que el perjuicio no es imputable a conducta errónea suya o de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, bien se destaca entonces que no es bastante hallar margen de duda acerca del origen del daño o pérdida sobrevinientes durante el goce del objeto, para que el planteamiento se resuelva por el juez a favor del arrendatario, desde luego que la presunción de responsabilidad le impone la carga de la prueba contraria en forma tan completa y plena que el sentenciador haya de recibir con certeza la conclusión de que la causa eficiente del perjuicio no es imputable en la medida de la culpa leve, directa ni indirectamente, al arrendatario. Y claro

es que la duda y la certeza se excluyen recíprocamente.

Si el arrendatario debe probar que el daño no es imputable a conducta suya o de las personas por quienes responde; si no demuestra hechos que acrediten la diligencia y esmero propios del buen padre de familia, o sea, que dentro de esta conducta no le era posible prever ni conjurar el daño que llegó entonces a consumarse por fuera de su control, surge en derecho la obligación de indemnizar el daño, y para el arrendador la titularidad de la acción de resarcimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo dos (2) de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

En documento estampillado el 3 de agosto de 1955 aparece que desde el lunes 4 de julio inmediatamente anterior y con plazo inicial de un año, Jaime Hennessey Encinales recibió en arrendamiento de José A. Lesmes la casa 5-52 de la carrera 8ª de Neiva, con la obligación de "destinar el inmueble arrendado exclusivamente a depósito de mercancías pertenecientes al giro de su negocio denominado *Almacén Luxor*", sin poder darle otro uso, ni ceder o transferir a cualquier título el arrendamiento sin la autorización expresa y escrita del arrendador. Y reza la cláusula:

"*Séptima.* El arrendatario declara que ha recibido la casa materia de este contrato en perfecto estado de servicio, tanto en sus puertas, ventanas, cerraduras y demás seguridades, como en sus instalaciones de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y sus respectivos aparatos de control, y la instalación telefónica además, y que en el mismo estado la devolverá al arrendador a la expiración del arrendamiento o cuando éste haya de cesar por cualquiera de las causales aquí previstas, salvo deterioro procedente de uso legítimo. También se obliga el arrendatario a cumplir las normas de las autoridades sanitarias y los reglamentos de las empresas cuyos servicios se prestan en el inmueble arrendado, siendo de su cargo el pago de las multas y perjuicios que la violación de ellas ocasione..."

Con arraigo en que Hennessey Encinales no cumpliese la obligación de restituir el inmueble en el mismo estado en que lo recibió, salvo deterioro por uso legítimo, el arrendador Lesmes le entabló juicio ordinario tendiente a obtener indemnización por los daños que experimentara el inmueble mientras estuvo en poder del arrendatario, a más del pago de las costas procesales.

Contradicho el libelo y tramitado el litigio en primera instancia, el Juez del conocimiento, 2º Civil del Circuito de Neiva, con fecha 7 de junio de 1960, resolvió así:

"1º Condénase al señor *Jaime Hennessey Encinales* a pagar al señor *José Abigaíl Lesmes Alfonso* la suma de $ 15.100.00 moneda corriente como indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el segundo de los nombrados, con ocasión del incendio de la casa de la carrera 8ª número 5-52, de esta ciudad, ocurrido el 1º de agosto de 1958, mientras el primero la tenía en calidad de arrendatario.

"2º Condénase en las costas del presente juicio al demandado".

Con fallo confirmatorio del 15 de junio de 1961, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva cerró la segunda instancia abierta por apelación del demandado. Y cumple ahora a la Corte resolver el recurso extraordinario interpuesto por la misma parte vencida.

La sentencia de instancia

Acerca del desarrollo del contrato comenta el sentenciador la prórroga automática derivada del Decreto 1070 de 9 de mayo de 1956, y continúa:

"El inmueble fue destinado no solamente para depósito de mercancías, para lo cual había sido arrendado, sino también para habitación, pues a él se trasladó a vivir el señor José Javier Guzmán, administrador del demandado, con su familia, mujer y niños de corta edad. Según el testimonio de Miguel Barrios, allí funcionó un taller de reparación de radios, y de máquinas de coser y de escribir, y advierte que hicieron una reforma en la instalación de energía eléctrica, consistente en la colocación de un transformador para cambiar el voltaje de la corriente.

"Así las cosas, en la madrugada del 1º de agosto de 1958, a las veinticuatro y cincuenta y cinco minutos, según el informe del Cuerpo de Bomberos pasado al alcalde de la ciudad, ocurrió un incendio en la casa a que se refiere la demanda, que estaba en poder del demandado como arrendatario.

"Su administrador José Javier Guzmán solicitó después, el 2 de octubre del mismo año, que se requiriese a José A. Lesmes 'para que reciba la casa de habitación de su propiedad ubicada en esta ciudad en la carrera 8ª número 5-52 de la nomenclatura urbana y que le fue arrendada a mi representado señor Hennessey Encinales

según contrato escrito de fecha 13 de julio de 1956'. Se fundaba el requerimiento en la circunstancia de que tal casa había sido destruída por el fuego y había quedado completamente inadaptada para habitarla 'por mi representado o sus dependientes y por ello hubo necesidad de desocupar dicha casa tan pronto como fue posible'.

"El fuego redujo a ruinas el edificio en su mayor parte, causando graves perjuicios al arrendador, y de allí el motivo de su demanda para obtener el resarcimiento de daño".

Cuanto a la responsabilidad que pesa sobre el arrendatario de usar el objeto en los términos o espíritu del contrato según lo prescrito por los artículos 1996 y siguientes del Código Civil, se destaca en el fallo lo estatuído en su parte final por el artículo 2005, acerca de que el arrendatario deberá probar que los daños y pérdidas durante el goce de la cosa arrendada no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, para verse libre de responsabilidad, y añade el Tribunal:

"Corresponde, pues, al demandado probar su ausencia de culpa a efecto de quedar libre de responsabilidad, de acuerdo con las normas citadas, que en particular armonizan con el principio general consagrado en el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, y la del caso fortuito al que lo alega.

"Aducida por el arrendador la prueba del contrato y la del daño causado en el inmueble arrendado, es deber del arrendatario probar que su obligación se ha cumplido, porque sobre él pesa, por la simple inejecución del contrato, la presunción de su culpa y está obligado a acreditar la ausencia de la misma, es decir, que empleó la debida diligencia y cuidado, para librarse de responsabilidad".

En seguida el Tribunal entra en el estudio de la inspección ocular que con peritos se practicó en segunda instancia a solicitud del demandado, y expresa:

"Los peritos conceptuaron que el inmueble había sido incendiado en su parte interior y superior, y afirmaron que el fuego se inició en el local adaptado para cocina y destinado para depósito de mercancías del *Almacén Luxor*. Descartaron la hipótesis de que el fuego se hubiese iniciado por la cocina de la casa de la calle 6ª, número 8-02 y 8-06, que tiene hornilla para leña situada, pared de por medio, con el local destinado para depósito de mercancía de la casa incendiada. Igualmente descartaron la posibilidad de la iniciación del fuego por la cocinita portátil de gas o petróleo, que los moradores de la casa arrendada usaban para la cocción de los alimentos. Concluyeron, finalmente, que el incendio se debió a un corto circuito, producido en la instalación eléctrica que daba iluminación al depósito de mercancías.

"El dictamen, en lo referente a dicha conclusión, fue objetado por el apoderado de la parte demandante y la objeción prosperó. Se nombraron entonces nuevos peritos, técnicos en materia de electricidad, los señores José de J. Manchola y Luis Carlos Castillo, quienes concluyeron su informe de la siguiente manera:

"'1: Es nula la posibilidad de que el incendio de la casa de la carrera 8ª Nº 5-52 se haya iniciado por chispa de la estufa de petróleo que usaban los habitantes de dicha casa.

"'2º Es nula también la posibilidad de que tal incendio se originara por chispas de la estufa de leña de la casa 8-02/06 de la calle 6ª, colindante con la incendiada.

"'3º Hay fuertes indicios para pensar que el incendio se originó por un corto circuito de la instalación eléctrica de la casa número 5-52 de la carrera 8ª.

"'4º Más allá de esto no se puede asegurar nada por imposibilidad de hallar mayores pruebas a treinta y dos meses de distancia del hecho, cuando no las hallaron los bomberos que lo presenciaron'.

"Según este informe hay indicios que llevan a pensar en un corto circuito, pero tal hecho no se encuentra plenamente demostrado. Y si así hubiese ocurrido, lo cual apenas es una hipótesis, las motivaciones del experticio inducen a pensar en la posibilidad de un cambio de los fusibles de la instalación de la casa incendiada, para la reparación de radios. Esto es también una conjetura apenas, pues las válvulas portafusibles de la entrada no fueron examinadas para verificar el hecho".

Transcribe en lo pertinente la fundamentación del dictamen para comentar:

"Si la causa del incendio hubiese sido un corto circuito, según los indicios de que hablan los peritos, habría ocurrido por un posible cambio de los fusibles, como ya se dijo, lo cual no descartaría la ausencia de culpa en el arrendatario. Hay que tener en cuenta que según algunos testimonios había luz en las bombillas en pleno incendio, y que la casa arrendada no se destinó exclusivamente para los fines previstos en el contrato, pues sirvió además como casa de habitación del administrador del arrendatario y su familia, y como taller de reparación de radios y máquinas".

Y concluye en el sentido de que para el Tribunal parece ignorada la causa del incendio, de que la ausencia de culpa no se ha demostrado debidamente en el juicio, y de que permanece en pie la responsabilidad del arrendatario.

LA IMPUGNACION

Los lineamientos de la causal 1ª, que la demanda invoca, están dirigidos a presentar "violación indirecta del artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y numeral 4º del artículo 2005 del Código Civil, 'ya que (el Tribunal) al calificar la prueba pericial rendida por los expertos Manchola y Castillo, hizo de ella una interpretación errónea, cometiéndose el clásico *error de hecho*'."

El recurrente subraya la conclusión tercera, que viene transcrita de ese dictamen, sobre que hay fuertes indicios para pensar que el incendio se originó en corto circuito dentro de la casa, y considera así descartada toda posibilidad de culpa por parte del arrendatario o del celador. Y en este orden de ideas alega que si para el Tribunal permanece ignorada la causa del incendio, "¿por qué descarta el caso fortuito, la fuerza mayor, y sin prueba contundente ni legal de naturaleza alguna, entra a condenar *a priori* a mi mandante, por un hecho que no cometió; dentro del cual no intervino ni directa ni indirectamente?"

Por otro aspecto considera el libelo que el Tribunal "violó e hizo una interpretación errónea" del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, del inciso 4º, artículo 2005 del Código Civil, y del artículo 234 del Código Judicial". Transcribe doctrina de la Corte para ilustrar que los incendios no están exentos de caso fortuito, y en relación con el pleito dice:

"El caso fortuito consistió en el imprevisto incendio de parte del inmueble, sin que en tal hecho hubiera tenido mi mandante la menor intervención, ni sus dependientes y, como tal cosa debe conllevar la ausencia total de culpa, en un juicio controvertido como el presente, no solamente corresponde al demandado demostrar tal ausencia de culpabilidad, sino que al actor, que el demandado ha violado un contrato, también está obligado a probar que dicha violación proviene de culpa del demandado. La prueba debe ser bilateral por tratarse de una posible responsabilidad civil contractual".

Y sostiene, por último, que el Tribunal no pudo responsabilizar al demandado por el hecho ocurrido "ya que si no se conocieron las causas del incendio, debe aplicarse el artículo 234 del Código Judicial... toda vez que encierra un principio de derecho universal que los latinos transcribieron con la frase *indubio pro reo*".

SE CONSIDERA:

1. Aparece ajustada a derecho la premisa capital del sentenciador, puesto que por el inciso 4º, artículo 2005 del Código Civil se presume responsabilidad del arrendatario cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce sobre la cosa arrendada. De modo que para verse libre de indemnizarlos, "debe probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios", que es norma ya sentada por el artículo 1999 *ibidem*.

2. Si dentro de ese marco legal incumbe al arrendatario probar por lo menos hechos positivos de cuidado y diligencia que permitan inferir ciertamente que el perjuicio no es imputable a conducta errónea suya o de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, bien se destaca entonces que no es bastante hallar margen de duda acerca del origen del daño o pérdida sobrevinientes durante el goce del objeto, para que el planteamiento se resuelva por el juez a favor del arrendatario, desde luego que la presunción de responsabilidad le impone la carga de la prueba contraria en forma tan completa y plena que el sentenciador haya de recibir con certeza la conclusión de que la causa eficiente del perjuicio no es imputable en la medida de la culpa leve, directa ni indirectamente, al arrendatario. Y claro es que la duda y la certeza se excluyen recíprocamente.

3. Que hubiese incendio en el inmueble, aun cuando se ocasionara en corto circuito, no es base adecuada a demostrar de pluno ausencia de culpa en el arrendatario. Son variadas las causas de esas conflagraciones; muchas están en el campo de lo previsible, y más numerosas son cada día las que invitan a la aplicación de los medios propios para conjurarlas según la técnica. Y estaría siempre el arrendatario en el deber de vigilancia como un buen padre de familia, dentro del supuesto general de haber recibido la cosa "en regular estado de servicio" (3-2005). Con mayor razón cuando reconoce expresamente en el contrato que la recibió en perfectas condiciones, lo mismo que su instalación eléctrica, como circunstancia ésta que más bien que a disipar la culpa en la hipótesis de corto circuito, conduciría a pensar que la hubo en quien tenía el objeto en su poder.

4. Si, pues, el arrendatario debe probar que el daño no es imputable a conducta suya o de las personas por quienes responde; si no demuestra hechos que acrediten la diligencia y esmero propios del buen padre de familia, o sea, que dentro de esta conducta no le era posible prever ni conjurar el daño que llegó entonces a consumarse por fuera de su control, surge en derecho la obligación de indemnizar el daño, y para el arrendador la titularidad de la acción de resarcimiento.

Ello porque como la relación de tenencia pone al arrendatario en el goce y al cuidado del objeto, ha de entenderse en general que los menoscabos o quebrantos sobrevinientes desde el día en que el mismo bien ingresó a su esfera económica le son imputables cuando exceden los que se derivan del uso legítimo; y no al arrendador, que no está en relación directa con la cosa, sino indirecta, precisamente por intermedio del arrendatario.

5. En la cuestión *sub iudice* el demandado recibió el inmueble junto con sus instalaciones de energía eléctrica en perfecto estado de servicio. Hubo incendio como causa eficiente de los daños, pero no se trata de acontecimiento cuyas circunstancias concretas y ostensibles revelaran ausencia de imputabilidad al arrendatario, como si el siniestro se debiera a causa independiente del recinto de la cosa arrendada. Y si el incendio se atribuyera a corto circuito dentro de la propia instalación del inmueble, no es de suponer sino que esa misma instalación eléctrica se alterara por causas imputables legalmente al arrendatario, quien reconoció haberla recibido en perfecto estado de servicio, según viene dicho.

Así, no hay base para cargo ninguno por error manifiesto de hecho; ni tampoco en cuanto el sentenciador, con yerro de derecho, le diese a la prueba por peritos distinto mérito del que la ley le otorga como elemento auxiliar de los poderes de apreciación que penetran en el fuero interno del juzgador, de manera intocable en el recurso extraordinario. Además, en derecho sustancial no resulta desvirtuada la presunción del 4º inciso, artículo 2005 de Código Civil.

Por todo ello la censura no puede prosperar.

RESOLUCION:

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 15 de junio de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

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.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

HIPOTECA

El pleito tuvo su primer origen en el hecho de haberse constituído gravamen hipotecario sobre un bien perteneciente a una sociedad conyugal disuelta e ilíquida. Hipoteca de bienes ajenos e hipoteca de bienes comunes. Caducidad de la garantía hipotecaria.

1. La hipoteca que garantiza definitiva y eficazmente las obligaciones aseguradas con ella, es la contraída por la persona que, siendo capaz, es dueña del inmueble gravado, según lo preceptúan los artículos 2439 y 2448 del Código Civil, y lo tiene aceptado la Corte en larga y sostenida doctrina. En razón de que la primera de estas normas no permite establecer hipoteca sino sobre bienes propios, y la segunda repite que no podrá tener lugar sino sobre los inmuebles que se posean en propiedad o usufructo, se ha considerado, por la prohibición que sus términos entrañan, que la hipoteca sobre cosa ajena adolece de nulidad absoluta, por caer dentro de los términos del artículo 1523 del Código Civil, que sancionan de objeto ilícito todo contrato prohibido por las leyes.

2. Tratándose de una comunidad singular o universal, los artículos 779, 1401 y 2442, ibídem, armónicamente interpretados, permiten al comunero gravar con hipoteca determinado o determinados inmuebles o una parte de ellos, no obstante que en el caso de una comunidad universal, sucesión o sociedad conyugal en liquidación, los herederos y los cónyuges apenas tienen un derecho en la universalidad de bienes, y en el condominio sobre cosas singulares cada copartícipe posee su cuota sobre las cosas que lo integran pero no el bien o bienes o la parte determinada de ellos que gravan, debido a que está pendiente en ambos casos la división del patrimonio común, hecho que concreta el dominio de cada comunero en las cosas que se le adjudiquen.

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

(Magistrado ponente, Arturo C. Posada).

Alfonso Arango, como heredero de los cónyuges Fabriciano Arango y María Dolores Betancourt v. de Arango, citó en juicio ordinario a Pedro P. Jiménez y José Blanco N. para que se hagan estas declaraciones:

"a) Que el gravamen real hipotecario constituído sobre el inmueble alindado al numeral tercero de los hechos de este libelo, por medio de la Esc. número 1292 de 30 de agosto de 1945, de la Notaría 2ª de Tuluá, es de cosa ajena, pues en dicho momento contractual, el inmueble gravado pertenecía en dominio y posesión, a una universalidad jurídica, o sea a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Fabriciano Arango U. y María Dolores Betancourt v. de Arango.

"b) Que como consecuencia, es también venta de cosa ajena, la venta judicial que del referido bien se hizo en el juicio especial de venta de Pedro P. Jiménez contra María Dolores Betancourt v. de Arango, ante el Juez 2º Civil del Circuito de Tuluá, con fecha quince (15) de septiembre de 1950.

"c) Que en consecuencia, por ser la Sociedad Conyugal disuelta e ilíquida de los esposos Fabriciano Arango U. y María Dolores Betancourt v. de Arango y las sucesiones intestadas e ilíquidas de los mismos, los dueños del inmueble alindado al numeral tercero de los hechos del libelo, el señor José Blanco N. debe y está obligado a restituír a dichas entidades dentro del término

que usted fije la posesión material del referido inmueble, con las prestaciones de ley correspondientes".

Los hechos generadores de tales súplicas se pueden resumir así:

Fabriciano Arango U. y María Dolores Betancourt contrajeron matrimonio católico en la parroquia de Armenia el 11 de febrero de 1897.

El primero murió en la misma ciudad el 24 de enero de 1945, y la segunda, en Sevilla el 21 de junio de 1952.

Alfonso Arango es hijo legítimo del matrimonio Arango U.-Betancourt de Arango.

Existente la sociedad conyugal formada entre ellos, Dolores Betancourt compró por medio de la escritura número 1759 de 7 de noviembre de 1944 extendida en la Notaría 2ª de Armenia el dominio de un solar con la correspondiente casa de habitación de dos pisos, ubicada en la misma ciudad, en el barrio del Cafetal en la calle 33, de cinco y media varas de frente pero a las veintidós varas del fondo, hace una escuadra de media vara seguir de allí con seis varas de ancho hasta llegar al centro de cincuenta y cinco varas, alinderado como se expresa en el hecho tercero.

Disuelta la sociedad conyugal por muerte de Fabriciano Arango la cónyuge supérstite, por instrumento público número 1292, otorgado en la Notaría 2ª de Tuluá, constituyó hipoteca sobre dicho inmueble para garantizarle a Pedro P. Jiménez un contrato de mutuo.

El gravamen así constituído es de cosa ajena, porque Betancourt v. de Arango ya no era dueña del referido bien, pues pertenecía a la sociedad conyugal Arango-Betancourt disuelta y en liquidación.

Para la fecha en que se constituyó la hipoteca, cursaba en el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, el juicio de sucesión intestada de Fabriciano Arango U., en el cual se había inventariado y avaluado el bien raíz gravado. Jiménez, acreedor hipotecario, tenía conocimiento de estos hechos al aceptar el gravamen.

Jiménez instauró acción ejecutiva mixta con respaldo en la escritura de hipoteca contra Betancourt v. de Arango quien recibió notificación del mandamiento de pago el 8 de mayo de 1948.

Dentro de este juicio, tramitado irregularmente, Pedro P. Jiménez remató por cuenta de su crédito la finca a que se ha hecho referencia, en diligencia de quince de septiembre de 1950. Por providencia de 4 (sic) del mismo septiembre se aprobó la subasta.

Jiménez vendió dicho bien a su actual poseedor José Blanco N. por escritura número 43 de 14 de enero de 1954 autorizada por el Notario 1º de Tuluá.

El apoderado de los demandados negó los hechos fundamentales, aceptó otros en parte, y se atuvo a la prueba de los demás. Se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas y alegó las excepciones perentorias de carencia de acción, petición de modo indebido, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y la genérica.

El Juzgado resolvió el litigio en primera instancia por medio de sentencia de veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, por la cual declaró nulo de nulidad absoluta el contrato de hipoteca, sin "valor legal alguno" el remate efectuado por Pedro P. Jiménez, y condenó a José Blanco Navarrete a restituír el inmueble detallado en el hecho tercero de la demanda a los representantes de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Fabriciano Arango y María Dolores Betancourt de Arango, y de las sucesiones de los mismos, y los frutos civiles percibidos desde la fecha de la notificación de la demanda hasta la de entrega del inmueble. Condena también a Pedro P. Jiménez a restituír los frutos civiles percibidos desde cuando le fue entregado el inmueble por razón del remate hasta el 14 de enero de 1954 en que lo vendió a Blanco Navarrete. Dispone así mismo que la sociedad conyugal y las sucesiones mencionadas por medio de sus representantes le pagarán a Pedro P. Jiménez la suma de mil pesos moneda corriente ($ 1.000.00) como capital que en mutuo recibió María Dolores Betancourt de Arango con los intereses al uno por ciento mensual devengados desde el 30 de agosto de 1945 hasta cuando se efectúe el pago.

Finalmente ordena cancelar la inscripción del acta de remate y de la escritura número 54 de 14 de enero de 1954.

El Tribunal en la alzada propuesta por ambas partes, profirió el fallo de tres de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, por el cual revoca el de primer grado, declara "probada la excepción perentoria temporal denominada "petición antes de tiempo", ordena "la cancelación del embargo decretado en el juicio", y condena a la parte demandante en las costas de la primera instancia.

Motivación del fallo del Tribunal:

Transcribe el artículo 2441 del Código Civil y encuentra que, según él, aunque María Betancourt, cuando constituyó la hipoteca en litigio, no tenía sino un derecho eventual, aquella "se entiende constituída con las limitaciones a que

estaba sujeto" su derecho, y deduce así que no "se trata de hipoteca de cosa ajena".

Se refiere a la situación de comunidad en que quedó por muerte de Fabriciano Arango la casa adquirida por la cónyuge sobreviviente, en la cual ésta tenía su derecho a gananciales, y los demás comuneros, derecho de herencia. Estima que en tales condiciones la hipoteca constituída por Betancourt de Arango, recayó sobre la cuota que por gananciales le pudiera corresponder como comunero en el bien pignorado.

De lo preceptuado por el artículo 2442 del Código Civil sobre que la hipoteca otorgada por un comunero, afectará solamente los bienes que en razón de su cuota se le adjudiquen, si fueren hipotecables, o caducará el gravamen si no lo fueren, deduce que "solamente después de liquidada la comunidad, puede saberse si la hipoteca constituída por un comunero sobre la cosa común o parte de ella, recayó sobre cosa ajena", pues hecha la partición, si se le adjudica la cosa hipotecada, se tiene por legalmente constituído el gravamen, porque por el efecto retroactivo de la partición se considera que era dueño en la fecha de la hipoteca. Al contrario, si no se le adjudica el bien pignorado, se entiende que dicho comunero nunca ha tenido parte en él, y que, por consiguiente, hipotecó cosa ajena. "Surge entonces automáticamente —pero sólo entonces— acción de nulidad de la hipoteca a favor del comunero a quien se adjudicó la cosa hipotecada, si es que este adjudicatario no consiente el gravamen".

Aplicando esta doctrina al caso *sub judice*, advierte que no se ha liquidado la comunidad en que tiene interés María Dolores Betancourt, y, por lo mismo, no se puede saber si la hipoteca establecida por ella sobre un bien de tal comunidad, recayó sobre cosa ajena o no. "Si hecha la partición el bien hipotecado se le adjudica a la señora Betancourt o a quien sus derechos represente, la hipoteca será válida; por el contrario si se le adjudica a otro comunero, la hipoteca será nula, y el adjudicatario —no los otros comuneros— tendrá acción para anular la hipoteca".

Infiere de este razonamiento el sentenciador que tanto la acción de nulidad de la hipoteca como las consecuenciales son prematuras, y que debe declararse probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo.

El actor impugnó la decisión del Tribunal Superior con el recurso extraordinario de casación, que entra a resolver la Corte, agotada como está su tramitación.

La demanda en que sustenta la impugnación le formula un cargo a la sentencia con respaldo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, consistente en haber interpretado erróneamente los artículos 2411 y 2412 del Código Civil, "y consecuencialmente, violación directa por falta de aplicación de los artículos 69, 740, 741, 742, 752, 756, 762, 768, 779, 1155, 1325, 1401, 1536, 1539, 1542, 1781, 1820, 1836, del Código Civil, y en especial los que regulan la acción de dominio, o sea los artículos 946, 947, 950, 952, 1964, 1871, 2322, 2324, 1494, 1602 y 1603".

El desarrollo es, en resumen, del siguiente tenor:

Si conforme al artículo 1602 del Código Civil el contrato es una ley para los contratantes, no obliga a las personas que no han intervenido en él o no son sucesores a título universal o singular de aquéllos.

Los comuneros de cosa singular o de una universalidad son terceros absolutos "sin que entre ellos medie nexo o vínculo jurídico alguno".

Al morir Fabriciano Arango, el bien *sub judice*, por pertenecer a la sociedad conyugal Arango-Betancourt, entró a integrar el acervo de dos patrimonios "el de la sociedad conyugal disuelta por la muerte del cónyuge Arango y el de la sucesión intestada de éste, representadas dichas entidades por la cónyuge supérstite y los hijos del matrimonio Arango-Betancourt, entre los cuales se encuentra Alfonso Arango".

Estas dos comunidades de bienes se regulan por los preceptos de los artículos 2322, 2324 y ss. del Código Civil, y también por las normas contenidas en los artículos 779 y 1401 del mismo, que fijan el efecto retroactivo y exclusivo de los bienes adjudicados a cada comunero en el acto de partición.

Deduce el acusador que mientras dura la indivisión el comunero sólo tiene una expectativa de "dominio y posesión" sobre todas y cada una de las cosas singulares que forman la comunidad. En otros términos, que el dominio de cada comunero en los bienes que puedan corresponderle en la división queda sometido a una condición suspensiva al tenor de lo preceptuado en el artículo 1526 y concordantes del Código Civil.

Cita al tratadista Alessandri Rodríguez, para el cual la hipoteca de cosa ajena no es nula sino que entre las partes produce los mismos efectos de la venta de cosa ajena, es decir, que el acreedor hipotecario adquiere la posesión de este derecho real, en tanto que no afecta al propietario, ya que conserva sus derechos sobre la cosa y en cualquier momento puede ejercitarlos, "salvo

que su derecho se haya extinguido por prescripción". Cita también a Somarriva Undurraga, quien sostiene en su tratado "Indivisión y partición" que la hipoteca llamada de cuota está sometida a condición suspensiva de que se le adjudique al hipotecante el inmueble gravado.

El dominio de la cosa singular que hace parte de una universalidad hereneial pertenece a todos los condóminos "no a cada uno de ellos individualmente considerado". Por esta razón cada comunero no puede reivindicar para sí sino su cuota en el bien común indiviso, no la totalidad de éste que "sólo puede ser reivindicado para la comunidad". Conforme a estas ideas, la venta o hipoteca hecha por un comunero sobre una cosa singular de la comunidad, es válida "pero recae sobre cosa ajena", y "con tal acto jurídico no se perjudica a los comuneros extraños al otorgamiento, mientras no se opere la prescripción sobre el título así creado".

Y como este modo con el transcurso del tiempo puede constituír el dominio, surge, para la comunidad, cuya propiedad se ve amenazada por la posesión de un tercero, la necesidad de acudir a la reivindicación, especialmente cuando el acreedor hipotecario de cosa que permanece indivisa, abusando de su derecho, ha ejercitado la acción real hiporecaria, ya que siendo el gravamen de carácter condicional, su deber es esperar la división para iniciar la acción en el evento de que el dominio del deudor constituyente de la hipoteca quede convalidado con la partición mediante la adjudicación a él de la cosa pignorada.

Aplicando estos preceptos al caso en estudio, estima el recurrente que la hipoteca en él contemplada, si bien válida al tenor de los artículos 2438, 2441 y 2442 del Código Civil, los derechos y obligaciones surgidos del contrato respectivo son condicionales y se gobiernan por los artículos 1536 y 1542 del mismo estatuto. Como corolario de este régimen legal sobre el principio de la retroactividad de la partición, regulado por los artículos 779 y 1401, ibídem, en virtud del cual mientras dicho acto no se efectúe, es la comunidad o la totalidad de los condóminos la que puede predicarse dueña del bien hipotecado, y, por lo mismo, el gravamen les es inoponible en tanto no se opere la división.

El Tribunal erró en la interpretación de los artículos 2441 y 2442 "al afirmar que como la división de la comunidad no se había operado todavía" resultaba prematuro afirmar que el gravamen establecido por Betancourt de Arango lo era sobre cosa ajena, y prematuro para obtener una restitución para la comunidad del bien rematado sin su conocimiento, antes de la partición. En efecto, si no existe certeza jurídica hasta el momento de efectuarse dicho acto "de que el comunero sea dueño de la cosa singular quiere ello decir que hasta ese momento el dominio permanece en cabeza de la comunidad como ente jurídico, como sujeto de derecho y obligaciones".

Además sería contraria a la ley la conclusión del juzgador, ya que desde el momento de la inscripción del remate en el registro comienza "a crearse para el rematador un título nuevo suficiente para adquirir por prescripción". Se equivocó también el Tribunal cuando dice que el comunero a quien se le adjudica el bien hipotecado por otro comunero puede pedir la nulidad, si no consiente en el gravamen, dado que el artículo 2442, erróneamente interpretado, consagra para el caso contemplado la acción de caducidad que es diferente de la de nulidad.

Como consecuencia de estos errores el fallador dejó de aplicar los demás preceptos citados en el encabezamiento del cargo.

Se considera:

La hipoteca que garantiza definitiva y eficazmente las obligaciones aseguradas con ella, es la contraída por la persona que, siendo capaz, es dueña del inmueble gravado, según lo preceptúan los artículos 2439 y 2443 del Código Civil, y lo tiene aceptado la Corte en larga y sostenida doctrina.

En razón de que la primera de estas normas no permite establecer hipoteca sino sobre bienes propios, y la segunda repite que no podrá tener lugar sino sobre los inmuebles que se posean en propiedad o usufructo, se ha considerado, por la prohibición que sus términos entrañan, que la hipoteca sobre cosa ajena adolece de nulidad absoluta, por caer dentro de los términos del artículo 1523 del Código Civil, que sancionan de objeto ilícito todo contrato prohibido por las leyes.

Tratándose de una comunidad singular o universal, los artículos 779, 1401 y 2442, ibídem, armónicamente interpretados, permiten al comunero gravar con hipoteca determinado o determinados inmuebles o una parte de ellos, no obstante que en el caso de una comunidad universal, sucesión o sociedad conyugal en liquidación, los herederos y los cónyuges apenas tienen un derecho en la universalidad de bienes, y en el condominio sobre cosas singulares cada copartícipe posee su cuota sobre las cosas que lo integran, pero no el bien o bienes o la parte determinada de ellos que gravan, debido a que está pendiente en ambos casos la división del patrimonio común,

hecho que concreta el dominio de cada comunero en las cosas que se le adjudiquen.

En efecto, el artículo 779, que tiene un carácter general y establece el efecto retroactivo de la división de los bienes comunes, dispone que los derechos reales con que un comunero haya gravado el bien común, subsistirán sobre dicho bien, si hubiere sido comprendido en el gravamen, pero si éste se extendiere a más, no subsistirá contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios. El 1401, a propósito de señalar también el efecto retroactivo de la partición de bienes en un juicio sucesorio, dispone que "si alguno de los consignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena". Finalmente, el 2442, al autorizar al comunero que hipoteque su cuota en la cosa común antes de la división, estatuye la confirmación del derecho real en los que le fueron adjudicados, o en caso contrario, la caducidad del gravamen o la subsistencia de él con el consentimiento de los copartícipes asignatarios expresado por escritura pública debidamente inscrita.

El derecho que un comunero tiene en todos y cada uno de los bienes de la comunidad, y la autorización que los artículos citados le conceden para gravarlos con hipoteca, conllevan la validez de ésta, aunque sometida en su eficacia a que le sean adjudicadas al copartícipe otorgante de ella, la cosa o cosas pignoradas, o a que, en caso de no serlo, se considere como de cosa ajena y afectada de caducidad. El derecho del comunero en la universalidad o el condominio en las cosas singulares que integran el patrimonio común, no permiten que la hipoteca instituída sobre cuerpo cierto o parte determinada de él, se considere como de cosa ajena, sino en el caso de que en la partición no se adjudique el bien o parte gravados.

Esta es la razón por la cual la Corte en repetidos fallos ha sostenido: 1º Los artículos 779, 1401 y 2442 del Código Civil autorizan tanto al comunero universal como al singular para limitar con hipoteca bienes pertenecientes a la comunidad o porciones de ellos (G. J., T. LIII, pág. 74). 2º El gravamen hipotecario otorgado por un comunero en la forma expresada no es nulo sino de resultado eventual, es decir, que si la cosa o porción pignorada de ella se adjudica al comunero hipotecante, el gravamen, por el efecto retroactivo de la división, tiene valor definitivo desde la fecha de registro del contrato respectivo, o quedará inválido, en cuanto los bienes se adjudiquen a los demás copartícipes que no consientan en él (G. J., T. 46, pág. 549 y ss. T. 53, pág. 74. T. 78, pág. 540. T. 88, pág. 538. T. 91, pág. 91 y ss.). 3º Sometida la eficacia de la hipoteca a esta eventualidad, ninguno de los comuneros del bien gravado, tiene acción durante la indivisión para reclamar la caducidad de aquélla estatuída por el artículo 242, ibídem, sino una vez hecha la partición y en cuanto el bien o bienes gravados le hayan sido adjudicados a otro copartícipe. (Tomos citados).

Esta doctrina de la Corte es diferente de la sostenida por la jurisprudencia y los autores chilenos, para los cuales la hipoteca de cosa ajena no es nula, dando una interpretación diferente a la prohibición que sobre su constitución encierran los artículos 2411 y 2418 del Código Civil chileno, correspondientes al 2439 y 2443 del colombiano, y porque estima también que la hipoteca de cuerpos ciertos o de partes determinadas de éstos durante la indivisión, en su nacimiento está sometida a la condición resolutoria de que los bienes hipotecados se adjudiquen al comunero que los pignoró; en tanto que la doctrina y jurisprudencia colombianas aceptan todos los efectos de validez a dicha hipoteca, pero su eficacia, esto es, el revestir el carácter de definitiva o de caducable, depende de la adjudicación o no adjudicación de los inmuebles respectivos al constituyente de la hipoteca. Esta interpretación es la preferible, porque la condición de bienes ajenos no la da sino la adjudicación de ellos a otro u otros comuneros.

No se equivocó, por lo tanto, el Tribunal cuando estimó que, no habiéndose liquidado la comunidad de que hacía parte la cónyuge sobreviviente y los herederos del de *cujus* Arango, no se sabe aún si la hipoteca constituída por aquélla sobre un bien de dicha comunidad, recayó sobre cosa ajena o no, ya que solamente "si hecha la partición del bien hipotecado se le adjudica a la señora Betancourt o a quien sus derechos represente, la hipoteca será válida, por el contrario, si se le adjudica a otro comunero, "la hipoteca se considerará de cosa ajena". Con la aplicación correcta de esta norma en el punto expresado, no puede decirse que haya violación de ninguna de las demás disposiciones invocadas.

Pero no estuvo en lo cierto el Tribunal cuando sostuvo que, con la adjudicación del bien gravado a otro u otros copartícipes, surge la acción de nulidad de la hipoteca, dado que tal hecho produce de pleno derecho la caducidad de ésta, conducente a inoponibilidad, no la nulidad. Este desacierto conlleva solamente a la rectificación doctrinaria expresa, toda vez que con la declaratoria "de la excepción perentoria temporal de

petición antes de tiempo" no hubo pronunciamiento de fondo sino fallo inhibitorio.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en razón de todo lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha tres de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, en el juicio ordinario seguido por Alfonso Arango Betancourt, en su calidad de heredero legítimo de los cónyuges Fabriciano Arango y María Dolores Betancourt v. de Arango contra Pedro P. Jiménez.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL PADRE POR EL HECHO DEL HIJO

El litigio tuvo su origen en el accidente ocasionado por un menor de edad mientras conducía un vehículo de propiedad de su padre. Responsabilidad de los padres de familia comparada con la de los simples patronos. Presunción legal de responsabilidad y contraprueba de la misma.

La responsabilidad extracontractual de los patronos por el hecho de los subordinados se funda en la idea de culpa en la elección (in eligendo) o en la vigilancia (in vigilando). Dentro de este criterio básico, si el llamado a juicio de indemnización demuestra que sí supo elegir y vigilar al dependiente, ninguna responsabilidad podría deducírsele de un hecho sobre el cual aparece exento de culpa. Es la hipótesis en que los patronos no han tenido manera de prever o impedir con el cuidado ordinario y la autoridad que les compete el daño causado por sus dependientes con ocasión del servicio y por el modo impropio de cumplirlo (2349 del Código Civil).

Pero si no se contempla ya esa situación de simple dependencia sino que en concreto se mira la responsabilidad paterna por el hecho dañoso de los hijos menores que habitan en la misma casa, la presunción legal que la establece no es desvirtuable sino con la prueba específica de no haberse podido impedir el insuceso con la autoridad y el cuidado que el ejercicio de la patria potestad confiere y prescribe (6º - 2347 ibidem).

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

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Por haberse dañado el *jeep* de placas M03244 en la carretera a La Dorada, marcharon desde Manizales para despejar el percance en otro automóvil de Jesús Mesa Pérez, el mecánico Pablo Quesada y el chofer Mario Gutiérrez en compañía de Hernán Mesa Escobar, joven de diecisiete años largos e hijo legítimo del dueño de ambos vehículos.

El mismo día, 24 de febrero de 1957, el *jeep* manejado por el chofer Gutiérrez estuvo de regreso. Pero el menor resolvió pasear a Villamaría, tomó allí cerveza y por pasajeros de vuelta a Manizales a Humberto Marulanda y Diego Ocampo. Algo más que inexperto en el manejo de automóviles, Hernán Mesa Escobar obtuvo sin embargo que Gutiérrez pusiera el vehículo bajo su dirección, y fue así como a eso de las siete de la noche en una curva de la carretera se volcó el jeep para precipitarse en el abismo y estrellarse contra las rocas. A consecuencia del siniestro murió Humberto Marulanda, y Diego Ocampo fue lesionado en forma conducente a la amputación de la pierna derecha por encima de la rodilla.

Tal la causa de la demanda dirigida por Ocampo contra Jesús Mesa Pérez en busca de indemnización por responsabilidad civil extracontractual. Se trabó la litis y fue adelantada ante el Juez 3º Civil del Circuito de Manizales, quien le puso fin en primera instancia con pronunciamiento del 21 de marzo de 1960 que despachó las súplicas del libelo en sentido limitadamente favorable, por cuanto estimara que en el hecho causante del daño hubo concurrencia de culpas.

A virtud de apelación de ambas partes surtióse la segunda instancia, desatada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha 27 de junio de 1961, así:

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"2º Se declara que el señor Jesús Mesa Pérez, mayor y vecino de este Municipio, en su carácter de padre legítimo del menor Hernán Mesa Escobar, es civilmente responsable de los daños ocasionados por éste al señor Diego Ocampo Sánchez, por motivo del accidente ocurrido el día 24 de febrero de 1954 (sic), en la carretera que de Manizales conduce a la población de Villamaría, por razón del volcamiento del jeep rojo de placas 03244 de propiedad del demandado, y el cual era conducido por el menor Hernán Mesa Escobar.

"3º Se condena al señor Jesús Mesa Pérez, en su carácter antes anotado, a pagar al señor Diego Ocampo Sánchez, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, las siguientes cantidades de dinero:

"a) La suma de $ 23.914.38 moneda corriente, por concepto de perjuicios materiales y morales objetivados, sufridos por el accidente aludido y conforme a las deducciones hechas en la parte motiva de esta providencia;

"b) La suma de $ 2.000 moneda corriente, por concepto de perjuicios morales subjetivados.

"4º Se condena igualmente al demandado a pagar al actor la mitad de las costas del juicio.

"5º Se absuelve al demandado en los demás cargos que se formulan en la demanda".

La Corte entra a resolver en oportunidad el recurso de casación propuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de analizar la prueba del daño y la imputabilidad directa al menor Hernán Mesa Escobar, el sentenciador se ocupa en deducir la responsabilidad del padre de familia, y dice:

En el caso de autos fue el menor Mesa E. quien buscó y contrató al chofer Gutiérrez para que fuera a desvarar y traer, o simplemente a traer el jeep en referencia del lugar donde se hallaba varado; fue el mismo menor quien se dirigió a dicho lugar en compañía del mecánico Quesada, del chofer Gutiérrez y de su amigo Salazar con el fin indicado; en dicho lugar el mismo menor entregó las llaves del vehículo al citado Gutiérrez y en compañía de éste y de Salazar emprendieron el regreso; a iniciativa del mismo menor, las mismas personas convinieron en dar algunas vueltas por la ciudad en el aparato y luego dirigirse a la población de Villamaría; y fue el mismo menor quien exigió a Gutiérrez la entrega del timón para su conducción, ya de regreso a esta ciudad.

"De suerte que el vehículo quedó en poder del citado menor, con libertad para moverlo libremente, sin que por quien ejerciera la patria potestad se hubiera hecho algo por impedirlo.

"En uso de dicha libertad, Mesa E. invitó a sus amigos a realizar el recorrido de que hablan los autos; dispuso que el chofer Gutiérrez lo condujera y en el momento que consideró conveniente, ordenó a éste le entregara su conducción.

"Es evidente que su guardador podía, en ejercicio de la autoridad que le otorga la patria potestad, evitar que dicho menor se tomara esa libertad con el vehículo y como no lo hizo, es indubitable que el hecho se produjo indirectamente a consecuencia de su propia negligencia, de la falta de vigilancia que debió haber ejercido sobre el menor, máxime cuando consintió tácitamente en que éste dispusiera libremente del aparato, tratándose, como se trata, de un elemento altamente peligroso".

Cuanto a las excepciones propuestas, halla el sentenciador que el hecho de ofrecerle una botella de cerveza al menor, en modo alguno significa ilicitud de causa para demandar en el actor puesto que el vehículo era conducido por el chofer Gutiérrez; que a pesar de los testimonios sobre crianza y educación conveniente del hijo, no se trajo prueba emanada de los distintos establecimientos de educación donde se dice estuvo el menor, a fin de determinar el tiempo de permanencia y la conducta allí observada; que la intervención del chofer Gutiérrez no es la de un tercero que hubiese provocado el insuceso, por cuanto la justicia penal, en sentencia del Juez de Menores proferida el 4 de febrero de 1958 "decidió que el hecho se debió a culpa del menor y le dedujo responsabilidad", y "tal determinación constituye una presunción de verdad no susceptible de desconocimiento por la justicia civil (artículo 29 del C. de P. P.)", porque, además, a Gutiérrez no pudo atribuírsele culpa por imprudencia, y fue sobreseído; a que se agrega que si la hubiese tenido, sería responsabilidad solidaria en los términos del artículo 2344 del Código Civil, sin alivio ninguno para el demandado. Y en fin, por cuanto hace a "culpa de la víctima, consistente en haber inducido al menor a tomar bebidas embriagantes, en haber permitido que éste tomara el timón y en haber permanecido en el aparato, no obstante saber que Mesa E. no sabía manejar", el Tribunal expresa:

"Ya se dijo que cuando el actor aceptó la invitación a subir al jeep, éste era manejado por el chofer Gutiérrez y continuó siendo manejado por éste. Por lo tanto, el haber ingerido una cerveza el menor, en modo alguno constituye culpa de la víctima, según se dejó dicho. Como el aparato no estaba bajo la guarda del demandante, no podía éste impedir que el menor tomara el timón del mismo, máxime cuando era conducido por un chofer patentado.

"Y por esta misma circunstancia, tampoco puede atribuírsele culpabilidad por abstención pura y simple, por el hecho de no haber abandonado el aparato; Ocampo fue invitado por Mesa E. para subir al carro para ser transportado a esta ciudad, siendo manejado el vehículo por el chofer Gutiérrez; al lado del novel conductor posteriormente viajó éste, chofer patentado, quien afirma en el informativo penal haber visto con anterioridad al acontecimiento a Mesa manejando el mismo aparato; el demandante afirma en el informativo que aunque Mesa E. no manejaba a perfección, sí tenía nociones al respecto; el citado Gutiérrez afirma que Mesa manejó correctamente el vehículo hasta el momento de la ocurrencia de los hechos. Por lo tanto, si Gutiérrez, experto en el manejo de automotores confió en la habilidad del nombrado Mesa para conducir el aparato, con mayor razón debían confiar los demás ocupantes, dado el caso de que al lado de Mesa E. se hallaba Gutiérrez, con aptitud suficiente para controlar la conducción del carro en un momento dado. No puede, en consecuencia, imputársele negligencia a Ocampo por no haber abandonado el aparato, ya que teniendo en cuenta las circunstancias anotadas, tal actitud no la habría tomado un individuo normal en las mismas condiciones, como no la tomaron los demás pasajeros que en ese vehículo viajaban". Y concluye en el sentido de que la abstención puede ser culpable cuando constituye el incumplimiento de una obligación de obrar, según la doctrina de la Corte de Casación francesa; de que la justicia penal dedujo culpa al menor por el accidente; y de que el actor en el pleito no fue sujeto activo sino pasivo en el mismo insuceso.

LA IMPUGNACION

El libelo presenta dos reparos por la causal 1ª, a saber:

1. "Aplicación indebida del artículo 2347 del Código Civil, en relación con los artículos 2348 y 2356 de la misma obra, determinada por errónea apreciación de la prueba testimonial y la confesión del actor".

En sentir del recurrente, la responsabilidad del padre por el hecho del hijo de familia se descarga: 1) por ausencia de culpa actual del padre; 2) por ausencia de culpa anterior del mismo padre; 3) por intervención de elemento extraño, que puede provenir de la interferencia de tercero o de culpa de la víctima; 4) por fuerza mayor, y 5) por caso fortuito.

Sobre la ausencia de culpa actual del padre, atribuye error de derecho al sentenciador por desconocer valor probatorio al testimonio en este juicio de Pablo Quesada por comparación con el que rindiera en el proceso penal adelantado contra el chofer Mario Gutiérrez, por cuanto alega el recurrente que la última es prueba trasladada sin ratificación, lo cual le resta todo mérito contra lo declarado por el mismo testigo en este proceso civil, testimonio del que se desprende, según la demanda, "la diligencia y cuidado empleados por el demandado Jesús Mesa Pérez cuando solicitó los servicios de un experto mecánico como lo es el propio declarante y de un chofer patentado, el señor Mario Gutiérrez, para poner en sus manos y bajo su dirección y custodia el vehículo dejado en la vía por daños mecánicos". Y dice que el Tribunal incurre en el mismo error de derecho al comparar el testimonio de Mario Gutiérrez con el de Quesada en el negocio penal.

Cuanto a la ausencia de culpa anterior, critica al Tribunal por error de hecho consistente en desestimar cinco testimonios sobre la diligencia y esmero del padre en la educación del hijo en distintos establecimientos de la ciudad de Manizales y de otros lugares del país, por cuanto el sentenciador echara de menos los certificados de tales planteles educativos sobre calificaciones, especialmente en conducta, obtenidas por el alumno y la duración de sus estudios, como elementos de juicio al respecto.

La intervención de elemento extraño la hace consistir el recurrente en que el chofer Mario Gutiérrez tuviese influencia decisiva en el insuceso, pues dice:

"En efecto, sin su participación personal y directa en el desempeño de sus funciones de chofer, no hubiera sido posible: a) traer el vehículo del sitio de *La Margarita*, en la carretera de Manizales Dorada, a Manizales; b) tomar nuevamente el vehículo en Manizales para dar vueltas por la ciudad, y c) llevar el vehículo de Manizales a Villamaría. Todo ello porque en su condición de chofer patentado tenía libertad y facultad para mover el vehículo de un sitio a otro, sin ser molestado o interferido en sus movimientos por las autoridades del tránsito. Cosa que no hubiera sucedido si el propio menor toma desde el

principio la conducción del vehículo, con violación de los reglamentos del tránsito que se lo prohibían".

Y ve culpa de la víctima en que "el demandante a sabiendas del peligro que entraña el hecho de viajar en un vehículo conducido por un menor inexperto en la conducción de automotores, se expuso imprudentemente y aceptó los riesgos".

II. El segundo reparo aduce violación directa del artículo 2357 del Código Civil, por cuanto insiste el libelo en invocar concurrencia de culpa de la víctima, y expresa;

"Ciertamente la graduación del daño, y su correspondiente indemnización competen al sentenciador, pero en el caso de autos es tan patente la culpa grave de la víctima, comprobada con su propia confesión, que se hacía imperativo el dar aplicación al artículo 2357 del Código Civil, y no sólo reduciendo el monto de la indemnización, sino exonerando totalmente al demandado del pago de perjuicios. Al no darle aplicación a esta norma el Tribunal la infringió por vía directa".

SE CONSIDERA:

1. La responsabilidad extracontractual de los patronos por el hecho de los subordinados se funda en la idea de culpa en la elección *(in eligendo)* o en la vigilancia *(in vigilando)*. Dentro de este criterio básico, si el llamado a juicio de indemnización demuestra que sí supo elegir y vigilar al dependiente, ninguna responsabilidad podría deducírsele de un hecho sobre el cual aparece exento de culpa. Es la hipótesis en que los patronos no han tenido manera de prever o impedir con el cuidado ordinario y la autoridad que les compete, el daño causado por sus dependientes con ocasión del servicio y por el modo impropio de cumplirlo (2349 C. C.).

2. Pero si no se contempla ya esa situación de simple dependencia sino que en concreto se mira la responsabilidad paterna por el hecho dañoso de los hijos menores que habitan en la misma casa, la presunción legal que la establece no es desvirtuable sino con la prueba específica de no haberse podido impedir el insuceso con la autoridad y el cuidado que el ejercicio de la patria potestad confiere y prescribe (6º 2347 *ibidem*).

No se trata de obligación legal pura y simple de indemnizar el daño, sino condicionada a que no se aporte la prueba de pleno descargo, exigente y estricta para estar a tono con la función social de la patria potestad como conjunto de atributos que la ley reconoce a los progenitores en orden a facilitarles el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone para la formación moral, intelectual, social y física de sus hijos no emancipados (13 L. 45 de 1936).

3. El hecho dañino por sí mismo hace entender la existencia de fallas graves en la tarea educativa del hijo como causa eficiente del perjuicio. La formación normal habría sido bastante a evitar los resultados lesivos del interés ajeno. Pero como por vía de excepción se encuentran conductas filiales cuyo descarrío escapa a las más aconsejables precauciones para impedirlo, en derecho y en razón se admite la prueba de estar en presencia de esa clase de situaciones extraordinarias. Es necesario entonces apreciar circunstancias de hecho, obedientes a variedad de factores que deben medirse a la luz de la experiencia y en función del respectivo medio social.

Compete así al sentenciador formar juicio discrecional ponderativo en el recinto del fuero interno, para decidir si las contrainferencias alcanzan en concreto a desvanecer la presunción legal que responsabiliza a quien ejerce la patria potestad sobre el autor inmediato del daño, desde luego que si no es desvirtuada, por su mérito pleno, sin necesidad de ningún otro medio, procede el fallo condenatorio al resarcimiento, con aplicación del artículo 2347 del Código Civil.

4. Es así como el cargo por error de hecho o por error de derecho cuanto a los medios allegados al debate sobre responsabilidad aquiliana del padre por la actuación dañina del hijo de familia, no incide en el recurso extraordinario, salvo arbitrariedad manifiesta en el sentenciador. Caso extremo que aquí no se ha demostrado.

Porque en el acaecimiento *sub iudice* hay por añadidura elementos corroborantes de la presunción legal de culpabilidad. No de otro modo que por defectos de educación y conveniente vigilancia podría explicarse en un joven de más de dieciséis años aquella ligereza de ánimo, ausente de todo sentido de responsabilidad, que le llevó sin enseñanza y entrenamiento previos al manejo de un vehículo automotor en circunstancias especialmente difíciles, en extremo temerarias e inexcusables aún, para quien habría de tener ya, por razón de su edad, marco adecuado al próximo advenimiento de la plenitud de capacidad jurídica. Ni de otra forma se puede entender el abuso del coche paterno para menesteres soslayados y el hecho adicional de sustraerlo de manos del conductor autorizado y experto, para ensayar con torpeza el manejo del timón por camino fragoso y ya de noche.

5. En lo que respecta a culpa concurrente de la víctima, para minorar la apreciación del daño

según el artículo 2357 del Código Civil, y aún para suprimir la responsabilidad por el resarcimiento, se acentúan considerablemente los poderes discrecionales del sentenciador. Y si, como en el presente pleito sucede, son razonables los motivos habidos por el Tribunal para no hallar compensación de culpas, la censura al respecto no trasciende al recurso extraordinario. Tanto más cuanto que el sentenciador, aparte de todo, aduce por fundamento cardinal el fallo del Juez de menores, intocable por la justicia civil, que dedujo la responsabilidad por el hecho culposo a cargo del joven Hernán Mesa Escobar.

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 27 de junio de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DEMANDA EN FORMA. PERSONAS QUE DEBEN CITARSE A JUICIO.

El presupuesto de demanda en forma. Efectos procesales de su falta. En el caso de autos dejó de citarse a juicio a quien, según el contrato cuya validez se impugna, sería beneficiaria de alimentos voluntarios durante su vida. Inhibitoria del Tribunal para decidir el pleito.

Cuando sin referencia a su prosperidad o insuceso las categorías abstractas que deben integrar el ejercicio del derecho de acción no aparecen reunidas en el libelo, hace falta en realidad el primero de los presupuestos del proceso: la demanda admisible por sus condiciones de forma para pronunciamiento de mérito.

La virtud propia y exclusiva de la demanda consiste en dar el primer impulso, sin el cual el proceso no tendría origen adecuado, ni podría concebirse dentro del procedimiento dispositivo. Y si ese primer movimiento no posee calidad y aptitud que permita decisión de fondo, como presupuesto básico y esencial precisamente del fallo de mérito, por más que los otros presupuestos se hallen reunidos, es obvio a todas luces que habrá de llegar necesariamente resolución judicial inhibitoria, con valor de cosa juzgada, mas no material sino simplemente formal.

No está al arbitrio del actor enmarcar la petición con que el juicio comienza a su simple parecer. Se trata sin duda de un acto de voluntad, más no permitirá pronunciamiento de mérito sobre la acción propuesta sino cuando llena los requisitos mínimos exigidos por la ley para que haya demanda en debida forma. De suerte que si es acto de voluntad, es al mismo tiempo acto formal. No porque el régimen de libertad haga quiebra, sino únicamente porque la actuación jurisdiccional debe moverse dentro de la plenitud de formas propias de cada juicio, del mismo modo que ante juez competente, por garantía que para todos arranca del imperio de la Carta fundamental (art. 26 de la Constitución Nacional).

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

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Hospitalizado por enfermedad grave en San Juan de Dios y tres días antes de su muerte, Miguel Romero, casado en segundas nupcias con Camila Cárdenas, por escritura número 3302 bis de 6 de octubre de 1955, Notaría 8ª de Bogotá, expresó que transfería a título de venta en favor de Alipio Romero O. una parcela y sus mejoras en el paraje de *La Rambla*, jurisdicción municipal de San Antonio de Tena, por los linderos que allí aparecen. Y se lee en las cláusulas segunda y cuarta:

"*Segundo*. El precio conocido por las partes, contratantes es la suma de $ 6.000 moneda corriente que declara tener recibida el vendedor de manos del comprador a su satisfacción".

"*Cuarto*. Que el comprador queda obligado a sostener de por vida a la inhábil o incapaz *Carmen Rodríguez*, y a reconocerle al menor *José Antonio Romero Cárdenas*, la suma de $ 1.000 moneda corriente, cuando éste tenga la mayor edad de catorce años o si antes fuere habilitada la edad y representado legalmente conforme a la ley (sic)".

Tal es el antecedente básico de la demanda dirigida contra Alipio Romero Ortega por la viuda, Camila Cárdenas de Romero, y por el hijo legítimo, José Antonio Romero Cárdenas, para la sociedad conyugal ilíquida y la herencia del causante Miguel Romero, con súplicas que contemplan:

1º "Decretar la invalidez, inexistencia o ineficacia, por simulación, del contrato contenido en la escritura 3302 bis", ya aludida.

2º "Declarar que en el contrato o pacto oculto que el demandado insinúa quiso realizarse, o sea una donación es igualmente nulo, por carecer de los requisitos legales indispensables para su validez".

3º "Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que el inmueble ... pertenece hoy a la sociedad conyugal que nació del matrimonio que contrajo Miguel Romero con Camila Cárdenas, representada por esta última, y a la sucesión de Miguel Romero, representada por José Antonio Romero Cárdenas, y éste a su vez por su legítima madre Camila Cárdenas v. de Romero".

4º Que se condene al demandado Alipio Romero Ortega a restituir el inmueble de que se trata a la sociedad conyugal y sucesión dichas.

5º Que igualmente se le condene al pago de los respectivos frutos.

6º Que se disponga el registro de la sentencia.

Y en subsidio:

La resolución del contrato por falta de pago del precio, la restitución del inmueble y el registro del fallo.

Todas las súplicas fueron denegadas en primera instancia por el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá en fallo del 23 de septiembre de 1960. En tanto que el Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió con inhibitoria de fecha 11 de julio de 1961 la apelación interpuesta por la parte demandante. Y sobre el recurso de casación que la misma ha sustentado, entra la Corte a decidir:

LA SENTENCIA ACUSADA

Sobre la contratación expresada en la escritura 3302 bis considera el Tribunal que "si no hubo pago del precio en dinero efectivo, es obvia la gratuidad de la pensión alimentaria y de los mil pesos aludidos". Agrega que "es indiferente para el caso *sub lite* determinar si se trata de una donación irrevocable entre vivos, o de una por causa de muerte. En el primer supuesto, valdría hasta dos mil pesos, a falta de insinuación; en el segundo, en cuanto no excediera del monto de la cuarta de libre disposición".

En la enfermedad y muerte de Miguel Romero así como en su parentesco de tío con respecto a Alipio, encuentra motivos de duda para entender que se trata no tanto de donación entre vivos como de "asignación al sobrino con el gravamen de una asignación alimentaria y del pago posterior de mil pesos (artículos 1147, 1192 del Código Civil)".

Después de citar doctrina de la Corte en el sentido de que los vicios e irregularidades capaces de anular una donación, entre vivos o por causa de muerte, no pueden ser alegados y demostrados sino con intervención del beneficiario mismo, concluye así:

"Y lo anterior es lógico puesto que un asignatario no puede sufrir menoscabo en su patrimonio como consecuencia de una sentencia dictada en juicio en el cual no fue citado ni oído, que es lo que ocurre en el presente caso, en el cual no se dirigió la acción contra la incapaz Carmen Rodríguez.

"Se está, pues, en presencia de un litis consorcio necesario en que la indicación del sujeto pasivo del proceso, según el libelo de demanda, debe extenderse a todos aquellos entes de derecho que resulten objetivamente afectados en sus intereses jurídicos patrimoniales con las declaraciones que pueda contener el fallo. La ineptitud de la demanda originada en tal deficiencia engendra la ausencia del presupuesto procesal llamado de demanda en forma, y es obstáculo para la decisión en el fondo de la cuestión debatida, mas no es un hecho que mate la acción ejercitada, lo que vale decir que el fallo debe ser inhibitorio".

LA ACUSACION

El recurrente invoca la causal 1ª por dos aspectos:

I. "Acuso la sentencia recurrida —dice el libelo— por error de derecho en la apreciación de los autos, violación de la ley sustantiva por falta de aplicación al caso del pleito y por infracción directa. Señalo como violados los artículos 1494, 1502, 1524, 1740 y 1741 del Código Civil".

Alude al criterio del sentenciador según el cual sobra determinar si el negocio encubierto consiste en donación entre vivos o si lo es por causa de muerte; estima que la hipótesis a que se refería la cita doctrinal de la Corte es totalmente diferente del asunto que aquí se contempla, y en seguida expresa:

"En el caso de este pleito, lo único que se deduce es que no hubo precio mediante pago, o que éste se redujo a mil pesos que debía dar con posterioridad, y al compromiso de sostener (sic) a una tercera persona que no se conoce en este pleito sino por la referencia que hace la escritura

y por la afirmación del demandado de que esa persona existe. Aparece así la contradicción del pago del precio, con las obligaciones por cumplir. Surge así un ente o persona que el fallador no puede reconocer jurídicamente, porque los fallos no pueden fundarse en simples suposiciones o cuestiones probables, sino en hechos plenamente establecidos, por los medios que al efecto la ley reconoce.

"Y no solamente por el aspecto considerado que fue el que tuvo en cuenta la sentencia recurrida, yerra el fallador, sino por el de la misma obligación, ya que ni tiene cuantía, ni sujeto activo conocido, ni sujeto pasivo, ni denominación legal, es decir, se sugiere una obligación indeterminada que ni es renta vitalicia, ya que no reúne las condiciones que para ella señalan los artículos 2287 a 2301 del Código Civil, ni pensión alimentaria, no sólo porque es indeterminada o irregulable en esa forma por el juez, sino porque no se encuentra la causa, ni surge obligación alguna concreta en favor de persona conocida en autos. Máxime si se tiene en cuenta que en caso de aceptación, podría situarse como dice la sentencia recurrida, no solo en el campo de la donación entre vivos sino en el de la donación por causa de muerte con violaciones desconocidas de derechos de los demandantes y de preceptos legales concretos".

II. En segundo lugar el recurrente insiste en que las mismas normas sustanciales fueron violadas "por apreciación errónea de la escritura que contiene el contrato demandado, cuando la considera apta para demostrar una donación a favor de persona a quien el demandado dice se obligó a sostener por estas causas:

"1ª Esa persona es desconocida e incierta desde el punto de vista procesal;

"2ª La obligación de *sostener* como dice la escritura, no encaja en renta vitalicia, como sostengo anteriormente, ni tampoco en la obligación alimentaria, porque no tiene lineamientos definidos, y sobre todo, porque no siendo una obligación legal o natural, no aparece la vinculación jurídica que ligue a deudor, a acreedor y cosa debida, mediante la presencia del acreedor en cualquiera de las formas de aceptación que la ley y la jurisprudencia reconocen, y

"3ª Porque la escritura de venta apenas presenta una apariencia de obligación, y las decisiones judiciales no pueden fundarse sino en obligaciones demostradas plenamente".

SE CONSIDERA:

1. Cuando sin referencia a su prosperidad o insuceso las categorías abstractas que deben integrar el ejercicio del derecho de acción no aparecen reunidas en el libelo, hace falta en realidad el primero de los presupuestos del proceso: la demanda admisible por sus condiciones de forma para pronunciamiento de mérito. El proceso todo no es, en efecto, sino la subsecuencia del escrito en que se objetiva la dinámica de la acción.

2. La virtud propia y exclusiva de la demanda consiste pues en dar el primer impulso, sin el cual el proceso no tendría origen adecuado, ni podría concebirse dentro del procedimiento dispositivo. Y si ese primer movimiento no posee calidad y aptitud que permita decisión de fondo, como presupuesto básico y esencial precisamente del fallo de mérito, por más que los otros presupuestos se hallen reunidos, es obvio a todas luces que habrá de llegar necesariamente resolución judicial inhibitoria, con valor de cosa juzgada, mas no material sino simplemente formal.

3. Es así como la petición con que el juicio comienza, constituye el cimiento del proceso, que lo presupone para llegar al fin integral perseguido, o sea, naturalmente, al decreto con que termine el asunto de una vez y para siempre. Pero no está al arbitrio del actor enmarcar ese pedimento a su simple parecer. Se trata sin duda de un acto de voluntad, mas no permitirá pronunciamiento de mérito sobre la acción propuesta sino cuando llena los requisitos mínimos exigidos por la ley para que haya demanda en debida forma. De suerte que si es acto de voluntad, es al propio tiempo acto formal. No porque el régimen de libertad haga quiebra, sino únicamente porque la actuación jurisdiccional debe moverse dentro de la plenitud de formas propias de cada juicio, del mismo modo que ante juez competente, por garantía que para todos arranca del imperio de la Carta fundamental (26 C. N.).

4. Claro es que son predicados de la demanda los elementos necesarios para que válidamente llegue a formarse el vínculo jurídico procesal. Pero básicamente se requiere también que, aún llenadas la competencia del juez, la aptitud en derecho para que los litigantes puedan figurar como partes, y su capacidad de obrar procesalmente, la demanda inicial por virtud de sí misma abra la puerta a pronunciamiento de fondo. Si esto no sucediere, aunque lo actuado no sea susceptible de tacha por causa de nulidad ninguna, el fallo del juez viene a ser forzosamente inhibitorio y por lo mismo también será válido en derecho. En tal situación no hay materia sujeta a pronunciamiento de fondo, a pesar de que las partes sean capaces y el juez competente a plenitud.

5. Cuando en juicio se impugna la eficacia real de negocio jurídico a que se vinculan intereses de varias personas, necesaria es la citación de todas ellas ante la justicia conforme a demanda regular. La destrucción judicial de ese determinado acto presupone demanda de todas y cada una de las personas que aparecen con interés jurídico derivado de la misma causa. Y sin libelo adecuado á esa concreción necesaria de audiencia y vencimiento en juicio no llega a formarse el lazo jurídico procesal desatable por sentencia de mérito. Ningún quebranto puede experimentar por la justicia quien no tuvo oportunidad de ser oído.

6. Si en concreto se suplica la ineficacia total del negocio que favorece con el sustento de por vida a determinada persona por su nombre propio, que allí figura como incapaz de procurarse por sí misma los medios de subsistencia, y no se le llama para que representada legalmente tome su defensa en la controversia, es indudable que la decisión de mérito ha de quedar postergada hasta cuando se le demande para integrar el litis consorcio necesario a la salvaguarda de la fundamental garantía de juzgamiento con previa y presupuesta audiencia.

7. En la cuestión *subjudice* surge con claridad el interés jurídico de la incapaz Carmen Rodríguez en que se mantenga a su favor la cláusula que le impone a Alipio Romero la obligación de *sostenerla de por vida*, esto es por lo menos de atender hasta su muerte a los gastos necesarios de subsistencia dentro del criterio de equidad que envuelve el precepto contenido en el artículo 1192 del Código Civil para fijar la cuantía de alimentos voluntarios cuando no se ha expresado de otra manera.

Se aduce, no simulación absoluta sino relativa del contrato nominado como de compraventa de una parcela con sus mejoras, en cuanto por ese medio se haya ocultado una donación modal. El contenido del *petitum* marca indivisibilidad: si se busca borrar por simulación el acto que se aparentara, pretende a la vez destruír por nulidad el acto modal que realmente se hubiera querido celebrar, el que como es obvio no podría ser nulo para el supuesto donatario modal y al propio tiempo válido para la persona favorecida con el modo. Hay ostensiblemente entre ellos litis consorcio necesario que impone la dirección de la demanda contra todos, para serlo en debida forma, o sea con aptitud para pronunciamiento de mérito. Y si no era el caso de emitirlo, ante la inhibitoria quedan sin apoyo los reparos por violación de normas sustanciales cuyo quebranto presupone sentencia de fondo.

En fin, no se ha demostrado que Carmen Rodríguez apenas fuese una persona supuesta o cuya existencia se fingiera en aquel instrumento público, que en principio prueba por sí mismo.

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 11 de julio de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Sus fuentes. El ánimo de asociarse como elemento constitutivo de la sociedad. Cómo se prueba este elemento.

Las sociedades de hecho se derivan de dos fuentes: a) del consentimiento expreso, sin eficacia plena en cuanto no alcanzan a ser sociedades jurídicamente perfectas por faltar el lleno de solemnidades o requisitos exigidos por la ley; y b) del consentimiento implícito que se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas.

Pero tanto en la una como en la otra hipótesis, aunque se trate de sociedades de hecho, su configuración necesita que, además del acuerdo de voluntades, dirigido específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines de lucro en campo lícito, exista tratamiento igualitario sin subordinación personal o jurídica dentro del juego de intereses recíprocos y mediante el ánimo inequívoco de asociarse: affectio societatis...

Cuando este factor intencional no aparece directamente de la voluntad concreta expresada por las partes en acta de fundación que sin embargo no alcanza a conformar sociedad en derecho, es indispensable que los hechos asociantes revelen con claridad y de modo concluyente en dos o más personas, el ánimo de asociarse para la persecución de fines económicos a que van anexas contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente entre todos y cada uno de quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, once (11) de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Por causa para pedir afírmóse en la demanda inicial de este litigio que entre el actor Alfonso Ruiz Restrepo y su padre legítimo Jesús María Ruiz Soto se formó de hecho una sociedad a consecuencia de accidente automoviliario que desde 1937 hasta el día de su muerte (15 de enero de 1959) impidiera a Ruiz Soto cuidar de su patrimonio, por lo cual su hijo hubo de ponerse al frente de la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, a tal punto que el modesto haber recibido de sus mayores se acrecentara hasta alcanzar "bastante entidad económica", dice la demanda. Y comoquiera que el causante Ruiz Soto había contraído segundas nupcias, el libelo fué dirigido contra la sociedad conyugal en nombre de la supérstite Helena Restrepo v. de Ruiz, lo mismo que contra Teresa Ruiz Restrepo en su condición de heredera como hija legítima del primer matrimonio del difunto padre, con estas súplicas:

"a) Que entre el finado Jesús María Ruiz Soto y Alfonso Ruiz Restrepo se formó una sociedad de hecho, a partir del año de 1937, hasta la fecha de la muerte de aquél, hecho acaecido el día 15 de enero de 1959.

"b) Que la sociedad de hecho a que dice relación el literal anterior está disuelta y de consiguiente se ordena su liquidación.

"c) Que para efectos de la liquidación se tendrá en cuenta que el socio Alfonso Ruiz Restrepo y los sucesores del socio Jesús María Ruiz, son interesados, de por mitad, o en la proporción que se señale, en los bienes que integran el patrimonio de la sociedad disuelta y en liquidación.

"d) Que son bienes sociales los relacionados en el hecho 6º de esta demanda".

Con fecha 25 de marzo de 1960 decidió la controversia en primera instancia el Juez del Cir-

cuito de Bolívar, mediante pronunciamiento que dice así:

"1º Se declara no probada la existencia de la sociedad de hecho, y por ende se absuelve al demandado.

"2º Costas a cargo del demandante".

Esta resolución fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 13 de junio de 1961, y es oportunidad de fallar sobre el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA ACUSADA

Relaciona los medios traídos al debate, y expresa:

"De las pruebas anteriormente enumeradas la Sala admite que se hallan probados los siguientes hechos:

"Que el señor Jesús M. Ruiz era dueño de algunos bienes situados en el Municipio de Bolívar, entre ellos una finca y una casa de habitación; que, a consecuencia de su incapacidad, al menos parcial, para el trabajo, su hijo Alfonso Ruiz Restrepo tomó parte principal en la administración del patrimonio de su padre, realizando enajenaciones, compras, mejoras y recolección de cosechas en relación con dichos bienes, por un lapso que se remonta hasta 1937; que el señor Ruiz Soto manifestó a su hija Teresa la intención de mejorar a Alfonso Ruiz Restrepo en el testamento, por tales servicios, como se deduce claramente de la carta aludida visible a folios 15 del cuaderno principal; que de parte de este último no existió aporte de bienes a la presunta sociedad de hecho a que se alude en el libelo, según aparece de las posiciones absueltas por el demandante (fs. 8 del cuaderno número 3); que también el señor Jesús M. Ruiz ejercitó algunas actividades en relación con la gestión de su patrimonio, pues asistía un almacén de víveres y cantina y figuró en las actas de conciliación con sus trabajadores ante la jurisdicción laboral, como resulta de las actas que obran a folios 1º a 3º del mismo cuaderno de pruebas".

En seguida acoge el análisis probatorio del juez de primer grado, en que se alude a la opinión de varios testigos en el sentido de no saber si hubo o no hubo aquella sociedad de hecho, o de considerarla como no existente, o, en fin, como Graciliano Gallego para quien "Alfonso se comportó no como socio sino como un buen hijo que pone interés en que los bienes de su padre aumenten cada día más en producción y valor económico".

También se transcriben allí algunos pasos de la carta que con fecha 16 de junio de 1957 fue dirigida por Jesús María a su hija Teresa, de la que ahora se toma este fragmento:

"Teresita: yo ya vivo como listo para esperar la muerte, pues la gota cala la piedra, y yo ya la ambiciono, vivo ya como resignado esperándola, mi apoyo hoy es la resignación que Dios me está dando y el apoyo de Alfonso que se enfrentó de un todo y por todo del que hacer en esta casa hasta los mandados, a él no le sobra tiempo para trabajar para él por estar al pie de lo que hay que hacer, así pues que yo creo que lo que haya en patrimonio sea casi de él pues lleva ya muchos años trabajando para la casa sin cobrar un centavo, de suerte que si Dios me permite lo debo mejorar a él que no tiene interés, pero yo debo corresponderle, porque ya es un viato (sic) que muy pronto llega a la vejez y queda sin consuelo quizá peor de lo que estoy yo, porque yo siquiera tengo el consuelo de un hijo que crié, y entonces para que él no se amargue mucho la vejez, yo debo de ser correspondido con él, por corresponder al desinterés de él para conmigo.

"Teresita: yo no sé qué consecuencias traigan estas frases mías, pero es voluntad de Dios, una consecuencia o la otra, puede que sea la despedida última de este mundo, o que sea otra, en todo caso en este mundo yo debo ser el dios suyo y de Alfonso, yo como padre aquí estoy, aquí nos volveremos a ver, o en el cielo".

Más adelante el sentenciador comenta:

"Como se ve, la cuestión de hecho no ofrece complejidad alguna, porque se trata simplemente de un caso de estrecha cooperación de un hijo en los negocios del padre, en que aquél realizó un esfuerzo considerable y de larga duración, a fin de incrementar un patrimonio al cual no había aportado ningún bien propio, incorporando en él solamente su trabajo personal, con resultados, al parecer, muy fructuosos y eficaces".

Y después de aludir al artículo 2083 del Código Civil y de hacer varias citas doctrinales, el sentenciador continúa:

"De lo anterior resulta, pues, que para que la acción instaurada pudiera prosperar debieron establecerse los elemetos que estructuran la sociedad de hecho y de que ya se hizo alusión, a saber: 1º Concurso de dos o más personas; 2º Aporte; 3º Convenio, tácito por lo menos, sobre división de pérdidas y utilidades, y 4º El ánimo de asociarse, la voluntad de cooperar en una empresa común aceptando todos los riesgos inherentes a ella.

"No es el caso de detenerse en el primer elemento, porque es evidente que existe una relación jurídica entre dos personas; pero el hecho de que dicha relación emane de un contrato de sociedad, sólo se establece demostrando los demás elementos enumerados.

"El aporte del señor Jesús María Ruiz se hace consistir en haber permitido que su presunto socio efectuara actos de administración sobre su patrimonio, en general, sin especificar los bienes que lo integran. Parece, sin embargo, aunque no se dice, que éste consistía inicialmente en una finca rural y que se fue acrecentando con otros bienes, como un lote de terreno en la cabecera del Municipio de Bolívar en cuya adquisición intervino su hijo Alfonso.

"Si la intención de una de las partes fue aportar esa finca a la sociedad, el aporte ha debido hacerse por escritura pública, de acuerdo con las reglas legales sobre transmisión del dominio de esa clase de bienes.

"El actor afirma que su aporte consistió únicamente en su industria. Resulta evidentemente establecido que incorporó su trabajo en la administración del patrimonio paterno, interviniendo en varios negocios de compra y venta de inmuebles, plantación de mejoras, recolección de cosechas, etc., hechos que admite la parte demandada. ¿Pero a qué título incorporó tales esfuerzos? Si nos atenemos a lo que el demandante afirma, su padre lo autorizó para que se pusiera al frente de la gestión de sus negocios, la cual aceptó en el convencimiento de ver compensados sus esfuerzos, en vista de las manifestaciones hechas por aquél, en carta que obra en el juicio, y ante algunas personas, de que lo mejoraría en el testamento. Es verdad que agrega que la intención fue constituír una sociedad de hecho; pero esa afirmación contradice la formulada anteriormente, o sea, que lo que lo determinó a contratar fue la expectativa de una gratificación y el incremento de la herencia que le correspondería de su padre.

"Las relaciones entre padre e hijo; el afecto que los ligaba; el estado de incapacidad relativa de que aquél adolecía y las manifestaciones que había hecho en el sentido de una compensación por el servicio, son todos factores que ponen de manifiesto la intención del demandante de ayudar a su padre, sin ánimo de una retribución contractual estipulada en forma de sueldo, salario o participación de utilidades en una pretendida sociedad de hecho. Y esta interpretación está perfectamente de acuerdo con el contexto de la demanda, como ya se dijo, y con las declaraciones de los testigos traídos por el mismo demandante y que, en su gran mayoría, consideran que el ánimo de Jesús María Ruiz no fue el de asociarse con su hijo para una explotación económica.

"Por otra parte, la carta dirigida por dicho Ruiz Soto a su hija Teresa, en la cual dice que piensa mejorar a Alfonso es incompatible con la idea de asociación, y a que si ésta iba a recibir su contraprestación en forma de utilidades sociales, no se ve por qué su padre se sentía moralmente obligado a *mejorarlo*, a asignarle lo que por ley no le correspondía, en el testamento.

"Es innecesario entrar en el examen de si hubo algún convenio tácito de repartición de utilidades y pérdidas, puesto que tal convenio debe aparecer de la demostración de los hechos concretos que lo supongan y en el expediente no aparece ningún dato al respecto. No es explicable que si tal convenio existió no se hubiera intentado una repartición siquiera de beneficios en el lapso de quince años que duró la gestión o que, al menos, se hiciera alguna alusión sobre el aplazamiento de ella, tratándose de un hecho de tan extraordinaria ocurrencia.

"El ánimo de asociación debe resultar también de hechos indiciales que lo establezcan de modo fehaciente, y es indudable que en los autos no obra ningún dato a este respecto. La *affectio societatis* debe resultar, a falta de un convenio expreso, de que los presuntos socios se comporten como tales, esto es, que desarrollen, como dice la Corte, una acción conjunta y paralela en un mismo pie de igualdad, que asuman conjuntamente las pérdidas y que se repartan las utilidades. No existe prueba, como se vio, de que en algún período de gestión se hubieran asignado utilidades y por lo que hace a la acción administrativa tiene ésta un sentido equívoco que no permite determinar con precisión a qué título se adelantaba, aunque parece fundarse en un mandato gratuito".

LA ACUSACION

El respectivo libelo —replicado oportunamente por la parte contraria— invoca la causal 1ª de casación por tres aspectos que separa así:

I. "Infracción directa (sic) de los artículos 2079, 2081 y 2083 del Código Civil, proveniente del error de derecho cometido por el honorable Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial".

Cifra el error en lo siguiente:

a) En que el Tribunal concediera valor probatorio al concepto de los testigos en vez de darle

a los hechos o parte histórica de las declaraciones, y puesto que corresponde al juez y no a quienes declaran la calificación de lo acaecido para saber si de los hechos surge sociedad;

b) En que hubiera falta de apreciación de la prueba testimonial por no deducir el sentenciador de los hechos relatados en las declaraciones la existencia del ánimo de asociación surgido de una serie de actos efectuados en colaboración entre el padre y el hijo. Insiste el recurrente en que el Tribunal desechó la parte histórica para darle valor a la parte conceptual de las declaraciones, y

c) En error evidente de hecho cuanto a la carta dirigida por Jesús María Ruiz Soto a su hija Teresa, pues para el Tribunal allí se habla de mejorar al hijo en testamento, cuando esta palabra no figura para nada. A lo que el recurrente agrega error manifiesto de hecho en el sentenciador al analizar las posiciones absueltas por el demandante Alfonso Ruiz Restrepo, y más adelante expresa:

"En las sociedades nacidas de los hechos, es decir, aquellas que se originan en la colaboración de dos o más personas en la misma explotación económica y que resultan de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas, el consentimiento se induce del examen mismo de los hechos en que intervinieron los así asociados, sin que pueda pretenderse prueba escrituraria o confesión emanada de quien por razón explicable, aun cuando no justificable, pretenderá en lo posible que quede en su peculio lo que es fruto del trabajo conjunto".

Comenta el fallo, y continúa:

"Nótese cómo el honorable Tribunal admite como hecho probado 'la estrecha cooperación' que dio como resultado el incremento del patrimonio. No obstante, el honorable Tribunal resuelve afirmar que esa 'estrecha cooperación' no está presidida por el ánimo de asociación por parte de Jesús María Ruiz, porque éste pensaba mejorar en su *testamento* a Alfonso Ruiz, lo que como se estableció anteriormente, es un error evidente de hecho. Asimismo sostiene el honorable Tribunal que pese a esa 'estrecha cooperación' no existió sociedad, por cuanto Alfonso había manifestado que lo que lo había animado a contratar era el incremento de su herencia, afirmación ésta que no se encuentra por parte alguna en el proceso y que implica un nuevo error evidente de hecho".

II. "Violación directa de los mismos artículos 2088, 2079 y 2081 del Código Civil, por interpretación errónea:

a) En cuanto el sentenciador exigiera para una sociedad formada por los hechos que el aporte de la finca paterna se efectuara por escritura pública, de acuerdo con las normas para transferir el dominio sobre inmuebles;

b) Porque hiciera obligados los repartos periódicos de utilidades, cuando ante la ley hay libertad de dejar esa liquidación para cuando cese definitivamente la sociedad.

III. En este último aspecto del reparto de utilidades insiste el recurrente para alegar aplicación indebida del artículo 2142 y, por consecuencia, falta de aplicación de los artículos atrás citados del Código Civil.

Critica el paso que el Tribunal alude a la no existencia de prueba acerca del reparto de utilidades entre padre e hijo, y a la apreciación de que la ingerencia administrativa del hijo es de sentido equívoco, que no permite determinar con precisión a qué título se adelantaba, "aunque parece fundarse en un mandato gratuito".

Agrega el recurrente que si el Tribunal admite "estrecha cooperación", ello es incompatible con el mandato en que no hay esa estrecha cooperación entre el mandante y el mandatario, como sí la hay en el contrato de sociedad. Y que, en fin el Tribunal da por establecido el mandato, sin que la contraparte lograra probar que lo hubo, o agencia oficiosa o contrato laboral, para deshacer la presunción de existencia de sociedad.

SE CONSIDERA:

1. Según doctrina mantenida por la Corte desde el fallo de casación de 30 de noviembre de 1935 (XLII, 1901-1902, 479), las sociedades de hecho se derivan de dos fuentes: a) Del *consentimiento expreso*, sin eficacia plena en cuanto no alcanzan a ser sociedades jurídicamente perfectas por faltar el lleno de solemnidades o requisitos exigidos por la ley, y b) Del *consentimiento implícito* que se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas.

2. Pero tanto en la una como en la otra hipótesis, aunque se trate de sociedades de hecho, su configuración necesita que, además del acuerdo de voluntades dirigido específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines del lucro en campo lícito, exista tratamiento igualitario, sin subordinación personal o jurídica dentro del juego de intereses recíprocos y mediante el ánimo inequívoco de asociarse: *affectio societatis*.

3. Cuando este factor intencional no aparece directamente de la voluntad concreta expresada por las partes en acta de fundación que sin embargo no alcanza a conformar sociedad en derecho, es indispensable que los hechos asociantes revelen con claridad y de modo concluyente en dos o más personas el ánimo de asociarse para la persecución de fines económicos a que van anexas contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente entre todos y cada uno de quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua.

4. Por manera que si la sociedad surge de los hechos, incumbe al sentenciador la tarea ponderativa de los medios probatorios para decidir discrecionalmente si en el proceso hay elementos de juicio que con certidumbre permitan inferir la existencia de una tal sociedad. Y así, aunque el giro de intervenciones administrativas en patrimonio ajeno, continuado en el tiempo no sólo con la adquiescencia sino con el aplauso y agradecimiento del dueño, pudiera determinar otras causas de obligación civil, tendientes a impedir acaso injustos enriquecimientos, no hay sin embargo censura valedera en el recurso extraordinario contra la decisión adversa a la existencia de sociedad derivada de los hechos, si no es en el evento extremo y remoto por demás, de que el juicio del sentenciador contradiga los dictados del sentido común o peque de arbitrariedad notoria.

No es bastante en el recurso de casación, extraordinario y estricto, que los medios aportados al debate abran campo de duda, o que pueda ensayarse por el recurrente otro criterio analítico en favor de parte, para supeditar la decisión jurisdiccional de instancia que no halló probada la concreta causa para pedir en que se apoyan las súplicas iniciales de la litis, esto es sociedad surgida de hecho. No podría basarse en duda sino en certeza de yerro cualquiera resolución de romper y reemplazar el pronunciamiento del Tribunal, adoptado en el ejercicio de poderes de apreciación que en derecho le corresponden. Con énfasis mayor si se trata de inferencias simples que en modo alguno marcan relación de necesidad entre antecedentes y consecuentes.

5. No omitió el sentenciador en este pleito ningún medio de prueba allegado a los autos, ni dio por existente alguno que brillara por su ausencia del proceso. Es entonces ajena al fallo la tacha por error evidente de hecho. Ni se perfila error de derecho por la alegación del recurrente acerca de que el Tribunal tomara de los testimonios la parte conceptual con preseidencia de la histórica. Porque si bien los hechos constituyen el objeto propio del testimonio, no puede tampoco desconocerse que como las declaraciones son rendidas por entes racionales, resulta por lo común inevitable cierto género calificativo de los hechos inseparable del testimonio, como apéndice de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que dan base a la integración probatoria. Y así, en la tarea crítica y valorativa es llamado el sentenciador a definir hasta dónde es admisible ese colorido del testimonio en el descubrimiento de la verdad procesal. Lo que se encierra también en sus poderes discrecionales y por ello mismo en su fuero interno, sin posibilidad de revisión extraordinaria.

6. Por lo demás, en el asunto *sub judice* los reparos atinentes a frases que aisladas pudieran parecer no muy felices en el fallo, quedan sin relieve dentro del recurso de casación. Pues si el sentenciador habla de escritura pública para el aporte de inmuebles a sociedad formada por los hechos, es lo cierto sin embargo que el considerando se refiere a la inexistencia de antecedentes indicadores del ánimo de asociarse, que acaso habría alguno si el inmueble en cuestión, en todo o en parte, hubiese salido del patrimonio paterno para ingresar al patrimonio personal del hijo en el curso de las invocadas operaciones en común. Y si alude el Tribunal a falta de prueba acerca de distribución de utilidades, no ha de verse allí tampoco la exigencia de periodicidad en los repartos, sino sólo que si alguna distribución de ganancias se hubiera hecho entre padre e hijo, de tal circunstancia pudiera inferirse sociedad. Y cuanto a la manifiesta intención paterna de mejorar al hijo, no va caer la apreciación del Tribunal que la entendió a través de testamento, porque si este vocablo no aparece en la letra de la respectiva carta, el contexto sí permite colegir razonablemente que se proyectaba ordenar la sucesión con mejoramiento del hijo por su afán de acrecentar el patrimonio que habría de constituir la misma herencia paterna. Además, la susodicha carta en nada evidencia el espíritu de asociación, sino sólo el natural propósito de corresponder el padre a los buenos cuidados y servicios del hijo.

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 13 de junio de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RELACION JURIDICO PROCESAL

Acción de filiación natural y consecuencial de petición de herencia. Interpretación de la demanda principal. La demanda y la causa petendi. Presunción consagrada en el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

1. Las exigencias de los artículos 205 y 737 del Código Judicial relacionadas con el contenido de la demanda, tienen tal trascendencia en el juicio, que la falta de ellas puede conducir a que la demanda sea objetada con la excepción dilatoria de inepta demanda, o a que, no habiéndose propuesto tal defensa por la parte demandada, el Juez que halle deficiente el libelo por no someterse a los preceptos citados, se declare inhibido de fallar por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

Todavía más, la demanda que llena las exigencias de los preceptos citados, tanto en las súplicas como en los hechos que les sirven de causa es, con la contestación de ella por la parte demandada, la base de la relación jurídico procesal trabada entre las dos partes contendientes y la pauta inmodificable para resolver las peticiones y las defensas propuestas. Esta relación jurídico procesal es la que no permite al Juez aceptar hechos nuevos o modificar los enunciados, la que lo obliga en el fallo a hacer una relación de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que ha de resolver y la de fundar sus decisiones en los hechos conducentes de la demanda demostrados de manera plena y completa.

2. Es cierto que el fallador goza de libertad en la apreciación de la demanda, pero esta libertad es relativa en cuanto que tiene que someterse a la causa petendi, o sea, a los hechos enunciados en el libelo, a las súplicas derivadas de ellos, y a las normas que gobiernen la concesión o negativa del derecho impetrado. La modificación de la causa por parte del Juez o la admisión de hechos fundamentales no previstos en la demanda, implica una alteración de la relación procesal y evidente error de hecho por cuanto el sentenciador basaría en tal caso su decisión en hechos que no constan en la demanda.

3. La acción sobre declaración de la paternidad natural con fundamento en el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, requiere para su prosperidad, dos elementos: 1º Las relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre; y 2º Que el hijo haya nacido "después de 180 días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron".

El fallador debe hacer un examen previo y provisional de los hechos traídos por el libelo, para ver si, suponiéndolos verdaderos, son idóneos para pronunciar el efecto o declaración impetrada. Si de este examen se ve que de ello no resultan todos los elementos de la acción, no habría objeto en entrar a la consideración de las pruebas o demostración de los mismos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio doce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, Arturo C. Posada).

Nelly Cuartas, como representante legal de su hijo natural Aicardo Cuartas, en libelo presentado ante el Juez Civil del Circuito de Frontino, relata los siguientes hechos:

Aicardo o Ricardo Velásquez tuvo relaciones amorosas con Nelly Cuartas desde cuando ella

salió del colegio. Estas se acentuaron a partir del año de 1953 en que comenzó a visitarla, y desde 1955, en que Velásquez pasó a vivir en la finca denominada El Chino, situada en las inmediaciones de la población de Dabeiba, las visitas eran casi diarias.

Nelly Cuartas vivió en la población de Dabeiba hasta el 24 de junio de 1957, fecha en que su hermano Edgar Rodó Cuartas la llevó con la madre y otra hermana a residir en la población de Mutatá.

Aicardo o Ricardo Velásquez fue en varias ocasiones a visitar allí a Nelly Cuartas hasta que el 21 de agosto de 1957 el chofer Gilberto Avendaño, por cuenta y orden de Velásquez, la trajo de Mutatá a la finca del Chino de propiedad de aquél.

En esta finca convivieron "como marido y mujer", Velásquez y Nelly, hasta el 11 de octubre de 1957 que fue asesinado aquél, cuando regresaba de Medellín a la finca El Chino en Dabeiba.

A mediados de agosto de 1957 Velásquez llevó de Dabeiba a su finca El Chino al médico, doctor Juvenal Rendón Gaviria, para que examinara a Nelly, a quien encontró en estado de embarazo, según se lo comunicó a Velásquez.

El nueve de enero de mil novecientos cincuenta y ocho, Nelly Cuartas dio a luz en su casa de habitación de Dabeiba al niño que hizo bautizar con el nombre de Aicardo.

Daniel Monroy Velásquez y Ofelia Velásquez de G. hicieron abrir el juicio sucesorio de Ricardo Velásquez, en el cual se les reconoció su condición de herederos como hermanos naturales del causante, Julia Ruiz v. de Ruiz fue declarada subrogataria en parte de los derechos de Daniel Monroy Velásquez, quien vendió el resto de sus derechos a Jesús Puerta.

Basada en estos hechos, Nelly Cuartas, con citación de Ofelia Velásquez de González, Daniel Monroy Velásquez, Julia Ruiz v. de Ruiz y Jesús Puerta, pidió se declarara en sentencia definitiva:

Primero. Que el menor impúber Aicardo Cuartas, nacido el 9 de enero de 1958, es hijo natural de Ricardo o Aicardo Velásquez para todos los efectos civiles.

Segundo. Que el menor Cuartas en la calidad que se le reconoce es heredero de Velásquez con exclusión de los demandados, por tener mejor derecho que ellos.

Tercero. Que se condene a los demandados a entregarle al menor Aicardo Cuartas todos los bienes que ocupan en calidad de herederos de Ricardo Velásquez.

Cuarto. Que se les condene también a restituir los frutos de los bienes herenciales al menor, desde cuando se ejecutorie la sentencia definitiva que ponga fin a este juicio.

Quinto. Que se condene en costas a los demandados.

Sexto. Que se disponga, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 370 del Código Civil y 33 del Decreto ejecutivo 1003 de 1938, que se tome nota al margen de la partida de nacimiento del menor Aicardo Cuartas de su estado de hijo natural de Ricardo Velásquez.

La demandada Julia Ruiz v. de Ruiz descorrió el traslado oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas, y manifestando a la mayoría de los hechos, que no le interesan, y que se prueben otros.

Jesús Puerta contestó aceptando los hechos del noviazgo de Nelly con Velásquez en forma pública desde 1955 en adelante, de haber residido aquella en Dabeiba hasta junio de 1957 en que se trasladó a Mutatá; de haber vivido durante mes y medio con Velásquez, y de ser soltera y la representante del menor Aicardo Cuartas. Los demás, manifiesta ignorarlos. También se opone a que se acceda a las peticiones de la demanda.

Ofelia Velásquez de González no dio contestación al libelo.

Respecto de Daniel Monroy, el representante de la parte actora prescindió de seguir la acción contra él.

El Juzgado, en sentencia de veintitrés de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, negó todas las solicitudes contenidas en el escrito de demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín resolvió la alzada en que acudió la actora mediante sentencia de seis de abril de mil novecientos sesenta, por la cual revocó la de primer grado e hizo las declaraciones pedidas.

Motivación del fallo del Tribunal.

Con respaldo en los varios testimonios allegados al proceso, el Tribunal encuentra acreditados los siguientes hechos:

"I. Que Nelly Cuartas ha sido una muchacha honesta y recatada, salvo el desliz del cual nació su hijo Aicardo.

"II. Que Ricardo Velásquez y Nelly Cuartas eran novios y aquel fue su único novio".

Previa transcripción del pasaje pertinente de las declaraciones rendidas por Mercedes Góez, Lorenzo Díaz, Carlos Flórez, Honorio Muriel, Jesús Puerta, Juvenal Arango, Alejandrino Oquendo, Juan de Dios Góez, Luis Emilio Toro,

Gilberto Avendaño, llega a la conclusión de que Ricardo Velásquez sacó a Nelly de su casa, la llevó a su finca, El Chino, donde "convivió con ella desde más de tres meses antes de su trágica muerte; que no hay ninguna prueba de que Nelly haya tenido relaciones sentimentales o amorosas con otros hombres; que el infante Aicardo nació unos seis meses después de que Ricardo llevó a Nelly a vivir en la citada finca. De todo esto surge de modo indiscutible la conclusión lógica y biológica de que Ricardo es el padre natural de Aicardo".

Considerando el caso *sub lite* a la luz del artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, que consagra la presunción de paternidad natural con relación al hijo que ha nacido después de ciento ochenta días de comenzadas las relaciones expresa el fallo: "Conforme a estas pruebas, es lo razonable considerar que en el mes de julio de dicho año (1957) Ricardo llevó a Nelly a El Chino y allá convivió con ella hasta su fallecimiento en octubre del mismo año, ya que así lo deponen el chofer que la condujo y otros declarantes; y que durante el indicado mes y los siguientes, hicieron vida marital. Así queda demostrado que la residencia conjunta de los amantes empezó antes de los ciento ochenta días del nacimiento del menor".

Como la demanda expone que Ricardo Velásquez envió al chofer Gilberto Avendaño el 21 de agosto de 1957 para que llevara a Nelly a la finca El Chino, y por cuanto los demandados estiman que tal manifestación ha de tenerse como una confesión, y que, por lo mismo, solo desde ese día comenzó la notoriedad de las relaciones sexuales, observa el Tribunal que Nelly Cuartas en las acciones de filiación natural y petición de herencia ejercitadas en este juicio, no obra en interés propio sino en nombre y representación de su hijo impúber Aicardo; que en dichas condiciones "las facultades dispositivas o de renuncia de derecho que la confesión conlleva, son muy restringidas para los mandatarios o representantes legales".

Para el fallador, la aseveración contenida en el libelo sobre el día en que Nelly fue llevada a la finca de Velásquez, es un hecho que perjudica o puede perjudicar gravemente los intereses del menor Aicardo, en cuanto puede influir en la declaración de paternidad natural reclamada en los consiguientes derechos herenciales, y tiene el carácter de confesión en los términos del artículo 604 del Código Judicial.

Ante lo preceptuado en los artículos 607 ibídem, que fija el valor de la confesión del representante legal "en lo referente a contratos o actos, en que al tenor de sus facultades esté autorizado para obligar al representado o mandante", 303 del Código Civil y 1º de la Ley 67 de 1936, que prohiben la enajenación de bienes raíces y derechos herenciales de menores bajo patria potestad o guarda sin licencia judicial, concluye el fallador que, si Nelly Cuartas carecía de autorización para "obligar a su hijo menor Aicardo en lo referente a esa disposición o enajenación de derechos hereditarios, *a fortiori* carecía de atribuciones para renunciarlos o disponer de ellos a título gratuito, como lo es la confesión. De ahí la absoluta invalidez o ineficacia de la manifestación contenida en la demanda, reforzada con el razonamiento, de que si la madre del menor Aicardo no tenía la facultad de confesar, menos la tenía su apoderado judicial... Significa lo anterior que, no pudiendo confesar la señora Nelly Cuartas como representante de su hijo menor, menos podía hacerlo su representante en juicio porque ella, no podía transmitirle facultades de que carecía. De ahí que sea ineficaz la manifestación contenida en el libelo demandatorio".

Respecto de la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias, el Tribunal las halla acreditadas con la afirmación de más de diez testigos que deponen sobre "el amancebamiento, concubinato o convivencia entre Ricardo y Nelly, bajo un mismo techo durante algunos meses anteriores a la exigencia cuestionada de estabilidad y notoriedad, de las cuales nació el niño demandante; y éste pudo haber sido concebido a los comienzos del concubinato entre dichos novios, o en las relaciones sexuales reservadas que muchas veces anteceden a las públicas entre amantes".

La parte demandada impugnó el fallo del Tribunal con el recurso de casación que procede a resolver la Corte.

Demandada de casación:

La demanda de casación le formula a la sentencia los siguientes cargos: el primero por error de hecho en la apreciación de la demanda, violación indirecta de ley en la valoración probatoria de un hecho de la demanda, y de otros preceptos sustantivos por no haber aceptado la demanda en su integridad; el segundo, por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial en cuanto a la notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales entre Velásquez y Nelly Cuartas; el tercero, por error de derecho en la valoración del mismo medio, y el cuarto, por error de hecho en la estimación de la prueba testimonial referente al hecho de si Aicardo Cuartas nació "dentro de los primeros ciento ochenta días de las

relaciones sexuales habidas entre Ricardo y Nelly".

Expone la primera tacha en el "artículo primero" de la demanda en lo fundamental, así:

"Error de hecho manifiesto y consecuencial violación de ley sustantiva". "El objeto principal de la demanda consiste en obtener la declaración judicial de que Ricardo Velásquez es el padre natural de Aicardo, hijo de Nelly Cuartas".

Alude a los hechos cardinales de la demanda referentes a que Ricardo y Nelly fueron novios por varios años; que Nelly residía en Dabeiba, pero su hermano Edgar la llevó a vivir a Mutatá el 24 de junio de 1957 donde también la visitó Ricardo, hasta que el 21 de agosto de este mismo año la trajo a la finca de su propiedad, denominada El Chino, poco distante de Dabeiba; que allí la hizo examinar del facultativo doctor Juvenal Rendón Gaviria, quien certificó un antiguo estado de embarazo; que en aquella finca estuvieron conviviendo como marido y mujer hasta el 11 de octubre de 1957, en que Ricardo fue asesinado; y que el 9 de enero de 1958, Nelly dio a luz en Dabeiba un niño que fue bautizado con el nombre de Aicardo. El Tribunal rechaza la demanda en la parte que afirma que Nelly fue llevada a la finca de El Chino el 21 de agosto de 1957 y que desde ese día 'pudo empezar la notoriedad de las relaciones sexuales'.

En el capítulo tercero expone cuatro tachas referentes a la valoración de la demanda por el Tribunal de las cuales se considera la que expone en los siguientes términos: "Por otra parte el Tribunal les da a las súplicas un fundamento distinto de los consignados en la demanda. Sostiene que en el mes de julio de 1957 fue cuando tuvieron su principio las relaciones sexuales entre Ricardo y Nelly, y que esto resulta de las declaraciones de Góez, Toro, Vanegas y Avendaño".

Transcribe el paso del fallo en que afirma que, conforme a estas pruebas, "es lo razonable considerar que en el mes de julio de dicho año (1957) Ricardo llevó a Nelly a El Chino y allá convivió con ella hasta su fallecimiento en octubre del mismo año... y que durante el indicado mes y los siguientes hicieron vida marital". "Estas circunstancias no se leen en el libelo. Son hechos nuevos que el Tribunal les da a las súplicas, sin facultad para ello.

Este error indujo al Tribunal a la conclusión de que Aicardo nació "dentro de los ciento ochenta días de comenzadas las relaciones sexuales de Ricardo y Nelly; que, por tanto, se hallaba cumplida la condición exigida por el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y que, consecuencialmente, procedía la declaración judicial de paternidad solicitada en la demanda".

"De consiguiente este precepto legal fue violado. Su aplicación era procedente, sin el concurso del error, para negar la declaración de paternidad, pues conforme a la demanda las relaciones sexuales de Ricardo y Nelly no pudieron anteceder al día en que Nelly fue conducida a la casa de campo de Ricardo, o sea el 21 de agosto de 1957".

Se considera:

De los hechos expuestos en la demanda como *causa petendi* de la acción de paternidad *in lite*, conviene repetir cómo en ellos se afirma que Ricardo cultivó relaciones amorosas con Nelly Cuartas desde cuando ésta salió del colegio, las que se acentuaron desde 1953 en que comenzó a visitarla, y en forma casi diaria desde 1955, cuando Ricardo se pasó a vivir a su finca llamada El Chino, situada a inmediaciones de la población de Dabeiba; que Nelly residió en este municipio hasta el 24 de junio de 1957 en que con la madre y otra hermana fue llevada por su hermano Enrique Rodó Cuartas para permanecer en la población de Mutatá, donde también la visitó Ricardo hasta el 21 de agosto de dicho año, fecha en que fue conducida de orden del mismo a la finca de El Chino por el chofer Gilberto Avendaño, donde ella y Velásquez convivieron como marido y mujer hasta el 11 de octubre de 1957 que fue asesinado él.

Resalta en este relato que con anterioridad al 21 de agosto de 1957 entre Ricardo y Nelly existieron solamente amores, pero nada se habla en la demanda de relaciones sexuales.

El Tribunal, de la exposición de los testigos aducidos por las partes, encuentra establecido de manera evidente, entre otros, los siguientes hechos: Que Ricardo fue el único novio de Nelly durante varios años anteriores al nacimiento de Aicardo; que aquel "la sacó de su casa y la llevó a su finca de El Chino, y allí convivió con ella más de tres meses antes de su trágica muerte"; "... que el niño Aicardo nació unos seis meses después de que Ricardo llevó a Nelly a vivir en la citada finca. De todo esto surge de modo indiscutible la conclusión lógica y biológica de que Ricardo es el padre natural de Aicardo".

Más adelante estampa el parágrafo transcrito por el recurrente sobre que Ricardo llevó a Nelly a su finca en el mes de julio, y que allí convivió con ella desde este mes y los siguientes hasta su fallecimiento el 11 de octubre de 1957.

Con base en la aceptación de que la vida marital entre Ricardo y Nelly comenzó en julio de 1957, encuentra que Ricardo nació después de ciento ochenta días de comenzadas las relaciones sexuales.

El artículo 205 del Código Judicial, que señala el contenido de toda demanda, exige, entre otros requisitos, que se indique "lo que se demanda, expresando con toda claridad y precisión los hechos u omisiones". Y el artículo 737 del mismo, en relación con el libelo en juicio ordinario dispone que, fuera de las indicaciones del artículo 205, "debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen y expresar los hechos en que ellas se apoyan debidamente clasificados y numerados". Las exigencias de estas normas tienen tal trascendencia en el juicio, que la falta de ellas puede conducir a que la demanda sea objetada con la excepción dilatoria de inepta demanda, o a que, no habiéndose propuesto tal defensa por la parte demandada, el Juez que halle deficiente el libelo por no someterse a los preceptos citados, se declare inhibido de fallar por falta del presupuesto procesal de demanda en forma. Pero todavía más, la demanda que llena las exigencias de los preceptos citados, tanto en las súplicas como en los hechos que les sirven de causa es, con la contestación de ella por la parte demandada, la base de la relación jurídico procesal trabada entre las dos partes contendientes y la punta inmodificable para resolver las peticiones y las defensas propuestas. Esta relación jurídico procesal es la que no permite al Juez aceptar hechos nuevos o modificar los enunciados, la que lo obliga en el fallo a hacer una relación de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que ha de resolver (art. 471 ibídem), y la de fundar sus decisiones en los hechos conducentes de la demanda demostrados de manera plena y completa (art. 593 del C. J.).

Es cierto que el fallador goza de libertad en la apreciación de la demanda, pero esta libertad es relativa en cuanto que tiene que someterse a la *causa petendi*, o sea, a los hechos enunciados en el libelo, a las súplicas derivadas de ellos, y a las normas que gobiernen la concesión o negativa del derecho impetrado.

La modificación de la causa por parte del Juez o la admisión de hechos fundamentales no propuestos en la demanda, implica una alteración de la relación procesal, y el pronunciamiento de un fallo sin la audiencia de la parte demandada, que lo fue para defenderse de los cargos expresados en el libelo. El proceder del sentenciador en esta forma implica un evidente error de hecho por cuanto basa su decisión en hechos que no constan en la demanda.

La Corte ha dicho sobre el particular: No es lícito al Juez "apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos pero no allegados en la demanda, porque la ley quiere que la demanda contenga necesariamente dos partes: la una en la cual se determinen o precisen los hechos que le sirvan de fundamento, separados y aun enumerados, y la otra, lo que se pide como consecuencia de esos mismos hechos y de las disposiciones sustantivas que establecen el derecho entre las partes" (T. XIII, pág. 38).

"Es principio de que las sentencias han de ser siempre relativas, ya respecto de las personas, ora respecto de aquellos elementos que en nomenclatura de procedimiento se llaman cualidades de la causa, y que entre otros, consisten en las cuestiones planteadas en el libelo de demanda. Y ello es obvio, porque aquel principio no es sino el antecedente necesario de otro no menos importante, el de la limitación de la cosa juzgada. Uno de los límites que en la litis contestación se establece, es la *causa petendi* o sea el objeto jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda..."

"No se arguya que el sentenciador tiene facultad omnímoda para apreciar la demanda, porque esta facultad, esa libertad, tiene sus límites precisos, cuales son los señalados por el demandante al interponer la demanda, porque como ya lo ha dicho esta superioridad, no es indiferente la manera como el actor formula la *causa petendi*, o sea el hecho jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda" (T. 50, pág. 761 y ss.).

Es manifiesto que la demanda coloca el comienzo de las relaciones sexuales estables y notorias entre Ricardo y Nelly el 21 de agosto de 1957, al exponer en el hecho 7º que en dicha fecha aquél "envió por ella al chofer Gilberto Avendaño (alias Anchote), quien la trajo por cuenta y orden de Ricardo o Aicardo Velásquez desde Mutará hasta la finca de propiedad de éste, denominada El Chino, situada en la población de Dabeiba", y en el 8º que en "esa finca estuvieron conviviendo como marido y mujer... hasta la época en que Ricardo o Aicardo fue asesinado, el 11 de octubre de 1957..."

La iniciación de las relaciones sexuales en la fecha que reza el hecho 7º. La evidencian más los hechos 4º, 5º, 6º y parte del 7º en los cuales se expone que hasta ese día solamente hubo relaciones de novios entre ellos por razón de las cuales la visitaba con frecuencia en Dabeiba, hasta el 24 de junio de 1957 fecha en que fue

llevada a Mutatá, donde también la visitó hasta el día de su traslado a la finca El Chino.

Afirmar, como lo hace la sentencia, que Ricardo llevó a Nelly a su finca en el mes de julio; que la vida marital entre ellos comenzó en este mes y duró hasta el fallecimiento de aquél el 11 de octubre de 1957; que, en consecuencia, Ricardo nació después de ciento ochenta días de comenzadas las relaciones sexuales, es incurrir en un error más que evidente en la apreciación de la demanda, puesto que el fallador llega hasta exponer hechos que ésta no contiene. Y tal error ha tenido trascendencia definitiva en el fallo, porque solamente con base en él, dedujo el Tribunal que el demandante había nacido después de los ciento ochenta días de haber comenzado las relaciones sexuales, y que, por lo mismo, tenía la calidad de hijo natural de Ricardo Velásquez de conformidad con lo preceptuado por el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936.

Debe, en consecuencia, casarse la sentencia acusada, y proferirse la que ha de reemplazarla.

Fallo de instancia.

Los presupuestos procesales están debidamente acreditados:

El Juez del Circuito de Frontino era el competente para conocer del juicio (arts. 109, 2º y 736 del C. Judicial).

Siendo personas naturales el demandante y los demandados, tienen capacidad para ser parte (art. 230 ibídem). De Ofelia Velásquez de González, consta su condición de heredera en las actas respectivas del estado civil y en la copia del auto por el cual se le reconoció tal condición en la mortuoria de su hermano materno, Ricardo Velásquez.

Con excepción de esta demandada, que fue notificada personalmente del auto admisorio del libelo pero no se hizo representar en el juicio, los demás tienen apoderado reconocido.

La demanda llena las formalidades de que tratan los artículos 205 y 737 del Código Judicial. En ella se acumulan las acciones de filiación natural como principal y la de petición de herencia en forma consecuencial, lo cual no se opone a los términos del artículo 209 del mismo Código.

Entrando al estudio de mérito de la acción sobre declaración de la paternidad natural, se tiene que el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, en que está basado el caso *sub judice*, requiere para su prosperidad, dos elementos: 1º Las relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre, y 2º que el hijo haya nacido "después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

El fallador debe hacer un examen previo y provisional de los hechos traídos por el libelo, para ver si, suponiéndolos verdaderos, son idóneos para pronunciar el efecto o declaración impetrada. Si de este examen se ve que de ellos no resultan todos los elementos de la acción, no habría objeto en entrar a la consideración de las pruebas o demostración de los mismos. Dijo la Corte en casación de 10 de octubre de 1956: "Si los hechos de la demanda inicial, como en el presente caso sucede, no contemplan todos los elementos integrantes del motivo aducido para la declaración de paternidad natural por la justicia... ningún análisis de pruebas sería capaz de llenar aquel vacío fundamental, que, en definitiva, conduce al fallo absolutorio" (T. 81, pág. 404).

En todo lo expuesto hasta aquí se ha repetido que el libelo reza que hasta el 21 de agosto de 1957 Ricardo Velásquez mantuvo relaciones amorosas con Nelly dentro de las cuales la visitaba en Dabeiba y en Mutatá, pero no se habla de relaciones sexuales entre ellos durante aquel tiempo.

Estas, conforme a los términos de los hechos 7º y 8º, no tuvieron comienzo sino el 21 de agosto del mencionado año, fecha en la cual Ricardo la llevó a su casa situada en la finca denominada El Chino, donde convivieron bajo el mismo techo como marido y mujer hasta el 11 de octubre del mismo año, cuando Ricardo fue asesinado.

El niño Alcardo Cuartas nació el 9 de enero de 1958. Computados los días hacia atrás desde la media noche del en que comenzó el nacimiento hasta el 21 de agosto en que principiaron las relaciones carnales estables y notorias, resultan ciento cuarenta y un días, es decir, que no se cumple el segundo elemento de la acción instaurada, cual es que el nacimiento haya ocurrido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron las relaciones sexuales, término que el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, con fundamento en el 92 del Código Civil, señala como mínimo para aceptar con presunción de derecho que el nacido fue fruto de las relaciones sexuales.

Faltando este elemento esencial de la acción, no hay objeto de estudiar las pruebas sobre la existencia, notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales, circunstancias de las cuales se ocupó el fallo de primera instancia inútilmente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en razón de los motivos expuestos,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el seis de abril de mil novecientos sesenta, y en su lugar,

RESUELVE

1º Confírmase la del Juzgado Civil del Circuito de Frontino, que lleva fecha veintitrés de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, pero por las razones expuestas por la Corte.

2º Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONSONANCIA ENTRE LA DEMANDA Y LA SENTENCIA

Trátase de la resolución de un contrato de compraventa de café en que no hubo condena por perjuicios. El error de hecho en la estimación probatoria. Procedencia e improcedencia de las pruebas.

1. Las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas trazan al poder jurisdiccional los límites de su intervención. Por lo cual, la incongruencia de un fallo, que ha de buscarse mediante proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el juzgador, solo podrá existir en cualquiera de las hipótesis al efecto admitidas por la doctrina, a saber: cuando la sentencia decide más allá de las pretensiones del actor (ultra petita); o cuando provee sobre puntos no contenidos en la demanda (extra petita); o deja de decidir sobre los comprendidos en ella o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínima petita). Pero en manera alguna hay lugar al vicio de inconsonancia por el mero hecho de que el sentenciador considere la cuestión de manera distinta a como la ha apreciado el recurrente.

2. Cuando la censura en casación se hace por error de hecho en materia probatoria, ciertamente toca, con la autonomía que compete al Tribunal de segundo grado para formarse su convicción acerca de las situaciones objetivas que estructuran la materialidad del caso en litigio. Por ello, la impugnación que en este campo se haga, para ser próspera, ha de acreditar que ese convencimiento así obtenido por el sentenciador, con efecto trascendente a su decisión, está engendrado de un error de hecho evidente cometido por él en la apreciación o desestimación de determinadas pruebas. De lo contrario, su juicio sobre los hechos tiene que mantenerse intocado.

Por imperativo conceptual, la evidencia en el error de hecho reclama que este se imponga de manera cierta e indiscutible a la inteligencia que lo observa. Así, se admite su existencia, cuando el sentenciador ignore o deja de ver un medio probatorio que hace parte del proceso; o cuando supone un medio no existente en éste; o hace decir al que existe lo que en manera alguna expresa o significa, y también, en materia de indicios, cuando saca conclusiones de antecedentes no demostrados, o de los que lo están deduce consecuencias absurdas, esto es, abiertamente contrarias a la lógica elemental o sentido común.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 15 de junio de 1960, proferida en el juicio ordinario seguido por la sociedad "Leonidas Lara e Hijos Limitada" frente a Antonio Vega Lara.

I

EL LITIGIO

Refiere el libelo inicativo del juicio lo siguiente:

Que en el mes de julio de 1946, se celebró entre la sociedad "Leonidas Lara e Hijos Limitada" y el señor Antonio Vega Lara, "un contrato en virtud del cual este último se comprometió a venderle y entregarle en Neiva 4.000 bultos de café pergamino, al precio de setenta y

seis pesos ($ 76.00) moneda corriente cada carga de ciento veinticinco kilos (125), puestos en el lugar indicado al respecto por la casa Lara" (afirmación 3ª);

Que, luego, mediante correspondencia telegráfica y epistolar de fechas 15 y 16 del citado mes, las partes acordaron la venta por el señor Vega Lara a la referida sociedad, de 2.000 sacos más de café, en las mismas condiciones de clase de la mercadería, precio y lugar de cumplimiento pactadas en la ocasión anterior, extendiendo al día 15 de agosto de 1946 el término para la entrega de la totalidad del café negociado en las dos operaciones antedichas, cuyo pago debía la casa Lara satisfacer contra entrega completa del café, pero con imputación a cuyo precio ofreció ella hacer anticipos de acuerdo con las entregas que se fuesen verificando (afirmaciones 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 8ª);

Que de la totalidad de los 6.000 bultos de café vendidos por Vega Lara, éste solamente entregó a la entidad compradora 4.526 que le fueron pagados por éste; y que, por lo tanto, el vendedor dejó de entregarle 1.474 bultos, faltando así al cumplimiento del contrato (afirmaciones 9ª, 10 y 11);

Que los 1.474 bultos de café no entregados por el vendedor valían al precio del contrato $ 56.712 y al precio oficial vigente al tiempo de la demanda $ 198.990.00 (afirmación 12), y

Que el incumplimiento del vendedor ocasionó a la sociedad compradora graves perjuicios materiales, consistentes en no haber aprovechado la totalidad del café para poder cumplir compromisos contraídos por ésta, circunstancia que la obligó a adquirir con tal fin, a un precio superior, la cantidad de café faltante; que, además, la sociedad dejó de obtener la utilidad propia de esta clase de negocios y los rendimientos corrientes que corresponden a inversiones de las sumas no percibidas por ella y de que se hubiera aprovechado si Vega Lara hubiese cumplido sus obligaciones (afirmación 13).

Fundándose en estos hechos, la sociedad "Leonidas Lara e Hijos Limitada" pide en la demanda que se decida principalmente lo siguiente:

1º "Que el demandado Antonio Vega Lara incumplió el contrato de compraventa de 6.000 bultos de café pergamino negociado en el mes de julio de 1946 con la sociedad", según el cual el demandado debía entregar en Neiva a la demandante, antes del 15 de agosto de 1946, la dicha cantidad de café, al precio de $ 76.00 por carga de 120 kilos;

2º "Que por razón del incumplimiento del demandado, es el caso de declarar resuelto el contrato de compraventa de los 6.000 bultos de café pergamino, relacionado en el punto anterior";

3º Que el demandado está obligado a pagar a la actora "los perjuicios de toda índole, causados con el incumplimiento del contrato, en cuantía de $ 250.000.00 moneda corriente, o en aquella que por medio de peritos se fijare en el curso del juicio", y que ha de comprender, por lo tanto, el lucro cesante y el daño emergente, y

4º Que en caso de oposición, se le condene en las costas del juicio.

Subsidiariamente solicita se declare que el demandado está obligado a pagar a la demandante los perjuicios de toda índole que le causó con el cumplimiento imperfecto o parcial del referido contrato de compraventa de 6.000 bultos de café, a causa de haber el primero dejado de entregar 1.474 bultos; y que, en consecuencia, se le condene al pago de tales perjuicios, determinándolos como se solicita en la tercera de las súplicas principales, y al de las costas del juicio.

Como fundamentos de derecho aduce el libelo los varios textos de los Códigos de Comercio, Civil y Judicial allí indicados.

El demandado contestó oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas por la parte actora, en orden a lo cual niega varios de los hechos de la demanda, entre otros los que envuelven la afirmación de incumplimiento de aquél.

Surtida la primera instancia, con producción de pruebas de una y otra parte, recibió fallo en que se decide la litis así:

"Primero. Declárase resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de compraventa celebrado entre la casa Leonidas Lara e Hijos, como compradora, y el señor Antonio Vega Lara, como vendedor, en cuanto se refiere únicamente a la cantidad de 1.474 bultos de café pergamino, de 125 kilos de peso cada carga y al precio de $ 76.00 cada una, que el demandado se obligó a entregar a dicha firma el 15 de septiembre de 1946, y se niega en lo demás;

"Segundo. No hay lugar a condenar al demandado al pago de los perjuicios demandados y por ello se niegan tanto las peticiones principales como las subsidiarias al respecto.

"Tercero. No se hace condenación en costas".

En el segundo grado, abierto por apelación de ambas partes, recayó la sentencia del Tribunal de fecha 15 de junio de 1960 por la cual se "confirma" la sentencia apelada con costas a cargo de los apelantes.

Interpuesto únicamente por la parte actora el recurso de casación contra este pronunciamiento, entra la Corte a ocuparse de su definición.

II

LA SENTENCIA RECURRIDA

Del estudio del acervo probatorio dedujo el Tribunal las siguientes conclusiones:

Que entre la sociedad demandante y el demandado no se celebró un contrato único por 6.000 bultos de café en pergamino, sino "dos contratos diferentes concluídos en días distintos así: uno por 4.000 bultos el 13 de julio de 1946, y otro por 2.000 el 16 de ese mismo mes";

Que como "el demandado entregó 4.526 bultos, hay que concluír que cumplió satisfactoriamente el primer contrato sobre entrega de 4.000 sacos de café pergamino";

Que "los 526 sacos excedentes hay que imputarlos al segundo contrato por 2.000";

Que "el demandado dejó de entregar 1.474 sacos correspondientes al citado contrato por 2.000";

Que "habiendo cumplido el demandado en su totalidad el primer contrato sobre venta de 4.000 sacos de café pergamino, la acción resolutoria referente a ese contrato no puede prosperar", y

Que "la acción resolutoria instaurada sólo procede en relación con el contrato por 2.000 sacos".

Mas, en lo tocante a este último contrato, estima que como se trata de una compraventa mercantil, le es aplicable el artículo 249 del Código de Comercio, según el cual: "El comprador que contratare en conjunto una determinada cantidad de mercaderías, no está obligado a recibir una porción bajo promesa de entregarle posteriormente las restantes. Pero si el comprador aceptare las entregas parciales, la venta se tendrá por consumada en cuanto a las porciones recibidas, aun cuando el vendedor no le entregue las restantes. En este caso, el comprador podrá compeler al vendedor a cumplir íntegramente el contrato, o a indemnizarle los perjuicios que le cause el cumplimiento imperfecto"; y que, como en el caso *sub lite*, la casa Lara, según resulta del hecho 8º de la demanda, aceptó que el vendedor le hiciera entregas parciales, ello significa que, habiendo recibido la casa compradora 526 sacos de café a cuenta del contrato por 2.000, ha de tenerse por consumada la venta en lo que atañe a los 526 sacos referidos y cumplidas, por ende, las obligaciones del vendedor hasta concurrencia de la cantidad entregada; de donde se sigue que "no puede decretarse la resolución del mismo en esa parte sino única y exclusivamente en cuanto a la cantidad que se dejó de entregar".

En cuanto a la negativa de la súplica sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de parte de Vega Lara, el Tribunal, reproduciendo textualmente los conceptos al respecto del juez de primera instancia —de los que dijo ser "ajustados en un todo a la ley y a la realidad procesal, y por ello los acoge y aduce como fundamento de su decisión"—, agregó otros complementarios; y del conjunto de todos ellos resultan en síntesis, como fundamento de esa negativa, las siguientes razones:

Que, según el libelo, los perjuicios cuya indemnización pretende la entidad actora, derivados de la no entrega de 1.474 bultos de café, consisten en el mayor precio a que, en el año de 1946, se vio ella obligada a comprarlos por otro lado, para poder cumplir los compromisos que entonces tenía contraídos con terceros, y en la frustración de la ganancia que hubiera podido obtener en ese tiempo, propia de esta clase de negocios; pero que el dictamen pericial, producido a solicitud de la misma parte, solamente con el fin de determinar la cuantía de la indemnización, no es eficaz para este objeto, porque los peritos, ciñéndose a los términos en que se postuló la prueba, se limitaron a hacer un cómputo a base de comparación entre los precios del café en el año de 1946 y en el de 1955, de donde resulta que los precios de este último año no sirven para medir perjuicios que al tenor de la demanda tuvieron que ser ocasionados en el primero, esto es, cerca de diez años antes; y que, como el sentenciador, en virtud del sistema de la sustanciación de la demanda consagrado por los artículos 205 y 737 del Código Judicial, no puede fundar su decisión en hechos no afirmados en el libelo, ello implica que no cabe "tomar en cuenta, para decidir la súplica sobre perjuicios, hechos distintos de los afirmados por el actor en la demanda".

Además, como lo dijo el Juez del Circuito en una de sus consideraciones, acogida por el Tribunal, "ocurre que en este asunto, el actor no produjo ninguna prueba tendiente a demostrar los perjuicios que dice le ocasionó el incumplimiento del contrato y que real y efectivamente los sufrió, lo que implica que el hecho fundamental, negado por el demandado, relativo a esta prestación demandada, no se ha acreditado en todo su conjunto, de manera que no hay base para una condenación siquiera en abstracto, porque se ignora cuáles son los perjuicios..."

III

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Cuatro cargos formula el recurrente: dos en el ámbito de la causal primera de casación y los otros en el de la segunda, a cuyo estudio se procede en el orden lógico correspondiente.

CARGOS POR LA CAUSAL SEGUNDA

Se imputa a la sentencia el no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, en razón de dos motivos así:

"a) Por cuanto el fallo se apartó de los hechos alegados en la demanda y probados en el curso del juicio, en el sentido de que erradamente decidió el Tribunal sobre la resolución de dos contratos celebrados por las partes, el uno por valor de 4.000 bultos de café pergamino y el otro por 2.000 bultos del mismo tipo de café, cuando en la demanda, tanto en los hechos como en las peticiones, se pide la resolución de un sólo contrato por 6.000 bultos de café pergamino, que es el que aparece probado de autos, y

"b) Porque habiendo reconocido el Tribunal la acción de resolución del contrato por incumplimiento del demandado, ha debido en consecuencia acoger la acción indemnizatoria de perjuicios, estructurada en la demanda y demostrada plenamente con las pruebas del juicio".

SE CONSIDERA:

Las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas trazan al poder jurisdiccional los límites de su intervención. Por lo cual, la incongruencia de un fallo, que ha de buscarse mediante proceso comparativo entre la relación jurídico-procesal y lo resuelto por el juzgador, sólo podrá existir en cualquiera de las hipótesis al efecto admitidas por la doctrina, a saber: cuando la sentencia decide más allá de las pretensiones del actor (*ultra petita*); o cuando provee sobre puntos no contenidos en la demanda (*extra petita*); o deja de decidir sobre los comprendidos en ella o sobre las excepciones propuestas por el demandado (*mínima petita*).

Pero, en manera alguna hay lugar al vicio de inconsonancia por el mero hecho de que el sentenciador considere la cuestión de manera distinta a como la ha apreciado el recurrente; que es lo que aquí sucede.

En efecto: ocurre que, sobre la base de las dos compras de café, una de cuatro mil sacos y otra de dos mil, hechas por la firma "Leonidas Lara e Hijos", a Antonio Vega Lara y de que tratan los hechos 3º, 4º y 5º de la demanda, la sociedad actora pidió por vía principal que, en razón del incumplimiento del demandado, se declare "resuelto el contrato de compraventa de los 6.000 bultos de café", tal como si las dos operaciones referidas constituyesen un solo contrato. Mas, el sentenciador, en virtud de lo afirmado en los numerales 3º a 6º de los hechos de la demanda, encontró que esas dos operaciones implicaron contratos distintos y que, por lo tanto, el pedimento bajo su forma unitiva impetraba la resolución de ambos; pero que, apareciendo cumplido el relativo a los cuatro mil bultos, la resolución no podía decretarse sino sobre la parte del otro que quedó sin cumplir por el vendedor.

Quiere decir que el Tribunal, al confirmar el fallo que declaró la resolución parcial del segundo de dichos contratos o sea el relativo a los dos mil bultos de café, nada decidió por fuera de lo pedido, sino que apenas se mantuvo dentro de los límites de la pretensión de la actora, para acogerla únicamente en la parte en que la encontró justificada.

Ni desvirtúa la armonía de la sentencia de segundo grado la circunstancia de que el juez *a quo* hubiera considerado las dos operaciones de venta como un solo contrato. Ello apenas significa que el superior modificó en el punto los razonamientos del inferior. Con todo, coincidiendo ambos en cuanto a la pertinencia de declarar la resolución de la venta únicamente en lo relativo a los 1.474 bultos de café que el vendedor dejó de entregar, sin lugar a indemnización de perjuicios, bien pudo el Tribunal, sin incurrir en disonancia alguna, confirmar la fórmula decisoria adoptada por el juez *a quo*, refiriéndola al segundo de los contratos susodichos conforme a lo conceptuado en la parte motiva de su propio pronunciamiento.

Tampoco envuelve incongruencia el hecho de que se hubiera desestimado la súplica sobre indemnización de perjuicios, pues la decisión adversa por su misma naturaleza indica que el sentenciador se mantuvo dentro de los límites de la demanda para negar lo pedido; de modo que, en las hipótesis de que la negativa fuese contraria a derecho sustancial o estuviese en contradicción con otras declaraciones de la parte resolutiva, las vías de ataque en casación serían en el uno de los supuestos la de la causal primera y en el otro la de la causal tercera, pero, en modo alguno la de inconsonancia.

No prosperan, pues, estos cargos.

CARGOS POR LA CAUSAL PRIMERA

Primer motivo. Formulado por "error de hecho en la apreciación de la demanda, a consecuencia del cual el Tribunal violó los artículos 205 y 593 del Código Judicial; 231 y 248 del Código de Comercio y 1850, 1882, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil", lo desenvuelve el impugnante con un dilatado razonamiento que cabe compendiar así:

Aunque el Tribunal acertó en el reconocimiento de que el demandado faltó al cumplimiento del contrato al dejar de entregar a la casa Lara 1.474 bultos de café, de los 6.000 negociados, no ocurrió lo propio en la interpretación que hizo de la demanda respecto de la indemnización de perjuicios, pues entendió que los que la parte actora reclama "son únicamente los que a manera de ejemplo contiene el hecho 13 de la demanda, sin tener en cuenta que lo que es esencial en ese hecho, es la afirmación clara y expresa de que el incumplimiento del contrato por parte de Vega Lara lo ocasionó a Leonidas Lara e Hijos (hoy limitada), graves perjuicios materiales". Olvidó que "todo el conjunto del libelo configura una acción de responsabilidad por causa del incumplimiento del contrato en que incurrió el vendedor del café, al no entregar a la compradora la totalidad de los 6.000 bultos negociados".

Así, después de haberse especificado el contrato en los hechos 1º y 8º del libelo, en los siguientes hasta el 13 inclusive, se afirma habérsele causado a la firma demandante graves perjuicios materiales por tal incumplimiento, "precisando entre los elementos de tales perjuicios los consignados en las afirmaciones 12 y 13ª, o sea la diferencia de precio de los 1.474 bultos de café que se dejaron de entregar, entre el estipulado en el contrato y el vigente en el momento de promover la demanda, diferencia que allí se concretó en la suma de $ 198.990.00; y a su vez "en la afirmación 13 se relacionan, a manera de ejemplo, los demás perjuicios de que se queja la actora". Tampoco vio el Tribunal que, "tanto en la petición tercera principal, como en la segunda subsidiaria, se pidió expresamente que los perjuicios reclamados eran de toda índole 'causados por el incumplimiento del contrato' y que la indemnización demandada debía comprender tanto el lucro cesante como el daño emergente".

Cualquiera que sea el alcance que se dé al principio de la sustanciación de la demanda, es incuestionable que en el presente caso el actor cumplió con las exigencias del artículo 205 del Código Judicial; pero, el Tribunal, equivocando el sentido de dicho principio, que entendió ser establecido en el artículo 593 ibídem, dio en afirmar que la demandante no podía reclamar perjuicios distintos de los causados por lo dicho a manera de ejemplo en la afirmación 13 del libelo, por lo cual, al no haber tenido por cumplidas de parte de la demandante las exigencias sobre determinación de los hechos de la acción y su prueba, violó las normas procesales consignadas en los dos artículos últimamente citados.

Los errores así cometidos por el juzgador en la apreciación de la demanda lo llevaron a infringir, por falta de aplicación al caso del juicio, las normas de derecho sustancial reguladoras de los efectos jurídicos de los contratos, atrás referidas.

Segundo motivo. Está propuesto por violación de los artículos 1º del Decreto legislativo número 332 de 1955; 593, 596, 597, 705, 721 y 722 del Código Judicial; 248 y 249 del Código de Comercio; y 1880, 1882, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, a causa de "error de hecho por falta de apreciación del dictamen pericial producido en primera instancia por los peritos Roberto Buendía Jaramillo y Alejandro Venegas".

El razonamiento con el cual se desarrolla este cargo, es en sustancia el siguiente:

Que, según el referido dictamen pericial, los bultos de café que el demandado Vega Lara dejó de entregar a la sociedad demandante, valían al precio del contrato la cantidad de $ 73.589.28 y al precio mínimo fijado por la Federación Nacional de Cafeteros, en virtud de determinaciones oficiales, la cantidad de $ 295.325.40, por lo cual los peritos señalaron como perjuicio la diferencia entre estos dos guarismos o sea la cifra de $ 221.736.12, "ya que esta cantidad es lo que tendría que pagar el comprador de más, para adquirir la cantidad de café que compró y que no le fue entregada";

Que "de este dictamen, merece destacarse que los expertos, al determinar el monto del perjuicio, tuvieron en cuenta lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto-ley número 0332 de 1955, según el cual toda persona que compre café, para entrega inmediata o futura, sea para el consumo interno o con destino al beneficio o a la exportación del mismo, deberá pagar el precio mínimo que para la respectiva calidad fije periódicamente el Comité Nacional de Cafeteros con la aprobación del Gobierno Nacional. Y asimismo tuvieron en cuenta el boletín número 33 de la Federación Nacional de Cafeteros, en donde se fija el precio mínimo para compras de café";

Que, producido en debida forma este dictamen, conforme al cual "aparece plenamente probado"

el monto del perjuicio sufrido por la entidad compradora del café, el Tribunal estaba en la obligación de apreciarlo y valorarlo de acuerdo con el artículo 597 del Código Judicial; sin embargo "hizo caso omiso de dicha prueba", alegando que los peritos habían tomado como precio del café el que regía en el país diez años después de haberse celebrado el negocio, o sea que dejó de estimar tal dictamen "por haber apreciado erróneamente el libelo de demanda, en el sentido de estimar que el dictamen de los peritos se refiere a hechos no comprendidos en el libelo";

Que, como en el momento en que se trabó la litis, regía el citado Decreto legislativo número 0332 de 1955, que fija el precio mínimo para compras de café, era natural que los peritos hubiesen tenido en cuenta aquella norma, tanto más cuanto que se les pidió la regulación del perjuicio causado, "no en la época del contrato solamente, sino también hasta el momento en que el demandado fue notificado de la demanda", y

Que el Tribunal, al poner de lado la prueba pericial en referencia, infringió los artículos 593, 596, 597, 705, 721 y 722 del Código Judicial y, a consecuencia de esta violación medio quebrantó de manera indirecta los preceptos de carácter sustancial relacionados en la formulación del cargo.

SE CONSIDERA:

Relacionados íntimamente estos dos motivos de impugnación, en cuanto el segundo presenta como uno de sus apoyos la errónea interpretación de la demanda, que es precisamente la afirmación vertebral del primero, conviene sean ventilados conjuntamente.

Valgan, pues, las siguientes consideraciones:

1. Cuando la censura en casación se hace por error de hecho en materia probatoria, ciertamente toca con la autonomía que compete al tribunal de segundo grado para formarse su convicción acerca de las situaciones objetivas que estructuran la materialidad del caso en litigio. Por ello, la impugnación que en este campo se haga, para ser próspera, ha de acreditar que ese convencimiento así obtenido por el sentenciador, con efecto trascendente a su decisión, está engendrado de un error de hecho evidente cometido por él en la apreciación o desestimación de determinadas pruebas. De lo contrario, su juicio sobre los hechos tiene que mantenerse intocado.

Por imperativo conceptual, la evidencia en el error de tal especie reclama que éste se imponga de manera cierta e indiscutible a la inteligencia que lo observa. Así, se admite su existencia, cuando el sentenciador ignora o deja de ver un medio probatorio que hace parte del proceso; o cuando supone un medio no existente en éste; o hace decir al que existe lo que en manera alguna expresa o significa; y también, en materia de indicios, cuando saca conclusiones de antecedentes no demostrados, o de los que lo están deduce consecuencias absurdas esto es, abiertamente contrarias a la lógica elemental o sentido común.

2. Por lo mismo, tratándose de la interpretación de la demanda cuyos términos permiten asignarle un sentido que no pugna con los dictados del sano razonamiento, mal puede argüirse de error de hecho manifiesto al sentenciador por haberla entendido en ese significado y no en otro que al crítico pudiera parecer más conveniente.

En el caso *sub judice*, aunque la parte actora en el hecho 12 de la demanda hizo, respecto del café no entregado por el vendedor, una confrontación de precios, entre el estipulado en el contrato y el que le correspondería según el oficial vigente en el momento de interponer la acción, no es menos cierto que en el hecho 13 del libelo determinó en qué consistían los perjuicios causados a la demandante por el incumplimiento del demandado. La formulación en el punto es precisa: "El incumplimiento del contrato por parte de Vega Lara ocasionó a Leonidas Lara e Hijos (hoy limitada) graves perjuicios materiales *consistentes* en no haber aprovechado la totalidad del café para poder cumplir compromisos adquiridos para la entrega del mismo, circunstancia que obligó a la sociedad que represento a adquirir a un precio superior al convenido con Vega Lara, la cantidad faltante en el contrato celebrado con este último, para así poder dar cumplimiento a tales compromisos. Además, dejó de obtener la utilidad propia de esta clase de negocios, y los rendimientos o beneficios corrientes que corresponden a inversiones de las sumas no percibidas por la casa Lara, y de las cuales se hubiera aprovechado si Vega Lara hubiese cumplido con las obligaciones de su cargo".

Pudo, pues, el Tribunal, sin incidir en yerro de hecho, considerar que el pedimento en cuanto a indemnización de perjuicios versó sobre los que hubiera sufrido la actora según el enunciado del hecho 13 de la demanda, que refirió su causalidad al año de 1946, en el que según el libelo debieron de producirse tales daños, y que, en consecuencia, no podía fundar la decisión sobre ocurrencias sobrevenidas indirecta y posteriormente o, como lo dice el fallo, en "hechos distin-

tos de los afirmados por el actor en la demanda".

3. En lo que atañe a la censura por error de hecho en la falta de estimación del dictamen pericial, adviértese que, lejos de aparecer que el juzgador no hubiese visto esta prueba o la hubiera leído haciéndole expresar lo que ella no dice, resulta que el Tribunal deteniéndose en su estudio, a cuyos datos se refiere con innegable fidelidad, estimó que los peritos, habiendo tenido que ceñirse al cuestionario que por la actora les fue propuesto, dedujeron como perjuicio sufrido por ésta la diferencia de precios de café, entre el estipulado por los contratantes en julio de 1946 y el fijado más tarde por los Decretos números 0332 y 0334 de fecha 16 de febrero de 1955; pero que esta peritación, aún suponiendo acertadas sus conclusiones en relación con los supuestos de que fueron sacadas, es inconducente a comprobar perjuicios que según la propia demanda (hecho 13) tendrían que haberse producido nueve años antes, o sea en 1946, en que la firma "Leonidas Lara e Hijos", según allí se dice, hubo de comprar a mayor precio el café faltante (1.474 bultos), para poder atender a sus compromisos con terceros.

Bien se ve que se trata de un caso de improcedencia, en el que la prueba, no obstante aparecer como completa en sí misma, resulta demostrando hechos que rebasan los lindes de la *causa petendi;* de donde la conclusión del juzgador al respecto, por no estar convicta de error de hecho, se guarece bajo el imperio del artículo 596 del Código Judicial, según el cual "las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes..."

4. Si el Tribunal no pudo acoger el aludido dictamen pericial como medio demostrativo de perjuicios, no encontró, por otra parte, base alguna, para fundar una condenación en esta materia, pues, como lo dice el fallo en pasaje ya conocido, "ocurre que en este asunto, el actor no produjo ninguna prueba tendiente a demostrar los perjuicios que dice le ocasionó el incumplimiento del contrato y que real y efectivamente los sufrió..."; y, como esta afirmación tampoco aparece desvirtuada por error de hecho, siendo evidente que en el proceso no existen elementos demostrativos de los perjuicios a que se refirió la demanda como causados por el incumplimiento del demandado, esa afirmación ha de permanecer en pie como uno de los sustentáculos del pronunciamiento recurrido, el que acierta cuando sostiene que, faltando en el caso la demostración de la existencia de los perjuicios, no hay lugar a condena en ellos.

Todo lo cual persuade que mal pudieron ser infringidos por el juzgador los preceptos de derecho sustancial a que se refieren estos cargos, los que quedan así desechados.

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 quince (15) de junio de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Distintas tesis de que se ha valido la jurisprudencia nacional para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público y privado. Fijación de las bases y elementos configurativos de cada una de estas tesis. La responsabilidad indirecta y la directa. La tesis de las "fallas del servicio". La teoría organicista. Estudio crítico y comparativo. Conclusiones de la Corte y criterio que adopta. Prescripción de estas acciones.

1. La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de personas.

La tesis organicista de la división de los agentes, en funcionarios órganos y subalternos auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa sólo de las culpas de los primeros, y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos.

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las "fallas del servicio público" o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daño, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.

Cuando la persona jurídica privada debe reparar el daño inferido por uno de sus agentes, no lo hace como la Administración, en virtud de aquel deber fundamental; por ello, esa responsabilidad no puede provenir sino de la culpa de un agente concreto. Mas, si el daño se produce en un servicio público, la responsabilidad se origina en último análisis, en el supradicho deber primario del Estado, causa eficiente, por tanto, de la referida responsabilidad.

2. Acerca de la prescripción de las acciones, la Corte considera conveniente precisar la materia así: a) la acción por el daño, contra la Administración, trátese de fallas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en 20 años. El Estado, como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal, y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del Código Civil, fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción, como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro. b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue en el mismo tér-

mismo, ya que tampoco hay normas de excepción al respecto; y si de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso 1º del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso 2º de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado y dependencia se encuentran las causantes del daño provenientes de ilícito penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá, D. E.

Sentencia de 20 de marzo de 1961, del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá.

Recurrente: el Municipio.

I

ANTECEDENTES

1. Dan cuenta los autos de un accidente de tránsito ocurrido en Bogotá, D. E., entre las cinco y media y las seis (de la mañana) del 25 de diciembre de 1961: Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells caminaban de norte a sur por la carrera 24 o Avenida del Progreso cuando un automotor del Cuerpo de Bomberos del Municipio, conducido en dirección contraria por Germán Martínez Alférez, empleado de la misma dependencia, los atropelló causándoles algunas lesiones.

2. Estas consistieron: a Tinjacá Murillo, "la fractura del tercio medio del fémur izquierdo y de las últimas costillas del hemitórax derecho, con 70 días de incapacidad, y como consecuencia la perturbación funcional en el acortamiento del miembro inferior izquierdo"; y a Planells, "la fractura del fémur derecho en un tercio superior, con impotencia funcional y perturbación de carácter permanente por la limitación de los movimientos del cuello del pie y de la rodilla derecha, y una incapacidad definitiva de 120 días".

3. Según la demanda, el conductor actuaba en desempeño de sus funciones oficiales, y el accidente se debió a culpa del mismo, pues que llevaba el vehículo a excesiva velocidad, en zig zag, y cometió, además, "errores de técnica y de conducta".

4. Por los perjuicios morales y materiales causados se demanda al Municipio de Bogotá, D. E., comprendido en los últimos el daño emergente, por gastos de clínica, servicio médico, quirúrgico y farmacéutico, etc., y el lucro cesante, con motivo de que se vieron obligadas las víctimas a abandonar las ocupaciones en que ganaban la vida y haber quedado reducida su capacidad de trabajo en un treinta y cinco por ciento.

5. El Juez Décimo del Circuito Civil de Bogotá, en sentencia de octubre 26 de 1956, hizo el reconocimiento de la responsabilidad y la condena al pago de los perjuicios, los cuales deben regularse según el artículo 553 del Código Judicial, providencia de la cual apeló el Municipio y confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, adicionándola con la declaración de no hallarse probadas las excepciones propuestas, sobre las cuales no resolvió el juzgador de primera instancia.

6. La Corte procede a decidir el recurso de casación introducido por el Municipio, formulada como ha sido por su representante la demanda de rigor, no replicada por la parte actora.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

7. A) Considera el fallo que la responsabilidad que se trata de hacer efectiva del Municipio de Bogotá, D. E., es la extracontractual *directa;* que los actores no la califican de directa o indirecta en las afirmaciones de la demanda, ni en el derecho invocado en ella, ya que citan simplemente el Título 34 del Libro IV del Código Civil; que la parte demandada la ubica en los artículos 2347 y 2349 del mismo Código; e invoca en descargo la imposibilidad en que se halló de prever e impedir los actos anormales de su agente.

B) Con respecto a la responsabilidad de la entidad oficial, la fundamenta, por una parte, en la doctrina de "las fallas del servicio público", de acuerdo con la cual basta la deficiencia, vacío o falta en él, para que se produzca la responsabilidad *directa* de la Administración; y por otra, en el carácter de actividad peligrosa que tiene la conducción de automotores, de acuerdo con el artículo 2356 ibídem, carácter que funda la presunción de culpa, sólo desvirtuable median-

te la prueba de caso fortuito, intervención de un tercero o culpa de la víctima. Menciona, para lo primero, el fallo de la Corte de 3 de diciembre de 1942; y en relación con lo segundo, la constante jurisprudencia acerca de las actividades peligrosas.

C) En cuanto a la demostración de la culpa, la encuentra suficiente:

a) En las sentencias ejecutoriadas de primera y segunda instancia, de agosto 5 de 1953 y agosto 17 de 1954, pronunciadas por el Juez Quinto Penal del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado con motivo del accidente, providencias en las cuales fue condenado a un año de prisión el conductor Germán Martínez Alférez por el delito de lesiones personales causadas a los demandantes;

b) En los decretos del Alcalde Mayor de Bogotá, por medio de los cuales nombró motorista de la Primera Estación de Bomberos del Municipio, al nombrado Martínez Alférez; a Alvaro Mendoza Campo, Jefe de la Estación Central, y Aura Díaz, empleada doméstica de la misma Estación; y las respectivas actas de posesión de los mismos;

c) En la certificación de la Alcaldía sobre el traspaso que del Cuerpo de Bomberos, hizo la Policía al Municipio de Bogotá, el 30 de noviembre de 1949, y

d) En la certificación del Comandante de la Estación Central del Cuerpo de Bomberos, según la cual Martínez Alférez condujo a la señora Aura Díaz, a casa de ésta, en el jeep de la Estación, manejado por él, en viaje que efectuó en las horas de la mañana del día 25 de diciembre de 1951.

D) En lo tocante al daño, también lo halla establecido, con apoyo en los certificados de la Oficina Central de Medicina Legal, en cuanto se relaciona con las heridas y la incapacidad, así como la perturbación permanente de que quedó afectado el demandante Planells.

III

LA ACUSACION

8. El Municipio, por medio del Procurador General de la Nación, Primer Delegado en lo Civil, formula dos cargos a la sentencia, con fundamento en la causal primera de Casación: el primero por violación directa, a causa de indebida aplicación de los artículos 2341, 2356 y 2536 del Código Civil, y por falta de aplicación de los artículos 2347, 2349 y 2358 del mismo Código; el segundo, por violación indirecta de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por haberlos aplicado sin ser el caso de aplicarlos y ello debido a error de derecho en la apreciación de algunas pruebas.

Primer cargo

9. Según el libelo de casación, el fundamento del cargo de indebida aplicación de los artículos 2341, 2356 y 2536 del Código Civil, y de no haber aplicado los artículos 2347, 2349 y 2358 ibídem, se halla en haberse valido la sentencia acusada, de la doctrina según la cual hay una responsabilidad directa de las entidades públicas, por el daño que las fallas o deficiencias de los servicios públicos causen a los particulares.

Dice al efecto, que la jurisprudencia de la Corte acepta que dichas entidades comprometen su responsabilidad *directa*, cuando son sus órganos los ejecutores del hecho dañoso, esto es, "los funcionarios con autonomía, iniciativa y capacidad para encarnar la voluntad de la persona moral"; y la *indirecta*, si los actos u omisiones provienen de otros agentes suyos, o sea "los simples empleados y dependientes que no alcanzan a representar a la entidad pública", y siempre que ello se produzca por inadecuada elección en ellos o ausencia o defectuosa vigilancia por parte de la entidad oficial, y cita en su apoyo varias decisiones de la Corte.

Y concluye que al fundarse el sentenciador de instancia en esta teoría se apartó de las normas contenidas en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que consagran la responsabilidad *indirecta* de los mencionados sujetos jurídicos, por los actos de las personas que están bajo su dependencia, para resolver la litis a la luz de "la teoría de derecho administrativo de la responsabilidad por las fallas del servicio público, sin consideración a la falta personal del funcionario o dependiente, y así señaló al Distrito Especial como responsable *directo* por el hecho puramente culposo de un agente o empleado subalterno sin capacidad para representar a la entidad pública", habiendo aplicado, por tanto, los citados artículos 2341 y 2356 del Código Civil —que hablan de una responsabilidad *directa*— al caso controvertido, cuando precisamente le conciernen las disposiciones de los artículos 2347 y 2349 del citado Código.

Consecuencialmente, aplicó también en forma indebida, el artículo 2536, que habla de la pres-

cripción ordinaria de las acciones, ya que negó la prescripción extintiva de tres años de la acción introducida, alegada por el Distrito Especial, y dejó de aplicar el inciso segundo del artículo 2358, que contempla la prescripción corta para las acciones contra "terceros responsables, conforme a las disposiciones de este Capítulo", es decir, por la responsabilidad *indirecta* de quienes tienen bajo su dependencia a empleados o agentes que carecen de autonomía y de representación de las entidades públicas.

Se considera:

Para decidir sobre el recurso incoado y señalar a la vez una orientación uniforme a la doctrina acerca de la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas, incluso el Estado, es de rigor examinar la trayectoria seguida en esta materia por la jurisprudencia nacional.

PRIMERO

Responsabilidad indirecta

10. Esta fue la responsabilidad inicial de las personas morales de derecho privado y público, a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a *elegir* sus agentes y a *vigilarlos* de manera cuidadosa, ya que con sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Y como la doctrina había deducido, para los casos contemplados materialmente en dichos textos, algunas presunciones de culpa de quienes tenían a su cuidado o bajo su autoridad o guarda a las personas a que tales preceptos aluden, fueron igualmente aplicadas dichas presunciones a los entes jurídicos, los cuales podían desvirtuarlas demostrando haber tomado las medidas encaminadas a una acertada escogencia y un esmerado control de sus agentes. Era la responsabilidad por los hechos "ajenos", que las citadas disposiciones estatuyen literalmente.

Ni el Código de Napoleón, ni el del señor Bello, ni legislación alguna del siglo pasado proveyeron sobre la responsabilidad aquiliana del sujeto jurídico, creación de la ley. Se legisló solamente para la persona física. Mas, la doctrina pronto llegó a comprender a las personas morales de derecho privado, y más tarde a las de derecho público, cuando el dogma de la irresponsabilidad del Estado, repercusión del concepto que por entonces se tenía de la soberanía, fue cediendo al influjo de la moral, llamada a participar en las relaciones del Poder Público con los miembros de la comunidad. Así fue como entre nosotros, al igual que en otros países, la doctrina y la jurisprudencia propugnaron la aplicación a los entes jurídicos, de algunas normas de derecho privado: los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil, reguladores de relaciones entre las personas naturales, respondieron a dicha tendencia.

11. En efecto, la sentencia de esta Corte, fechada el 20 de octubre de 1898 (XIV, 684, 56), afirmó la responsabilidad civil *indirecta* de las personas morales en general, con inclusión explícita de las de derecho *público*, advirtiendo que tal era hasta entonces la doctrina consagrada en fallos anteriores, de los cuales el de octubre 22 de 1896 (IX, 565, 357) había aceptado la responsabilidad civil de la Nación originada en "el delito imputable a los funcionarios públicos", que fuese cometido en el desempeño del cargo o con pretexto del mismo.

Y posteriormente no pocas sentencias de las Salas de Negocios Generales y de Casación Civil de esta Corporación reprodujeron literalmente los siguientes conceptos del fallo citado de octubre de 1898, como respaldo de sus conclusiones:

"En materia delictual y cuasidelictual establece (la ley) que es la 'mala elección' o 'falta de vigilancia' en el empresario o patrón, la causa que se presume mientras no se pruebe "ausencia de culpa"... Ahora bien; en materia de delitos y culpas civiles, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aún por la mala elección que de ellos se haga. Un empresario de transporte, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causan daños a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo.

"El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los *empleados públicos* con relación a la entidad que los nombra, y en este sentido se han resuelto por la Corte cuestiones análogas a la presente, y no habría razón alguna para cambiar los precedentes establecidos en punto que asume excepcional gravedad".

12. Esta jurisprudencia, comprendía toda especie de personas morales y agentes de las mismas y tanto el delito como el cuasidelito en que incurriesen, imputables a defectuosa elección o vigilancia de los empleados, a menos que acreditasen haber empleado en ello una prudente diligencia, o, en una palabra, ausencia de culpa. Lo cual significa que se trataba de una responsabilidad *indirecta presunta* de los "comitentes".

Se repitió esta doctrina en fallo de julio 19 de 1916 (XXV, 1294 y 1295, 304), referente al caso de responsabilidad de la Administración, por negligencia en la ejecución de las obras de mejoramiento de una vía pública, con las cuales se causó daño a uno de los propietarios vecinos; y la sentencia de 17 de junio de 1938, de la Sala de Negocios Generales (XLVI, 1937, 686), reiteró la responsabilidad *indirecta* de las personas morales —incluído el Estado— con la misma sustentación en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

La casación de mayo 12 de 1939 (XLVIII, 1947, 30), reitera esta tesis con el respaldo de las citadas normas, las cuales "establecen una presunción de culpa contra el empresario o dueño por razón de los daños causados por sus dependientes con ocasión del ejercicio de las respectivas funciones", y no del artículo 2341, "que regula el hecho personal".

El fallo de la Sala de Negocios Generales de junio 30 de 1941 (LII, 1977, 115), mantuvo esta doctrina en relación con los agentes de la Administración, en virtud de la "subordinación y dependencia" en que se hallan, de forma que la culpa del empleado "reperente sobre el empleador", quien se hace por ello indirectamente responsable:

"Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil —dice— se explica únicamente por aplicación, conforme ya está dicho, de los artículos 2347, primer inciso y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, reperente sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (*préposés*, llaman los franceses), como en el desarrollo del hecho causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño".

Posteriormente esta doctrina fue confirmada en sentencias de noviembre 16 de 1941 (LII, 1981, 758), febrero 25 de 1942 (LIII, 1983, 87), octubre 28 de 1942 (LIV bis, p. 879), agosto 27 de 1943 (LVI, 2001, 509), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009, 148), noviembre 5 de 1952 (LXXIII, 2121 y 2122, 626), julio 4 de 1957 (LXXV, 2114, 846), julio 26 de 1957 (LXXXV, 2184, 923) y febrero 2 de 1959 (XC, 2207 a 2209, 16). Algunos fallos v. gr. los fechados en junio 30 de 1941 (LII, 1977, 115), marzo 3 de 1942 (LII, 1981, 907) y octubre 20 de 1958 (LXXXIX, 2003 a 2005, 771), admitieron a la vez el sistema de las "fallas del servicio público".

13. Estas decisiones, a través de los diversos casos y mediante un permanente empeño doctrinario, configuraron la responsabilidad *indirecta* de los entes jurídicos, así:

a) Existe una responsabilidad civil *indirecta* de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sean la posición jerárquica de aquéllos y la especie o calidad de sus funciones o tareas;

b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de *elegir* el personal *y* de *vigilarlo* diligentemente;

c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;

d) Existe, además, una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;

e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;

f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años; contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos, y

g) Le sirven de arraigo a esta doctrina, especialmente, los citados artículos 2347 y 2349 del

Código Civil, que tratan de la responsabilidad *indirecta* por los hechos llamados "*ajenos*".

SEGUNDO

Responsabilidad directa y responsabilidad por las "fallas del servicio público".

14. En relación con las personas jurídicas en general, contempladas ya doctrinariamente en el Título 34, Libro IV, del Código Civil, y de manera concreta en los artículos 2347 y 2349 sobre responsabilidad indirecta, la evolución jurisprudencial halló insuficientes los fundamentos de esta última, ya por la inaplicabilidad de los deberes de escogimiento y control, que inspiran las situaciones previstas en los artículos 2347 y 2349, ora por la vinculación *sui generis*, necesaria, entre la estructura orgánica de la persona jurídica y sus agentes, cuya presencia en ella es esencial para su existencia efectiva, funcionamiento y consecución de sus fines. "La calidad de ficticias de las personas jurídicas —dijo la Corte— no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión".

De esta manera la jurisprudencia nacional, a partir de la casación de agosto 21 de 1939 (XLVIII, 1950, 663) inició la revaluación de los conceptos básicos de tal responsabilidad indirecta aplicada a las personas morales, conceptos referentes —como acaba de decirse— a los deberes de vigilancia y selección del personal y a la naturaleza del vínculo entre el sujeto moral y sus empleados, y recibió la nueva orientación de una responsabilidad *directa* de la persona jurídica, por el quebranto patrimonial y moral que a terceros ocasionaren culposamente sus agentes, en ejercicio de sus atribuciones, con ocasión o a pretexto de éstas. El problema fue desplazado, por tanto, de los citados artículos 2347 y 2349, para vincularlo al principio general del artículo 2341.

Esta responsabilidad *directa* fue delineándose a lo largo de numerosas providencias, sin perjuicio de la forma *indirecta* —que no pocas providencias siguieron aplicando—; ni de la tesis *organicista*, que a poco fue acogida; ni del más nuevo criterio, en lo atinente a la responsabilidad del Estado, conocido con el nombre de las "fallas del servicio público". Lo cual quiere anticipar que cada tesis mereció ser acogida por la jurisprudencia en diversas ocasiones, pero no en etapas definidas, sino alternándose unas con otras, en una misma época, sin el predominio de ninguna.

15. Las sentencias, entre otras, de noviembre 18 de 1940 (L, 1964, 439), julio 10 de 1942 (LIV, 1939, 27), abril 7 de 1943 (LV, 1996 y 1997, 259), mayo 26 de 1944 (LVII, 2010, 372), noviembre 28 de 1944 (LVIII, 2016, 148), abril 18 de 1945 (LIV, 2719, 98), abril 11 de 1946 (LX, 2032, 565), septiembre 30 de 1946 (LXI, 2038, 115), octubre 30 de 1946 (LXI, 2040, 410), febrero 21 de 1947 (LXI, 2042, 777) y octubre 18 de 1950 (LXVIII, 2087, 467), señalaron a la responsabilidad *directa* de los entes morales públicos y privados, los siguientes distintivos generales:

a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos "ajenos" de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales; y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de éstos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima);

d) Responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquélla puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil, fundamento general de la responsabilidad extracontractual.

16. Pero, esta responsabilidad directa sufrió luégo dos variantes de importancia en la jurisprudencia de la Corte; una, en relación con las personas morales privadas y públicas, y otra, respecto de estas últimas, únicamente.

A) La primera consistió en la adopción de la tesis *organicista*, según la cual, los agentes de la persona moral se dividen en dos grupos: el de los directores y representantes depositarios de la voluntad de aquéllas, es decir, los *órganos* de la misma; y el de los auxiliares o dependientes, ajenos a tales calidades. Conservó esta variante la responsabilidad *directa* respecto a los hechos de los agentes órganos, y la *indirecta* en lo atí-

mente a los agentes subalternos, con las consecuencias correspondientes a la una y a la otra.

B) La segunda, en la aparición de la tesis de "las fallas del servicio", como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de éstos, debe ser satisfecho por la Administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. O en otras palabras, la *culpa* del derecho común, localizada en un agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada *culpa de la administración*.

17. Se avanzó más, en consecuencia, en este último terreno, porque el factor *culpa* se afectó en su especificidad y sujeto; lo primero, porque no fue exclusivamente el hecho singular y determinado, causante de un daño, sino también la falla general de organización o funcionamiento de un servicio público; lo segundo, porque el sujeto no fue ya un hombre concreto, sino el Estado, en razón del deber primario —que explica su existencia— de suministrar adecuadamente los servicios públicos al grupo humano que gobierna y representa. El objeto, la extensión y variedad de los servicios públicos, en el límite que lo exijan las necesidades del pueblo, fueron bastantes a medir y precisar la responsabilidad del Estado, por las irregularidades de que pudiesen adolecer esos mismos servicios.

Dijo así la Casación de agosto 21 de 1939 (XLVIII, 1950, 663):

"Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación o a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la *culpa in eligendo* y en la *in vigilando* ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa de funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley, cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349, C. C.), *no es la que corresponde exactamente tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público*, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de superioridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticios que a ellas corresponde *no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión*. Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos, derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivale al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que lo comprometa individualmente por las actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independientes de él. No es falta en la *selección del personal* (culpa *in eligendo*) la base de la responsabilidad estatal, que más bien debe buscarse en la *falta de previsión hacia los ciudadanos que va implícita en el mal uso del poder de control y dirección* que corresponde a los gestores municipales en las actividades de servicios adscritos al Distrito".

18. Esta doctrina fue reiterada después en casaciones de 30 de noviembre de 1942 (LIV Bis, 289) y abril 7 de 1943 (LV, 1936, 250), y aun cuando el fallo de la Sala de Negocios Generales de 27 de agosto de este último año (LVI, 2001 a 2005, 511), revivió la tesis de la responsabilidad simplemente *indirecta*, y el de 15 de mayo de 1944, de la misma Sala (LVII, 2010 a 2014, 793 y ss.) introdujo, en relación con las personas jurídicas, públicas y privadas, el criterio organicista, la doctrina de la responsabilidad de las "fallas del servicio público" continuó inspiran-

do crecido número de decisiones de la Corte, como aparece de las fechadas en febrero 21 de 1947 (LXI, 2042 a 2044, 777), julio 9 de 1948 (LXIV, 2062 y 2063, 595), octubre 18 de 1950 (LXVIII, 2087 y 2088, 467), febrero 24 de 1953 (LXXIV, 2124 y 2125, 275), julio 7 de 1953 (que no aparece publicada) y agosto 13 de 1953, no obstante citar como apoyo los artículos 2347 y 2349 del Código Civil (LXXVI, 2133, 156).

19. La responsabilidad de la Administración, conforme a la tesis de las "fallas del servicio", quedó según la doctrina expresada, caracterizada en lo general, en los términos siguientes, sin perjuicio de las precisiones que este fallo le introduce más adelante (V. Nos. 32 a 35).

a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la "falla del servicio", o culpa de la Administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

d) En descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito), hecho de un tercero o culpa de la víctima;

e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla;

f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo;

g) La acción indemnizatoria contra la Administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa, y la acción contra el agente determinado, si lo hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil. (En el Nº 34 del presente fallo se aclara y precisa este punto), y

h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa (V. Nº 35 ib.).

No se trata de responsabilidad "objetiva", pues reposa en el factor *culpa*, cuya raíz se halla en la referida misión del Estado; ni tampoco de la teoría del "riesgo creado", que es responsabilidad objetiva que algunos defienden para los casos de las actividades peligrosas. Respecto de éstas la jurisprudencia nacional tiene establecidas presunciones de culpa, expuestas a ser desvirtuadas mediante la demostración de uno de los hechos exceptivos que admite la doctrina.

TERCERO

La responsabilidad según la tesis organicista

20. Aceptada jurisprudencialmente la aplicabilidad de las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual a las personas jurídicas públicas y privadas, no contempladas literalmente en las normas del título 34, Libro IV del Código Civil, primero, para imponerles una responsabilidad indirecta con la contribución de los artículos 2347 y 2349; después, para fundar una responsabilidad *directa*, con arraigo en el principio general del artículo 2341; luégo, en cuanto a las personas de derecho público, para crear una responsabilidad por "fallas del servicio", tal aplicabilidad del derecho civil se ensayó, por último, con el ingreso a la jurisprudencia, de la tesis *organicista*, en relación con toda clase de personas morales, públicas y privadas.

21. En efecto, la sentencia de mayo 15 de 1944 (LVII, 2010 a 2014, 793 y ss.), consagró esta última concepción:

"Claro es que habrá necesidad" —dice— "de tener en cuenta la índole propia de las personas morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil. La persona física se obliga con responsabilidad directa en los casos en que ella obra personalmente, o cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta su subordinado; la persona moral habría de comprometer su responsabilidad directa *cuando actúan su gerente o directiva u otros gestores suyos* que tengan la representación especial de aquéllos para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es *la persona moral misma la que obra*. En los demás casos no es ella misma la que actúa sino sus agentes, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física... Habrá órganos de la persona moral

—agrega— cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que la dirige' y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos".

22. Esta jurisprudencia, después de que otros fallos les abrió paso de nuevo a las doctrinas de la responsabilidad *directa* e *indirecta* de la Administración, fue acogida de nuevo en sentencias de octubre 27 de 1947 (LIII, 2054 y 2055, 67, abril 16 de 1955 (LXXX, 2158, 177), noviembre 2 de 1956 (LXXXIII, 2174 y 2175, 1165), febrero 28 de 1958 (LXXXVII, 2192, 130), diciembre 6 de 1960 (XCIV, 2233 y 2234, 438), septiembre 1º de 1960 (XCIII, 2030 y 2031, 2057) y abril 14 de 1961 (XCV, 2239, 735).

23. Tales providencias señalaron a la tesis organicista estos caracteres generales:

a) En toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos, depositarios de la voluntad de la persona moral, y agentes auxiliares, no representativos ni depositarios de esa voluntad;

b) Sólo la culpa de los primeros repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan; en tanto que la culpa de los agentes auxiliares, por carecer de dicho carácter, no genera sino una responsabilidad indirecta del ente colectivo;

c) Subsiste el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad, y debe, por tanto, probarse el hecho dañoso concreto de un agente determinado;

d) Para exonerarse la persona jurídica, si el daño se debe a culpa de uno de sus órganos, debe probar un factor extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); si de un agente auxiliar, le basta demostrar ausencia de culpa;

e) Prescribe la acción contra la persona moral, en el primer caso, conforme a las reglas comunes, y en el segundo, en tres años. En éste, contra el subalterno o auxiliar, según las normas ordinarias, y

f) Se funda esta tesis, en lo que atañe a los agentes representativos, en el artículo 2341 del Código Civil, que ordena responder por el perjuicio causado a otro, y en lo que respecta a los demás, en los premencionados artículos 2347 y 2349, asiento de la responsabilidad indirecta.

CUARTO

El estado actual de la Jurisprudencia

24. Los antecedentes expuestos demuestran que el proceso jurisprudencial relativo a esta materia comenzó antes de iniciarse el presente siglo, con la admisión de la responsabilidad *indirecta* de las personas jurídicas, incluso las de derecho público, por la culpa de sus agentes, sin distinción de categorías, deberes y oficios. Lo cual coloca a Colombia entre los países de vanguardia en América en lo que concierne a las transformaciones jurisprudenciales del derecho sobre responsabilidad extracontractual.

Como medida inicial, la Corte tomó la siguiente del artículo 2347 del Código Civil, sobre responsabilidad indirecta, que estaba circunscrita a las personas naturales, para llevarla al dominio de las personas jurídicas de derecho privado y público, como aparece de las citadas sentencias de 1896 (octubre 26) y 1898 (octubre 20) y de otras anteriores a que éstas aluden. Después de una larga reiteración, esta doctrina sufrió una mudanza radical, como antes se expuso (casación de agosto 21 de 1939, XLVIII, 1950, 663), por haber entrado a participar en la forma como de allí en adelante la jurisprudencia desató los litigios al respecto, el criterio de la responsabilidad *directa*, cuyas aplicaciones se sucedieron profusamente en tiempo posterior.

Pero, a la vez y desde el año de 1941 (sentencia de junio 30, LII, 1977, 117), fue acogida la tesis de las "fallas del servicio público", que basa la responsabilidad aquiliana del Estado, en la deficiencia o irregularidad del servicio, sin ligamento a un autor individualizado ni a la circunstancia de que éste sea funcionario superior o simple auxiliar. Aquí, el mismo poder renovador jurisprudencial apeló al artículo 2341 del Código Civil, para sustentar en dicha tesis la responsabilidad civil de las personas públicas.

En una palabra, de la tesis de la responsabilidad *indirecta* de las personas morales, hizo la Corte una intensa y uniforme aplicación hasta el año de 1939; pero, sin que hubiese dejado de seguir esta misma senda en no pocas sentencias posteriores, aquel año marcó la aparición de la doctrina de la responsabilidad *directa;* el de 1941 (fallo de junio 30, LII, 1977, 117) la del sistema de las "fallas del servicio público"; y el de 1944 (sentencia de mayo 15, LVII, 1977, 117), la del criterio *organicista,* hasta las mencionadas de 1960 y 1961, de modo que todas las expresadas formas participaron coetáneamente del favor de la jurisprudencia.

25. Es, pues, evidente que la doctrina aparece al respecto sin una definición uniforme. Las decisiones, ya de la Sala de Negocios Generales, bien de la Casación Civil, han franqueado los textos del derecho común a las personas jurídicas, públicas y privadas. Más, los diversos criterios se han entrelazado en un mismo período, sin duda por la complejidad y variedad de los casos que permanentemente se suceden y el afán de la rama jurisdiccional de buscar soluciones a tono con el progreso de la ciencia jurídica, en las que no han dejado de influir las nuevas directivas de la doctrina general contemporánea.

QUINTO

La tesis de este fallo

26. Tales consideraciones han llevado a la Corte a revaluar las antedichas tesis y a preferir, como consecuencia, la *directa*, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la Administración, la de las "fallas del servicio", caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos. (Véase en el mismo sentido, la sentencia de la Sala de Negocios Generales de esta fecha).

Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, sobre responsabilidad por el daño producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones —como acontece con el Estado— figuran algunas de esta naturaleza.

27. Estos, los motivos de dicha preferencia:

1: Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamadas a responder las ligadas a ellas según la ley.

Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

a) De las relaciones de familia, y por ello "el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de hechos de los hijos menores que habiten en la misma casa";

b) De las relaciones de guarda, y así "el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado";

c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de colegios y escuelas "responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado", y

d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden "los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes", "mientras están bajo su cuidado"; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos "con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos".

28. De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predican dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la "dependencia", ni tampoco al "cuidado", de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la "autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe", se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones *in eligendo* e *in vigilando*, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ella una responsabilidad por los "hechos ajenos".

La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de persona (V. *Josserand* "Cours de Droit Civil", Tº II, Nº 540, 10ª ed.).

29. La tesis organicista de la división de los agentes, en *funcionarios órganos y subalternos*

auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa sólo de las culpas de los primeros, y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

Lo primero, porque no hay un motivo bastante a demostrar que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y variar en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquéllos ejecuten en desempeño de sus funciones: todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral.

La identidad alegada entre los órganos de la persona física y los agentes de la jurídica, a quienes corresponde la dirección o representación de la entidad, va siendo revaluada. "No habría que concluir, desde luego, en la identidad de los órganos de una *persona moral* con los órganos de una persona *física*; existe entre los unos y los otros una oposición de naturaleza: el órgano de la persona moral es el asiento de la voluntad que la dirige, en tanto que los órganos de las personas físicas son los instrumentos inconscientes de una voluntad que los mueve". (*Planiol, Ripert y Bavatier*. "Traité Pratique de Droit Civil Francais", T. VI, Nº 93). Y haciendo referencia concretamente a la responsabilidad de los entes morales, agregan estos tratadistas que "la distinción del órgano y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil... Además, empleado u órgano, es necesario que el agente haya obrado en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de darse a esta expresión dos sentidos diferentes según el caso". Walline destaca —como es sabido—, las dificultades que rodean la calificación jurídica de los órganos de la entidad moral, dificultades que conllevan otras tantas para aplicar la concepción organicista.

En lo que atañe al Estado, H. y L. Mazeaud dicen que "todo agente de la Administración, *así sea subalterno* (subraya este fallo), es un representante de la Nación... Poco importa la calidad del autor del hecho: funcionario, empleado auxiliar o dependiente de la Administración". (*La responsabilité civil*, T. III, 2008 y 2009). Duguit aclara que "cualquiera que sea el agente, el órgano administrativo de quien emana el acto, compromete la responsabilidad pública, ya emane de la más alta autoridad, el Presidente de la República, personificando el Gobierno, ya del más humilde de los funcionarios". "Masa homogénea de agentes públicos", llama Chapus al personal de los servicios públicos (*Responsabilité publique y Responsabilité Privée*, Nº 205).

30. La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no sólo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la "incorporación" de éstos en aquélla —apelando a un vocablo en uso— constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación.

Y por ello la tesis organicista es también inequitativa. O todos los agentes, cualesquiera que sean su posición, atribuciones y tareas, son *órganos*, con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecuten en el desempeño de sus cargos, con apoyo en el artículo 2341; o ninguno lo es, para que la responsabilidad del ente jurídico sea simplemente *indirecta*, con respaldo en los artículos 2347 y 2349; pero, como tal conclusión es también inadmisible en esta hora, es la equiparación de todos los agentes el resultado que se impone, ya que, además, su clasificación práctica presenta serios tropiezos.

31. De lo anteriormente expuesto fluye la inaplicabilidad de la tesis de la responsabilidad indirecta, por "el hecho ajeno", y del mismo modo, la organicista, construida sobre tan improcedente discriminación.

En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad *directa*, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos, tesis cuyos caracteres quedaron determinados en el número 15 de esta providencia.

32. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las "fallas del servicio público" o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios lo son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daños, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de

alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.

Cuando la persona jurídica privada debe reparar el daño inferido por uno de sus agentes, no lo hace como la Administración, en virtud de aquel deber fundamental; por ello, esa responsabilidad no puede provenir sino de la culpa de un agente concreto. Mas, si el daño se produce en un servicio público, la responsabilidad se origina en último análisis, en el supradicho deber primario del Estado, causa eficiente, por tanto, de la referida responsabilidad.

Lo anterior, desde un punto de vista sustancial, mirando a la finalidad del Estado. Invocan igualmente tanto los autores, como las decisiones de tribunales de otros países, así como el fallo de esta Corte de 30 de junio de 1941 (LII, 1977, 117), entre otros, y con el cual se restauró el criterio de las fallas del servicio público, los principios imponderables de la *equidad* y de la *igualdad* ante la ley, reguladores de las relaciones humanas, y entonces apenas sí es elemental que dentro de una noción de solidaridad social sea reparado por el Estado el daño que ocasionen esas fallas.

33. La noción de culpa subsiste, pero se desplaza de un sujeto individual al Estado, por razón del deber referido, de suerte que dondequiera que tales prestaciones fallen con la consecuencia de un daño, la Administración habrá dejado de cumplir sus "deberes sociales" e incurrido, por consiguiente, en responsabilidad. Y en mérito de la gravedad y trascendencia de dichos suministros, puesto que de ellos depende la convivencia social y la posesión de los bienes espirituales, morales y materiales que permitan al hombre el alcance de sus aspiraciones y fines, se impone la presunción de culpa en el Estado, como sucede, por ejemplo, en la responsabilidad indirecta por los "hechos ajenos" (arts. 2347 y 2349), o en la que caracteriza las actividades peligrosas (art. 2356). Tal presunción no puede desvirtuarse, en consecuencia, sino probando el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Todo lo cual enseña que no se trata de una responsabilidad "objetiva". La responsabilidad estatal a estos respectos tiende a generalizarse a manera de seguro permanente o con respaldo en la teoría del "riesgo creado", a favor de los particulares, por los quebrantos que sufran con ocasión de las irregularidades de los servicios públicos, comprendidos naturalmente los casos fortuitos, los hechos de terceros y aún la culpa del damnificado —excluído el dolo—. Mas, la jurisprudencia nacional, no cuenta con el germen legal que le permita llevar a estos confines el horizonte de la responsabilidad extracontractual de la Administración. La Corte tiene descartada la teoría del "riesgo creado", como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en actividades peligrosas, como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLIV, 1918, 412), noviembre 18 de 1940 (L, 1964, 439), febrero 14 de 1941 (L, 1966, 739), mayo 30 de 1941 (LI, 1973, 527), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009 148) y abril 30 de 1947 (LXII, 2048, 338).

34. La tesis de "las fallas del servicio público" se encuentra sintetizada en el número 19 de la presente sentencia. La Corte considera conveniente precisar la materia a que se refiere el punto g), acerca de la prescripción de las acciones, tomando en cuenta lo que en algunos fallos tiene resuelto:

a) La acción por el daño, contra la Administración, trátese de fallas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en veinte años.

El Estado, como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal, y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del Código Civil, fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro.

b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue en el mismo término, ya que tampoco hay norma de excepción al respecto; y si de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran las causantes del daño proveniente de ilícito penal.

35. Debe agregarse que, controvertido, como ha sido el fundamento positivo del sistema que finca la responsabilidad del Estado en la prestación

inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos (V, *Eustorgio Sarria.* "Tratado de Derecho Administrativo", p. 221 y ss., 2ª ed. y Jaime Vidal Perdomo. "Derecho Administrativo General", p. 255 y ss., año 1961), la Corte lo ha encontrado hasta ahora en el citado artículo 2341 del Código Civil, porque como lo ha dicho repetidamente, este precepto "ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, sean físicas o morales, y el Estado, proceda como ente político o civil, debe someterse al derecho" (sentencia de marzo 2 de 1948, LXIII, 2057 y 2058, 397), y lo halla hoy, además, en el artículo 16 de la Carta, porque entre los "deberes sociales del Estado" sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño.

La inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la Administración por las fallas del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de la analogía, para abrirles sitio en las disposiciones del derecho común, y ahora, así mismo, en el dicho artículo 16, de institucional significado. Porque dondequiera que rija un texto como el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, no faltará la norma que señale al Juez el camino de la justicia y del perfeccionamiento de la jurisprudencia.

SEXTO

El caso del presente negocio

36. La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá reconoce la acción incoada por los actores contra el Distrito Especial. Invoca la tesis de la responsabilidad del Estado por los daños que se produzcan en los servicios públicos, con respaldo en el artículo 2341 del Código Civil, y además, en la constante jurisprudencia de la culpa presunta de quienes se ocupan en actividades peligrosas, según el artículo 2356 ibídem, considerando entre tales el servicio de automotores a que atendía, en el radio de sus funciones, el Cuerpo de Bomberos del Distrito Especial.

Por tanto, no hay indebida aplicación del artículo 2341 del Código Civil; ni tampoco del artículo 2536, ibídem, porque la forma extintiva de la acción contra el Estado, es la de derecho común de veinte años, de acuerdo con lo antes expuesto sobre el sistema de "las fallas del servicio público" (V, casaciones de noviembre 30 de 1942. LIV, Bis, p. 289, y noviembre 28 de 1941. LVIII, 2016, 148, y de la Sala de Negocios Generales, la de septiembre 1º de 1948. LXIV, 2062, 622).

Tampoco se da la violación de los artículos 2347 y 2349 ibídem, ya que estos preceptos tratan de la responsabilidad *indirecta*; ni falta de aplicación del artículo 2358, por tratarse, se repite, de responsabilidad de la Administración.

Segundo cargo

37. Es de violación indirecta de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por infracción medio de los artículos 593, 601, 705, 719, 720, 721 y 722 del Código Judicial, debido a que "el Tribunal Superior estimó y dio fuerza probatoria a los dictámenes médicos producidos sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código Judicial. De ellos dedujo la objetividad del daño emergente y del lucro cesante, y al proceder así infringió las normas que regulan la peritación en el proceso civil".

Y ello porque la prueba de los hechos fue producida "sin el cumplimiento de las formalidades legales sobre pruebas" y "porque toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley, y dado que "para la comprobación de hechos que exigen conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos cuyo dictamen se debe producir en la forma legal prevista en las disposiciones sobre pruebas infringidas por el sentenciador".

SE CONSIDERA:

38. Si la prueba sobre las lesiones, la incapacidad transitoria de Tinjacá y la definitiva de Planells, consistente en el concepto técnico de las dependencias que la Administración ha destacado a tal efecto, como sucede con la Oficina Central de Medicina Legal, a cuyo cargo corrieron los sucesivos reconocimientos de los damnificados, no era posible ciertamente obtener una prueba mejor, siendo así que procede de la propia Administración, cuya responsabilidad en el asunto de que se trata ha motivado el presente proceso.

Y si la prueba en referencia fue allegada a los autos con el lleno de los requisitos de la ley por medio de copias auténticas de las diligencias de reconocimiento, no se ve cómo haya podido quebrantar el fallo acusado las disposiciones

de carácter probatorio mencionadas en el presente cargo. Las copias fueron pedidas durante el término de pruebas de la segunda instancia y al proceso ingresaron oportunamente para obrar en la decisión de la litis.

Demostrados así los hechos generadores de la obligación de resarcir el daño, la sentencia, en cuanto dispone regularlos mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, tampoco infringe ninguno de los preceptos de orden probatorio o sustancial citados.

Por lo cual, no es casable el fallo de segunda instancia.

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, *no casa* la sentencia de fecha veinte (20) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio iniciado por Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá, D. E.

Sin costas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

COMPRAVENTA

Se originó el presente litigio en que el comprador de un vehículo automotor consideró que el que le fue entregado no reunía todas las características convenidas. La compraventa y la buena fe. Obligaciones del vendedor y del comprador en relación con el objeto materia del negocio.

No es admisible en derecho contractual cualquiera cosa que favorezca a una de las partes en menoscabo de la otra. El vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato (1884, Código Civil) precisamente para garantizar al comprador la utilidad, según la naturaleza y destino económico de la cosa que compra. Pero el comprador también está obligado en la misma manera a recibirla. Tal la medida abstracta de lo conmutativo, la idea de equivalencia entre lo que ambas partes deben recibir por mérito de la contratación.

Es natural y obvio el deber del comprador de señalar objetivamente lo que desea, para que a su vez el vendedor esté en capacidad actual de saber determinadamente las características concretas, genéricas o específicas o aun solo accidentales del objeto que se le pide. No incide en el campo de la contratación el motivo que permanece oculto en el pensamiento del comprador. Debe expresarlo y hacerlo trascendente como condición del consentimiento, para que ese particular subjetivismo penetre en el negocio e integre su alcance obligatorio. De otra manera la controversia suscitada a propósito de inconformidad de lo vendido y lo entregado ha de medirse objetivamente, y en general con el auxilio de peritos en la materia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

En documento de 9 de julio de 1954 aparece que *Alcides Ocampo Avendaño y Francisco Botero* le compraron a la *Compañía Nacional de Autos Limitada*, con domicilio en Cali, "un chasis marca *Chevrolet*, motor número LEC-996995, serie número W53T-086493, modelo 6403/53", por precio de $ 9.660.00. "Y reza la cláusula 4ª:

"El comprador ha examinado y probado la cosa vendida encontrándola en perfecto estado de funcionamiento y de servicio, por lo cual la declara recibida a su entera satisfacción y renuncia a cualquier reclamo sobre el particular..."

Ocampo Avendaño tomó el chasis para hacerle adaptar un tanque de 1.300 galones destinado al transporte de gasolina y otros combustibles de La Dorada a Manizales. Así, el día 30 del mismo mes de julio de 1954, lo puso de inmediato al servicio para que fue armado el vehículo.

Y como en libelo presentado el 25 de abril de 1955 los compradores Ocampo Avendaño y Botero afirmaran que la Compañía vendedora no les había entregado un chasis modelo 6403 de 1953 sino "un chasis parabrisado de cabina o casilla instalada localmente"; que por lo mismo no era "genuino o de fábrica," y "ha venido sirviendo muy imperfectamente a los fines naturales de transporte desde cuando empezó a trabajar, a causa de los desajustes de las portezuelas y del piso que permiten la entrada de una gran cantidad de polvo y de aguas lluvias y de la inestabilidad del asiento"; y, en síntesis, que la imperfecta adaptación de la cabina ha obligado a diversos gastos de reajuste y reparaciones, los dichos demandantes formularon estas súplicas:

"1ª Que el chasis *Chevrolet* entregado por la Compañía Nacional de Autos Ltda. como vendedora a mis mandantes los compradores, no es modelo 6403 de 1953, y por lo tanto, no corresponde cabalmente a las especificaciones pactadas en la cláusula uno (1) del contrato celebrado entre las partes el 9 de julio de 1954.

"2ª (Consecuencia de la anterior). Que la Compañía Nacional de Autos Ltda. no ha cumplido con la obligación de entregar a los compradores la cosa materia del contrato conforme a las estipulaciones contractuales, es decir, un chasis casillado genuino.

"3ª Que la Compañía Nacional de Autos Ltda. está obligada a entregar a mis mandantes, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el vehículo comprado por éstos a aquella conforme a las estipulaciones del contrato celebrado el 9 de julio de 1954, es decir, un chasis *Chevrolet* modelo 6403 de 1953.

"4ª Que la Compañía Nacional de Autos Ltda. está obligada a pagarle a mis mandantes, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de $ 4.000 por concepto de indemnización de perjuicios por incumplimiento de dicha parte de su obligación de entregar la cosa vendida, o la suma que llegare a demostrarse en el juicio".

Y en subsidio:

"a) Que no siendo el chasis entregado, cabinado o casillado genuino o de fábrica, por el demandado a los demandantes, sino un chasis con cabina o casilla instalada localmente, ello constituye un vicio redhibitorio.

"b) Que en consecuencia de la declaración anterior los demandantes tienen derecho a una rebaja de $ 3.000 en el precio de compra de que habla el contrato de venta; o la suma que se determinare en el juicio; suma que les reembolsará el demandado a los demandantes dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia;

"c) Que asimismo el demandado está obligado a pagar a los demandantes, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de $ 2.500 por concepto de indemnización de perjuicios en razón del vicio redhibitorio declarado, o la suma que se demostrare en el juicio".

Contradicha la demanda y opuestas las excepciones de "carencia de acción o de derecho para demandar", de "inexistencia de la obligación", de "inepta demanda sustantiva", y de "prescripción", culminó en primera instancia la controversia por fallo de 17 de febrero de 1958 en que el Juez 5º Civil del Circuito de Cali despachó favorablemente las súplicas principales. Pero el respectivo Tribunal Superior al desatar la alzada del reo con fecha 26 de mayo de 1961 absolvió a la Compañía Nacional de Autos Ltda., con imposición de las costas a la parte demandante.

Cumple ahora a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por el actor Ocampo Avendaño.

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de referirse al punto sobresaliente de la *causa petendi*, de desacuerdo entre lo vendido y lo entregado, el Tribunal examina la declaración de H. A. Quade, Manging. Director de la General Motors Corporation, Foreign Distributors, ante el Cónsul General de Colombia en Nueva York, alude a cada uno de los conceptos de los peritos Alberto Torres Villegas y Carlos Trejos, y a continuación expresa:

"El perito Julián Rengifo, al contrario de los dos anteriores, conceptuó en lo sustancial así:

"'Al punto g). Entre los chasises marca *Chevrolet* modelo 6403 del año de 1953 y el del año de 1954 no existen diferencias sustanciales fuera de algunos detalles de presentación, con que las fábricas suelen ir cambiando sus modelos de año en año. La única diferencia apreciable entre esos dos modelos consiste en tres bisceles niquelados. La fábrica *Chevrolet* tiene muchas series en sus vehículos comerciales de acuerdo con las capacidades de tonelaje de cada tipo... Los vehículos para cuatro toneladas corresponden a la serie 600; el chasis torpedo, es decir, sin parabrisas, corresponde al 6402; el chasis con cabina, corresponde al 6403; el chasis con plataforma, corresponde al 6408, y si a esta plataforma se le agregan las estacas, se conoce con el número 6409; al chasis con parabrisas se le denomina 6412. He dado las anteriores especificaciones para poder dejar establecido el hecho de que si a un camión con estacas modelo 6409 se le quitan éstas queda automáticamente convertido en 6408 y si se le quita la plataforma queda en 6403, y si éste le quitamos la cabina dejándole el parabrisas queda en 6412; y si al chasis parabrisado le quitamos el parabrisas queda convertido en 6402. La misma operación se puede hacer a la inversa, sin que esto demerite el vehículo, ni que por agregarse o quitarle pierda de garantía que las fábricas conceden sobre los mismos, puesto que conservan todas sus especificaciones

técnicas básicas. Es de uso corriente en todos los talleres de mecánica o en los de carrocería hacer estos cambios en vehículos nuevos de todas las marcas... Por todo lo que he explicado anteriormente y por lo que he podido apreciar a la vista del vehículo materia de mi peritazgo, conceptuó que se trata de un chasis *Chevrolet* año de 1953, modelo 6403, es decir chasis con cabina tal como aparece en los catálogos de fábrica sin que el hecho de que la cabina fuese instalada, en los Estados Unidos, en Colombia o en cualquiera otra parte, modifique o altere, en sus especificaciones técnicas, que son básicas, ni la garantía que concede la fábrica'."

Continúa el sentenciador:

"Con motivo de la inspección ocular que siguió a la acción exhibitoria del vehículo ante el Tribunal, los peritos que entonces actuaron, señores Alberto Martínez M. y Luis Eduardo Agudelo, presentaron un erudito estudio sobre los puntos sometidos a su juicio. Manifestaron haber examinado los documentos de remisión y transporte desde los Estados Unidos de Norteamérica de los dos vehículos, esto es: la factura enviada por la General Motors Corporation a la Compañía Nacional de Autos Ltda., con destino uno de ellos a los demandantes; el conocimiento de embarque número 91 del 25 de noviembre de 1953 correspondiente al vapor *Ciudad de Medellín* y fechado en Nueva York, y el manifiesto de aduana de Buenaventura número 46815, pagado el 19 de diciembre de 1953. Según estos elementos de información que tuvieron a bien exigir a la Compañía y que ésta les facilitó, la remesa se hizo en dos cajas y dos huacales por cuanto llegaron desarmados..."

Alude a la manifestación de los expertos en el sentido de que "en épocas anteriores era de uso corriente entre los importadores de vehículos automotores reemplazar determinado modelo, cuya existencia se había agotado, por otro de iguales especificaciones del cual sí tenían disponibles para la venta, mediante la adición o supresión de algunas partes tales como la cabina, el parabrisas, etc., para convertir, por ejemplo, un chasis cabinado en chasis parabrisado mediante la supresión de la cabina, o viceversa, un chasis parabrisado en cabinado mediante la adición de la cabina correspondiente", y de que "esto ocurría como consecuencia de la restricción de las importaciones de vehículos automotores".

En seguida se lee:

"Quiere decir lo anterior que si de conformidad con la declaración del señor H. A. Quade 'el distribuidor puede convertir el modelo 6403 cabinado, en 6412 quitándole la cabina; o viceversa, el modelo 6412 parabrisado puede convertirlo en 6403 colocándole la cabina, pero siempre que use la cabina hecha por nosotros', no se puede imputar a la Compañía falta de cumplimiento de la obligación de entregar un vehículo de las condiciones pactadas. Si según el señor director de la General Motors Corporation en Nueva York, la cabina que se le ponga a un motor de uno de los dos modelos, que no es el suyo, tiene que ser hecha en la misma fábrica, no hay razón suficiente para afirmar que el chasis entregado a los actores no es cabinado genuino o de la fábrica. Aunquando no se lo haya armado en Estados Unidos sino en Colombia, pues el documento no distingue la posibilidad de adaptación, la frecuencia con que se ha llevado a cabo permite concluir que no fue desatendido por la Compañía el texto de la factura de venta".

En lo concerniente a vicios redhibitorios se lee en el fallo:

"Se dejó dicho que en el presente caso chasis y cabina son genuinos por haber sido fabricados en la *General Motors Corporation* de Nueva York y sin embargo de que pudieran pertenecer a modelos diferentes, por ser perfectamente adaptables dichos chasises y cabinas de un modelo con los de otro, pues atrás se anotó el concepto de los peritos Martínez y Agudelo, según el cual 'de la inspección ocular que hicimos sobre el vehículo —dicen éstos— podemos asegurar, sin lugar a equivocación, sin ninguna duda, que tanto el chasis como la cabina son genuinos de la marca *Chevrolet* fabricados por General Motors Corporation de los Estados Unidos de Norteamérica, modelo 1953'."

Alude a la declaración de Adolfo Tangarife, quien manejó el vehículo durante algún tiempo, en el sentido de que prestó servicio normal en el transporte de gasolina de La Dorada a Manizales. Y por último, a que como los compradores adquirieron el chasis con fines de especulación mercantil o de lucro, y la entrega se hizo por medio de factura según el artículo 239 del Código de Comercio, la reclamación debió hacerse dentro de los ocho días siguientes para que no quedase irrevocablemente aceptada por el comprador, según el 2º inciso, artículo 252 ibídem".

LA ACUSACION

El recurrente aduce dos reparos por la causal 1ª, a saber:

I. Acerca de la obligación del vendedor de hacer entrega de la cosa vendida al comprador, afirma que "el chasis cabinado viene original-

mente de fábrica con su cabina genuina, que es lo que pidió el demandante como puede verse en forma clara en el catálogo que se presentó con la demanda". De donde desprende que el sentenciador al considerar como chasis cabinado, modelo 6103, el que sólo era chasis parabrisado, modelo 6412, y al entender como genuino el vehículo que no vino cabinado desde la fábrica, erró por no darle el verdadero significado a la declaración del Gerente y al dictamen de los peritos, quienes "dicen muy claramente que el chasis parabrisado modelo 6412 *viene sin cabina*, y la que aparece en el chasis entregado es cabina adaptada en el país que de ninguna manera reúne las condiciones de ajuste y características de la cabina genuina montada en fábrica, pues es bien sabido que no es lo mismo el que compra un artículo importado, íntegramente fabricado en los Estados Unidos o un artículo *ensamblado* en el país, *así* sean todas las partes fabricadas en los Estados Unidos".

"El demandante —agrega— no compró una cosa ensamblada en Colombia sino un vehículo genuino, ensamblado e íntegramente terminado en los Estados Unidos, como está claramente establecido en el contrato".

Así, en materia de pruebas estima violados los artículos 637, 696, 697, 721, 722, 723 y 724 del Código Judicial; puesto que —dice— "primero incurrió en error de hecho porque no leyó exactamente lo que efectiva y realmente decían y dicen dichas pruebas, y segundo les desconoció el valor probatorio que les asignan" las mencionadas normas. Ello como violación medio de los artículos 1849, 1857, 1880, 1882 y 1608 del Código Civil.

II. Sobre la acción subsidiaria asevera el recurrente que "la demanda no se refiere propiamente a *vicios de la cosa*, sino a falta de las cualidades prometidas y como se dijo antes a la falta de identidad entre lo entregado y lo convenido contractualmente".

"No puede confundirse —añade— la acción redhibitoria por vicios ocultos de la cosa con la acción ordinaria especial (sic) por falta de cualidades prometidas. Los artículos 1915 y 1918 del Código Civil se refieren a la existencia de vicios al tiempo de la ejecución del contrato. Pero el fundamento de la responsabilidad de la entidad demandada en la acción subsidiaria es la obligación de mantener indemne al comprador en cuanto a la existencia de defectos o falta de cualidades que se le habían prometido por el vendedor. Es decir, la responsabilidad demandada obedece de no haberse entregado un chasis cabinado, genuino, de fábrica, y haberse entregado un chasis con defectos o faltas de condiciones de menor valor y con lo cual se han causado perjuicios".

De estas alegaciones deduce interpretación y aplicación indebidas del artículo 593 del Código Judicial, por no habérsele dado su verdadero sentido a la demanda y, en consecuencia, con creta el cargo así:

"El honorable Tribunal pues a causa de no entender la demanda correctamente, y no darle el verdadero significado a los hechos postulados en los dictámenes periciales y declaración de Gerente, y también no darle el valor a dichas pruebas, de acuerdo con los artículos 593, 632, 693, 721, 722 y 723 del Código Judicial, viola por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 1880, 1882, 1884, 1915, 1918 del Código Civil, y los artículos 1917 y 1925 por falta de aplicación al caso del pleito".

Por último, alega aplicación indebida de los artículos 239 y 252 del Código de Comercio.

LA OPOSICION

El personero de la parte demandada, además de replicar el libelo de casación por motivos de forma y de fondo, presenta dos cuestiones preliminares, así:

a) En lo que concierne a la cuantía, por entender que según lo debatido en la instancia no alcanza a cubrir el monto que el recurso de casación exige, y

b) Por cuanto hace a que el pleito fue iniciado por dos personas, Francisco Botero y Alcides Ocampo Avendaño, de las que sólo la última ha interpuesto y sostenido el recurso extraordinario.

A lo cual se observa que ambos puntos están claramente definidos por la ley, desde luego que "la Corte no puede declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda", según lo estatuye en su segundo inciso el artículo 529 del Código Judicial; y porque no es menos claro el artículo 486 *ibídem* acerca de que "cuando dos o más litigantes forman una sola parte, y únicamente alguno o algunos hacen uso del recurso, el fallo favorable que se pronuncie aprovecha a todos ellos".

De donde ningún obstáculo hubo a la admisión del recurso, y procede resolverlo, para lo cual,

SE CONSIDERA:

1. La estabilidad contractual encuentra asiento en lo equitativo, como cifra y compendio de

la buena fe en las relaciones humanas. Requerimiento de la seguridad jurídica en el plano de confianza que debe cimentar el movimiento de los negocios para satisfacción de las necesidades generales e incremento de la riqueza pública. Por todo lo cual en la medida de lo lícito el acuerdo de voluntades sobre bases igualitarias liga a las partes tan estrechamente como la ley; del propio modo que los contratos, sin excepción, "deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente 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 la ley pertenecen a ella" (1602, 1603, C. C.).

2. Por la misma naturaleza de las cosas, en razón y en derecho, son depositarios de la confianza pública los establecimientos especializados en la provisión y expendio de bienes producidos por la industria moderna en provecho general, a través de organización y métodos de avanzada que se perfeccionan continuamente, a tono con el desarrollo de los mercados y con el progreso de los pueblos.

La responsabilidad anexa a tan imponderable depósito de confianza, impone vigilancia y celo perseverante que conduzca al fiel manejo de las relaciones de clientela con el público, de tal manera que la contratación se ajuste a las exigencias fundamentales de la demanda al tenor de ofertas servidas con honestidad y rectitud, de que estén ausentes las prácticas fenicias.

3. No es admisible en derecho contractual cualquiera cosa que favorezca a una de las partes en menoscabo de la otra. El vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato (1884 C. C.), precisamente para garantizar al comprador la utilidad, según la naturaleza y destino económico de la cosa que compra. Pero el comprador también está obligado en la misma manera a recibirla. Tal la medida abstracta de lo conmutativo, la idea de equivalencia entre lo que ambas partes deben recibir por mérito de la contratación.

Sucede, sí, que la tarea determinativa en la práctica es materia de hecho y de medios probatorios que el sentenciador ha de valorar con arreglo a las normas instrumentales organizadas por la ley. Y cuando la cuestión de hecho tiene carácter preponderante, es lo común que en el recurso extraordinario no se descubra quebranto de leyes sustanciales, si no es por vía indirecta resultante de que el Tribunal no haya visto o supuesto existente en los autos algún medio que produzca contraria evidencia, si de yerro de hecho se trata; o de que haya violado normas instrumentales en la apreciación de las probanzas, caso de error de derecho. Porque si se plantea concretamente la cuestión de saber si lo prometido en venta es igual a lo entregado, ello será según se desprenda de la demostración de los hechos.

4. Dentro de la producción estandarizada de automotores, la técnica y la experiencia han convenido en la necesidad de que algunos vehículos se fabriquen de manera que sobre elementos básicos comunes puedan modificarse para integrar unidades aplicables a usos diversos. Y así, el *chasis*, como vehículo apenas iniciado, admite numerosas aplicaciones prácticas, y por ello a su turno es construido en diferentes modelos, más o menos avanzados en orden a su futura integración en vehículos completos. Tal flexibilidad ha de encontrarse en función de los pedidos de la clientela, y permite al proveedor adaptar los chasises por conversión de un modelo en otro, sin demérito alguno siempre que se llenen las condiciones técnicas y mecánicas adecuadas a cada caso.

5. No es ciertamente el comprador quien por regla general esté invitado a poseer los conocimientos científicos, la técnica y la experiencia necesaria para descubrir de inmediato si el objeto que se le entrega corresponde fielmente al que se le ha prometido. Por eso confía el público en la empresa especializada profesionalmente para el suministro de esas mercaderías. Pero también es natural y obvio el deber del comprador de señalar objetivamente lo que desea, para que a su vez el vendedor esté en capacidad actual de saber determinadamente las características concretas, genéricas o específicas o aún sólo accidentales del objeto que se le pide. No incide en el campo de la contratación el motivo que permanece oculto en el pensamiento del comprador. Debe expresarlo y hacerlo trascendente como condición del consentimiento, para que ese particular subjetivismo penetre en el negocio e integre su alcance obligatorio. De otra manera la controversia suscitada a propósito de inconformidad de lo vendido y lo entregado ha de medirse objetivamente, y en general con el auxilio de peritos en la materia.

6. En el asunto litigioso se trata de objetos de producción estandarizada. De chasises en serie que según el dictamen de peritos habido en cuenta por el sentenciador y de acuerdo con la propia declaración de funcionario representativo de la planta fabricante, son construídos en forma tal que el modelo *parabrisado* pueda convertirse en *cobinado*, o viceversa, siempre que se acople o se suprima el respectivo complemento producido

por la misma fábrica, esto es que *chasis parabrisado* y *cabina* que lo complementa para integrar el *chasis cabinado*, provengan de la misma firma productora.

Sobre la base de aquella declaración de oficial de la casa fabricante, así como de la inspección ocular del vehículo y del dictamen de peritos en segunda instancia, estimó el sentenciador que en cuanto a la identidad de lo vendido con lo entregado, lo intrínseco de la operación consistió en que procedieran de la misma fábrica tanto el chasis como la cabina para integrar el *chasis cabinado;* y lo indiferente, por lo extrínseco, que la tarea de simple acoplamiento se hiciera en los Estados Unidos o en Colombia.

Así lo estimó el Tribunal con la ayuda de peritos, por tratarse de hechos que exigen conocimientos o prácticas especiales. Y por cuanto en el ámbito de sus poderes de ley para valorar el respectivo dictamen llegó a esa convicción, que no ostenta arbitrariedad o contradicción de los dictados del sentido común, su juicio prevalece en el recurso extraordinario.

Con ello la censura resulta improcedente.

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 26 de mayo de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario

SENTENCIAS APROBATORIAS DE PARTICIONES Y RECURSO DE CASACION

Cuáles de estas sentencias admiten el recurso extraordinario. Hasta dónde puede extenderse. La Corte precisa la materia, ratificando una doctrina y recogiendo otra.

Teniendo el recurso de casación por finalidad primaria, la de unificar la jurisprudencia nacional, según lo enseña el artículo 519 del Código Judicial, y secundariamente la de enmendar los agravios inferidos a las partes, ello tenía que conducir al legislador, a no legitimar el recurso sino frente a sentencias en que los Tribunales de segunda instancia se hubiesen pronunciado acerca de cuestiones contenciosas, es decir, controvertidas por las partes. Tal el sentido de la catalogación que el mismo precepto hace, de las especies de fallos susceptibles de este recurso extraordinario. Y es sobre tal supuesto, como se concibe, que puedan entrar en función los motivos en cuya virtud procede el recurso, determinados por el artículo 520 ibídem; por lo cual, aunque varios de tales motivos se refieran a errores in procedendo en que haya incurrido el sentenciador, ello siempre supone la presencia de la cuestión contenciosa acerca de la cual haya él impartido una decisión.

Así, pues, cuando el artículo 519, ordinal 2º, incluye, entre las sentencias sujetas al recurso, "las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios, de bienes comunes, o de sucesiones, o de liquidación de sociedades disueltas", se está refiriendo a aquéllas de estas sentencias que impliquen la culminación de un debate contencioso, que para serlo ha de versar, ya sobre objeciones propuestas por las partes (artículo 964 del Código Judicial), ya sobre reparos formulados ex officio por el Juez en función tuitiva de los intereses de incapaces (artículo 1399 del Código Civil).

Esto se predica aún para el caso de que, en juicios de las especies de que aquí se trata, se pretenda el acceso a la casación por alguna de las causales contempladas en los ordinales 2º a 7º del artículo 519, porque de ellas no podría hacerse mérito ante la Corte en razón del recurso extraordinario, sino sobre la base de que en el juicio en que se alegue haberse cometido alguno de los errores sobre que estas causales versan, la partición haya sido materia de objeciones o tachas formalmente deducidas. Lo contrario equivaldría a traer ante la Corte cuestiones propias de incidentes extraños al recurso extraordinario. Y sin que pueda argumentarse sobre la admisibilidad en casación del medio nuevo por consideraciones de orden público, pues todavía en este ámbito la pertinencia del recurso extraordinario, por fuerza de su propia índole supone en todo caso la presencia del substrato contencioso.

También la doctrina de la Corte tiene sentado que, aunque se haya promovido el incidente de objeciones a una partición, el recurso de casación que luego sobrevenga no es medio apto para ventilar objeciones distintas de las que en la instancia fueron propuestas; ni siquiera para que una de los interesados pueda montar su propio recurso sobre objeciones que no fueron suscitadas por él, sino por otro de los litigantes.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de hecho propuesto por la parte demandada, en el juicio divisorio de Julio Gutiérrez Bocanegra frente a María del Carmen Gutiérrez Bocanegra y otras, contra el auto del Tribunal Superior del Distrito Judi-

cial de Bogotá, denegatorio del recurso de casación.

El caso es como sigue:

Julio Gutiérrez Bocanegra demandó, ante el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa, la división material del inmueble "El Carmen", con citación de Magdalena, Estefanía, Cayetana y María del Carmen Gutiérrez Bocanegra.

Efectuado por el partidor el trabajo de partición, se dio traslado de éste a los interesados por el término de cinco días, que las partes dejaron transcurrir sin haber formulado objeciones de ninguna naturaleza, por lo cual fue aprobado por el juez en sentencia de que apeló la parte demandada y que fue confirmada por la del Tribunal Superior, de fecha 9 de octubre de 1961.

Propuesto contra este segundo pronunciamiento por la parte vencida el recurso de casación, le fue denegado por el Tribunal mediante auto de 24 de noviembre del mismo año, cuya razón es la de que "no se objetó la partición, y la casación sólo procede contra las sentencias que se dictan como culminación del incidente de objeciones".

Contra este último proveído, a cuya reposición no accedió el fallador, la misma parte ha interpuesto el *recurso de hecho*, en sustentación del cual alega en síntesis lo siguiente:

Que el motivo en que dijo fundarse el Tribunal para negar el recurso extraordinario carece de asidero legal, por cuanto el numeral 2º del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil no condiciona la concesión del recurso a la circunstancia adjetiva que el sentenciador presupone, sin que una razón de orden simplemente jurisprudencial pueda prevalecer contra ley expresa; y que si no existe precepto que diga que en los juicios divisorios "la casación sólo procede contra las sentencias que se dictan como culminación del incidente de objeciones", quiere decir que, en el presente caso, el recurso debe ser concedido por haberse interpuesto oportunamente.

SE CONSIDERA:

1. Teniendo el recurso de casación por finalidad primaria, la de unificar la jurisprudencia nacional, según lo enseña el artículo 519 del Código Judicial, y secundariamente la de enmendar los agravios inferidos a las partes, ello tenía que conducir al legislador, a no legitimar el recurso sino frente a sentencias en que los tribunales de segunda instancia se hubiesen pronunciado acerca de cuestiones contenciosas, es decir, controvertidas por las partes. Tal el sentido de la catalogación que el mismo precepto hace, de las especies de fallos susceptibles de este recurso extraordinario. Y es sobre tal supuesto, como se concibe que puedan entrar en función los motivos en cuya virtud procede el recurso, determinados por el artículo 520 ibídem; por lo cual, aunque varios de tales motivos se refieran a errores *in procedendo* en que haya incurrido el sentenciador, ello siempre supone la presencia de la cuestión contenciosa acerca de la cual haya él impartido una decisión.

2. Así, pues, cuando el artículo 519, ordinal 2º, incluye, entre las sentencias sujetas al recurso, "las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesiones, o de liquidación de sociedades disueltas", se está refiriendo a aquellas de estas sentencias que impliquen la culminación de un debate contencioso, que para serlo ha de versar, ya sobre objeciones propuestas por las partes (art. 964 C. J.), ya sobre reparos formulados *ex officio* por el juez en función tutiva de los intereses de incapaces (art. 1399 C. Civil).

3. Por lo mismo, cualquiera que sea el que se considere de estos supuestos, será necesario que por el respectivo interesado en recurrir en casación contra la sentencia del tribunal aprobatoria de la partición, la materia contenciosa se haya fijado dentro del juicio, agotando jerárquicamente los posibles medios de debate en instancia, bien contra la sentencia que rechazando las objeciones aprobó el trabajo de partición, bien contra el auto en que, por acogerse las objeciones de alguna de las partes o formularse reparos por el propio juzgador en guarda de los derechos de incapaces, se desechó el trabajo presentado y se ordenó efectuar uno nuevo.

4. Podrían, así, destacarse las siguientes hipótesis:

a) Una de las partes interpone objeciones que no son aceptadas por el juez, quien aprueba la partición. Entonces, cumple al objetante apelar de esta sentencia, para que, si fuere confirmada por el tribunal, tenga derecho a recurrir en casación contra la del último;

b) Si el juez de primer grado aceptó las objeciones de una de las partes, pero, en virtud de la apelación de otra, su auto fue revocado por sentencia del superior en que, desechando las objeciones, se aprueba la partición, entonces bastará ésto para que el objetante tenga derecho a levantarse en casación;

c) Habiendo el juez rechazado las objeciones de uno de los interesados y aprobado la parti-

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA. DESHEREDAMIENTO

Prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural. Preterición y desheredamiento. La casación, recurso extraordinario.

1. La doctrina ha repetido constantemente que no es la casación grado ulterior en el litigio sino recurso extraordinario y estricto que se mide por precisas causales organizadas por la ley para delimitar los poderes de la Corte y circunscribir a la vez el alcance de la demanda con que el mismo recurso debe fundarse. Así el fallo de instancia viene al amparo de presunción de acierto no sólo en cuanto al valor concedido a los medios de prueba que obran en autos, sino también en lo que respecta a la aplicación del derecho sustancial para resolver la controversia.

2. Si por posesión del estado va a inferirse paternidad natural, es de rigor que los hechos se encuentren en función del tratamiento de padre, por cuanto haya provisto a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, en forma que deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general hayan tenido por cierta la filiación a virtud de ese mismo tartamiento durante diez años continuos por lo menos. Pero es nítido igualmente que la calificación de los hechos para inferir si se trata de simple afecto, benevolencia o generosidad, en vez de tratamiento paterno-filial, es algo que se refugia en la conciencia del sentenciador cuando para tomar la decisión que en derecho le incumbe forma su íntimo convencimiento.

3. Por cuanto el "desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima"; desde luego que esa orden no es valedera si no expresa específicamente alguna de las causas predeterminadas taxativamente por la ley para motivarla, siempre que haya sido probada en vida del testador; y cualquiera que no hay revocación tácita del desheredamiento por ulterior reconciliación (1265 a 1269 del Código Civil), repugna al espíritu, al fin, e incluso al claro texto de las normas, que en modo alguno pueda existir el desheredamiento tácito.

4. Las asignaciones forzosas lo son porque se suplen cuando el testador no las ha hecho. Y si de legítimas se trata, el correspondiente llamamiento lo hace la misma ley en forma directa y preferente dentro de la ordenación testamentaria. La ley y la última voluntad del causante concurren para regular la liquidación de la herencia, por motivos de orden público. Con prioridad se cumplen los imperativos legales, y sólo después se atiende a lo que con entera libertad pudo disponer el causante sobre el patrimonio hereditario. Por modo que cualesquiera sean las voces del testamento, a tiempo de abrirse la sucesión ya están llamados como herederos los legitimarios en la medida predeterminada por la ley de manera ineludible, salvo desheredamiento expreso conforme a derecho.

5. El haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima, según el artículo 1276 del Código Civil. Ello significa que si al legitimario no se le llama en el testamento con la calidad de heredero, que por título legal le corresponde, queda pasado en silencio cuando el testador después de asegurar que no tiene legitimarios, deja alguna cosa, no por herencia sino por legado, a quien después demuestra su posición de legitimario con respecto al causante. Si le nombró como tercero beneficiario de espontánea liberalidad a título singular, ciertamente con ello mismo demuestra que lo pasó en abso-

luto silencio como heredero legitimario, lo que por imperativo legal reforma de plano el testamento, por entenderse el silencio 'como una institución de heredero en su legítima'.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, nueve (9) de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Humberto Misnaza Rosero inició el presente juicio contra Ofelia Peña v. de Misnaza como heredera testamentaria, única y universal de su difunto marido Ramón Misnaza, con peticiones encaminadas a obtener para el actor la declaración de ser hijo natural del causante, la reforma de su testamento otorgado en la Notaría 2ª de Ipiales por escritura 1119 de 28 de noviembre de 1957, la restitución de bienes con sus frutos naturales y civiles "en la cuota hereditaria o legítima efectiva que según la ley le corresponde", y si se hubiere liquidado el juicio sucesorio, la cancelación de los registros de la partición y de su sentencia aprobatoria, "o de la sentencia de adjudicación o decreto de posesión efectiva de la herencia si no hubiese existido partición alguna".

Los hechos quedaron referidos, en síntesis, a que el demandante nació de Romelia Rosero el 5 de diciembre de 1918, en Ipiales, como consecuencia de relaciones con Ramón Misnaza, quien tres años más tarde contrajo matrimonio con Ofelia Peña y estableció su casa en el paraje de *El Voladero*, a las afueras de aquella ciudad; a que Humberto Misnaza fue llevado a vivir bajo ese mismo techo cuando tenía unos trece años de edad y donde Ramón le proporcionaba vestuario, alimentación y enseñanza de su oficio de carpintero y maestro de obra en construcciones de casas, durante unos diez años; a que por los años de 1943 o 1944 los cónyuges Misnaza-Peña se trasladaron a vivir al centro de Ipiales, donde acudía de visita Humberto, porque había formado ya su propio hogar y abierto su taller de carpintería y construcción; a que los parientes de Ramón Misnaza siempre trataron a Humberto como a su hijo, por serles presentado con ese carácter; a que en vida de Ramón, "Humberto trabajaba en las propiedades de aquél, reemplazándolo como dueño y patrón; a nombre de su padre en la finca de *Las Animas* y en la finca de *El Voladero* que Ramón Misnaza vendió luégo, vigilaba los peones, disponía y mandaba las diversas labores; y éstos siempre lo conocieron como hijo, porque así les mandaba respetarlo y acatarlo"; a que Ramón Misnaza le dio a Humberto su apellido, a sabiendas de que era hijo de Romelia Rosero; y a que Ofelia Peña v. de Misnaza ocupara la herencia, según la relación de bienes que el testamento contiene.

De donde aparecen invocadas las causales 1ª y 5ª, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para la declaración judicial de paternidad natural.

Trabada la litis ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales, recibió con fecha 19 de abril de 1960 este pronunciamiento de primer grado:

"1º Declarar y reconocer que el señor Humberto Misnaza Rosero o Humberto Rosero Misnaza o simplemente Humberto Rosero, tiene la calidad o estado civil de hijo natural de su finado padre señor Ramón Misnaza, por éste haberlo tratado como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y por haberlo reputado como hijo de su padre, sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio de su expresado padre, en general, a virtud de aquel tratamiento, y con fundamento en el número 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936;

"2º En fuerza de la declaración anterior, se reconoce que Humberto Misnaza o Rosero, es legitimario de su padre natural y causante señor Ramón Misnaza, y por lo mismo con derecho a recibir la cuota hereneial que le corresponde en la herencia o sucesión testamentaria del mismo como legitimario, a saber: su legítima efectiva, o sea la rigurosa más la cuarta de mejoras, como expresamente se pide en la demanda. Como tal tiene derecho para intervenir en el juicio de sucesión del causante Ramón Misnaza que cursa actualmente en este Juzgado para reclamar la efectividad de los derechos que le señala la ley;

"3º No se decretan favorablemente las peticiones contenidas y signadas bajo las letras A, B y F, por ser innecesarias según el estado actual del juicio de sucesión del causante señor Ramón Misnaza, y de acuerdo con las constancias procesales que obran en autos, y además por lo dicho en la parte motiva de este fallo, y

"4º Se condena en costas a la demandada (Decreto 243 de 1951)".

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en 26 de julio de 1961, reformó la sentencia así:

"1º La confirma en sus ordenamientos primero y segundo.

"2º Revoca el numeral tercero, y en su lugar declara:

"a) La demandada señora Ofelia Peña v. de Misnaza debe restituir con sus frutos naturales o civiles, percibidos o que se hubiesen podido percibir con mediana e inteligente administración, al señor Humberto Misnaza como legitimario del causante señor Ramón Misnaza, la cuota hereditaria o legítima efectiva que según la ley le corresponde, tomada de la totalidad de la herencia formada por los bienes relictos según los inventarios y sentencia de adjudicación; b) Se ordena la cancelación de los registros efectuados en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ipiales, tanto de la sentencia aprobatoria de la partición, como de la partición misma y ordena también cancelar el registro de la escritura número 662 de 23 de agosto de 1960 de la Notaría de Ipiales; c) Se ordena inscribir la presente sentencia en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ipiales.

"No se hace condenación en costas en esta segunda instancia".

Y es la oportunidad de resolver el recurso de casación que, interpuesto por la parte vencida, fue sustantado y replicado en tiempo hábil.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal acoge y reproduce estas apreciaciones del fallo de primera instancia:

"De este conjunto de testimonios —dijo el Juez *a quo*— que son en número de diez, se configura una serie de circunstancias de distinta índole que implican la ejecución de hechos reales producidos en momentos diferentes, pero que todos ellos sirven para llevar al ánimo del juzgador que ciertamente el señor Ramón Misnaza dio el trato de hijo al demandante, en forma pública, notoria, ostensible y permanente por un tiempo mayor de diez años, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; pues de tales testimonios, en síntesis, se sabe: que Ramón Misnaza llevó a Humberto Rosero o Misnaza a su casa de habitación situada en el punto *Voladero*, de esta ciudad; que allí vivió con su padre, quien le suministró alimentación y vestuario, habiéndole enseñado su propio oficio, o sea el de carpintería y techador de casas, oficio en el cual trabajaron juntos, a extremo tal que en ciertas ocasiones las obras iniciadas por ambos, las concluía el hijo, quien recibía el valor de su trabajo por autorización de su propio padre; que además Humberto Misnaza atendía a los menesteres de las fincas *Las Animas* y *El Voladero*, de propiedad de su padre, atendiendo a peones, cosechando sementeras, etc.; que inclusive vendía en un establecimiento que en *El Voladero* tenía doña Ofelia Peña, cónyuge de don Ramón; que cuidaba de esos bienes en ausencia de don Ramón y doña Ofelia, cuando éstos, por motivos de enfermedad, se iban a tierra caliente; que don Ramón les presentó a varios de ellos a Humberto como a su hijo, no una sino varias veces; que ese trato de hijo se lo daba en forma pública, tanto que alguno de ellos presenció que Humberto le pedía la bendición, habiéndolo don Ramón bendecido y dándole el tratamiento de hijo".

Después de referirse a la posesión notoria de estado y su prueba según la ley y la jurisprudencia, el Tribunal dice:

"En el caso de estudio, para demostrar la posesión notoria, el demandante adujo una pluralidad de testimonios que ciertamente dejan la certidumbre de la paternidad del señor Ramón Misnaza respecto de Humberto Rosero o Misnaza. Todos los testigos dan razón de sus asertos y separándose del molde del correspondiente cuestionario, detallan libremente sus constancias y recuerdos de los hechos concurriendo a establecer esos hechos, varios parientes del presunto padre (Benjamín Ravelo Zarama y José Guancha), otro por haber sido compadre (Ruperto Coral B.), y otros por haber sido compañeros en su juventud en la afición a la música. Esos testigos son terminantes en afirmar que fue el mismo Ramón Misnaza quien les dijo que Humberto era su hijo, y varios son los que afirman que en las reuniones domésticas y fiestas familiares don Ramón lo trataba y lo presentaba como su hijo. Cuando la ley consagra como indicio de la paternidad, la provisión en la subsistencia, educación y establecimiento, está fijando las condiciones mínimas relativas al estrato social en que el caso se presente; y así, cuando se habla de educación, no deberá entenderse la demostración de haber terminado por cuenta del presunto padre la escuela primaria, ni la secundaria, ni la universitaria, sino que debe entendérsela en su más lato sentido, es decir, de orientar y enseñar, sin subordinación a la concurrencia a establecimientos docentes. Estas condiciones son las que demuestran los testigos al afirmar la posesión notoria de la calidad de hijo de Humberto Misnaza".

Se refiere en seguida a lo declarado por los testigos, y continúa:

"Díjose antes, que para el demandado las declaraciones son contradictorias y no se refieren sobre educación, establecimiento y trato durante el término de diez años. En este aspecto la Sala no deduce esa contradicción, pues cada declaración tiene que ser tomada en su conjunto y en

relación con el designio que la provocó. Siendo obvio que aunque cada declarante relata en forma distinta la causa y manera del trato dado por Ramón Misnaza a Humberto, todos coinciden en la cuestión fundamental materia de la prueba, o sea en el cuidado, en el trato, en la dirección que aquél tenía de Humberto, siendo en ello explícitos y claros...

"En el cuaderno 6º aparecen recaudadas las pruebas aducidas por la parte demandada, consistentes todas ellas en testimonios de José Pantoja, Alfonso Revelo, Alcides Pistala, José Cuasapud, María Rosario Yandún de Cuasapud, José Joaquín Eraso, Rosana Jácome de Montenegro, José Montenegro V., Tránsito Riascos, Alberto Cabrera, Alfonso Revelo y Francisco Narváez. Son todas de estructura negativa, consistentes en su gran mayoría en manifestar que desconocen el trato que Ramón Misnaza le daba a Humberto. Sin embargo, algunos como José Cuasapud (f. 11 v.), José Joaquín Eraso (f. 13), Tránsito Riascos (f. 16), y Alberto Cabrera (f. 17), dentro de la modalidad negativa de sus testimonios, relatan que en unas ocasiones, Humberto le decía a don Ramón papacito, y éste le decía 'hijo'; a más de que todos declaran sobre la enseñanza de la carpintería que don Ramón le dio a Humberto".

Cuanto a las súplicas sobre petición de herencia y reforma del testamento, dice el sentenciador:

"Con la demostración de la filiación, y demostrado asimismo que la demandada ocupa la herencia, el actor justifica su demanda de petición de herencia comoquiera que lo hace basado en su título de heredero. Esos dos elementos los reclama la ley para la viabilidad de la petición de herencia que conduce a la adjudicación de la herencia si aún no ha habido partición, o a la restitución si ya se ha efectuado, como ocurre en el presente caso.

"Como el señor Ramón Misnaza lo olvidó como asignatario en el testamento, al demandante, se trata indudablemente de un caso de preterición, lo cual hace innecesaria la acción de reforma, ya que la ley (artículo 1276 del Código Civil) le suple ese derecho. La reforma la pidió como subsidiaria para el caso de que no prosperase la petición C. sobre declaratoria de legitimario con derecho a recoger su legítima efectiva formada por la rigorosa, más la cuarta de mejoras, y el reconocimiento del derecho a intervenir en el juicio de sucesión y en la partición. Entonces, como se decretará la petición C, la subsidiaria desaparece, ya porque prospera la principal, o ya porque esa reforma va implícita en el reconocimiento de su calidad de legitimario con derecho a recoger su legítima efectiva, y porque el pedido de restitución prospera".

LA ACUSACION

El recurrente aduce cuatro motivos dentro de la causal 1ª de casación, a saber:

1. "Error de derecho en la apreciación de las declaraciones producidas por la parte demandante".

Contempla los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural como actos del padre consistentes "en haber proveído de modo permanente y estable, durante un período mínimo de diez años, a la subsistencia educación y establecimiento del presunto hijo", y agrega:

"Los hechos anteriores no son tenidos en cuenta por la ley si ocurren a la sombra; es necesario que se hayan producido a la luz pública para que sean capaces de generar la fama de tal manera que por virtud de ellos los deudos y amigos y los vecinos del domicilio, en general, hayan reputado al interesado como hijo natural de quien así ha procedido...

"De ahí que los hechos antecedentes o indicadores, de los cuales se infiere, a modo de indicio, la existencia del estado civil, constituyan supuestos de hecho determinados por lineamientos rígidos, que no admiten analogía con otros hechos que pudieran resultar equívocos respecto de la paternidad que los anima.

"Haber atendido a la subsistencia, educación y establecimiento de una persona es el tratamiento que la ley supone de padre, y no otro.

"En el presente caso todas las declaraciones ratificadas dentro del término probatorio, a petición de la parte demandante, dan cuenta de un tratamiento personal prodigado a Humberto Rosero por don Ramón Misnaza, en un lapso de tiempo que no resulta precisado y que los propios declarantes estimaron como trato de padre.

"Pero el trato de padre de que hablan los testigos no contiene ninguna referencia de atención a la subsistencia, como tampoco a la educación y establecimiento del presunto hijo, refiriéndose todos ellos a una época de la vida de Humberto Rosero posterior al cumplimiento de los catorce años de edad. De las declaraciones de los testigos resulta la existencia de un tratamiento afectuoso; bastante para que los declarantes lo calificaran de paternal. Pero es el caso de que cuando se les piden detalles sobre los hechos positivos de atención a la subsistencia de la vida biológica del presunto hijo, cuando se les

precisa sobre la clase de educación que el presunto padre le brindara y sobre la manera como gestionó su establecimiento profesional, los testigos callan diciendo que respecto de estos extremos nada conocen. El trato sobre el cual deponen queda reducido al afecto. Y el afecto no está ligado a la paternidad exclusivamente, ni en el orden de los sentimientos naturales, ni tampoco en el de los presupuestos legales que permitan inferir la existencia del estado civil de hijo natural.

... El sentenciador vio así una plena prueba de la posesión notoria, en declaraciones que sólo acreditan sentimientos equívocos y por consiguiente cometió un error de derecho en su apreciación, violatorio del artículo 697 del Código de Procedimiento Civil.

Este error de derecho viola consecuencialmente el artículo 399 del Código Civil. Una, y otra violación, conducen al sentenciador al quebrantamiento indirecto del ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y del artículo 6º de la misma ley.

"La aplicación violatoria de estos dos últimos textos, hizo aplicar indebidamente el artículo 20 de la propia ley".

II. "Error de hecho evidente en la apreciación de las declaraciones producidas por la parte demandada".

Alega el recurrente que si las declaraciones allegadas por ambas partes coinciden cuanto a la época de los hechos que relatan, correspondiente a la adolescencia de Humberto Rosero, nada dicen sobre su infancia, con la diferencia de que los testigos de la demandada al dar cuenta del trato afectuoso no lo califican de paternal, sino que muestran su extrañeza, por cuanto Ramón no les sugirió siquiera que Humberto pudiese ser su hijo. A lo cual añade:

"Sobre este conjunto de declaraciones coincidentes, espontáneas, ricas en detalles, relatadas bajo distintos matices por cada uno de los declarantes, el Tribunal pasó casi sin siquiera mencionarlas y sólo concediéndoles el honor de un renglón, en donde las califica de declaraciones negativas. Negativas porque no aluden a los hechos constitutivos del estado civil de hijo natural que pudiera tener Humberto Rosero. Positivas diría yo, porque ello mismo demuestra que el actor sólo recibió el trato deferente que se otorga al aprendiz".

Y concreta el reparo:

"Cometió así el Tribunal un error de hecho evidente al ignorar voluntariamente la existencia de este grupo de testimonios... Este error de hecho, de categórica evidencia, hizo incurrir al Tribunal en una violación sustantiva del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en su ordinal 5º; y del artículo 6º de la misma Ley, que lo llevaron consecuencialmente a la violación del artículo 20 de la propia ley".

III. "Indebida aplicación de los textos legales correspondientes a la institución de la petición de herencia".

Se refiere al testamento de Ramón Misnaza, en que instituye heredera, por no tener descendiente alguno y estar así en "libertad plena para disponer de mis bienes", a Ofelia Peña de Misnaza, con cargo de pagar, entre otros legados, uno a Humberto Rosero, hijo de Romelia Rosero, por valor de $ 1.000.00 y alega:

"Si en gracia de discusión, Humberto Rosero tiene el carácter de hijo natural de Ramón Misnaza, hipótesis que el fallo del Tribunal acogió en la sentencia como verdad formal incuestionable, don Ramón Misnaza hizo en el testamento una auténtica desheredación de su hijo. No se trata de una preterición que consiste simplemente en pasar en silencio al asignatario. Aquí no se le pasa en silencio, sino que se instituye expresamente a una heredera testamentaria única y universal, institución incompatible con la existencia de otro heredero y que constituye por tanto la más clara manifestación voluntaria de desheredarlo.

"El heredero desheredado carece de la acción de petición de herencia mientras no promueva la reforma del testamento que le permita ejercerla. La ley no le brinda un camino distinto mientras el desheredamiento no haya sido revocado judicialmente mediante el ejercicio de la acción de reforma, que le confiere retroactivamente el carácter de heredero, si la sentencia la acoge. Hasta tanto esto no ocurra pueden existir las relaciones de parentesco que establece la ley en orden a determinar la vocación hereditaria, sin que el interesado colocado dentro de ellas, tenga el carácter de heredero. La ley consagra así una presunción legal sobre la legalidad del desheredamiento; presunción que es preciso desvirtuar para tener el carácter de heredero mediante el único camino que ofrece al interesado la acción de reforma".

De lo cual desprende que el Tribunal "incurrió en violación directa de la ley por indebida aplicación del inciso 1º del artículo 1276 del Código Civil". "Esa violación agrega trajo como consecuencia el desconocimiento directo de los artículos 1321 y 1323 del mismo estatuto y del artículo 20 de la Ley 45 de 1936 por indebida aplicación, igualmente".

IV. "Errónea interpretación del artículo 6º de la Ley 45 de 1936".

"El Tribunal ha visto —dice el recurrente— en el hecho de que el señor Ramón Misnaza enseñara a su aprendiz de carpintería, Humberto Rosero, las labores propias de su oficio, como se las enseñó a otros aprendices, de lo cual hay constancia en el expediente, la educación a que se refiere el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, como hecho, que junto con otros elementos, integra el supuesto general que configura la institución legal de la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

"Atender a la educación de un hijo no es enseñarle un oficio después de los catorce años, cuyo aprendizaje brindaba igualmente a los demás aprendices del taller. Semejante manera de ver las cosas implica la identificación del contrato laboral de aprendizaje con las labores de educación que como tributo de la paternidad constituyen una actividad normal de padre con respecto al hijo. De ahí que también se produjera la errónea y consecuencial identificación de la figura del maestro con la del padre; y de la del aprendiz, con la del hijo; transposición de conceptos, ésta, que no deja de ser poética, pero por lo mismo irreal".

SE CONSIDERA:

1. La doctrina ha repetido constantemente que no es la casación grado ulterior en el litigio sino recurso extraordinario y estricto que se mide por precisas causales organizadas por la ley para delimitar los poderes de la Corte y circunscribir a la vez el alcance de la demanda con que el mismo recurso debe fundarse.

Así el fallo de instancia viene al amparo de presunción de acierto no sólo en cuanto al valor concedido a los medios de prueba que obran en autos, sino también en lo que respecta a la aplicación del derecho sustancial para resolver la controversia.

2. Cuando en juicio se busca esclarecer aquella suerte de hechos que como la paternidad no admiten prueba directa, y no se está en presencia de la filiación legítima que del matrimonio surge, sino que se pretende hallar la paternidad natural, no hay duda de que entonces la solución afirmativa debe fundarse en inferencias capaces de integrar profunda convicción en el ánimo del sentenciador, sin posibilidad de revisión extraordinaria, salvo ostensible error de hecho o arbitrariedad flagrante en el escrutinio y ponderación de las probanzas.

No es bastante a censura valedera que un nuevo examen de los elementos de juicio pudiera abrir campos de duda, puesto que si alegaciones de esta índole son de recibo en la instancia, no de la misma manera en casación, la que con base en postura de incertidumbre no podría nunca decretar la quiebra del fallo acusado, con desconocimiento y quebranto precisamente de las normas probatorias instrumentales que confieren amplios poderes de apreciación a los Tribunales para formar en conciencia su propio juicio por medio de inferencias simples que no establecen relación de necesidad entre los hechos índices y el indicado.

3. Es claro que el antecedente ha de establecerse con plenitud en las condiciones de la ley. De manera que si por posesión de estado va a inferirse la paternidad natural, es de rigor que los hechos se encuentren en función del tratamiento de padre, por cuanto haya proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, en forma que deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general hayan tenido por cierta la filiación a virtud de ese mismo tratamiento durante diez años continuos por lo menos. Pero es nítido igualmente que la calificación de los hechos para inferir si se trata de simple afecto, benevolencia o generosidad, en vez de tratamiento paterno-filial, es algo que se refugia en la conciencia del sentenciador cuando para tomar la decisión que en derecho le incumbe forma su íntimo convencimiento.

4. Tales factores concurrentes de subsistencia, educación y establecimiento, conciernen a nociones flexibles de relatividad amoldable a las circunstancias peculiares del asunto en litigio; están por ello sometidas a la apreciación autónoma del sentenciador, para definir con criterio prevaleciente el punto controvertido, a menos que por rara excepción el fallo contradiga los dictados elementales del buen sentido o desconozca lo que en el proceso salta a la vista.

Entendió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que por diez testigos aparecen claramente probados durante más de diez años continuos los hechos posesorios del estado de hijo de Humberto Misnaza Rosero frente al causante Ramón Misnaza, porque le mantuvo bajo su inmediato y directo cuidado en el aprendizaje de la carpintería como arte en que el progenitor ganaba el sustento; porque le tenía los miramientos que con el hijo son de usanza, y no los que se desprenden de contratos laborales; y porque los testimonios, por responsivos a esos respectos, no dejaron en su ánimo vacilaciones sino íntimo convencimiento acerca del vínculo pater-

no-filial que unió a esas dos personas, en grado tal que el sentenciador consideró innecesario valorar otros elementos allegados al juicio en calidad corroborante.

No parece erróneo y menos aventurado o insensato que por ese conjunto de testimonios que le merecieron entero crédito, el sentenciador se convenciera de que Ramón Misnaza fue el padre natural de Humberto. Pues si, como el recurrente alega, puede advertirse que en el taller de Ramón trabajaban, además del aprendiz Humberto, otras personas en calidad de oficiales, se observa a la vez que nada se ha probado acerca de que Ramón les diera también el mismo tratamiento de padre, fuera de que el proceso no averigua ni aquí se ha pretendido que tales otros trabajadores hubieran de ser hijos de ese mismo progenitor.

La circunstancia de que el Tribunal atendiera los testimonios aportados por el demandante de preferencia a los que adujo la parte demandada, significa estudio crítico de toda la prueba testimonial en su conjunto, y no incidencia de error manifiesto de hecho. Pues si de los últimos aisladamente no se infería posesión de estado, ello por sí solo tampoco alcanza a desvirtuar por contraevidencia la prueba resultante del conjunto de todos los testimonios, tanto de los que produjo el actor como la demandada, dentro del poder valorativo que a los Tribunales compete.

5. Por cuanto el "desheredamiento es una disposición testamentaria en qué se ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima"; desde luego que esa orden no es valedera si no expresa específicamente alguna de las causas predeterminadas taxativamente por la ley para motivarla, siempre que haya sido probada en vida del testador; y como quiera que no hay revocación tácita del desheredamiento por ulterior reconciliación (1265 a 1269 C. C.), repugna al espíritu, al fin, e incluso al claro texto de las normas, que en modo alguno pueda existir el desheredamiento tácito.

Sucede en realidad lo contrario. Las asignaciones forzosas lo son porque se suplen cuando el testador no las ha hecho. Y si de legítimas se trata, el correspondiente llamamiento lo hace la misma ley en forma directa y preferente dentro de la ordenación testamentaria. La ley y la última voluntad del causante concurren para regular la liquidación de la herencia, por motivos de orden público. Con prioridad se cumplen los imperativos legales, y sólo después se atiende a lo que con entera libertad pudo disponer el causante sobre el patrimonio hereditario. Por modo que cualesquiera sean las voces del testamento, a tiempo de abrirse la sucesión ya están llamados como herederos los legitimarios en la medida predeterminada por la ley de manera ineludible, salvo desheredamiento expreso conforme a derecho.

De ahí "que el haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima" (1276 C. C.).

Ello significa que si al legitimario no se le llama en el testamento con la calidad de heredero, que por título legal le corresponde, queda pasado en silencio cuando el testador después de aseverar que no tiene legitimarios, deja alguna cosa, no por herencia sino por legado, a quien después demuestra su posición de legitimario con respecto al causante. Si le nombró como tercero beneficiario de espontánea liberalidad a título singular, ciertamente con ello mismo demuestra que lo pasó en absoluto silencio como heredero legitimario, lo que por imperativo legal reforma de plano el testamento, por entenderse el silencio "como una institución de heredero en su legítima".

Esto, por ministerio de la ley, funda en favor del legitimario preterido la acción de petición de herencia por la cuota que en derecho le corresponde para concurrir con quien la ocupa a virtud de institución testamentaria que sólo alcanza a titularizar por la cuota restante después de satisfechas las legítimas.

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 26 de julio de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

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.

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

Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL.

La demanda se originó en el hecho de que unas personas fueron electrocutadas accidentalmente en una calle pública. La casación y la prueba indiciaria. La exención de responsabilidad por causa de un hecho extraño al demandado. Cómo se mide la culpa de la víctima. Obligaciones de las empresas de energía eléctrica a fin de no causar daños a las personas.

1. Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza —asevera la Corte—, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable y se pondera no objetiva sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima y firme de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente.

2. En cuanto a la exoneración de la responsabilidad por culpa extracontractual, es necesario tener presente que el hecho del tercero o hecho extraño al demandado debe no serle imputable y, además, debe ser imprevisible e irresistible.

3. La culpa de la víctima y la culpa del autor del daño no son esencias diversas, aunque sean posiciones distintas frente a un mismo hecho. Así lo consideran tratadistas como Planiol y Ripert cuando afirman: "La existencia de culpa por parte de la víctima se aprecia según los mismos principios que la culpa del autor del daño. Sobre todo, no existirá culpa en exponerse voluntariamente a un peligro, si tal cosa se hace a fin de desviar de sí o de otra persona un riesgo considerable e inminente, como cuando uno se expone a fin de detener un caballo desbocado o de extinguir un incendio. Inclusive puede existir la obligación de proceder así, lo que excluye necesariamente toda culpa".

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

Félix Chacón en calidad de cónyuge de Elisa o Felisa Castellanos, Luis Alberto Castellanos, en condición de hijo natural de María Castellanos, Manuel Rojas, como marido de Elvia Chacón, y, Eliécer Cardozo, en su propio nombre, demandaron al Municipio de Génova y a Luis Rojas Cuartas, por culpa extracontractual y para obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que el Municipio de Génova representado por su Personero Municipal, y el señor Luis Rojas, en su calidad de dueños, el primero de una sub-central telefónica y el segundo de una planta de distribución eléctrica, son responsables solidariamente de la muerte por electrocutamiento María Castellanos, y las lesiones personales al de las señoras Elvia Chacón, Elisa o Felisa y señor Eliécer Cardozo, hechos sucedidos en el Municipio de Génova de esta jurisdicción municipal, el día 13 de diciembre de 1955, a eso de las ocho a nueve de la noche.

"b) Que como consecuencia de la declaratoria anterior se les condene en forma solidaria a pagar a los señores Félix Chacón, Luis Castellanos y Eliécer Cardozo.... las siguientes cantidades o valores en que estimo los perjuicios morales y materiales causados por los hechos narrados:

"*Perjuicios materiales:*

"Teniendo en cuenta el grado de supervivencia fijado por los facultativos, profesión de las víctimas, lesión e incapacidad del señor Cardozo, los estimo en la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda corriente.

"*Perjuicios morales:*

"Estos perjuicios los valoro en la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal.

"*Peticiones subsidiarias:*

"a) Que si no se aceptan los valores estimados como perjuicios y en el orden indicado, sean fijados pericialmente.

"b) Que en caso de no ser aceptada la solidaridad invocada, se condene a quien resulte responsable por el monto total de los perjuicios".

Según los hechos de la demanda, el Municipio de Génova, instaló un conmutador telefónico manual en derivación con la Central Telefónica de la ciudad de Armenia, y la administración del conmutador corre a cargo de la entidad municipal cuyos productos entran a las arcas municipales; para la conducción de las redes telefónicas el municipio aprovecha, en muchos tramos, de los postes de energía eléctrica de Luis Rojas Cuartas, colocando los alambres telefónicos un poco más arriba de los conductores de la energía.

El 13 de diciembre de 1955, la línea telefónica se desprendió de sus soportes, cayó sobre los cables de la energía eléctrica y dio en tierra. "Dichas redes telefónicas cayeron en principio sobre parte cubierta de los cables que conducen la energía, pero con posterioridad se corrieron e hicieron contacto en la parte en que las líneas de conducción del fluído eléctrico habían sido unidas y quedado en descubierto, electrificándose en esta forma la red telefónica". La red telefónica ya electrificada cayó en plena vía pública y a muy poca distancia de la casa de habitación de las señoras antes citadas, quienes al salir de ellas toparon con la línea en referencia, produciéndose la descarga eléctrica que en segundos les produjo la muerte por paro cardíaco. Con posterioridad al fallecimiento de las personas nombradas, Eliécer Cardozo trató de pasar por ese lugar y por la oscuridad de la noche tropezó con la misma línea, lo que le produjo lesiones personales y síquicas.

La anterior es versión del demandante, pues el representante del demandado Rojas Cuartas, afirma que el suceso fue a la inversa: pues fue Eliécer Cardozo quien primero tropezó con el alambre y que por los gritos de auxilio que diera por razón del dolor producido por las quemaduras, acudieron las mujeres nombradas, quienes al hacer contacto con el alambre murieron electrocutadas.

El juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia con pronunciamiento de 30 de abril de 1957, que despachó las súplicas del libelo con absolución para los demandados y condenación en costas para los actores del juicio.

Apelada esa sentencia por la parte demandante, el Tribunal resolvió:

"*Primero.* Confírmase la sentencia de treinta de abril de mil novecientos cincuenta y siete dictada por el señor Juez Civil del Circuito de Calarcá en este juicio ordinario sobre resarcimiento de perjuicios de los señores Félix Chacón, José Manuel Rojas, Luis Alberto Castellanos y Eliécer Cardozo contra el Municipio de Génova y el señor Luis María Rojas Cuartas, en cuanto por dicho fallo se absuelve al expresado Municipio de Génova de la obligación de pagar el valor de unos perjuicios materiales y morales a los demandantes nombrados.

"*Segundo.* Confírmase la misma sentencia de treinta de abril de mil novecientos cincuenta y siete, antes indicada, en cuanto por ella se absuelve al demandado Luis María Rojas Cuartas del cargo de pagar el valor de unos perjuicios materiales y morales al demandante Luis Alberto Castellanos.

"*Tercero.* Revócase la citada sentencia de treinta de abril de mil novecientos cincuenta y siete dictada en este juicio por el señor Juez Civil del Circuito de Calarcá, en cuanto por ella se absuelve al señor Luis María Rojas Cuartas de la obligación de pagar el valor de unos perjuicios y de las costas procesales a los señores Félix Chacón Neira, José Manuel Rojas y Eliécer Cardozo Bernal, y en su lugar se dispone:

"A) Declárense no probadas las excepciones propuestas por el demandado Luis María Rojas Cuartas.

"B) Condénase al mismo señor Luis María Rojas Cuartas a pagar a los señores Félix Chacón Neira y José Manuel Rojas el valor de los perjuicios materiales que se les causaron con ocasión y motivo de la muerte por electrocución de las señoras Elisa o Felisa Castellanos y Elvia Chacón, hecho ocurrido en las primeras horas de la noche del trece de diciembre de 1955, en la zona urbana de la población de Génova. El valor líquido de estos perjuicios se establecerá por el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta que tales daños consisten en la pérdida del beneficio de

rivado de las labores domésticas que las señoras nombradas realizaban en favor de sus respectivos maridos, señores Chacón y Rojas".

"C) Condénase también al señor Luis María Rojas Cuartas a pagar a cada uno de los citados Félix Chacón Neira y José Manuel Rojas la cantidad de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, por concepto de los perjuicios morales subjetivos causados a estos señores por razón de la muerte de sus esposas Elisa o Felisa Castellanos y Elvia Chacón, en el lugar, modo y fecha indicados. Este pago deberá hacerse tres días después de la ejecutoria de este fallo.

"D) Condénase al mismo señor Luis María Rojas Cuartas a pagar al señor Eliécer Cardozo Bernal el valor de los perjuicios materiales ocasionados con motivo de las lesiones que en los dedos, la mano y el antebrazo izquierdos le produjo la descarga eléctrica que el citado Cardozo recibió en las primeras horas de la noche del trece de diciembre de 1955, en el área urbana de Génova.

"E) Condénase asimismo al señor Luis M. Rojas Cuartas a pagar al nombrado Eliécer Cardozo Bernal la suma de quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal, por concepto de los perjuicios morales subjetivos que se le causaron a dicho señor Cardozo con motivo de las lesiones que le produjo la expresada corriente eléctrica. Este pago se hará tres días después de estar en firme esta sentencia.

"F) El pago del valor de los perjuicios materiales que el señor Rojas Cuartas debe hacer a los señores Félix Chacón, José Manuel Rojas y Eliécer Cardozo, se ejecutará dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de la providencia por la cual se fije ese valor en cantidad líquida.

"G) Condénase finalmente al señor Luis M. Rojas Cuartas a pagar a los señores Félix Chacón, José Manuel Rojas y Eliécer Cardozo las costas de este juicio en la primera instancia.

"*Cuarto.* Sin costas en esta instancia".

El demandado Rojas interpuso el recurso de casación contra esta sentencia.

La sentencia acusada

Para absolver al Municipio de Génova el Tribunal hizo las consideraciones que seguidamente se transcriben y que son blanco de ataque del recurrente, porque como adelante se verá, busca éste, o la absolución de su representado Rojas Cuartas o la condenación solidaria con el Municipio.

Dicen esas consideraciones:

"5. Uno de los demandados en esta litis es el Municipio de Génova por estimársele culpable de la muerte de las señoras Castellanos y Chacón, y de las lesiones sufridas por el demandante Cardozo. Se expresa también en el libelo que dicho Municipio tiene instalado un conmutador telefónico manual, derivado de la estación central de Armenia y por el cual se efectúa la comunicación de los habitantes de esa población con las otras partes del país; que la administración de esa sub-central telefónica corre a cargo del mismo Municipio, a cuyas arcas ingresan los dineros que produce ese servicio, y que para el sostenimiento y conducción de las redes telefónicas se han empleado postes de guadua y de madera de mala calidad, árboles vivientes y en muchos tramos se han aprovechado los postes que sostienen los cables de conducción de energía eléctrica producida por la planta del señor Luis María Rojas.

"Ya se ha visto que al contestar esa demanda el apoderado del Municipio solicitó la prueba de esas aseveraciones, lo cual entraña una negación de las mismas.

"En este juicio figura (C. 1º, f. 18) la copia de un documento privado en que consta un contrato celebrado por el Municipio de Génova con la compañía 'Ericson, Ltda.', de Bogotá, el 30 de diciembre de 1954. Por esa convención la sociedad mencionada le transfiere al Municipio la propiedad de un conmutador telefónico manual. Aunque esta copia aparece como traída con la demanda, lo cierto es que no fue mencionada en la relación de pruebas que se hizo en el mismo libelo.

"El documento expresado demuestra en verdad que el Municipio demandado adquirió el conmutador telefónico que allí se menciona, pero ocurre que en este juicio no aparece prueba alguna de que ese aparato haya sido instalado y puesto a funcionar por cuenta y bajo la dirección de dicho Municipio. La parte demandante solicitó sobre estos puntos sendas certificaciones del Personero y Tesorero Municipales de Génova, pero ellas no fueron expedidas. El Personero se limitó a decir que en su oficina no estaba instalado ningún conmutador telefónico. (C. 2º, f. 19 vto.).

"Y aun más: según las pruebas que se han transcrito el accidente en que perecieron las señoras Castellanos y Chacón y resultó lesionado el demandante Cardozo, aconteció porque una cuerda de comunicación telefónica se desprendió del

poste que la sostenía, cayó sobre unos cables de conducción de energía eléctrica, entró en contacto con ellos y fue inducida por la corriente eléctrica, la cual produjo ese accidente cuando las víctimas tropezaron con dicha línea telefónica. Aunque algunos declarantes y unos peritos se refieren a esa cuerda y dan a entender que ella pertenece al Municipio de Génova, la verdad real es que aquí tampoco hay prueba alguna que demuestre con evidencia que dicho hilo telefónico fue instalado por esa entidad municipal, que sea de su propiedad, que esté conectado con el referido conmutador telefónico y que por él preste dicho Municipio un servicio de comunicación. Se habla por algunos testigos de la cuerda o línea del 'teléfono público', y los peritos que tomaron parte en la diligencia de inspección ocular practicada a solicitud de los demandantes (C. 2º, f. 20 vto.) dicen que 'las líneas pertenecientes al conmutador que funciona en la ciudad de Génova, son las mismas que prestan los servicios o la conducción eléctrica a los diferentes teléfonos distribuídos en la citada población de Génova'. Estas pruebas no son suficientes a demostrar que la sobredicha cuerda telefónica pertenece al Municipio demandado, que está conectada al conmutador y que por ella presta esa Entidad un servicio de comunicación. La duda se acrecienta aun más cuando se observa que el mismo Municipio trató de acreditar que ese cable no le pertenece, sino que corresponde al dueño del teléfono que por él se comunica, y cuando hay prueba de que dicho cable es el que presta el servicio de comunicación al teléfono instalado en la casa ocupada por la señora Ligia Guzmán.

"La carencia de prueba, fehaciente y plena, sobre que la cuerda telefónica en referencia pertenece al Municipio de Génova, hubiera sido instalada y puesta a funcionar por esa Entidad y se conecte con el conmutador telefónico de que se habla, conduce por fuerza a la conclusión de que a ese Municipio no se le puede imputar culpa alguna en el hecho causante de los perjuicios cuya reparación se persigue en esta litis y de que en consecuencia no puede ser condenado a resarcir tales daños, sino de que se lo debe absolver de esa supuesta obligación, así como se procedió en el fallo que se revisa. No estando satisfactoriamente demostrado que la cuerda telefónica que cayó sobre los cables eléctricos y sobre la vía pública y contribuyó a producir el accidente de marras, pertenecía y estaba funcionando por cuenta del Municipio demandado en la fecha de ese suceso infausto, no es posible atribuírle responsabilidad a esa Entidad en los perjuicios derivados de tal hecho. El fallo de primer grado debe, pues, confirmarse en cuanto absuelve al citado Municipio de los cargos que se le formulan en la demanda incoativa de esta contención".

La demanda de casación

El primer motivo del recurso de casación está expuesto así:

"Causal: Primera del artículo 520 del Código Judicial.

"Especie de violación: Indirecta.

"Clase de errores: de hecho y de derecho.

"Pruebas erróneamente estimadas: las referentes al hecho de que el servicio telefónico de la población de Génova lo prestaba, en el momento del accidente, la entidad municipal, por medio de un conmutador y una red telefónica propios.

"La sustancia violada: artículo 2341 del Código Civil".

Afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal "encierra errores de hecho y de derecho, porque está acreditado en el proceso que el conmutador fue instalado y puesto a funcionar por el Municipio y que esta Entidad estaba prestando el servicio público de teléfonos mediante las siguientes pruebas, en cuya apreciación cometió los errores el sentenciador".

"1º Que el servicio telefónico lo prestaba el Municipio por medio de su conmutador y su red, y que, por tanto, el hilo que produjo el accidente pertenecía *a esa* red y estaba conectado al conmutador, lo demuestran:

"a) Los indicios de tales hechos, y que son: *el documento* de 30 de diciembre de 1954, que contiene el contrato celebrado entre el Municipio y la Ericson Ltda., según lo expuesto en los capítulos II, letra A), y III, letra a), del presente motivo, y la declaración del testigo Mariano González (f. 23 C. 4º), que por única, es presunción de que el servicio telefónico lo prestaba la entidad municipal, según se expone en los capítulos II, letra D), y III, letra d), del presente motivo.

"b) El *acta de inspección ocular* del 15 de diciembre de 1955, junto con el concepto pericial que contiene (f. 50 C. 4), y el dictamen de peritos que corre a folios 20 vuelto y siguientes del Cuaderno 2º, pruebas de las cuales cada una es plena y *a fortiori* ambas juntas, como se expresa en los capítulos II, letra B), y III, letras b) y c), del presente motivo.

"2º El fallo incurre en errores *de hecho* y *de derecho*, tal como quedó expuesto antes; *mani-*

fiestos los primeros, porque pasó por alto las pruebas mencionadas, y claros los segundos, por razón de las infracciones-medios alegadas, como es de rigor en esta especie de errores.

"3º Tales errores llevaron al sentenciador a rechazar el hecho fundamental de que el Municipio prestaba a la población el servicio telefónico por medio de su conmutador y su red, y consiguientemente, a absolver al Municipio, de suerte que, demostrados tales errores, la absolución se derrumba, para que la nueva sentencia de instancia decida sobre el fondo del negocio.

"4º Los mismos errores condujeron a la violación de la ley sustancial contenida en el artículo 2341 del Código Civil, por haber absuelto al Municipio de toda responsabilidad, por la simple errónea creencia de no haberse demostrado que tenía a su cargo el servicio público telefónico.

"5º Violados estos preceptos sustantivos, el fallo no puede sostenerse y debe ser casado, para que la honorable Corte, en sentencia de instancia, resuelva si las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda deben recaer sobre el Municipio exclusivamente, o sobre el Municipio y el señor Rojas conjuntamente o sobre la entidad municipal exclusivamente, ya que como responsable del servicio telefónico, su culpabilidad puede ser exclusiva o conjunta.

"6º Lo cual significa que el presente cargo o motivo de casación, se alega en razón de haber sido absuelto el Municipio, por negar la sentencia que se hubiera probado que esta entidad estaviese prestando el servicio en el momento del accidente, y cualquiera que sea la responsabilidad del Municipio —exclusiva o conjunta".

* * *

Asimismo, sostiene la demanda, en razón de los errores que a través de este cargo atribuye al fallador de instancia, que el Municipio es responsable de modo exclusivo de la culpa que relacionan los autos, o que, lo es de manera conjunta con el otro demandado, señor Rojas Cuartas, de conformidad con los artículos 2341 y 2344 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

1º "Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza —asevera la Corte—, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable y se pondera no objetivo sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima y firme de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente.

"Por modo que si dentro del recinto de la certeza moral y la convicción íntima no cabe establecer en el recurso extraordinario ningún género de jerarquía, y puesto que presuntivamente el fallo de instancia se entiende ajustado a la tarifa en la valoración de las probanzas, ha de seguirse en casación que los poderes discrecionales del sentenciador al apreciar la prueba por indicios están llamados a prevalecer, a menos que se demuestre error de derecho o yerro evidente de hecho en el juicio del sentenciador, lo que es de todo punto excepcional.

"No ocurre a menudo que escape a los ojos del juzgador el medio que evidencia en el proceso cómo determinado hecho se cumplió o no tuvo existencia, para que según esto se dé o no por probado el índice, con palmario error de hecho. O bien, que el nexo entre el índice y el indicado no armonice con los dictados del sentido común o esté en oposición con las leyes elementales de la naturaleza, para que por el aspecto subjetivo pudiera predicarse error evidente de hecho.

"Tampoco es común que por medios extraños al régimen legal de probanzas se tengan por acreditados los hechos indicativos o que se desconozca su prueba producida conforme a la tarifa. Ni sucede con frecuencia que sean recibidos los indicios por el juzgador cuando la ley rechaza esa prueba. Por todo lo cual es también de excepción en esta materia el error de derecho" (XC-2207-105 Cas. 20 de marzo de 1959).

2º De que el Municipio sea dueño del conmutador telefónico, no puede inferirse necesariamente como relación derivada de la naturaleza de las cosas, que lo explote directamente; porque, aunque a menudo ocurre que el dueño ejercita sobre sus cosas los respectivos derechos, directamente, también es frecuente que lo haga en forma indirecta por medio de terceros, tales como arrendatarios u otros tenedores que administran por cuenta y bajo la responsabilidad de estos últimos. Por lo mismo, de premisas contingentes no puede deducirse conclusiones ineludibles y ciertas; solamente podría llegarse a consecuencias analógicas, no siempre amparadas de rigor lógico y de la certeza que el fallador necesita para pronunciar sentencia.

3º No negó el Tribunal que el Municipio de Cónova sea dueño del conmutador telefónico; afirmó "que la carencia de prueba, fehaciente y

plena, sobre que la cuerda telefónica en referencia pertenece al Municipio de Génova, hubiera sido instalada y puesta a funcionar por esta Entidad y se conecte con el conmutador telefónico de que se habla, conduce por fuerza a la conclusión de que a ese Municipio no se le puede imputar culpa alguna...".

El fallador no dedujo la responsabilidad del Municipio porque no encontró prueba que la acreditara, sin embargo de haber reconocido que esa entidad era dueña del conmutador telefónico; su inferencia, por tanto, no puede atacarse por error cruso, porque no pasó por alto la presencia de la prueba del hecho indicador, ni la supuso, ni tergiversó su contenido material.

En cuanto atañe a la gravedad, conexión y concordancia de los indicios, el Tribunal goza de autonomía en la formación de su convencimiento íntimo, por lo cual resulta impróspero el cargo de error de hecho evidente.

"1º Afirman los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección judicial, que la cuerda del teléfono que produjo el accidente 'se encuentra pegada de la postería de la red telefónica que conduce a la ciudad de Armenia, perteneciente al Municipio de Génova...'" (Acta de 15 de diciembre de 1955).

Posteriormente, en la diligencia de inspección de 4 de agosto de 1956, los peritos que entonces actuaron, aseveran: "Las líneas pertenecientes al conmutador que funciona en la ciudad de Génova, son las mismas que prestan los servicios o la conducción eléctrica a los diferentes teléfonos distribuídos en la citada población de Génova y una de dichas líneas, aunque no podemos precisar cual de ellas fue la que cayó precisamente sobre las líneas secundarias de conducción del fluído eléctrico...".

El testigo Mariano González, declara: "Por este motivo y como se trataba del servicio telefónico que tiene el Municipio por su cuenta, me vine en busca del señor Personero...".

Que hubo error de derecho dice la demanda de casación por infracción medio de los artículos 722 y 730 del Código Judicial, con incidencia en el artículo 2341 del Código Civil, por no haber valorado las pruebas conforme a su tarifa legal.

Los conceptos periciales y el testimonio citados, afirman escuetamente el punto controvertido, o sea, que el servicio telefónico lo prestaba el Municipio. La prueba de los hechos se produce para el Juez, como necesario elemento de convicción, lo que determina que ella deba reunir condiciones adecuadas de certeza. Las normas sobre pruebas disponen, cuando y cómo se llevan al proceso y con qué condiciones esos elementos surten los efectos a que están destinados. Tal, el artículo 722 que, para darle valor de plena prueba al dictamen pericial, exige que sea uniforme, sobre hechos sujetos a los sentidos, expuestos según el arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda y como consecuencia de tales hechos. No relacionan los peritos de qué hechos deducen, sin lugar a duda, que el Municipio prestó el servicio referido. El testigo citado por el recurrente tampoco explica su dicho, da una opinión; y, por ser único, su declaración sólo sería presunción más o menos atendible, según condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición, elementos que aún reunidos, está sujetos a la conciencia del juez de instancia, a quien la ley defiere la apreciación (C. J. 696).

No pudiéndose atribuír, en virtud de lo dicho, responsabilidad alguna al Municipio por el error de conducta que se le imputa, hay sustracción de materia para examinar si esa entidad es responsable conjunta o exclusivamente.

Por lo visto, no prospera el cargo.

Segundo cargo:

"Causal: Primera del artículo 520 del Código Judicial.

"Especie de violación: indirecta.

"Clase de errores: de hecho.

"Pruebas no apreciadas: las que desvirtúan la presunción de culpa del demandado Rojas.

"Ley sustancial violada: artículos 2356 y 2341 del Código Civil.

"En la hipótesis de que no prospere el primer motivo, o de que, prosperando, la honorable Corte no declare en sentencia de instancia la responsabilidad exclusiva del Municipio o la conjunta de los demandados, alego el presente cargo".

Después de transcribir los conceptos de la sentencia, en que se afirma que el único responsable del accidente es el señor Rojas, el recurrente sostiene que la presunción de culpa que pesa sobre éste, se encuentra desvirtuada por la intervención de un elemento extraño, y argumenta de la siguiente manera:

"Pues bien: este último (se refiere al elemento extraño) aparece establecido en el proceso: un hilo telefónico descubierto, extraño, no perteneciente al señor Rojas, se desprendió de las prensas o grapas que lo sostenían en el cruce de la calle 10 con la carrera 10 de la población de Génova, y ese hilo cayó sobre uno de los cables subalternos de la planta del señor Rojas que lo indujo de fluído eléctrico; y el desprendi-

miento y la caída fueron tales que a pesar de que los cables subalternos pasaban a una altura que no permitían que pudiesen ser tocados por los transeuntes (v. dictamen pericial, respuesta al punto c), fl. 55 vto., c. 4º), la cuerda telefónica inducida alcanzó a caer a la vía pública, motivo por el cual los peatones tenían que apartarla o saltar sobre ella para poder pasar.

"Si este factor extraño no hubiese aparecido, con todo el complejo de irregularidades que lo componen: cuerdas telefónicas por encima de los cables eléctricos; deficiente fijación de las mismas en los postes, mediante preuuss o grapas de tipo apropiado sólo para fijar los cordones telefónicos dentro de las residencias; línea telefónica descubierta o desnuda, y haber permanecido desprendida sobre los cables de energía eléctrica y en el suelo durante un día, más o menos; si tal factor repito, no se hubiese conjurado, nada habría acontecido".

Enuncia luego los errores de hecho por haber pasado inadvertido el Tribunal las pruebas que el recurrente cita en el Capítulo VII del primer motivo de su demanda. En consecuencia afirma quebrantamiento de los artículos 2356 y 2341 del Código Civil.

"El primero, porque existiendo la prueba del elemento extraño, no aplicó dicho texto en su integridad, de acuerdo con la jurisprudencia que ha señalado en él la presencia de presunciones de culpa, *legales y no de derecho*. Esta infracción es por tanto, directa específica.

"El segundo, porque probado dicho elemento, queda el demandado señor Rojas libre de responsabilidad, de modo que al aplicarlo en estas circunstancias y deducir responsabilidad al demandado señor Rojas, lo violó por indebida aplicación".

SE CONSIDERA:

Para concluir la responsabilidad exclusiva del Municipio o la conjunta con Rojas en la culpa referida en autos, era menester el éxito de la primera censura propuesta por la demanda de casación que, por llevar al quebrantamiento del fallo de instancia, abriera posibilidad de estudiar en concreto el fenómeno de la pluralidad o conjunción de hechos generadores del daño o perjuicio. Si la culpa o falla causante de los sucesos historiados en el proceso no son imputables al Municipio, como se vio en el estudio del cargo anterior, mal puede tenerse a éste como culpable del hecho extraño con que se busca disminuir o eliminar la responsabilidad del demandado Rojas.

Se observa, además, que es una verdad procesal, afirmada aún por el recurrente, que el alambre telefónico descubierto o desnudo, permaneció en contacto con los alambres conductores de energía eléctrica de la empresa del señor Rojas durante muchas horas del día y que los transeuntes tenían que quitarlo para pasar o saltar sobre él. Esto indica que ningún peligro ofrecía ese alambre telefónico, sin embargo de no estar guarnecido y a pesar de estar en contacto con los alambres cubiertos conductores de la energía eléctrica. El peligro provino del contrato del alambre telefónico con la parte desnuda de los alambres de la energía eléctrica; por eso el alambre telefónico se cargó de energía y adquirió peligrosidad tal que ocasionó la muerte de las tres mujeres y las heridas de un hombre. Lo que demuestra que la causa determinante del suceso fue la energía eléctrica de la empresa del señor Rojas y relieva el error de conducta de éste en el ejercicio de una actividad llena de peligros.

TERCERO Y CUARTO CARGOS:

Por medio de estos cargos se busca obtener la ruptura de la sentencia de instancia, imputando culpa a las víctimas y también imprudencia. En el tercer cargo se señalan las pruebas erróneamente estimadas, se afirma desconocimiento por parte del Tribunal de las declaraciones que el recurrente cita, se destaca el concepto del fallo que pretende rebatirse y se indican como violados los artículos 2356 y 2341 del Código Civil, a través de los artículos 697 y 722 del Código Judicial.

SE CONSIDERA:

1º Sin estar demostrado que un tercero y cual, sea responsable conjunto de la culpa, parecería innecesario el estudio de las características del hecho del tercero o causa ajena al demandado; pero, la insistencia de los cargos sobre ese tema obliga su tratamiento.

El hecho del tercero o hecho extraño al demandado debe no serle imputable y, además, debe ser imprevisible e irresistible. (Hermanos Mazeaud. Derecho Civil. Parte segunda. Volumen 2º Nos. 585-588. Págs. 335 y 337).

Es de elemental prudencia en una empresa de energía eléctrica, siquiera para prestar el servicio regularmente, establecer permanente y esmerada vigilancia sobre los alambres conductores. Sin esa atención se está en constante posibilidad de causar daños y, en consecuencia, en la

obligación de repararlos, por efecto de error de conducta.

Es imputable al dueño o empresario de la planta de energía eléctrica a que se refieren los autos, que hubiese dejado sin recubrir una parte o pedazo de los alambres conductores, más, cuando sabía, porque suya es la postería que los sostiene, que arriba de esos alambres está colocado el hilo telefónico; le es imputable por falta de diligencia y cuidado que durante un día estuviesen en contacto esos alambres cuando pudo haberlos separado; y, no es imprevisible, que, si inclusive por hechos de la naturaleza, ese contacto se verificase, pudiera ser controlado. Por tanto, el hecho extraño, no reune las condiciones que para librar de responsabilidad al demandado o para disminuírla, exigen lógica y doctrina.

2º La culpa de la víctima y la culpa del autor del daño no son esencias diversas, aunque sean posiciones distintas frente a un mismo hecho. Así lo consideran tratadistas como Planiol y Ripert cuando afirman:

"La existencia de culpa por parte de la víctima se aprecia según los mismos principios que la culpa del autor de daño.

"Sobre todo, no existirá culpa en exponerse voluntariamente a un peligro, si tal cosa se hace a fin de desviar de sí o de otra persona un riesgo considerable e inminente, como cuando uno se expone a fin de detener un caballo desbocado o de extinguir un incendio. Inclusive puede existir la obligación de proceder así, lo que excluye necesariamente toda culpa". (Derecho Civil Francés. Tomo VI. Nº 569. Págs. 782 y 783).

En la mente de las mujeres campesinas que acudieron en socorro de Cardozo, no podía caber la idea de peligro inminente de muerte por coger a un hombre tendido en tierra y que imploraba protección, aún en el supuesto extremo de verlo asido a un alambre telefónico que supusiesen incluido de energía eléctrica, porque no era natural pensar que para ellas los efectos fuesen mayores que los sufridos por quien se hallaba en semejantes condiciones de peligro, sin que a éste le hubiese causado la muerte. Su conducta como simple reflejo de un sentimiento de solidaridad humana no induce la culpabilidad que el recurrente intenta ver en ello.

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 por el Tribunal Superior de Pereira, de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, en este negocio de José Manuel Rojas y otros contra el Municipio de Génova y Luis Rojas Cuartas.

No se causaron costas en el presente recurso.

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

Los Magistrados, *Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez, Alejandro Bernate*, Conjuez, *Enrique J. González*, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA Y DE LA LABORAL.

Alcance de los Decretos 456 y 931 de 1956 en cuanto confieren a la Jurisdicción del Trabajo el conocimiento de demandas sobre reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado.

El sentido manifiesto de la competencia atribuída a la justicia laboral por los Decretos legislativos 456 y 931 de 1956 corresponde a la demanda de pago por servicios personales de quienes con carácter privado ejercen profesiones liberales o se ocupan en oficios que supongen algunos estudios técnicos, práctica o experiencia en las artes. Mas no cuando se trata de empresas abiertas al público para suministrar servicios de interés económico preponderante, según sucede, entre otras varias, con las trilladoras de café, destinadas a cumplir el proceso que debe experimentar el grano para ir a los mercados internos y externos, según los tipos o calidades a que las cotizaciones obedecen. Tal industria de transformación consiste, pues, en realizar sistemáticamente y dentro de adecuada organización una tarea más o menos compleja, para satisfacer necesidades ajenas en función de los mercados. Perfecciona las cosas que recibe de la clientela para adaptarlas a las regulaciones de la demanda estandarizada y a su ulterior consumo. Con lo que la empresa cumple un papel de los previstos enunciativamente por el ordinal 6º, artículo 20, en relación con el 23 del Cód'go de Comercio. Hay sin duda en las trilladoras de café para el público un papel remunerado de intermediación entre el productor y el consumidor de ese artículo. Por todo lo cual las controversias que con su clientela se susciten no salen de la órbita de la justicia ordinaria, no obstante los citados Decretos de 1956.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.- Bogotá, diez (10) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962).

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

El presente litigio fue iniciado por demanda en que Francisco Zúñiga G. pide la condenación de Martín Castrillón R. a pagar $ 22.981.89, además de intereses legales y costas, como suma de varias partidas correspondientes a la limpieza, trilla, escogencia y manipuleo de café en la *Trilladora Cartago*, de propiedad del actor.

Contradicha la acción, fenació el primer grado procesal con pronunciamiento absolutorio del 26 de abril de 1961 proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Cartago, y confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga con fecha 9 de octubre del mismo año de 1961, al resolver la alzada interpuesta por el demandante, quien oportunamente introdujo recurso de casación ante la Corte.

LA SENTENCIA ACUSADA

Calificó el Tribunal la *Trilladora Cartago* "como organización que tiene por objeto la prestación de ciertas actividades necesarias a convertir el café en convenientes y determinadas condiciones para su comercio, con remuneración para el empresario a cargo del dueño del fruto"; como "empresa organizada y permanente con ánimo de especulación en la realización de dichas operaciones de intermediación en el tráfico comercial"; y por todo ello, "como empresa mercantil y como comerciante el actor", en conformidad con el artículo 20 del Código de Comercio.

De otro lado estimó que no hay en autos motivo alguno para entender que el demandado

tenga la calidad de comerciante. De donde desprende que los libros de comercio del actor sólo establecen un principio de prueba, por tratarse de controversia entre comerciante y no comerciante.

Considera, sin embargo, innecesario el examen de esa prueba, porque la inspección ocular y el dictamen pericial respectivos no traen razón de los libros principales del demandante sino del auxiliar de cuentas corrientes. Juzga que el dictamen no puede tenerse en cuenta porque el objeto de pleito "lo constituyen los hechos jurídicos singularizados e independientemente expresados tanto en la causa real de la demanda como en las súplicas de ésta", y no el saldo de una cuenta corriente "como relación jurídica y para los efectos del artículo 730 del Código de Comercio". A lo cual agrega que la inspección ocular y el dictamen pericial tuvieron por objeto producir la prueba consistente en los libros de comercio del actor.

"Pero se observa entonces —dice el Tribunal— que esas anotaciones, relativas a las relaciones del demandante con el demandado, que el comisionado copió en el acta, son del mismo libro que examinaron los peritos para llegar a su dictamen, o sea, del folio 87 del libro auxiliar de cuentas corrientes. De esa observación se sigue que tal libro auxiliar de cuentas corrientes del demandante no puede estimarse como prueba porque el artículo 27 del Código de Comercio preceptúa que los libros auxiliares, aunque sean llevados en regla, no hacen prueba en juicio independientemente de los que exige el artículo 27 del mismo Código, o sean los libros principales, Diario y Mayor.

"De lo anterior se sigue, en consecuencia, que el demandante no ha traído al juicio un principio de prueba por escrito sobre los hechos que sirven de fundamento a las declaraciones impetradas en la demanda, con aplicación del artículo 49 del Código de Comercio, a virtud del citado artículo 27 del mismo Código".

Cuanto a las posiciones absueltas antes de juicio por el demandado, consideró el sentenciador que si bien Castrillón reconoce que el valor de las cuentas sobre las que se le interroga es de $ 18.868.30, de los cuales abonó $ 11.652.70, no se desprende de allí confesión de adeudar la diferencia, en atención a que el hecho de deber el saldo no fue afirmado por el preguntante, ni menos el absolvente hizo manifestación expresa de deberlo, y antes bien afirma "que la trilladora de propiedad del señor Zúñiga me adeudaba la suma de $ 18.860.18 y abonadas las cuentas con el señor William Salazar como representante del señor Zúñiga aparecen en mis libros $ 13.360.10, quedando ocho centavos a mi favor y a cargo del señor Zúñiga".

De todo lo cual el sentenciador concluye que estuvieron ausentes de prueba las súplicas de la demanda.

LA IMPUGNACION

Dos motivos se aducen en el libelo: uno por la causal 1ª, sin nombrarla; y el otro por la causal 6ª, que debe examinarse en primer término por referirse a vicios procesales

I. *Causal 6ª* Alega el recurrente que como por los Decretos legislativos 456 y 931 de 1956 se atribuyó a la jurisdicción especial del trabajo la competencia para conocer "de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen", incide en la actuación de nulidad estatuída por el ordinal 1º, artículo 448 del Código Judicial, que a la vez funda la causal 6ª de casación.

SE CONSIDERA:

1. El sentido manifiesto de la competencia atribuída a la justicia laboral por los Decretos legislativos 456 y 931 de 1956 corresponde a la demanda de pago por servicios personales de quienes con carácter privado ejercen profesiones liberales o se ocupan en oficios que suponen algunos estudios técnicos, práctica o experiencia en las artes. Mas no cuando se trata de empresas abiertas al público para suministrar servicios de interés económico preponderante, según sucede, entre otras varias, con las trilladoras de café, destinadas a cumplir el proceso que debe experimentar el grano para ir a los mercados internos y externos, según los tipos o calidades a que las cotizaciones obedecen. Tal industria de transformación consiste, pues, en realizar sistemáticamente y dentro de adecuada organización una tarea más o menos compleja para satisfacer necesidades ajenas en función de los mercados. Perfecciona las cosas que recibe de la clientela para adaptarlas a las regulaciones de la demanda estandarizada y a su ulterior consumo. Con lo que la empresa cumple un papel de los previstos enunciativamente por el ordinal 6º, artículo 20, en relación con el 23 del Código de Comercio. Hay, sin duda, en las trilladoras de café para el público un papel remunerado de intermediación entre el productor y el consumi-

dor de ese artículo. Por todo lo cual las controversias que con su clientela se susciten no salen de la órbita de la justicia ordinaria, no obstante los citados Decretos de 1956.

11. *Causal 1ª* El libelo hace consistir el cargo en "infracción directa del artículo 730 del Código Judicial, proveniente del error de hecho (sic) en que incurrió el honorable Tribunal al no tener en cuenta el valor probatorio del acta de inspección ocular y del dictamen pericial".

Se refiere a lo que es la prueba por inspección ocular y a la manera de practicarse para que haga mérito en juicio; estima que el sentenciador debió acoger la que por juez comisionado se practicó con asistencia de peritos en la contabilidad del actor, con vista no solo de los auxiliares sino también de los libros principales y con deducción de saldo de $ 15.981.89 a cargo de Castrillón R.; que el principio de prueba así establecido se completa con la inspección ocular, el dictamen pericial y las respuestas del demandado a las posiciones surtidas antes de juicio; que "la duda que surgió respecto a si la partida en mención (saldo a cargo del demandado) estaba o no registrada en los libros principales fue evidente, y en consecuencia era procedente dictar auto para mejor proveer", según el artículo 609 del Código Judicial; que el sentenciador "desestimó en su totalidad el mérito probatorio de las posiciones, sin tener en cuenta que el artículo 617 del Código Judicial dice que si el absolvente se niega a contestar o da respuestas evasivas o inconducentes, el juez le amonesta previniéndole que si no contesta de modo preciso se tendrán por ciertos los hechos preguntados". Y concluye así:

"El Honorable Tribunal infringió directamente por error de hecho el artículo 49 del Código de Comercio, toda vez que no tuvo en cuenta que el demandante tenía a su favor un principio de prueba y que además fue completado por los otros medios de prueba, tales como la inspección ocular, el dictamen pericial y las posiciones absueltas por el demandado a solicitud del demandante. El honorable Tribunal dictó el fallo que se impugna, por no haberle dado aplicación al artículo 600-617 Código Judicial; 49 del Código de Comercio y 730 del Código Judicial, lo que trajo como consecuencia el total desconocimiento de los derechos que para mi mandante emanan de los artículos violados".

SE CONSIDERA:

2. El cargo no es viable. Aun en el supuesto de que el sentenciador hubiese quebrantado los textos que el recurrente cita, es notorio que son normas instrumentales, aisladamente incapaces de sustentar la causal 1ª de casación, que estriba siempre en violación de ley sustancial, ya sea por vía directa o por modo indirecto.

Si sucede, pues, como en el libelo al estudio, que el recurrente no señala siquiera los textos de ley sustantiva que estime infringidos, ni menos expresa en forma clara y precisa el concepto mismo del quebranto, la naturaleza extraordinaria y estricta del recurso impide a la Corte llenar oficiosamente esos vacíos de la demanda de casación, la cual no está llamada a prosperar.

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 octubre de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

COADYUVANCIA. LITISCONSORCIO.

Las partes del proceso judicial y los terceros. Causas de la acumulación subjetiva. Elementos distintivos del litisconsorcio y sus distintas clases. Rasgos característicos de la coadyuvancia. Casación y sentencia inhibitoria.

1. En todo proceso judicial hay una persona denominada demandante que solicita la tutela de una protección y otra llamada demandado, frente a la cual se reclama esa pretensión. Lo cual vale decir que en el proceso existe dualidad de partes. El artículo 202 del Código Judicial deja ver que cada una de esas partes puede ser simple o múltiple. Simple cuando la parte está compuesta por un solo litigante, y múltiple cuando en ella figuran dos o más contendientes. Las partes múltiples pueden ser a su vez principales o accesorias, según el grado de autonomía o de subordinación que exista entre las relaciones jurídicas de los varios litigantes que concurren a integrarlas.

2. A la persona que no actúa como parte en un litigio se le designa en general con el nombre de tercero. Este puede ser totalmente ajeno a la litis, o sea, que no tiene ningún nexo jurídico con las partes ni con la pretensión que se discute. Se le llama entonces tercero indiferente. Puede suceder también que el tercero se halle jurídicamente vinculado a una de las partes principales o a la pretensión que se debate y que por ello pueda resultar afectado por la sentencia que llegue a proferirse. A este se le denomina tercero interesado, y por razón de su interés jurídico la ley le brinda los medios de intervenir en el proceso.

3. La multiplicidad de litigantes en una misma parte constituye lo que se llama acumulación subjetiva, fenómeno que la ley autoriza y en ciertos casos impone en aras de los principios de la armonía y de la economía procesales y en virtud de las relaciones jurídicas más o menos estrechas que existen entre los colitigantes. Esta acumulación tiene origen en el litisconsorcio, en la intervención de tercero interesado y en la reunión de varios procesos, llamada también acumulación de autos.

4. El artículo 233 del Código Judicial consagra el fenómeno procesal de la coadyuvancia o intervención adhesiva, que consiste en la participación que voluntariamente toma un tercero interesado en un pleito ajeno en apoyo y defensa de la pretensión sustentada por una de las partes principales. Es activa si se produce en respaldo del actor y pasiva si favorece al demandado. En repetidas ocasiones la Corte se ha referido a este fenómeno y ha señalado los rasgos distintivos del mismo.

5. Otra forma de acumulación subjetiva, distinta de la que se origina en la coadyuvancia, es la que surge del litisconsorcio. Es este otro fenómeno procesal de pluralidad de litigantes que se caracteriza por la presencia en el juicio de varios demandantes o de varios demandados que son titulares de relaciones jurídicas conexas y que ocupan la misma posición de partes principales. El litisconsorcio se llama activo, pasivo o mixto, según que la concurrencia de litigantes se refiera a los actores, a los demandados o a entrambas partes.

6. El litisconsorcio es propio o facultativo cuando los litigantes son titulares de pretensiones que, aunque independientes, están entre sí ligadas por un vínculo de conexión nacido de la comunidad de su causa o de su objeto. Como autónomas, esas pretensiones dan por lo regular

origen a procesos separados, pero por su conexión pueden ser acumuladas en forma inicial o sucesiva y producir así el litisconsorcio. Este recibe en tal caso la calificación de propio o facultativo porque su formación depende exclusivamente de la voluntad de los propios litisconsortes o de su contraparte y no de la necesidad de dar a las pretensiones acumuladas una solución común.

7. Hay litisconsorcio impropio cuando los litigantes son titulares de pretensiones que no tienen entre sí ningún vínculo de conexión, sino un simple nexo de afinidad. En tal caso esas pretensiones son en todo distintas, aunque similares. Algunos doctrinantes conceptúan que este tipo de litisconsorcio no es de recibo entre nosotros, al paso que otros sostienen que la ley sí le da cabida en supuestos especiales, cual sucede en la demanda de lanzamiento de varios arrendatarios de un predio rústico que permite el inciso 2º del artículo 1103 del Código Judicial y en el libelo de expropiación de varios fundos que prevé el artículo 3º de la Ley 1ª de 1943. Si se considera que el litisconsorcio impropio tiene origen en el ejercicio de acciones simplemente afines y no acumulables, inicial ni sucesivamente, hay que concluir que sólo es admisible en los casos excepcionales en que la ley lo autoriza de manera expresa.

8. Existen ciertas pretensiones que por su conexión inescindible no pueden ser resueltas sin la presencia de todos los titulares. Se trata también de pretensiones ligadas por un vínculo de conexión, pero en las cuales este nexo es de tal naturaleza que no puede ser disuelto en forma definitiva sin que a ella concurran todos los titulares de las mismas pretensiones. En tales ocurrencias se constituye entre dichos interesados un litisconsorcio necesario, así llamado por la necesidad ineludible de que intervengan en la litis todos los que están jurídicamente vinculados a la pretensión respectiva para poder decidirla en el fondo mediante un solo pronunciamiento. En estos casos de litisconsorcio necesario no solo operan los principios de armonía y economía procesales, sino también y principalmente la imposibilidad jurídica de proferir una decisión de fondo sin que se haya constituído la relación procesal entre todos los litisconsortes.

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

La señora Fernanda Valencia, mayor y vecina de Corinto, en el Departamento del Cauca, confirió un poder para que en su nombre se promoviese un juicio ordinario frente a la sucesión del extinto Carlos Salazar y a la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida, que el citado Salazar tuvo con la señora Genarina Umaña. Las dos comunidades dichas deberían estar representadas por la cónyuge sobreviviente, señora Umaña, y por los herederos del mismo Salazar, señores Espíritusanto, Abraham, Herminia y María del Rosario Salazar, Isabel Mercado, Marco Antonio, Alejandro, Carlos y Concepción Valencia. La litis tendría por objeto obtener la declaración de que la actora tuvo constituída con el nombrado Carlos Salazar una sociedad de hecho y disponer la liquidación de esa compañía y la entrega a la señora Valencia de la mitad de los bienes con sus correspondientes frutos.

El mandatario de la demandante Valencia propuso en efecto el juicio expresado ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Cali y señaló como demandados a la señora Genarina Umaña viuda de Salazar, en su calidad de cónyuge sobreviviente, y a los señores Abraham, Espíritusanto, Herminia y María del Rosario Salazar e Isabel Mercado, en su condición de herederos de Carlos Salazar y de cosignatarios en la sucesión y en la sociedad conyugal mencionadas. En el hecho décimosexto de la demanda expresó el mismo personero de la actora que prescindía de demandar a los señores Marco Antonio, Alejandro, Carlos y Concepción Valencia, porque, como hijos naturales que son del causante Salazar y de la propia demandante Fernanda Valencia, "han manifestado al suscrito apoderado, que, lejos de oponerse a esta demanda, se van a presentar al juicio para coadyuvarla por cuanto estiman que su madre obra con justo y legítimo derecho al demandar a la sucesión testada de Carlos Salazar".

Los demandados designados en la demanda se opusieron a las pretensiones de la señora Valencia, y surtida que fue la ritualidad de primer grado el Juez del conocimiento profirió la sentencia de quince de julio de 1958, en la cual se declaró "que por falta de uno de los presupuestos procesales necesarios para el ejercicio de la acción incoada, no es procedente el estudio de fondo de la acción instaurada por la señora Fernanda Valencia contra los herederos de Carlos Salazar C. y contra su cónyuge supérstite, señora Genarina Umaña v. de Salazar. En consecuencia, no se hace ninguna de las declaraciones solicitadas en el libelo".

En virtud de apelación interpuesta por la demandante contra el fallo de primera instancia,

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dictó la sentencia del 16 de mayo de 1960, por la cual se confirmó la de primer grado y se condenó en costas a la parte apelante.

Durante el término de fijación en lista de este negocio en segunda instancia los señores Alejandro, Carlos, Marco A. y Concepción Valencia se presentaron en el mismo juicio por medio de apoderado y expresaron que, como estaban de acuerdo con la demanda de la señora Valencia y no se oponían a ella, con respaldo en lo prescrito por el artículo 233 del Código Judicial, intervenían "en el juicio de la referencia aceptando o coadyuvando los hechos, el derecho y las peticiones de la demanda, a la cual no hacen ni han pensado hacer nunca ninguna oposición por cuanto la han estimado justa".

Después de citar y transcribir varios conceptos doctrinales y de la jurisprudencia sobre el fenómeno procesal del litisconsorcio necesario, el fallo de segunda instancia inicia el estudio del problema relacionado con la comparecencia en el juicio de todos los sucesores del causante Carlos Salazar. Examina la *causa petendi* y el *petitum* y pone de presente que los bienes sometidos a esta litis constituyen el objeto de una comunidad universal en que son titulares todos los herederos del difunto Salazar. Luego dice el mismo fallo: "De consiguiente el *petitum*, la *causa petendi* y la noción comunidad universal en ésta implícita, identifican a los herederos en la acción y comprenden y afectan el interés de todos ellos, inclusive el de los hijos naturales que el causante hubo en la señora Valencia, en la misma medida que afecta el interés de los restantes hijos naturales, señora Isabel Mercado y María del Rosario Salazar, a quienes el actor hizo figurar en el libelo de demanda como integrantes de la parte demandada. En este punto la oposición de intereses entre la señora Valencia y sus hijos es evidente, toda vez que, supuesta la prosperidad de su pretensión, éstos tendrían qué restituir a aquélla una cuota de los bienes que recibirían a título de herencia.

"Pero como la demanda no los comprende, como no figuran en ella como sujetos pasivos de la acción, mal podría sometérseles a los efectos de una sentencia que no haría 'tránsito a cosa juzgada sino en relación con los presentes en la litis', quedando pendiente con respecto a ellos. Si con posterioridad se promoviera en su contra otro juicio, podría sobrevenir un fallo contradictorio, en perjuicio de la necesaria unidad de la decisión y de la igualdad de sus efectos frente a la totalidad de los litisconsortes. Estas circunstancias hacen ostensible, en opinión de la Sala, la unidad de la relación de derecho material y demuestran que la parte demandada, por incompleta, no se estructuró debidamente en el proceso".

Con referencia a la manifestación de los Valencias sobre su propósito de intervenir en el juicio en calidad de coadyuvantes, expresa la sentencia que tal "manifestación es extemporánea, porque se produce después del momento procesal idóneo requerido, que no era otro sino aquel en que se trabó la relación y surgió la litis, y porque, además, mal podrían abstenerse de hacer oposición a las declaraciones pedidas si no se les señala en la demanda como integrantes de la parte demandada... Si ciertamente iban a asumir esa posición frente a la pretensión de la parte actora, la forma y oportunidad válidas eran la de la contestación de la demanda, si en este escrito se los hubiera hecho figurar. Era así, por ese conducto, haciendo parte del sujeto pasivo de la acción, como podían eficazmente formular expresa manifestación de que no se oponían a la demanda".

La sentencia concluye con este argumento: "Pero tampoco pueden los señores Valencias intervenir por vía de la coadyuvancia, al amparo del artículo 233 del Código Judicial, porque la intervención del tercero se funda en un interés extraño y distinto al de la parte, aunque concurrente y relacionado con él; mas es lo cierto que los señores Valencias no poseen esa clase de interés, sino que tienen aptitud de parte y por ello debieron integrarla para que la relación procesal naciera sin vicios. Precisamente la ausencia de ese grupo de herederos en el juicio, confluye irremediablemente a la conclusión inhibitoria del *a quo*, pero fundada en la inexistencia del presupuesto procesal de parte y no del de 'demanda en forma', como lo entiende el Juez".

LA ACUSACION

La parte demandante recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado y, con base en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, formula contra ese fallo los dos cargos que la Corte procede a estudiar en seguida.

Primer cargo. Se hace consistir en la infracción directa, por aplicación indebida, de los artículos 202 y 233 del Código Judicial, y por falta de aplicación de los artículos 472 ibídem, 2079, 2082, 2117 y 2129 del Código Civil.

En desarrollo de este cargo afirma el impugnante que la tesis de que, cuando se demanda una sucesión, la parte demandada debe estar compuesta por la totalidad de los herederos, tiene su origen en la jurisprudencia, puesto que

ningún precepto positivo la consagra, y que además no es ni puede ser absoluta, sino que ofrece hipótesis y variantes que impiden generalizarla. Dice a este propósito que con esa tesis podrían hacerse nugatorios derechos innegables, como cuando el actor ignora quiénes son todos los herederos de un causante y sólo demanda a los conocidos por él, y pregunta si, muerta una persona, habrá que esperar que se decida la acción de filiación natural promovida contra los herederos para poder demandar a la sucesión. Estos casos demuestran que la tesis aludida no puede generalizarse y que ofrece variantes.

Una de tales variantes se presenta en este negocio, según el recurrente. En efecto, los señores Valencias fueron instituídos herederos por su padre natural, Carlos Salazar; en el libelo se expresó que se prescindía de demandarlos porque ellos coadyuvarían las pretensiones de su madre, y en la segunda instancia de esta litis se produjo esa coadyuvancia. Quien coadyuva una acción tiene un interés jurídico igual o similar al del coadyuvado, se identifica y forma con él una sola parte; de ahí que a los coadyuvantes Valencias "no se los pueda reputar como demandados, sino como actores" y que por ello sea errónea la conclusión de que han debido figurar como integrantes de la parte demandada.

La sentencia no tiene en cuenta el "hecho evidente" de que en este negocio lo que existe es un conflicto de herederos, ya que unos de éstos pretenden que todos los bienes dejados por el causante Salazar corresponden a la mortuoria de éste, en tanto que los Valencias, como hijos naturales y sucesores del mismo causante, admiten la existencia de la sociedad de hecho entre sus padres naturales y quieren también que se efectúe la liquidación de esa compañía para que la sucesión se reduzca a la parte de bienes que en realidad correspondía al difunto. "Para este grupo, entonces – afirma el impugnante— no existe interés jurídico en que el juicio sucesoral comprenda bienes que, por razones de equidad, no pertenecen al causante. Para los señores Valencias la comunidad universal de la sucesión de Carlos Salazar se integra únicamente con la porción o cuota que reste de la liquidación de la sociedad de hecho. Ese antagonismo de pretensiones de los dos grupos de herederos impedía que se pudiera colocar a los de apellido Valencia en calidad de demandados".

La razón de la tesis en que se sustenta el fallo acusado consiste "en que habiendo un interés jurídico abstracto, radicado en una universalidad de bienes, pertenecientes a todos los llamados a suceder, la sentencia no ice puede afectar sin que hayan sido oídos y vencidos en juicio". No existiendo tal interés, desaparece la causa para demandar al heredero que no sólo no se opone, sino que coopera para que judicialmente se reconozca dicho interés en favor de otro. Por este motivo no puede acogerse, sino desecharse la tesis del litisconsorcio necesario que la sentencia echa de menos.

Como, según lo expuesto, entre los coadyuvantes Valencias y la demandante hay comunidad de pretensiones, el fallo viola el artículo 202 del Código Judicial al no reconocer que por causa de esa comunidad la actora y los Valencias forman una misma parte y al disponer que estos últimos deben figurar como demandados, en oposición a su madre. La otra parte está constituída por quienes se oponen a las pretensiones de la demandante.

El artículo 233 del Código Judicial no señala la oportunidad para proponer la coadyuvancia y de consiguiente el fallo viola por aplicación indebida este precepto al declarar extemporánea la intervención de los Valencias en el segundo grado de este juicio. También se infringió la misma norma al desconocer la sentencia que esa intervención se inspira en un interés jurídico, afectivo y económico, consistente en que la madre de los coadyuvantes no sea privada de los bienes que adquirió en colaboración con Carlos Salazar y en la perspectiva de poder llegar ellos a heredarla.

La sentencia quebranta asimismo el artículo 472 del Código Judicial por no aplicar en esta ocurrencia el criterio interpretativo que esta disposición consagra, a causa de las "infundadas reservas procesales" que indujeron al sentenciador a inhibirse de resolver el fondo de las cuestiones planteadas en el juicio.

Las violaciones antedichas impidieron que se reconociera la existencia de la sociedad de hecho y se decretara su liquidación con arreglo a los artículos 2079, 2082, 2117 y 2129 del Código Civil, de lo cual resulta que también se quebrantaron estos preceptos por falta de aplicación.

LA CORTE CONSIDERA:

1) El artículo 202 del Código Judicial dispone que "se llama *parte* el litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones".

En todo proceso judicial hay una persona denominada demandante que solicita la tutela de una pretensión y otra llamada demandado frente a la cual se reclama esa pretensión. Lo cual vale decir que en el proceso existe dualidad de partes. La norma transcrita deja ver que cada una de esas partes puede ser simple o múltiple.

Simple cuando la parte está compuesta por un solo litigante, y múltiple cuando en ella figuran dos o más contendientes. Las partes múltiples pueden ser a su vez principales o accesorias, según el grado de autonomía o de subordinación que exista entre las relaciones jurídicas de los varios litigantes que concurren a integrarlas.

A la persona que no actúa como parte en un litigio se le designa en general con el nombre de tercero. Este puede ser totalmente ajeno a la litis, o sea, que no tiene ningún nexo jurídico con las partes ni con la pretensión que se discute. Se le llama entonces tercero indiferente. Puede suceder también que el tercero se halle jurídicamente vinculado a una de las partes principales o a la pretensión que se debate y que por ello pueda resultar afectado por la sentencia que llegue a proferirse. A este se le denomina tercero interesado, y por razón de su interés jurídico la ley le brinda los medios de intervenir en el proceso.

La multiplicidad de litigantes en una misma parte constituye lo que se llama acumulación subjetiva, fenómeno que la ley autoriza y en ciertos casos impone en aras de los principios de la armonía y de la economía procesales y en virtud de las relaciones jurídicas más o menos estrechas que existen entre los colitigantes. Esta acumulación tiene origen en el litisconsorcio, en la intervención de tercero interesado y en la reunión de varios procesos, llamada también acumulación de autos.

Entre nosotros la intervención de un tercero en un pleito ajeno puede revestir las formas de principal, incidental y accesoria, voluntaria y forzada. Para los efectos de esta providencia basta con poner de presente algunos de los rasgos característicos de la intervención conocida con el nombre de coadyuvancia.

El artículo 233 del Código Judicial prescribe que "todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

Esta norma consagra el fenómeno procesal de la coadyuvancia o intervención adhesiva, que consiste en la participación que voluntariamente toma un tercero interesado en un pleito ajeno en apoyo y defensa de la pretensión sustentada por una de las partes principales. Es activa si se produce en respaldo del actor y pasiva si favorece al demandado. En repetidas ocasiones la Corte se ha referido a este fenómeno y ha señalado los siguientes rasgos distintivos del mismo:

a) El interviniente adhesivo debe tener la calidad de tercero respecto del litigio, es decir, sujeto de derecho que no figura ni necesariamente ha de actuar como parte en el proceso. De consiguiente, no puede haber coadyuvancia en una litis propia del pretendido interviniente. (Auto de abril 5 de 1953-LXXVII-2140, 499).

b) El tercero debe estar además asistido por un interés jurídico propio, que no requiere ser precisamente patrimonial, pero sí que se encuentre vinculado a la pretensión de la parte coadyuvada. Un interés simplemente económico, o de afecto o de represalia, no justifica la intervención de un tercero en un pleito ajeno. (Cas., marzo 3 de 1956-LXXXII-2165, 211 —Auto de marzo 24 de 1949-LXVIII-2087, 443— Auto de marzo 29 de 1949-LXV-2070, 843. Autos de agosto 27 y noviembre 30 de 1940-L-1961, 217 y 219).

c) En general el coadyuvante puede ejecutar actos procesales y aducir pruebas, pero como no obra en causa propia, sino en proceso ajeno, no se convierte en parte principal ni en representante del coadyuvado; su actividad se desarrolla en beneficio de éste y no puede ser contraria a la del mismo coadyuvado, sino coordinada con ella. Así el coadyuvante adhesivo no puede recurrir en casación ni interponer ningún otro recurso sin que también lo haga el coadyuvado (Cas., marzo 29 de 1938-XLVI-1934, 264. Auto de octubre 20 de 1941-LII-1980, 592).

d) La coadyuvancia puede proponerse en el curso del proceso y mientras éste se halle pendiente, y el coadyuvante toma el negocio en el estado en que se encuentra al efectuar su intervención.

e) La coadyuvancia no suspende el juicio, ni altera sus presupuestos, ni la relación jurídico-procesal ni el objeto de la misma litis. Por tanto el interviniente no inviste al coadyuvado de la legitimación que a éste le falta. (Cas., mayo 13 de 1935-XLII-1897,7).

f) La sentencia se dicta sólo entre las partes principales, pero el coadyuvante puede ser condenado a cubrir las costas causadas por su intervención. Los efectos del proceso afectan a las partes dichas y se reflejan en el coadyuvante.

g) La coadyuvancia o intervención adhesiva y accesoria es un fenómeno de ocurrencia rara por las restricciones que le son inherentes.

II) Otra forma de acumulación subjetiva, distinta de la que se origina en la coadyuvancia, es la que surge del litisconsorcio. Es este otro fenómeno procesal de pluralidad de litigantes que se caracteriza por la presencia en el juicio de varios demandantes o de varios demandados

que son titulares de relaciones jurídicas conexas y que ocupan la misma posición de partes principales. El litisconsorcio se llama activo, pasivo o mixto, según que la concurrencia de litigantes se refiera a los actores, a los demandados o a entrambas partes.

El litisconsorcio puede formarse desde la iniciación del juicio y también en el curso del mismo mediante la acumulación de autos, la sustitución procesal o la intervención principal de terceros en el pleito.

De acuerdo con el nexo existente entre las relaciones jurídicas de que son titulares los litigantes que se agrupan en una misma parte, se distinguen tres tipos principales de litisconsorcio, denominados simple, propio o facultativo, impropio y necesario.

El litisconsorcio es propio o facultativo cuando los litigantes son titulares de pretensiones que, aunque independientes, están entre sí ligadas por un vínculo de conexión nacido de la comunidad de su causa o de su objeto. Como autónomas, esas pretensiones dan por lo regular origen a procesos separados, pero por su conexión pueden ser acumuladas en forma inicial o sucesiva y producir así el litisconsorcio. Este recibe en tal caso la calificación de propio o facultativo porque su formación depende exclusivamente de la voluntad de los propios litisconsortes o de su contraparte y no de la necesidad de dar a las pretensiones acumuladas una solución común. A este litisconsorcio se lo suele llamar también simple, aunque algunos expositores le reservan este nombre al tipo de litisconsorcio propio en que las pretensiones de los litigantes ofrecen identidad de causa y de objeto. La Corte ha señalado como casos de litisconsorcio pasivo propio los que se forman entre varios demandados por obligaciones divisibles o en reivindicación de sendas porciones de terreno integrantes de un fundo más extenso (Cas., agosto 4 de 1954 LXXVIII-2145, 244. Cas., julio 18 de 1960 XCIII-2228, 84).

Hay litisconsorcio impropio cuando los litigantes son titulares de pretensiones que no tienen entre sí ningún vínculo de conexión, sino un simple nexo de afinidad. En tal caso esas pretensiones son en todo distintas, aunque similares. Algunos doctrinantes conceptúan que este tipo de litisconsorcio no es de recibo entre nosotros, al paso que otros sostienen que la ley sí le da cabida en supuestos especiales, cual sucede en la demanda de lanzamiento de varios arrendatarios de un predio rústico que permite el inciso segundo del artículo 1103 del Código Judicial y en el libelo de expropiación de varios fundos que prevé el artículo 3º de la Ley 1ª de 1943. Si se considera que el litisconsorcio impropio tiene origen en el ejercicio de acciones simplemente afines y no acumulables, inicial ni sucesivamente, hay que concluír que sólo es admisible en los casos excepcionales en que la ley lo autoriza de manera expresa.

Fuera de los tipos mencionados, existen ciertas pretensiones que por su conexión inescindible no pueden ser resueltas sin la presencia de todos sus titulares. Se trata también de pretensiones ligadas por un vínculo de conexión, pero en las cuales este nexo es de tal naturaleza que no puede ser disuelto en forma definitiva sin que a ello concurran todos los titulares de las mismas pretensiones. En tales ocurrencias se constituye entre dichos interesados un litisconsorcio necesario, así llamado por la necesidad ineludible de que intervengan en la litis todos los que están jurídicamente vinculados a la pretensión respectiva para poder decidirla en el fondo mediante un solo pronunciamiento. En estos casos de litisconsorcio necesario no sólo operan los principios de armonía y economía procesales, sino también y principalmente la imposibilidad jurídica de proferir una decisión de fondo sin que se haya constituído la relación procesal entre todos los litisconsortes. La jurisprudencia señala como casos en que se produce el litisconsorcio necesario los relativos a la prescripción entre comuneros, al deslinde de fundos cuyo dominio está limitado o desmembrado, a la nulidad de un contrato o de un testamento, a la liquidación de una compañía y a la partición de una comunidad (Cas., agosto 4 de 1954-LXXVIII-2145, 244. Cas., noviembre 29 de 1954-LXXIX-2149, 151).

III) En este litigio la señora Fernanda Valencia solicita que frente a la cónyuge sobreviviente y a los herederos del extinto Carlos Salazar, se haga la declaración de que ella tuvo formada con éste una sociedad de hecho y se decrete la liquidación por mitad de los bienes de esa compañía y la entrega a la misma actora de la parte que le corresponde. Entre los herederos del difunto Salazar figuran sus hijos naturales Marco Antonio, Alejandro, Carlos y Concepción Valencia, quienes fueron excluídos de la demanda por ser a la vez hijos naturales de la señora Valencia y por estar de acuerdo con las pretensiones sustentadas por ésta en el presente negocio. En la segunda instancia los nombrados Valencias se presentaron en el juicio para expresar que intervenían como coadyuvantes de su madre.

La sentencia acusada confirmó la de primer grado, por la cual se declaró que no hay lugar a decidir este pleito en el fondo por ausencia

del presupuesto procesal de demanda en forma, consistente en que, por haberse omitido demandar a los Valencias, no se había constituído en debida forma la parte demandada.

La sociedad conyugal, una vez disuelta, se convierte en una comunidad cuyos titulares son unas veces los mismos cónyuges y otra el consorte sobreviviente y los herederos del premuerto. Fallecido el señor Carlos Salazar, la sociedad conyugal que él tuvo con la señora Genarina Umaña se disolvió y convirtió en una comunidad universal, cuyo objeto está constituído por el patrimonio que dejó el difunto. También la sucesión de Salazar forma otra comunidad universal. Los herederos de éste, incluso los mencionados Valencias, son copartícipes en las dos comunidades expresadas.

La coadyuvancia o intervención adhesiva que los Valencias propusieron en esta litis se funda, según el recurrente, en la afinidad de intereses económicos y afectivos que existe entre ellos y su madre, la demandante Fernanda Valencia. De acuerdo con lo expuesto, el fenómeno procesal de la coadyuvancia no puede originarse en intereses de esa índole, sino en un interés jurídico distinto del que alegue el litigante coadyuvado. En este caso, entre la actora, como socia de la supuesta compañía de hecho, y los Valencias, en su calidad de herederos de Carlos Salazar, existe, no una comunidad de pretensiones, sino una marcada contraposición de intereses jurídicos. Frente a las pretensiones de la demandante los mismos Valencias no son terceros interesados en coadyuvarlas, sino parte contrapuesta, como copartícipes en unas comunidades a que jurídica y directamente afectan dichas pretensiones. El interés afectivo de favorecer a su madre y la expectativa de heredarla, no modifican en esta litis la posición jurídica de los Valencias como herederos del causante Salazar, ni los autorizan para sustraerse del litisconsorcio pasivo necesario que requiere la solución del mismo litigio, ni los convierten en comuneros de las pretensiones de la actora para poder asumir la postura de meros coadyuvantes adhesivos. Ni la circunstancia de considerar justos y admisibles los derechos alegados por su madre, implica comunidad de pretensiones entre la demandante y los Valencias para el efecto de que éstos puedan sustituir su calidad de sujetos pasivos de la acción por la de coadyuvantes de la propia actora. Lo cual significa que en este caso no tiene cabida la coadyuvancia propuesta por los señores Valencias.

La sentencia no quebranta el artículo 202 del Código Judicial por considerar que entre la demandante y los Valencias no hay comunidad de pretensiones y que por tanto a éstos no les es dado formar una misma parte litigante con aquella como simples coadyuvantes. Además, este precepto no tiene carácter sustancial, sino que apenas expone un enunciado sobre lo que se entiende por parte litigante; por tanto su desconocimiento no podría incidir en casación.

Tampoco infringe el artículo 233 ibídem al estimar improcedente la coadyuvancia de los señores Valencias en razón de que, frente a las pretensiones de la demandante, no tienen la calidad de terceros, sino la de titulares de derechos en las comunidades demandadas. El fallo da aplicación a este precepto, pero no en forma indebida, sino de manera correcta al considerar insuficiente e impropia la intervención de los citados Valencias por la vía de la simple coadyuvancia.

Para poder decidir un negocio en el fondo es requisito indispensable que se hallen reunidos todos los presupuestos procesales. El hecho de inhibirse el sentenciador de hacer un pronunciamiento de mérito por causa de la ausencia de uno de esos presupuestos, no implica olvido ni quebranto del criterio con que el artículo 472 del Código Judicial ordena entender y aplicar los preceptos procesales y probatorios. Carece por tanto de fundamento el reparo que por este aspecto se le hace a la sentencia.

Verdad es que el fallo no aplicó las disposiciones del Código Civil que cita el recurrente, pero ello no obedeció a desconocimiento de esos preceptos, sino a la circunstancia de que, no pudiendo decidir el fondo de la litis por carencia de un presupuesto procesal, no era el caso de darles aplicación, ni por este motivo se los violó.

Segundo cargo. Consiste en la violación, por falta de aplicación, de los artículos 2079, 2083, 2108, 2117, 2129, 2131 y 2141 del Código Civil, a causa de no haber tenido en cuenta la sentencia las pruebas demostrativas de la sociedad de hecho entre Fernanda Valencia y Carlos Salazar.

El recurrente enumera los hechos que en su concepto aparecen comprobados en este pleito y dice: "Tales hechos producen consecuencias jurídicas que se traducen en derechos evidentes para Fernanda Valencia. Y la única manera de catalogarlos adecuadamente es considerando que entre ella y Salazar existió una sociedad de hecho por haber puesto en común el trabajo y la cooperación permanente para el acrecentamiento del patrimonio. Es indudable que se produjo este fenómeno jurídico".

Luego de referirse a las normas que juzga infringidas, concluye el impugnante diciendo que "la sentencia acusada no aplicó estas normas

desconociendo hechos que originan derechos y de esta manera violó esas disposiciones".

SE CONSIDERA:

El fallo acusado es inhibitorio, esto es, que no decide el fondo del litigio por causa de la ausencia de un presupuesto procesal. Por el mismo motivo no entró a considerar las pruebas aducidas por las partes ni incurrió en infracción de las normas que cita el recurrente. La inaplicación de esos preceptos no se debe a olvido o desconocimiento de las pruebas, sino a la imposibilidad de proferir sentencia de mérito.

Lo expuesto demuestra que los cargos no aparecen fundados.

Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este juicio ordinario de Fernanda Valencia contra la cónyuge sobreviviente y los herederos de Carlos Salazar.

Sin costas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

Por daños causados a un tractor en un choque. La causal de incongruencia. Casación y nulidades procesales. La carga de la prueba. Mérito probatorio de la inspección ocular. La cosa juzgada.

1. El hecho de que la sentencia desestime las pretensiones del actor, que este supone legítimamente establecidas, en manera alguna funda la inconsonancia. Siendo así que la sentencia absolutoria, al rechazar las súplicas del demandante y acoger por lo mismo la oposición expresa o tácita del reo, desata de este modo todas las pretensiones deducidas en el juicio, armonizando de esta manera con los imperativos de la relación jurídico-procesal determinantes del ámbito de la controversia, es apenas obvio que el fallo absolutorio no dé pie para la causal de incongruencia en casación, como así lo ha enseñado la doctrina constante de la Corte.

2. En punto de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas públicas, como la Nación, un Departamento, un Municipio, por hechos ocurridos en el funcionamiento de los servicios públicos o con ocasión de los mismos y que causen perjuicios a otro, los presupuestos de esta responsabilidad son: a) la "falla del servicio" o culpa de la administración; b) el daño, y c) la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño. Dada la conjunción de estos tres coeficientes, que deben aparecer demostrados, la entidad pública queda sometida a indemnizar el perjuicio, no por vía de responsabilidad indirecta, sino en razón de responsabilidad directa que se funda legalmente en el artículo 2341 del Código Civil e institucionalmente en el canon 16 de la Carta, de la cual no se eximiría sino probando uno de estos extremos, a saber: caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la víctima.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 13 de mayo de 1960, en el juicio ordinario seguido por Arturo Armel Ocampo frente al Municipio de Marsella.

I

EL LITIGIO

Arturo Armel Ocampo trajo a juicio al Municipio de Marsella, para que por sentencia que cause ejecutoria se decida así o parecidamente:

Primero. Que el Municipio demandado está en la obligación de pagar al demandante "la suma de siete mil trescientos diez y nueve pesos cincuenta centavos moneda corriente, por concepto del daño emergente que sufrió un vehículo de su propiedad, el automóvil Volkswagen de placa oficial M-20092, según aparece de la respectiva carta de matrícula que obra en la Inspección de Transportes y Tránsito de Pereira, causó al tractor motor número E-159683 de propiedad del señor Arturo Armel O., por cuanto a dicha suma asciende el costo de la reparación del tractor, según la cuenta pasada por el taller a donde fue llevado por los representantes del municipio responsabilizado por Resolución número 016 de septiembre 30 de 1957, emanada

de la Inspección de Transportes y Tránsito de Pereira";

Segundo. Que el Municipio demandado está en la obligación de pagar al actor la suma de cien pesos por cada uno de los días que transcurran del 15 de septiembre de 1957, en que se causó tal daño al dicho tractor motor, hasta la fecha en que éste le sea restituído al mismo demandante, previo el pago de su reparación en el taller aludido.

En subsidio de la segunda de estas peticiones, suplicó que se imponga al Municipio de Marsella la obligación de pagar al mismo Ármel Ocampo la suma que dentro del juicio se establezca por concepto del lucro cesante sufrido por él a partir del 16 de septiembre de 1957 inclusive, hasta el día en que, por haberse satisfecho el costo de la reparación del tractor, le sea éste restituído.

De los hechos de la demanda, en lo fundamental, cabe hacer el siguiente resumen:

Que el peticionario es dueño de un tractor cuyo motor está distinguido con el número E-159688, del cual derivaba una utilidad no inferior a cien pesos diarios;

que el día 15 de septiembre de 1957, hacia las siete de la noche, tal automotor sufrió una colisión con el automóvil de marca Volkswagen, distinguido con placa oficial cifrada M-20092, de propiedad del Municipio de Marsella, accidente en el cual sufrió el tractor muy serios desperfectos;

que la Inspección de Transportes y Tránsito de Pereira, en diligencia de inspección ocular, verificada en asocio de peritos, llegó a la conclusión de que el accidente se debió al exceso de velocidad del automóvil oficial y al estado de embriaguez de su conductor;

que el Alcalde y el Personero del Municipio de Marsella afirmaron ante el funcionario de Transportes y Tránsito de Pereira haber enviado el tractor para su reparación a uno de los talleres de la ciudad de Cali, en donde efectivamente fue reparado, sin que el Municipio haya aún pagado la cuenta correspondiente por valor de $ 7.319.50, acreciendo así el lucro cesante que, a partir del 15 de septiembre de 1957, viene sufriendo el demandante, y

que en Resolución número 016 de 30 de septiembre de 1957, de la Inspección de Transportes y Tránsito en referencia, "se responsabilizó al Municipio de Marsella", como a propietario del automóvil Volkswagen, de los daños que le ocasionó al tractor del demandante.

En derecho, fundóse el libelo sobre los artículos 1494, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil.

El Municipio de Marsella, mediante apoderado especial, contestó la demanda, desconociendo unos hechos, contradiciendo otros y negando el derecho en que ésta dice fundarse, por lo cual se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas por el actor y, además, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, carencia de derecho para demandar, ilegitimidad de la personería de la parte demandada, petición indebida y la genérica.

La primera instancia concluyó con sentencia por la cual se condenó al Municipio a restituír al actor, debidamente reparado, el tractor en mención o en subsidio a pagarle la suma de $ 7.319.50 y, además, a satisfacerle el lucro cesante consistente en los intereses legales causados y que se causen a partir del día 15 de septiembre de 1957 sobre la suma que se acaba de indicar, hasta la solución total de las obligaciones impuestas.

En el segundo grado, abierto por apelación de la entidad demandada, recayó la sentencia del Tribunal de Pereira, por la cual se revoca la del juez *a quo* y, en su lugar, se absuelve al Municipio de Marsella de los cargos que se le formularon en la demanda y se condena al actor al pago de las costas de ambas instancias.

Corresponde, ahora, a la Corte pronunciarse sobre el recurso de casación, interpuesto contra este último pronunciamiento, por el litigante vencido.

II

LA SENTENCIA RECURRIDA

Tomando como punto de partida la consideración de que la demanda inicial del juicio trata de "una reclamación con base en culpa extracontractual", el sentenciador acepta como demostradas, en el caso *sub judice*, las siguientes circunstancias: que el demandante Ocampo, como dueño del tractor perjudicado, tenía interés para establecer la acción; que el tractor sufrió "un daño"; y que el automóvil Volkswagen, en el momento en que se dio ocurrió el accidente, era de pertenencia del Municipio de Marsella.

Pero, luego, entrando en el estudio del factor *causalidad* del accidente, cuyo análisis comienza con la advertencia de que ni siquiera se pudo acreditar el nombre del conductor del vehículo oficial o sea su identidad personal, concluye que no se ha establecido ciertamente que el choque se hubiera producido por una causa imputable al vehículo oficial y que, por lo tanto, "no se localizó la responsabilidad en la entidad de de-

recho público contra la cual se dirigió la demanda", y a este efecto razona así:

Que "Las modalidades y circunstancias dentro de las cuales se presentó la colisión anotada en la diligencia de inspección ocular y la resolución declarando responsabilidad por parte de la oficina de Transportes y Tránsito de Pereira, son realmente oscuras y ninguna luz arrojan sobre los acontecimientos";

que, si bien en la inspección ocular con asistencia de peritos, verificada por el Inspector, en la mañana del día siguiente al del suceso, se hizo constar: que, habiéndose hallado, en el paraje denominado "Estación Belmonte", el tractor estacionado a su derecha, su conductor Félix Pinilla informó que "lo traía del Valle con destino a Pereira para su dueño y que a eso de las siete de la noche de ayer, el vehículo Volkswagan de placas oficiales M-20092 y el cual hacía el recorrido Cartago-Pereira... 'le dio un fuerte golpe, causándole daños'"; que el personal de la diligencia, oída esta información, procedió a tomar medidas para esclarecer los hechos, encontrando que el tractor sufrió un arrastre de "tres con setenta (3-70) centímetros", provocado por el golpe que hubo de darle el Volkswagen con su parte delantera derecha y se observaron vidrios de la farola del automóvil, cáscara de pintura del mismo y pedazos de carcaza del tractor; y que el mismo auriga del tractor, señor Pinilla, informó "que a su parecer y aún no le queda duda que el conductor del Volkswagan no solamente conducía su vehículo en estado de embriaguez sino también que venía a velocidad fantástica"; y que aunque en el considerando b) de la Resolución número 016 del Inspector, se dice que "de conformidad con la vista ocular, 'se llegó a la conclusión que la colisión se debió al exceso de velocidad que conservaba el automóbil y a la embriaguez en que se encontraba su conductor'", anotándose en el considerando c) de la misma resolución que el tractor transitaba por toda su derecha, dejando "'un espacio de cuatro metros con setenta centímetros en su margen izquierda para pasar cualquier vehículo', trayecto que no aprovechó el conductor del automóvil 'por virtud de su borrachera'", contra esas conclusiones se oponen las consideraciones siguientes:

Que "Si en algunas oportunidades la jurisprudencia ha reconocido mérito probatorio a las inspecciones oculares verificadas por funcionarios de la Circulación, aunque ellas no se efectúan con citación de los interesados, pero sí con su conocimiento (G. J. T. XCI, 660), tal tesis es procedente mientras no se contravíe la lógica ni se vaya contra la naturaleza de las cosas, es decir, cuando sea la fiel expresión de hechos y acontecseres observados directamente y no meras suposiciones. Aquí la vista de ojos se hizo más de doce horas después de los sucesos; la diligencia no se concretó a registrar en forma clara —fuera de los daños— los hechos y circunstancias que en ese momento pudieran apreciarse. Consta de ella haber encontrado el tractor 'estacionado a su derecha' (derecha de la vía se entiende), pero no que esa era la vía que debía llevar, porque tal anotación —propia de la inspección ocular— sólo se consignó en la Resolución 016, expedida quince días después; además, otorgaron tanta fe al informante Pinilla, información sin el requisito juratorio y quien no se sabe si firmó la diligencia, que a base de tal dicho, no les quedó duda a peritos e Inspector, de que la colisión se produjo por el exceso de velocidad y la embriaguez de un conductor aún no localizado, como se desprende del considerando b) de la Resolución y de lo referido en la inspección ocular";

que resultan deficientes al respecto las declaraciones del ex-alcalde Leonidas Pachón y del Inspector Pastor Emilio Parra, porque, si el señor Pachón habla de exceso de velocidad "por informes de los que presenciaron el accidente", resulta que "la única información al respecto es de una sola persona, el que conducía el tractor, dependiente en ese momento del señor Arnel, interesado directo en el asunto"; y porque, aunque el Inspector Parra manifiesta haber sido el Volkswagen el causante del accidente, por haber hecho personalmente ese reconocimiento, "no se sabe cuándo lo hizo, pues al respecto nada contiene la Resolución 016".

Por otra parte, se resistió el sentenciador a otorgarle mérito de prueba de la responsabilidad del Municipio a las declaraciones del ex-alcalde Pachón y del Inspector Parra, en cuanto afirman que el Alcalde y el Personero de Marsella aceptaron esa responsabilidad, porque "Acontece en este negocio que se dice actúan en nombre del Municipio de Marsella el Alcalde y el Personero, sin que su firma, nombre y apellido, se encuentre en las diligencias; sin que se alleguen documentos oficiales emanados de los mismos; aún más: sin que se establezca su nombramiento y el ejercicio del cargo por la fecha del accidente. Sólo compareció el señor Pachón como particular, quien no puede ni muchos menos, obligar al Municipio en ese carácter y ni siquiera en condición de empleado en ejercicio, con confesiones o transacciones, de las cuales no existe constancia escrita. Este declarante dice que el automóvil fue enviado de Marsella a Pereira, para conducir unos agentes del Sic, y es notorio que para

cumplir ese recorrido, no es posible pasar por el sitio de la 'Estación Belmonte' (v. Inspección ocular), que sí queda entre Cartago y Pereira, pero no entre Marsella y la última ciudad".

Ni en concepto del Tribunal conspira a comprobar el aspecto últimamente contemplado, el testimonio de Libardo Villaquirán, "a quien se llevó el tractor para que lo reparara por cuenta del Municipio de Marsella, por un chofer cuyo nombre no recuerda", porque "no fundó el testimonio, siquiera fuese con comprobante de recibo del tractor, vehículo valioso y quien sí lo recibió del Municipio de Marsella podría reclamar de éste el valor de su trabajo".

Todo lo cual llevó al fallador a concluir que "si hubo un daño y un perjuicio, no se localizó la responsabilidad en la entidad de derecho público contra la cual se dirigió la demanda y que por lo mismo, no hay lugar a ordenar la condena suplicada, sin que sobre reiterar que los auténticos representantes del Municipio, no han aceptado los hechos de la demanda y niegan la responsabilidad de aquél".

III

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Inicia el impugnante su libelo, afirmando que el fallo del Tribunal está incurso en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial bajo múltiples aspectos, como también en la causal 2ª. Y, luégo, a través de una larga alegación, grávida de argumentaciones más propias de instancia que de este recurso extraordinario, formula una serie de reparos, cuya sustancia cabe recoger en el siguiente compendio:

Que el Tribunal acogió como perentoria la excepción de ilegitimidad de la personería del demandado, a la que no se dio, como dilatoria que era, el trámite incidental correspondiente, quebrantando así los artículos 330 y 335 del Código Judicial;

que en las atribuciones conferidas por el artículo 78 del Código Judicial a los Tribunales de la rama jurisdiccional, no está la de revisar las resoluciones de las autoridades administrativas. Y, como la sentencia acusada implica un ataque a la sustancia misma de la Resolución número 016 de 30 de septiembre de 1957, proferida por la Inspección de Transportes y Tránsito de Pereira que se funda en una ordenanza, viola por tal aspecto el artículo 632 del Código Judicial, como también el 192 de la Carta que consagra la obligatoriedad de las ordenanzas departamentales, mientras no sean anuladas;

que, violando los preceptos de valoración probatoria que se relacionarán luego, desconoció el mérito asignado por ellos a determinadas pruebas, a saber:

Los indicios configurados tanto por la afirmación que hizo el demandante de haber sido el automóvil Volkswagen de propiedad del Municipio el que atropelló al tractor Lancaster de pertenencia del primero, a quien el artículo 769 del Código Civil presume de buena fe, como por la réplica que el demandado hizo de ignorar este hecho, defiriendo a la prueba que sobre el mismo se produzca. El valor de estos indicios lo determina el artículo 662 del Código Judicial.

La inspección ocular efectuada por el Inspector de Transportes y Tránsito, en razón de la cual el Tribunal aceptó el hecho de que hubo un daño en el tractor; y, como tal inspección prueba, además, que se encontraron huellas del Volkswagen en el sitio de los sucesos llamado "Belmonte" y que el daño del tractor fue causado por el vehículo oficial, el sentenciador quebrantó el artículo 664 ibídem que le otorga calidad de plena prueba a tal diligencia, cuando concluyó que de ella no resultaba demostrada la relación de causalidad entre el daño y la actividad del agente municipal mediante cosa de pertenencia del Municipio.

La cartilla de matrícula del Volkswagen, que señala como su propietario al Municipio de Marsella y que concurre a fortalecer la relación de causalidad en referencia, que no podía ser desconocida por el Tribunal sin infringir la norma que ordena la indemnización.

La declaración del Inspector Parra que refuerza lo dicho en la inspección ocular, concurriendo a establecer el vínculo de causalidad de que se ha hablado y que tiene el valor indiciario que le reconoce el artículo 696 ibídem.

La declaración del ex-alcalde Pachón, concordante con lo expuesto en la resolución del Inspector y en la declaración de éste y que, considerada aisladamente, tiene el valor que le asigna el precepto últimamente citado, pero que, relacionada con las otras probanzas, constituye indicio necesario del vínculo de causalidad denegado en la sentencia.

El indicio necesario consistente en que por cuenta del Municipio se hubiera realizado la reparación del tractor del demandante, según resulta de la inspección ocular practicada dentro del juicio en los talleres Ferguson y de las declaraciones, al respecto, de Pedro Nel Parra y Libardo Villaquirán; diligencia aquella que tiene el mérito de plena prueba, según los artículos 730 y 721 del Código Judicial, y declaraciones éstas que por no ser testimonios aislados y con-

cordar entre sí constituyen prueba completa, según el artículo 697 ibídem.

La factura de 20 de diciembre de 1957, suscrita por L. Villaquirán C., por $ 7.319.50, como valor de la reparación del tractor-modelo T O 20, factura que obró en los autos, con conocimiento de la parte demandada, sin reclamo suyo al respecto, y que tiene el mérito de que trata el artículo 252 del Código de Comercio.

Y por último, la ya citada Resolución número 016 de 30 de septiembre de 1957, del Inspector de Transportes y Tránsito de Pereira, por la cual se responsabiliza al Municipio de Marsella de los daños que con su automóvil Volkswagen le ocasionó al tractor del demandante Armel Ocampo y que, conteniendo en apretada síntesis la totalidad de los indicios referidos, de todos los cuales es corroboración, ostenta el valor de plena prueba a la luz del varias veces citado artículo 632 del Código Judicial, que fue así vulnerado por el sentenciador.

Se extiende, además, en una disertación sobre los siguientes puntos: carga de la prueba de la diligencia o cuidado; responsabilidad de las personas morales por los perjuicios que sus agentes y cosas bajo su cuidado causen a terceros; restricción de motivos exoneerantes de esa responsabilidad; carencia de necesidad de probar en juicio la personalidad jurídica de las entidades públicas y la personería de sus representantes; distinción entre empleados públicos y simples trabajadores, para eximir a los últimos de los requisitos de nombramiento y posesión; inadmisibilidad del tratamiento dado por el Tribunal a la Resolución número 016 del Inspector que, si no podía ser revisada por aquél, menos podía serlo para tomar de ella unos puntos contra la parte actora y otros en favor del demandado; ausencia de todo intento por parte del Municipio en defenderse alegando siquiera culpa de parte del demandante; y por último, falta cometida por el sentenciador en el estudio crítico de los indicios, al no analizarlos en su concurrencia o conjunto, violando, juntamente con el artículo 665 del Código Judicial y demás normas de prueba ya citadas, los artículos 601 y 472 de la misma obra.

Por último, llega en sustancia a las siguientes conclusiones:

Que la responsabilidad del accidente está plenamente ubicada en cabeza del Municipio de Marsella quien no probó las excepciones que propuso; que, por lo tanto, el Municipio está obligado a indemnizar al actor el lucro cesante y el daño emergente que ha sufrido por causa de ese suceso; y que como, no obstante ello, el Tribunal absolvió al demandado, su sentencia falta a la consonancia que los fallos deben guardar con las pretensiones de los litigantes y es, en definitiva, violatoria de las siguientes disposiciones legales: el artículo 16 de la Constitución y los artículos 1º, 26, 63, 1494, 1506, 1527, 1571, 1602, 1603, 1604, 1613, 2131, 1757 1625 y 1769 del Código Civil.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A) *Al cargo por la causal segunda:*

1. El hecho de que la sentencia haya desestimado las pretensiones del actor, que el recurrente supone legítimamente establecidas, en manera alguna funda la inconsonancia alegada.

Siendo así que la sentencia absolutoria, al rechazar las súplicas del demandante y acoger por lo mismo la oposición expresa o tácita del reo, desata de este modo todas las pretensiones deducidas en el juicio, armonizando de esta manera con los imperativos de la relación jurídico-procesal determinantes del ámbito de la controversia, es apenas obvio que el fallo absolutorio no de pie para la causal de incongruencia en casación, como así lo ha enseñado la doctrina constante de la Corte.

Por lo tanto, como el pronunciamiento sobre que versa este recurso predica absolución total del Municipio demandado, el cargo por incongruencia es improcedente.

B) *A la acusación por la causal primera:*

2. Aunque la censura, cuyo resumen se consignó atrás, no es fiel a las exigencias de carácter técnico preceptuadas en el artículo 531 del Código Judicial, pues, lejos de tratar de cada motivo de impugnación en capítulo separado, indicando las pertinentes fallas en que se pretende hubo de incurrir el sentenciador, tanto en la apreciación de pruebas como en la administración del derecho sustancial y que integren el respectivo motivo, ofrece una compleja amalgama de reparos, para concluir con una síntesis en que se agrupan, citándolos por primera vez, los textos de la ley sustancial que el acusador estima infringidos, la Sala, mirando con amplitud al libelo impugnativo, entiende que los cargos formulados en relación con la causal primera gravitan y se polarizan en el de violación, por falta de aplicación, del ordenamiento civil que obliga a la persona que ha cometido una culpa en daño de tercero, a indemnizar a éste del perjuicio

sufrido, y el cual ordenamiento tiene por piedra angular, en materia de responsabilidad extracontractual, el artículo 2341 del Código Civil. Será, pues, éste el cargo de cuyo estudio haya de ocuparse la Corte.

3. Por lo demás, no encuentra en el recurso la imputación de que el Tribunal falló el pleito sin que se hubiera tramitado como dilatoria la excepción de "ilegitimidad en la personería de la parte demandada", porque, en la hipótesis de que en relación con este punto hubiese materia apta para un reparo, éste habría tenido que hacerse en función de la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, lo que no fue intentado por el recurrente.

4. Por lo que hace al cargo en estudio, importa considerar que, según lo enseña la doctrina prevaleciente de la Corte en punto de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas públicas, como la Nación, un departamento, un municipio, por hechos ocurridos en el funcionamiento de los servicios públicos o con ocasión de los mismos y que causen perjuicios a otro, los presupuestos de esa responsabilidad son:

a) La "falla del servicio" o culpa de la administración;

b) El daño, y

c) La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño.

Dada la conjunción de estos tres coeficientes, que deben aparecer demostrados, la entidad pública queda sometida a indemnizar el perjuicio, no por vía de responsabilidad indirecta como lo dice el sentenciador, cuyo criterio en el punto merece esta rectificación doctrinal, sino en razón de responsabilidad directa que se funda legalmente en el artículo 2341 del Código Civil e institucionalmente en el canon 16 de la Carta, y de la cual no se eximiría sino probando uno de estos extremos, a saber: caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la víctima.

5. Ahora bien: en la especie *sub judice*, el Tribunal no encontró que el daño sufrido por el tractor del demandante estuviese vinculado con relación de causalidad a una culpa del Municipio, por no aparecer demostrado que el accidente o choque de vehículos se hubiera producido por obra del Volkswagen o de su conductor. Es decir que, para el sentenciador, no resulta establecido el predicado fundamental que la doctrina llama "falla de servicio" o culpa de la administración, frustrándose así la relación de causalidad que pudiera comprometer la responsabilidad del Municipio.

El recurrente, a intento de impugnar esta conclusión, dirige sus ataques contra la desestimación que hizo el Tribunal de aquellos medios de prueba que en concepto de la censura, de que da cuenta el resumen atrás consignado, impondrían la conclusión contraria. Pero, contra esos reparos se enfrentan los siguientes razonamientos:

6. Desde luego, es vano el argumento de que por ser el demandante de buena fe y por haber deferido el reo la suerte de su causa a lo que resulte demostrado en el juicio, tenía ello que admitirse como indicio demostrativo de la verdad de las afirmaciones hechas por el primero en el libelo. Porque, a quien demanda, así lo haga con la mejor buena fe, incumbe en principio probar sus alegaciones: *onus probandi incumbit actori* (C. Civ. 1757); y porque, cuando un demandado, que no tiene certeza de los hechos que contra él se proponen, manifiesta deferir a lo que realmente se demuestre en el debate, sería arbitrario interpretar en contra suya esa actitud; con mayor razón si como, en la especie de que se trata, el personero del demandado no es legalmente hábil para confesar (art. 170 C. J.).

7. Es infundado el reparo de que el sentenciador violó los artículos 732 y 664 del Código Judicial, al no otorgarle a la diligencia de inspección ocular con peritos, efectuada por el Inspector de Transportes y Tránsito, mérito de prueba en cuanto al hecho de que hubiera sido el Volkswagen del Municipio el causante del accidente. Porque, esa diligencia, verificada sin audiencia de la parte contra quien se pretende hacer valer, apenas podría tener el valor de "una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados" (art. 732 en armonía con el 662 *ibid.*). Quiere decir que la fuerza de esta presunción la confía la ley al fuero discrecional del juzgador, quien en el caso advierte que el personal de la diligencia, no concretándose a "registrar en forma clara —fuera de los daños— los hechos y circunstancias que en ese momento pudieran apreciarse", llegó a conclusión sobre la base del dato suministrado por el conductor del tractor, único informante al respecto y dependiente del señor Armel, interesado directo en el asunto.

Y como no aparece que el Tribunal hubiera leído la diligencia de inspección ocular, haciéndole decir cosa distinta de lo que su texto reza; ni que su juicio crítico acerca de carecer ella de una motivación que imponga la consecuencia de que fue el Volkswagen el causante del accidente, sea contrario a la lógica elemental o sentido co-

mún, pudo entonces estimar, como lo hizo, que esa diligencia, en lo relativo a este punto fundamental, es *realmente oscura y ninguna luz arroja sobre los acontecimientos;* concepto éste que se refugia, por lo mismo, en la conciencia del fallador de instancia, sin que pueda ser revisado en casación.

Por lo demás, la circunstancia de que se hubiera aceptado la inspección ocular como prueba de los daños que, según lo observado en ella había sufrido el tractor, en nada obligaba al Tribunal a tener por demostrado, en virtud de la misma diligencia, la conclusión de que el choque se hubiese originado por causa del Volkswagen; pues, tratándose de dos aspectos distintos, referente el uno a rastros materiales sujetos a observación directa, y relativo el otro a un concepto o apreciación cuya fuerza debía depender de las razones en que se fundase, bien pudo el juzgador dividir, como lo hizo, el mérito de la diligencia, en aplicación de los artículos 732 y 662 ya citados y como lo autoriza, aún para la inspección verificada dentro de juicio, el artículo 730 ibídem.

8. Es inaceptable el cargo de que, por implicar la sentencia revisión de la Resolución número 016 de 30 de septiembre de 1957, proferida por la Inspección de Transportes y Tránsito de Pereira, sin haber sido administrativamente invalidada, quebrantó los artículos 632 del Código Judicial y 192 de la Carta.

La inanidad de la censura en el punto, resulta de las consideraciones siguientes: las inspecciones de tránsito y transportes creadas por ordenanzas y acuerdos, son organismos de policía que no tienen competencia alguna para decidir jurisdiccionalmente sobre la responsabilidad civil que a los culpables corresponda por los ilícitos cometidos en las actividades del tránsito o del transporte, función aquella que es atributo de la justicia ordinaria (arts. 58 C. N.; 1º, 76, 109 y 119 C. J.; 24 y 32 C. de P. P.).

Desde este punto de vista, la resolución de que se trata, en cuanto decidió que "se responsabiliza al Municipio de Marsella... de los daños que le ocasionó al referido aparato tractor Lancaster de propiedad del señor Arturo Armel O.", carece de fuerza vinculatoria. Por lo mismo, semejante resolución no requería ser anulada previamente para que pudiera en juicio desconocerse su mérito probatorio; menos cuando según el artículo 78 de la Ley 167 de 1941 "no son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa:.. las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil".

Por otra parte, es la sentencia firme dada en materia contenciosa, la que "tiene fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria" (art. 473 C. J.), pero en modo alguno, una resolución como la cuestionada aquí, que apenas podría tener la categoría de un indicio, sujeto a la discreta ponderación del sentenciador.

Situándose en esta legítima posición, el Tribunal encontró que la resolución del Inspector en cuanto imputa la causa del accidente al Volkswagen del Municipio, no tiene más fundamento que la inspección ocular de que ya se habló y la afirmación que hace el Inspector de que el Alcalde y el Personero de Marsella se presentaron a manifestarle en presencia del propietario del tractor que "habían llegado a la conclusión de ordenar en la ciudad de Cali el arreglo de este aparato por cuenta del Municipio". Pero, por lo que hace a la inspección ocular, ya se vio que el Tribunal no le halló mérito probatorio respecto de la causalidad del accidente; y en lo que mira a las referencias acerca de la dicha determinación del Alcalde y el Personero, por un lado no encontró que ésta constase de diligencia alguna autorizada por ellos, ni de ningún documento oficial emanado de los mismos funcionarios; y de otro, porque no halló que esa conclusión atribuída a los funcionarios municipales se fundase en antecedentes demostrados que la justifiquen. Por lo mismo, el Tribunal, al desestimar la resolución del Inspector, como lo hizo, en manera alguna violó el artículo 632 del Código Judicial, pues sin negar que el texto de la resolución dice lo que está escrito, se limitó a abstenerse de sacar de él la consecuencia acogida por el Inspector, de haber sido el Volkswagen municipal el causante o responsable del choque.

9. Por lo que hace a la censura acerca de la desestimación de las declaraciones del Inspector Parra y el ex-alcalde Pachón, de la inspección ocular verificada dentro del juicio en el taller Ferguson de Cali, de las declaraciones de Pedro Nel Parra y de Libardo Villaquirán y de una factura por reparaciones suscrita por el último, en cuanto según el recurrente establecen plenamente la aceptación de la responsabilidad por el Municipio y, por tanto, la relación de causalidad en cabeza de último, no resulta que el sentenciador hubiera visto estos medios probatorios de modo distinto a como objetivamente figuran en el proceso. Sólo que situados estos medios en el plano de la prueba indiciaria, no pudo sacar de ellos, por las razones expuestas en la parte mo-

tiva del fallo, la convicción de recaer en el vehículo municipal la autoría del hecho nocivo.

Cabe advertir que, si explícitamente no se refirió el juzgador a la declaración de Pedro Nel Parra, a la diligencia de inspección ocular practicada en el taller Ferguson y a la factura o cuenta de cobro firmada por Libardo Villaquirán, ello no implica que las hubiera ignorado, pues no se presume el desconocimiento de pruebas por parte del juzgador, cuando sus conclusiones no repugnan a la situación resultante de aquéllas; y en este caso la situación que descubren los tres medios probatorios últimamente referidos, en nada altera la encontrada por el Tribunal a la luz de los elementos expresamente analizados por éste, cuando sostuvo que no aparece acreditado ni que por legítimos representantes del Municipio de Marsella se hubiera aceptado en forma legal la responsabilidad de éste, ni quién fuese la persona que hiciera la entrega del tractor, para su reparación, al llamado taller Ferguson. Y es de anotar aquí que en la diligencia de inspección ocular verificada en el referido taller, el tractor inspeccionado aparece con motor número E 158198, número completamente distinto al que ha figurado en la demanda y demás piezas del expediente.

10. Respecto de la factura por reparaciones de un tractor, suscrita por Libardo Villaquirán, se observa que es una simple cuenta de cobro, a que de ninguna manera le es aplicable el artículo 253 del Código de Comercio, relativo a las facturas en la venta comercial.

11. En parte alguna aparecen los indicios necesarios que el sentenciador hubiera desconocido y de que habla el recurrente, pues de ninguno de los elementos que éste califica de tales se desprende la necesaria conclusión de que el vehículo municipal hubiera ocasionado el accidente. Por lo tanto, el juicio desestimador de semejante conclusión, elaborado por el Tribunal sobre el conjunto probatorio, sin incidencia demostrada en error de hecho manifiesto, es intocable en el recurso.

12. Mal pudieron ser vulnerados por la sentencia, los textos del Código Civil correspondientes a la estipulación por otro y al incumplimiento de las obligaciones en materia de contratos, que cita el impugnante, porque el litigio no ha versado sobre cuestiones contractuales, sino exclusivamente sobre una pretendida responsabilidad extracontractual de la entidad demandada.

13. En conclusión: subsiste en pie uno de los soportes de la sentencia acusada, o sea, el consistente en no estar demostrada en el caso la culpa de la administración o "falla del servicio"; y ese extremo es por sí solo suficiente para que dicha providencia deba ser mantenida.

No se condenará en costas, en vista de la rectificación doctrinaria a que hubo lugar.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha trece (13) de mayo de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Sin costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS.

Se pretendió que el vendedor de unos terrenos no había cumplido cabalmente con su obligación de entregar. A quién corresponde interpretar los contratos. El contrato como ley de los contratantes. El error evidente de hecho como motivo de casación.

1. Es ineficaz el desarrollo de cargos por error palmario alegando indebida inteligencia de la prueba. Dentro del recurso de casación el error valorativo supone conocimiento de los elementos materiales destinados a establecer lo que es motivo de discusión; mientras el error de hecho evidente entraña la ignorancia o la suposición de las pruebas. El error de hecho evidente "no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio por el cual se trata de probarlo".

2. En principio corresponde privativamente a los Tribunales interpretar los contratos mediante el descubrimiento de la voluntad y fines que las partes persiguen, como también determinar el sentido de las cláusulas cuando los contratantes controvierten la inteligencia del convenio; o cuando las dudas se suscitan sobre la naturaleza del negocio jurídico. Para llegar a las conclusiones respectivas se toma en cuenta esa serie de circunstancias precedentes, concomitantes y subsiguientes de cumplimiento y ejecución, como que éstas son ya las interpretaciones hechas por las partes. Sólo en el supuesto de error flagrante del sentenciador en el análisis de tales circunstancias, o en la denominación jurídica del contrato o de sus efectos, es posible el quebrantamiento de la sentencia de instancia.

3. Los deberes previstos en el Código Civil para vendedor y comprador, disciplinan en abstracto la relación de lo equivalente, sin perjuicio, en lo concreto, de lo que las partes entiendan compensatorio de su propia prestación, o como modalidad convencional que pueden reglamentar, al amparo de la ley civil, la que se aplica en forma supletiva, cuando no se ha regulado específicamente la situación contractual.

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

José Moreno Restrepo y Carlos David Correa Arango celebraron el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1568 de 21 de mayo de 1958, pasada ante el Notario Segundo del Circuito de Medellín.

Objeto de la venta fueron las fincas conocidas con los nombres "Las Mercedes" y "Sardinas", ubicadas en el Municipio de San Roque, y precio convenido fue el de ciento cincuenta mil pesos.

En la cláusula primera, además de fijar los linderos, se dice: "Siendo de advertir que las mejoras existentes son de exclusiva propiedad de los colonos, siendo el fundo que las contiene de propiedad del vendedor"; y en la quinta, se lee: "Presente el comprador, dijo: que aceptaba esta escritura y lo que por ella se le transmite...".

EL LITIGIO

Carlos David Correa Arango llamó a juicio ordinario a José Moreno Restrepo, con base en

que éste "omitió entregarle una porción muy considerable de la finca vendida", extensión que el demandante divide en lotes distinguidos con los números 1, 2 y 3, y delimita en el hecho Sexto del libelo iniciatorio del juicio.

Relacionan los hechos otros juicios a que estos mismos litigantes se han enfrentado, por razón del contrato contenido en escritura 1568; se acentúa en el hecho Quinto que "el señor Moreno Restrepo no poseía el terreno a que se refería la escritura de compraventa" y que, por eso, su comisionado para entregar señor Arturo Gómez, no pudo hacerlo por los linderos convenidos y que, "en consecuencia procedió a hacer entrega de lo que pertenecía al vendedor, o sea, sólo una parte de la finca alinderada en el hecho Primero de la demanda".

Los hechos Quinto y Octavo son del tenor siguiente:

"Quinto. El señor Gómez declaró que el señor Moreno Restrepo no poseía todo el terreno a que se refería la escritura de compraventa y que, en consecuencia, no le era posible entregarle a don Carlos David Correa lo comprendido por tales linderos. En consecuencia procedió a hacer entrega de lo que pertenecía al vendedor, o sea sólo una parte de la finca alinderada en el hecho primero de la demanda".

"Octavo. Como no se estipuló condición ni plazo para la entrega de la finca, ésta ha debido hacerse inmediatamente después del contrato, y en su totalidad (art. 1882 del C. C.). Sin embargo el vendedor solo entregó una parte y a pesar de los requerimientos que se le han hecho no ha sido posible la entrega de la totalidad de lo vendido y no obstante haber transcurrido cerca de cinco años después del otorgamiento de la escritura de compraventa".

Con esos antecedentes pide el actor:

"a) Que el señor José Moreno Restrepo incumplió el contrato de compraventa contenido en la escritura número mil quinientos sesenta y ocho (1568), de veintiuno (21) de mayo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), de la Notaría Segunda del Circuito de Medellín, al no entregar a su comprador don Carlos David Correa la totalidad de la finca vendida que es la descrita en el numeral primero de la demanda.

"b) Que el señor José Moreno Restrepo está obligado a cumplir íntegramente el contrato de compraventa contenido en la escritura pública referida en el literal anterior y, en consecuencia, que se le condene a entregar al demandante señor Carlos David Correa, dentro de los tres días subsiguientes al de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, o dentro del que usted le señale, en cumplimiento de sus obligaciones de vendedor, las porciones no entregadas de las fincas 'Las Mercedes' y 'Sardinas', o sea los lotes de terreno alinderados en el numeral sexto de esta demanda conocidos allí con los nombres de Lote número 1, Lote número 2 y Lote número 3.

"c) Que se condene al demandado a pagar al actor los perjuicios causados por la mora en entregar la totalidad del inmueble, los que se fijarán dentro de este juicio o en el incidente de cumplimiento de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial.

"d) Que se le condene a pagar las costas del juicio".

La réplica a la demanda negó los hechos en general, y al Quinto y Octavo contestó:

"Al hecho Quinto. No es cierto. La finca fue entregada real y materialmente de acuerdo en un todo con las estipulaciones de la escritura número 1568. El señor Gómez no hizo la declaración de que habla el actor en este hecho".

"Al hecho Octavo. No doy mi asentimiento a este hecho, porque la entrega sí se verificó en un todo de acuerdo con el contrato, y no se le han hecho requerimientos de ninguna especie al vendedor con el fin de que se habla, a no ser que se quiera dar tal carácter a los juicios que de mala fe y con temeridad manifiesta, ha promovido el actor para evadir o retardar el cumplimiento de su obligación de pagar el precio, de acuerdo con el contrato accesorio de hipoteca que contiene la escritura número 1568 de 21 de mayo de 1953 de la Notaría 2ª de esta ciudad".

Además propuso excepciones perentorias.

La sentencia de primera instancia absolvió al demandado y condenó en costas al demandante. Este apeló y el Tribunal de Medellín confirmó el fallo. El recurso de casación se surte por interposición del actor desfavorecido en las instancias.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Construye su argumentación el fallo recurrido, sobre el criterio de que la intención del vendedor, con relación a la entrega material, "no iba más allá de verificar ésta de conformidad con lo que él poseía y explotaba en forma económica y que el comprador recibió en su oportunidad"; y que esa fue igualmente "la intención del comprador en la fecha del contrato al aceptar la escritura y lo que por ella se le transmitía, manifestación que hace sin reparo alguno. Que en

virtud de ello entró en posesión material de toda aquella parte de las fincas que Moreno explotaba libremente y sin trabas, sin que durante el primer año de posesión el señor Correa hiciese reclamo alguno...".

En desarrollo de este pensamiento el sentenciador, en apartes que a continuación se transcriben, discurre así:

"En síntesis, este pleito gira alrededor de unos lotes que hasta la fecha no ha recibido el comprador, ni entregado el vendedor, lotes que no son otros que los que poseen, con mejoras, algunos colonos de las fincas 'Las Mercedes' y 'Sardinas', objeto del contrato. Se dice que son los que poseen con mejoras algunos colonos, en vista de que fuera de ellos no hay otros que hubieran sido materia de entrega al comprador. Así se desprende de la diligencia de inspección ocular, en donde claramente se señalan los predios que dentro de las citadas fincas están en poder de colonos, y que se distinguen con los números 1, 2 y 3, exactamente los mismos que se determinan en los planos acompañados al expediente y los mencionados por los peritos al rendir el dictamen a ellos encomendado, a los que le fijaron un perímetro total de 287 cuadras.

"..... .....

"En cuanto a las estipulaciones contractuales, no debe olvidarse que en la escritura está contenida la siguiente cláusula: 'Siendo de advertir que las mejoras existentes son de exclusiva propiedad de los colonos, siendo el fundo que las contiene de propiedad del vendedor'. Acto seguido, el comprador en el mismo instrumento público, dijo: 'que acepta esta escritura y lo que por ella se le transmite'.

"..... .....

"Si en el contrato de venta hubo exclusión de algunas mejoras, exclusión que aceptó el comprador, lo racional y lógico es que el vendedor quede exonerado de hacer la entrega material del suelo donde estaban situadas. No de otra manera puede interpretarse la intención de los contratantes, puesto que en el contrato debe suponerse un pensamiento uniforme en quienes lo celebran, generador y lazo de unión de las varias cosas sobre las que el pacto recae.

"..... .....

"Pues bien, conocedor el señor Moreno Restrepo de que dentro de los linderos de sus fincas 'Las Mercedes' y 'Sardinas', existían colonos dueños exclusivos de las mejoras plantadas en algunos lotes, no podía menos que hacérselo saber a su comprador, tal como él lo hizo, para evitar posteriores reclamaciones.

"..... .....

"Nótese que la intención del comprador en la fecha del contrato, fue la de aceptar la escritura y lo que por ella se le transmitía, manifestación que hizo sin reparo alguno. Que en virtud de ello entró en posesión material de toda aquella parte de las fincas que Moreno explotaba libremente y sin trabas, sin que durante el primer año de posesión el señor Correa hiciese reclamo alguno. Así se deduce de los elementos de juicio aportados por el mismo señor Correa al proceso. La única declaración en relación con los reclamos que sobre la entrega total de la finca hizo Correa a Moreno, en el mes de agosto de 1953, la del señor Emilio Flórez Toro, no puede tenerse como prueba plena a tenor de lo dispuesto por el artículo 696 del Código Judicial".

Dice el Tribunal que la venta fue de cuerpo cierto, "según se desprende del correspondiente título, pues allí se fijaron los linderos de los mencionados inmuebles, y si en la parte final del mismo se dijo que éstos podrían tener una extensión entre mil y mil doscientas cuadras, aproximadamente, no puede tenerse esta simple enunciación como determinante de que la venta hubiese sido en consideración a la cabida, pues para hacerlo débese expresar claramente en el contrato que este fue el querer de los contratantes. Pues, 'se entiende que un inmueble se vende con relación a su cabida cuando la extensión del predio es el motivo determinante que induce al contrato. Porque en ciertos casos el motivo que induce a contratar será la situación del predio, la calidad del terreno o la abundancia o escasez de agua; pero en otros casos el motivo determinante es precisamente la extensión del predio' (Alessandri Rodríguez, tomo 4º, pág. 392)".

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos se formulan contra la sentencia. Los dos primeros por error de hecho evidente y el tercero por error de derecho.

"*Primer cargo*. Acuso la sentencia, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por infracción de los artículos 659, 661, 717, 738, 739; y por tanto, de los artículos 1849, 1871, 1880, 1882 y 1886, que proviene de error evidente de hecho, patente en los autos de modo manifiesto, en la aprecia-

ción de las siguientes pruebas: La escritura número 1568 de 21 de mayo de 1953, de la Notaría 2ª de Medellín (fs. iniciales del Cuaderno 'Actuación del Juzgado'); el acta de absolución de posiciones del señor José Moreno Restrepo (fs. 6 vto. y sig. 'Cuaderno de pruebas del actor'); la escritura número 57 de 27 de febrero de 1931 de la Notaría de San Roque (fs. 15 'Cuaderno de pruebas del actor'); las actas de declaración de los testigos Jesús María Bustamante, Joaquín Castro Agudelo, Juan Daza García, Juan A. Yali Ciro (fs. 20 y sig. 'Cuaderno de pruebas del actor'); las actas de declaración de los testigos Emilio Flórez Toro, Roberto Acevedo, Arturo Gómez Marín, Luis Henao Urrea, Antonio Giraldo R., Joaquín Castro Agudelo, Bernardo Vélez Escobar (fs. 20 a 25 'Cuaderno de pruebas del actor', y también a fs. 38 vto. a 44 del mismo cuaderno); acta de las declaraciones de Emilio Flórez Toro y Pedro Pablo Chica (fs. 52 y vto. del 'Cuaderno de pruebas del actor'); la demanda de abril 28 de 1954 instaurada por el señor Carlos David Correa contra el señor Moreno Restrepo (fs. 55 vto. y sig. 'Cuaderno de pruebas del actor'); el acta de la inspección ocular (fs. 70 y sig. 'Cuaderno de pruebas del actor'); el dictamen pericial (fs. 79 y sig. 'Cuaderno de pruebas del actor'); planos de la hacienda (fs. 53 y 54 'Cuaderno de pruebas del actor')".

Después de este enunciado el recurrente ensaya demostrar que en tales pruebas se establecen los hechos que él enumera y que pueden reducirse a lo siguiente:

1º Que se celebró válidamente la venta de un bien raíz y "que la cosa vendida no se entregó antes del contrato. Lo que se dice en la escritura de compraventa, en el sentido de que 'tanto el señor Moreno Restrepo como Correa *se entregaron* (subrayo) las propiedades libres de todo gravamen correspondiente a las prestaciones sociales', no puede entenderse, y no se ha entendido ni por las partes ni por el Tribunal sentenciador, en el sentido de que se hubiere cumplido, al otorgarse la compraventa, con la obligación de entregar que compete al vendedor como primera de sus deberes contractuales pues allí sólo se refirieron las partes a dejar liberados los inmuebles de toda clase de cargas laborales y la cáusula quinta, es obvio no tiene otro sentido que el manifestarse el vendedor desprendido del dominio".

"2º Que el acto de entrega de la cosa vendida al comprador se empezó a realizar con posterioridad a la celebración del contrato, por medio de recomendados del vendedor, y no por éste personalmente; que la entrega no se hizo en relación con toda la superficie encerrada por los linderos y que, este juicio y otras controversias anteriores de que hay constancia en los autos, tienen origen en el hecho evidente de que la extensión calculada en mil cuadras por los otorgantes de la escritura de compraventa y en novecientas setenta y seis por los peritos, dejaron de entregarse efectivamente doscientas ochenta y siete cuadras, según el concepto de éstos.

"3º Que el instrumento contractual contiene en relación con las mejoras las siguientes estipulaciones: ...".

Reproduce el recurrente las frases de la cláusula primera, tanto la que dice que la venta se hace con "todas sus mejoras y anexidades", como aquella otra, concebida así: "Siendo de advertir que las mejoras existentes son de exclusiva propiedad de los colonos, siendo el fundo que las contiene de propiedad del vendedor", expresiones de aparente contradicción según el recurrente, que pretende resolverla en el sentido de que en el inmueble vendido, existían mejoras del vendedor y mejoras de colonos.

"4º Que la controversia se limita a si Moreno Restrepo cumplió o no cumplió el contrato por razón, única y exclusivamente de que no entregó *el terreno* en que estaban las mejoras de los llamados colonos, y en si estaba o no obligado a entregar dicho terreno según el contrato.

"He dicho que el fallo contiene un error evidente de hecho que consiste en haber considerado que el vendedor no estaba obligado a entregar *el terreno* cuyo dominio afirmó ser suyo en el contrato, por virtud de haber excluido las mejoras de los sedicentes colonos".

De estas premisas infiere el censor las siguientes conclusiones:

"1. Que el vendedor afirmó ser dueño del *terreno* en su conjunto y solamente hizo salvedad en cuanto a 'las mejoras de los colonos'; lo cual lo obliga a entregar el terreno en su totalidad pues el terreno fue la cosa vendida;

"2. Que el vendedor, según propia confesión y testimonios, inspección ocular y dictamen pericial, no entregó sino *lo que poseía*, y lo que poseía no era en verdad sino parte de la cosa vendida, ya que los colonos no poseían 'las mejoras, siendo el fundo que las contiene de propiedad del vendedor'.

"Ya que estos colonos poseen y han poseído *el fundo y las mejoras*, y Moreno Restrepo no tuvo nunca, como los testigos lo afirman categóricamente, posesión verdadera y real sobre el terreno.

"3. Que el vendedor, por consiguiente, no entregó la cosa vendida, según el contrato, sino apenas *una parte de ella*, incumpliendo la convención".

Después de larga explicación desarrollada alrededor de los fundamentos transcritos, respecto a este cargo, concluye la demanda, así:

"Resulta evidente que, debido a los errores de hecho debidos a la indebida apreciación de las pruebas dichas, en especial a la indebida apreciación del contrato, se violaron los textos citados, y en especial: los que definen la naturaleza jurídica de la accesión por edificación y cultivo y el texto que autoriza y sanciona la constitución de derechos sobre mejoras a favor de persona distinta del dueño del suelo; y por tanto, se desconocieron los que definen las obligaciones del vendedor, en especial la obligación de entregar materialmente la cosa vendida y el que reconoce validez plena a la venta de una cosa ajena, con la consiguiente obligación para el vendedor de entregarla sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño".

"*Segundo cargo*. Acuso la sentencia, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por infracción de los artículos 659, 738 y 739; artículos 1602, 1605, 1608, 1620, 1627, 1638; y artículos 1871, 1880 del Código Civil, debida a errores evidentes de hecho que provienen de la apreciación indebida del contrato de compraventa celebrado entre los señores Carlos Davió Correa y José Moreno Restrepo, y declaraciones de Emilio Flórez Toro, Arturo Gómez, Francisco Vargas y Roberto Acevedo.

"Los errores que imputo al fallo son: haber considerado que el vendedor cumplió sus obligaciones de tal, a pesar de que, de acuerdo con las pruebas, acepta que no entregó el terreno vendido, no obstante que el vendedor manifestó que tal terreno le pertenecía en su totalidad; y haber considerado que el comprador, por no estar probada su insistencia constante en que se le hiciera entrega total y completa de lo vendido, purgó la mora del vendedor, o modificó los alcances del contrato o suministró prueba de que lo convenido fue distinto a lo expresado claramente por el contrato; y haber considerado que, según el contrato, no había lugar a la entrega de los lotes de los colonos.

"Con esta interpretación indebida del caso *sub judice*, se desnaturaliza el contrato y se anula la validez de una obligación fundamental de la parte que vendió, la de entregar la cosa vendida".

En aparte llamado "demostración" pretende el recurrente establecer que su disertación conduce a resaltar el error evidente de hecho atribuído al Tribunal; y, en ese plan, expone argumentos similares a los expuestos en el primer cargo y señala craso error en la "apreciación" de los testimonios de Emilio Flórez Toro, Arturo Gómez, Roberto Acevedo, que ya se habían indicado en el cargo primero y, además, el de Francisco Vargas.

LA CORTE CONSIDERA:

1º Los dos cargos anteriores presentados de distinta manera, aunque con similar contenido, acusan el fallo del Tribunal por errores evidentes de hecho, sin haber logrado demostrar que el sentenciador fingió como presentes en el expediente las pruebas que cita como fundamento de su decisión; o que las desconoció; o, en fin, que les hubiera dado un sentido distinto al de su propia objetividad. Tratar de establecer error flagrante sobre la base de contradecir el criterio del fallador al examinar la prueba, es poner de manifiesto la infundada postulación de las censuras.

En efecto: cuando el actor de este juicio de casación sostiene que "la indebida apreciación del contrato resulta de las siguientes apreciaciones de la sentencia"; o cuando afirma que "resulta evidente que debido a los errores debidos a la indebida apreciación de las pruebas dichas, en especial a la indebida apreciación del contrato..."; y, en fin, cuando asevera que "en este caso el contrato establece con claridad que la cosa vendida fue el terreno en su totalidad y no una parte de él...", cuando eso sucede, repítese, el recurrente contradice la razón de ser de sus impugnaciones y, en consecuencia, las hace estériles con relación al fin buscado.

2º Es ineficaz el desarrollo de cargos por error palmario alegando indebida inteligencia de la prueba. Dentro del recurso de casación el error valorativo supone conocimiento de los elementos materiales destinados a establecer lo que es motivo de discusión; mientras el error de hecho evidente, entraña la ignorancia o la suposición de las pruebas. Desde la sentencia de 28 de marzo de 1954 (LXXVII-2138-2139-119), la Corte, de manera reiterada ha sostenido que el error de hecho evidente "no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo".

De donde resulta que no solamente no se ha mostrado la evidencia del error, sino que al tratar de establecerlo al amparo de indebida apre-

ciación de la prueba, se usa un sistema dicotómico inadmisible por contradictorio e ineficaz a todas luces.

"*Tercer cargo*. Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia por infracción del artículo 1882 del Código Civil, debida a errores de derecho en la apreciación del contrato contenido en la escritura número 1568 de 1953 de la Notaría Segunda de Medellín (21 de mayo); y en las declaraciones de Roberto Acevedo, Francisco Vargas Henao, Arturo Gómez Marín y Emilio Flórez Toro.

"Tal error llevó al Tribunal a la conclusión de que el vendedor no estaba obligado a entregar la totalidad de la cosa vendida, en su totalidad, de acuerdo con el contrato, y concretamente que no estaba obligado a entregar una parte del terreno comprendido dentro de los linderos, en extensión casi de una tercera parte del total de la finca, por haber allí mejoras de terceros, siendo que lo que verdaderamente impedía tal entrega era que los ocupantes tenían posesión de muchos años sobre esos terrenos y el vendedor nunca los había poseído.

"El error de derecho que imputo al fallo es el de que no concede a la escritura pública de compraventa el valor de plena prueba que le asigna la ley, sino que modifica el tenor de lo pactado con base en una prueba indiciaria que según la ley y los principios de la técnica probatoria no tiene valor alguno...".

"En relación con el caso del pleito la plena prueba se refiere a la siguiente estipulación: '... siendo de advertir que las mejoras existentes son de propiedad de los colonos, siendo el terreno que las contiene de propiedad del vendedor'. La enunciación no puede querer decir algo distinto a lo que dice, porque es absolutamente clara. Dice que el terreno vendido pertenece al vendedor pero que las mejoras pertenecen a terceros; y aunque la afirmación no está limitada en forma alguna, no se modifica su sustancia por el hecho real y admitido y comprobado de que esta salvedad no se refería en verdad a toda la finca sino a solo una parte de ella, ya que habían mejoras que sí eran de propiedad del vendedor, mejoras que fueron entregadas al comprador.

"..... .....

"El Tribunal dice en la sentencia que, de acuerdo con la declaración de Gómez, Vargas y Acevedo, Correa no hizo ningún reclamo en el acto de entregar recomendados de Moreno Restrepo la parte de la finca que poseía Moreno; pero como he observado atrás, esto no es estrictamente cierto. *Los testigos no declaran que Correa no hubiese reclamado*, y esto puede verificarse leyendo el contexto de los testimonios. Es decir, hay silencio de los testigos sobre esto, y de este silencio deduce el fallo que Correa no reclamó; pero, y así lo reconoce la sentencia, al testigo Flórez Toro *sí le consta que Correa reclamó a Moreno por la falta de entrega de los lotes*.

"..... .....

"Pero como la inferencia de que como no reclamó inmediatamente, se conformó con la entrega, o renunció a su derecho a la entrega, o modificó la escritura o su interpretación, resulta absolutamente contraria a las más elementales normas de interpretación probatoria. No reclamar es un hecho negativo cuya prueba es imposible; pero del hecho de que reclamó hay pruebas, la mejor de todas éste y los juicios anteriores en que el comprador está demostrando una voluntad persistente de que se cumpla la obligación.

"..... .....

"Todos los principios de prueba consignados en los artículos 660 a 667 del Código Judicial aparecen infringidos por el fallador al apreciar el valor indiciario del hecho de que Correa no hubiera probado afirmativamente que no protestó al recibir la parte de la finca que poseía Moreno, lo que no tenía por qué haber sucedido entonces, desde que tal entrega pudo ser hecha posteriormente, o desde que Correa pudo reclamarla cuando se dio cuenta de que los sedicentes dueños de las mejoras lo que eran en verdad eran dueños de la tierra".

SE CONSIDERA:

1º En principio corresponde privativamente a los Tribunales interpretar los contratos mediante el descubrimiento de la voluntad y fines que las partes persiguen, como también determinar el sentido de las cláusulas cuando los contratantes controvierten la inteligencia del convenio; o cuando las dudas se suscitan sobre la naturaleza del negocio jurídico. Para llegar a las conclusiones respectivas se toman en cuenta esa serie de circunstancias precedentes, concomitantes y subsiguientes de cumplimiento y ejecución, como que éstas son ya la interpretación hecha por las partes. Sólo en el supuesto de error flagrante del sentenciador en el análisis de tales circunstancias, o en la denominación

jurídica del contrato o de sus efectos, es posible el quebrantamiento de la sentencia de instancia.

De allí que, la interpretación de un contrato por el Tribunal, "es motivo de casación, con base en el inciso 1º 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 denominación 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" (LXXIX-2151-797).

2º El contrato es la medida de la voluntad de las partes y quienes lo celebran suponen equilibrio en las prestaciones recíprocas. Ninguno de los contratantes puede gozar en rigor jurídico de provechos que perjudiquen a la otra parte. Los deberes previstos en el Código Civil para vendedor y comprador, disciplinan en abstracto la relación de lo equivalente, sin perjuicio, en lo concreto, de lo que las partes entiendan compensatorio de su propia prestación, o como modalidad convencional que pueden reglamentar, al amparo de la ley civil, la que se aplica en forma supletiva, cuando no se ha regulado específicamente la situación contractual.

Ha reglamentado el Código Civil la obligación del vendedor de entregar lo que reza el contrato (1884), y la de hacerlo inmediatamente después de celebrado, o en la época prefijada (1882); así como la obligación principal del comprador de pagar el precio (1928), y las otras que supone nacidas de la convención; pero, todo sin perjuicio de respetar la ley que los propios contratantes promulgaron para regir su conducta en el caso determinado, que ha de interpretarse en presencia de los términos mismos del acuerdo y de sus circunstancias genitoras, lo cual puede situar la controversia frente a la nominación del acto jurídico, o, a las cuestiones de hecho.

3º Al interpretar el convenio expuesto en la escritura pública número 1568, el fallador negó que la venta fuese por cabida e igualmente negó que el vendedor cargase con la obligación de entregar la parte del inmueble mejorado por colonos, interpretación hecha en razón de la declaración o modalidad agregada a la cláusula antes expuesta, sobre cuyo alcance versa principalmente la discusión sostenida a lo largo de este juicio y, cuestión que con solo enunciarla pone por fuera la posibilidad de violación del artículo 1882 del Código Civil, porque no se ha negado la obligación que esa disposición impone al vendedor, sino de saber qué debe comprender la entrega: si todo el inmueble vendido o sólo la parte no mejorada por colonos.

4º No puede suponerse normalmente que sea inocuo lo que en un contrato se conviene; ni puede creerse desconocimiento de los contratantes de lo que ellos firmaron; ni vacías de finalidad las cláusulas, aclaraciones, modificaciones, testimonios o constancias. Cuando el vendedor afirmó ser dueño del terreno vendido, el comprador aceptó ese hecho; eso es lo llano. Y cuando el vendedor dijo que esas mejoras eran de colonos, el comprador a sabiendas aceptó esa situación, sin que hubiera buscado la forma de aclarar en que posición quedaba frente a su vendedor respecto a esto; de donde se infiere, su determinación de celebrar el contrato a pesar de ese impedimento y de llevar consigo las consecuencias respectivas.

5º Resulta entonces, que no se cayó en el error de derecho que el recurrente imputa al fallo, y que la Corte estudia a pesar de la imprecisión del cargo de "no conceder a la escritura pública de compraventa el valor de plena prueba que le asigna la ley", porque es precisamente sobre lo acordado en la escritura como el Tribunal llegó a sus conclusiones, atribuyéndole valor probativo a la aclaración tantas veces mencionada.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida en el presente juicio de Carlos David Correa Arango contra José Moreno Restrepo sobre incumplimiento de un contrato de compraventa.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA. LA ACCION REIVINDICATORIA Y LA SIMPLEMENTE PETITORIA DEL DOMINIO.

La sentencia acusada incurrió en desconocimiento del mérito de la cosa juzgada. Requisitos para que una sentencia tenga fuerza de cosa juzgada. Comparación entre la acción reivindicatoria y la simplemente declarativa o petitoria.

1. La sentencia ejecutoriada que resuelve un negocio judicial reviste la autoridad de ser la manifestación definitiva de la voluntad de la ley en el caso contemplado en él, y obligatoria a tal punto, que prohibe un nuevo planteamiento de la misma cuestión, y considera nulo todo nuevo pronunciamiento que le fuere contrario. Para que la sentencia produzca tal efecto, se requiere que el nuevo juicio se desarrolle entre las mismas personas jurídicamente consideradas, por el mismo objeto y se funde en las mismas causas.

2. La acción petitoria del dominio la consagra el artículo 669 del Código Civil, que define tal derecho, pues si, según el artículo 665 del mismo, de los derechos reales nacen las acciones reales, del derecho real de dominio, definido en aquella norma, nace la acción, para que quien lo tiene en su patrimonio obtenga la declaración o reconocimiento de él contra quien pretende haberlo adquirido también. El artículo 2º de la Ley 120 de 1928 consagra la acción petitoria del dominio adquirido por prescripción, llamada también de pertenencia, sometida a los trámites establecidos en la misma ley.

3. La acción reivindicatoria que, en los términos del artículo 946 del Código Civil "es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla" es acción distinta de la petitoria, como lo tiene repetido la Corte; ya que esta última es simplemente declarativa, y la reivindicatoria es de condena, dado que su finalidad es la de que el poseedor restituya la cosa a su dueño. Pero entre las dos hay un elemento común, que es la declaración expresa del dominio en la petitoria y el reconocimiento expreso o tácito del mismo en la reivindicatoria, a punto de que si el demandante reivindicador no acredita la propiedad de la cosa su pretensión fracasa necesariamente.

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

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

Eloy Cohen M. legalmente representado, ante el Juzgado promiscuo del circuito del Carmen de Bolívar, citó en juicio ordinario a Fidel Díaz Pérez, para que se resolviera:

"1º Condenar al demandado señor Fidel Díaz Pérez a restituir en el término legal, o en el que usted señale, al señor Eloy Cohen M. mi mandante, el predio rústico denominado Bajo de Henequén, constante de cien (100) cabuyas de extensión superficiaria, ubicado en terrenos de la jurisdicción de este municipio y comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, con predio Filadelfia, de Eduardo Ibáñez, manga por medio; Sur, con predio La Sierra de Eloy Cohen; Este, con predio La Sierra de Francisco Ardila vda. de Yepes, y Oeste, con predios, Gavilán, de Eloy Cohen y Carlos Ochoa, y Los Deseos de Eloy Cohen M.

"2º Condenar al demandado a pagar dentro del mismo término al señor Eloy Cohen M. los frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos sino los que mi mandante señor Cohen hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el predio en su poder du-

rante el tiempo en que viene en posesión del demandado.

"Que el señor Fidel Díaz Pérez está obligado a pagar las costas del juicio".

La causa de estas súplicas la expone en los hechos, que se resumen así:

1º Fidel Díaz Pérez promovió ante el Juzgado promiscuo del circuito del Carmen (Bolívar) juicio de pertenencia del terreno denominado Bajo de Henequén. Este juicio se convirtió en ordinario por la oposición que hizo el actual demandante, Eloy Cohen M. El Juzgado desató la demanda en sentencia de nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual declaró que dicho terreno, como todo el predio La Sierra, pertenece a Cohen. Este fallo se declaró ejecutoriado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena mediante providencia de diez de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, y fue registrada debidamente el siete de diciembre del mismo año.

2º El predio Bajo de Henequén, declarado de propiedad de Cohen, por ser parte del de mayor extensión denominado La Sierra, "tiene la siguiente cabida y linderos: Cien cabuyas, por el Norte, con el predio Filadelfia de Eduardo Ibáñez, manga en medio; Sur, con predio La Sierra de Eloy Cohen; Este, con predio La Sierra de Francisca Ardila vda. de Yepes y Oeste, con predios, Gavilán de Eloy y Carlos Ochoa, y Los Deseos de Eloy Cohen".

3º Este hubo el predio La Sierra, del cual es parte el llamado Bajo de Henequén, por remate en pública subasta, según aparece de la escritura número 196 de 8 de octubre de 1947, Notaría del Carmen (Bol.). La Sierra está demarcada así: "Norte, con predios de Julio Curiel y Felipe Ochoa o de sus herederos; Sur, con predio de Cayetano Berrío, Abel Ibáñez y Miguel Ochoa; Este, con predio de Pedro Castro y el camino por donde conduce el señor Felipe Ochoa sus ganados al potrero denominado Apure; y Oeste, con predio de Miguel Ochoa y camino real de Córdoba".

4º El inmueble La Sierra rematado por el actor, fue de propiedad de Erasmo Donado Llanos, quien lo compró con su hermano Ramón Donado Llanos a María Eugenia Vargas, según la escritura número 94 de primero de abril de 1911. Ramón Donado Llanos vendió luego a Erasmo Donado Llanos su derecho por medio de la escritura número 78 de 13 de abril de 1918. Los dos instrumentos se otorgaron en la Notaría del Circuito del Carmen, y fueron registrados legalmente.

5º Por no haber ordenado la sentencia citada la restitución del inmueble Bajo de Henequén al actual demandante, Eloy Cohen M., está en posesión de él, y lo retiene indebidamente el demandado Fidel Díaz Pérez.

6º Cohen M. desde cuando hubo la finca La Sierra, de la cual es parte el predio Bajo de Henequén, ejerció sobre éste actos posesorios manteniendo ganados en las épocas propicias y efectuando desmontes sin permiso de persona alguna.

7º Mientras lo tuvo en posesión, lo explotó económicamente construyendo cercas y trabajos de conservación.

Díaz Pérez por intermedio de su apoderado contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas, por las siguientes razones:

1ª La posesión material que el demandado ha tenido del inmueble Bajo de Henequén data desde enero de 1921, y la ha ejercido en forma continua, quieta y pacífica, sin reconocer dominio alguno, menos del reivindicante, "a quien ha tenido como colindante desde el 24 de abril de 1947", en que como rematador recibió la finca La Sierra de manos del Administrador de Hacienda Nacional, Andrés C. Ochoa y de Ramón Donado Llanos depositario judicial de dicho bien.

2ª Díaz Pérez ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio del Bajo de Henequén en razón de venirlo poseyendo desde enero de 1921.

3ª El inmueble *sub judice* no es parte integrante del llamado La Sierra, "sino independiente, pues entre ambos se interponía el predio que fuera de Cayetano Berrío, que después fue del señor Carlos Wedhedek y que hoy *detenta* sin título alguno el demandante", según reza la escritura número 196 de octubre 8 de 1947, que, al determinar la finca La Sierra expresa, que por "el Sur linda con paraje de Cayetano Berrío, Abel Ibáñez y Miguel Ochoa", y luego en el punto en que habla de la entrega de dicho bien "mediante recorrido de todos sus linderos", dice "...de aquí se pasó al lindero con propiedad que fue de Cayetano Berrío, hoy de Carlos Wedhedek, último lindero".

4ª Porque siendo el demandado poseedor material de Bajo de Henequén por espacio de treinta y cinco años continuos, no puede ser ocupante de mala sino de buena fe, y por lo mismo, en el

improbable caso de ser vencido en el juicio, tiene derecho a que se le reconozcan todas las mejoras existentes en dicho predio avaluadas legalmente, y a retener el bien hasta tanto no le sea abonado el valor de las mejoras.

Propone las excepciones perentorias de prescripción adquisitiva del dominio tanto treintenaria como veintenaria, la extintiva de la acción reivindicatoria y la de nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado el 9 de agosto de 1955 de la cual pretende derivar su derecho el demandante, nulidad basada en la posesión que Díaz Pérez tiene del bien *sub lite* desde enero de 1921, y en que aquella sentencia fue dictada en total desacuerdo con la realidad procesal, porque el bien que se reivindica no es ni ha sido nunca parte de La Sierra, y porque, no habiendo sido nunca poseedor de él, no podía pedir declaración de dominio. Además no prestó en el juicio en que se profirió la sentencia declaratoria de dominio la fianza que ordena la ley.

Sobre los hechos manifestó el demandado:

No acepta ni niega el primero y el segundo. Observa sí que la acción petitoria de dominio es un recurso subsidiario que solo tiene quien está en posesión material del bien, objeto de ella, requisito que no se dio en la que fue fallada en favor de Cohen M. quien manifiesta en el hecho séptimo del libelo que encontró al demandado ocupando de hecho la porción de terreno el Bajo de Henequén.

Acepta el hecho tercero en cuanto adquirió Cohen la finca de La Sierra en remate, pero no en lo referente a que el Bajo de Henequén sea parte de aquella.

No afirma ni niega el hecho cuarto relativo a los títulos de dominio indicados por el actor, porque estos no le son oponibles al demandado por referirse a un predio distinto del poseído por él.

Niega enfáticamente el quinto porque la simple declaración de dominio no comprendía la restitución del bien, la que sólo conlleva la acción reivindicatoria. Por lo mismo, niega que retenga indebidamente el predio que se reivindica, dado que lo viene poseyendo desde 1921.

Los hechos sexto y séptimo son simples afirmaciones del actor, pues este nunca ha tenido la posesión del Bajo de Henequén, como lo reconoció en la demanda sobre declaración de dominio, donde dice que cuando adquirió el fundo La Sierra, encontró a Díaz Pérez ocupando de hecho la parte de él llamada el Bajo de Henequén.

El Juez de primer grado, en sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, desató la litis haciendo declaración de dominio en favor de Eloy Cohen tanto de la finca de La Sierra como del predio el Bajo de Henequén y condenando a Fidel Díaz Pérez a restituirle este inmueble a Cohen seis días después de la ejecutoria de la sentencia, y los frutos naturales del mismo.

El Tribunal, por fallo de dos de mayo de mil novecientos sesenta, revocó la del Juzgado, y, en consecuencia, absolvió al demandado de los cargos de la demanda.

Motivación de la sentencia de segunda instancia.

Acepta el Tribunal que "el presente juicio de reivindicación", es consecuencia del fallo dictado por el Juzgado promiscuo del circuito del Carmen, "dentro del juicio especial de pertenencia adelantado por Fidel Díaz Pérez, para que se declarara dueño absoluto y exclusivo de un predio rústico, llamado el Bajo de Henequén, y convertido en ordinario por haber prosperado la oposición formulada por el actual actor Eloy Cohen".

Se trata, repite el fallador, de reivindicar por Cohen el mismo inmueble, el Bajo de Henequén, que, según el libelo, viene reteniendo y poseyendo indebidamente el demandado Díaz Pérez.

Refiriéndose a los cuatro elementos integrantes de la acción reivindicatoria, halla que la propiedad está probada satisfactoriamente con el remate que hizo de la finca La Sierra, cuya diligencia está protocolizada por medio de la escritura número 196 de 8 de octubre de 1947, y con la sentencia dictada por el Juzgado promiscuo del Carmen el 9 de agosto de 1955, confirmada por la del Tribunal, de 10 de octubre del mismo año, en la cual se declaró que el terreno el Bajo de Henequén pertenece como todo el predio de La Sierra a Eloy Cohen.

Sobre la identidad advierte que los linderos señalados en la sentencia aludida al Bajo de Henequén son los mismos especificados en la demanda de oposición presentada por Cohen dentro del juicio de pertenencia propuesto por Fidel Díaz Pérez. Y los transcribe.

Anota que en la inspección ocular practicada a petición del actor, para demostrar la identidad del predio reclamado con el poseído por Díaz Pérez y que hace parte de La Sierra, se observa:

"A) Que los linderos correspondientes al terreno ocupado por Fidel Díaz Pérez, denominado el Bajo de Henequén, no son exactamente iguales a los especificados en la sentencia de 9 de agosto de 1955, pues mientras en este se expresa que por el Sur colinda con predio La Sierra de Eloy Cohen, en la diligencia se comprobó

que por el lado sur colinda con predio de Cayetano Berrío, y

B) Que, como anota la misma diligencia, el terreno Bajo de Henequén, ocupado por Díaz Pérez, no está dentro del predio La Sierra, porque entre éste, de propiedad de Eloy Cohen y aquél, por el lindero sur, "existe un predio que, según informaciones suministradas por los colindantes, pertenece a los sucesores del finado Cayetano Berrío, el cual predio del finado Berrío está fuera del predio de La Sierra del señor Eloy Cohen".

Agrega que esta prueba "viene reforzada en autos con numerosos testimonios" que coinciden con lo demostrado por ella.

Observa también que examinados el título por el cual Cohen adquirió la finca de La Sierra y los de sus sucesores, en ninguno de tales instrumentos aparece que sea parte de éste el inmueble el Bajo de Henequén. "Este predio sólo viene a considerarse como parte integrante de La Sierra como consecuencia del fallo dictado en el juicio ordinario de que tantas veces se ha hecho referencia en esta providencia".

Considera que la sentencia proferida en juicio ordinario con audiencia de Díaz Pérez tiene plena validez jurídica. Por consiguiente, si en ella aparecen por primera vez claramente definidos los linderos del Bajo de Henequén, ellos son la base de identificación del mismo dentro del presente juicio, y si ello no se logró satisfactoriamente por lo anotado respecto del lindero sur, se tiene que aceptar que no se ha cumplido con el requisito del alinderamiento del inmueble reivindicado, que es uno de los elementos de la acción de dominio.

El demandante Cohen impugnó lo resuelto por el Tribunal Superior con el recurso extraordinario de casación que se entra a resolver:

Por tres motivos acusa la sentencia el recurrente: el primero por violación directa del artículo 473 del Código Judicial, el segundo, por "error de derecho en la apreciación de las pruebas del proceso con violación consecuencial de disposiciones probatorias y de derecho sustancial", y el tercero, por error evidente de hecho proveniente de desestimación de pruebas y consiguiente trasgresión de la ley sustantiva.

Sustenta el primero con los siguientes razonamientos:

El Tribunal trascribe el primer hecho de la demanda que constituye por sí solo la verdadera causa de pedir, en el cual el libelo invoca la sentencia de 9 de agosto de 1956, en el ordinario de Cohen contra Díaz Pérez, por la cual se declaró que el terreno, denominado Bajo de Henequén, pertenece como todo el predio La Sierra a aquél.

Copia el punto segundo de la parte resolutiva de dicho fallo, y comenta: "La sentencia declara pertenecerle al señor Eloy Cohen el mismo terreno que poseía Fidel Díaz Pérez, según su demanda de pertenencia; y declara que ese terreno se comprende en el de mayor extensión denominado La Sierra, determinado en la acción petitoria de dominio del señor Eloy Cohen".

El Código Civil, confundiendo la acción de dominio con la reivindicatoria, las define en el artículo 946 con la finalidad de que quien posee la cosa la restituya al dueño de la misma.

La jurisprudencia ha admitido de larga data el ejercicio de la acción de dominio sin la finalidad restitutoria de la cosa, como simple acción petitoria. "Esta en verdad es una acción de dominio recortada, una acción de dominio sin su finalidad sustancial".

"Sea que se ejerza la acción de dominio sin finalidad restitutoria o con ella, siempre son unos mismos los presupuestos que deben establecerse y debatirse en la controversia: titularidad del dominio y singularidad e identidad de la cosa sobre que aquel recae; y si además del dominio se pide la restitución, juega también la posesión del demandado, y todo esto sería cuestión juzgada en la sentencia que pusiera fin a la litis.

"Ahora bien, si se ejerce primero la sola acción de dominio sin pedir con ella restitución, para demandar ésta en juicio posterior, es indudable que en esta nueva acción restitutoria juega la misma acción de dominio en su misma mesmedad y no otra, ya en busca de su fin propio, la restitución de la cosa".

Por eso, continúa el impugnante, el Tribunal en la sentencia acusada sentó que el presente juicio es una consecuencia del fallo dictado por el mismo Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen en el ordinario en que por la oposición de Cohen se convirtió el juicio especial instaurado por Díaz Pérez y agregó que "en este juicio se trata de reivindicar por Cohen el mismo predio llamado el Bajo de Henequén que según el libelo de demanda viene reteniendo y poseyendo indebidamente el demandado Fidel Díaz Pérez".

Puede decirse, no que este juicio sea una consecuencia del fallo dictado en el ordinario trabado entre las mismas partes, sino la ejecución de éste. Y siendo así en el nuevo juicio no pueden discutirse sino "cosas distintas de los presupuestos de la acción de dominio que en él se decidió, item más, cosas distintas de la posesión del terreno Bajo de Henequén por el demandado, pues

que también esa posesión fue debatida en aquel juicio anterior, por postulación del mismo demandado".

"A pesar de que el Tribunal vió que en este juicio restitutorio no se perseguía sino la finalidad propia de aquella acción de dominio jugada en la sentencia de 9 de agosto de 1955, a pesar de que vio que esta demanda de restitución se funda en la sentencia dictada en la controversia sobre dominio del mismo predio Bajo de Henequén, sostenida entre las mismas partes que hoy litigan y que por consiguiente esa sentencia implicaba cuestión juzgada sobre la singularización o identidad de este terreno, no tuvo inconveniente alguno en aceptar nuevo debate sobre estos puntos, colocándose en franca violación o quebranto de la cosa juzgada contenida en tal sentencia, y en temeraria violación del artículo 473 del mismo Código Judicial, que ampara el vigor de esa institución de orden público".

Se considera:

El Juzgado de primer grado basó su decisión, como lo reconoce el Tribunal, en que no podía desconocer la sentencia de 9 de agosto de 1955, por virtud de la cual le negó a Fidel Díaz Pérez la petición de pertenencia del mismo predio, y declaró, en cambio, que Eloy Cohen era dueño del predio La Sierra, y del llamado Bajo de Henequén, comprendido dentro de aquél, y por los linderos allí expresados.

Dice el fallo del Juzgado: "Luego la anterior sentencia tiene cosa de fuerza juzgada (sic), es decir, que no es susceptible de recurso alguno. Y siendo ello así, es claro que al Juzgado no le es posible entrar a revocarla, sobre todo cuando es precisamente contra el mismo demandado".

El Tribunal, a los considerandos sobre la falta de identidad del terreno reivindicado, añade: "Este predio sólo viene a considerarse como parte integrante de La Sierra como consecuencia del fallo dictado en el juicio ordinario de que tantas veces se ha hecho referencia en esta providencia".

Estima también que dicho fallo, "que hoy completa el título de propiedad a favor del actor Eloy Cohen, fue consecuencia del juicio ordinario adelantado por este con audiencia y en contra de las pretensiones del hoy demandado Díaz Pérez, tiene su validez jurídica. Por consiguiente, si en esta providencia judicial es donde aparece por primera vez claramente definidos los linderos del terreno menor llamado Bajo de Henequén, es lógico que ellos son la base para la identificación de los mismos dentro del presente juicio".

Repite el aserto de no hallarse probada la identidad del inmueble *sub judice*, y concluye: "Por todas las razones anteriores el Tribunal no comparte el criterio expuesto por el Juzgado de primera, cuando expresa en el fallo que se revisa, que, el punto principal del debate jurídico en este juicio es la cuestión de cosa (sic) en el juicio de pertenencia convertido en ordinario. Otra sería la situación procesal si el actor hubiera demostrado la plena identidad de los linderos".

Siendo manifiesto el juicio del Tribunal en el sentido de que, el fallo ejecutoriado que denegó la pertenencia del terreno Bajo de Henequén a Díaz Pérez, y reconoció el dominio del mismo predio y de la finca de La Sierra, de la cual hace parte aquél, a favor de Eloy Cohen, no tiene en el presente juicio la autoridad de cosa juzgada, se impone el estudio de este fenómeno jurídico para ver si se configura o no la violación directa del artículo 473 del Código Judicial.

La sentencia ejecutoriada que resuelve un negocio judicial reviste la autoridad de ser la manifestación definitiva de la voluntad de la ley en el caso contemplado en él, y obligatoria a tal punto, que prohibe un nuevo planteamiento de la misma cuestión, y considera nulo todo nuevo pronunciamiento que le fuere contrario. Para que la sentencia produzca tal efecto, se requiere que el nuevo juicio se desarrolle entre las mismas personas jurídicamente consideradas, por el mismo objeto y se funde en las mismas causas.

En el caso *sub lite*, tanto el juicio declarativo de dominio del terreno Bajo de Henequén con que Eloy Cohen plantuó su oposición a la solicitud de pertenencia del mismo bien adelantada por Fidel Díaz Pérez, como el actual juicio reivindicatorio de dicho inmueble se han adelantado entre las mismas personas: Cohen como demandante, y Díaz Pérez como demandado.

Los hechos invocados en una y otra demanda son los mismos, o sea, que hay identidad de *causa petendi*. En efecto: Cohen pidió en la primera se declarara que era dueño del terreno llamado Bajo de Henequén, el mismo cuya pertenencia por prescripción demandaba Díaz Pérez, que era parte integrante de la finca La Sierra, que aquel adquirió por remate, efectuado el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis en el Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen (Bolívar) por comisión del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.

En la presente contienda sobre reivindicación, en los hechos 3º y 4º expone el mismo título de adquisición. Es cierto que aduce también la sentencia por la cual se le declaró dueño tanto de La Sierra como del predio Bajo de Henequén, parte de aquel, pero como declarativa que es, ella no constituye un nuevo título, pues su fina-

lidad es la de reconocer la existencia del derecho habido por el título y modo invocados para pedir el reconocimiento del derecho vulnerado o desconocido.

En cuanto al objeto, o sea, la relación jurídica establecida en uno y otro juicio, ha de tenerse presente que en el primero se trabó para que se declarara el dominio de Cohen tanto sobre el predio de La Sierra como sobre el llamado Bajo de Henequén, parte integrante del primero, declaración que se impetró por consecuencia de la oposición que el mismo Cohen formuló a la demanda de pertenencia del terreno Bajo de Henequén presentada por Díaz Pérez en razón de venirlo poseyendo durante más de treinta años. Significa esto que Cohen instauró la acción petitoria de dominio especialmente del terreno poseído por Díaz Pérez, o sea, que se estableció una relación jurídica de dominio entre el propietario y el poseedor del mismo bien.

La acción petitoria del dominio la consagra el artículo 669 del Código Civil, que define tal derecho, pues si, según el artículo 665 del mismo, de los derechos reales nacen las acciones reales, del derecho real de dominio, definido en aquella norma, nace la acción, para que quien lo tiene en su patrimonio obtenga la declaración o reconocimiento de él contra quien pretende haberlo adquirido también.

El artículo 2º de la Ley 120 de 1928 consagra la acción petitoria del dominio adquirido por prescripción, llamada también de pertenencia, sometida a los trámites establecidos en la misma ley.

La relación jurídica configurada en el negocio actual es la correspondiente a la acción reivindicatoria, que, en los términos del artículo 946, ibídem, "es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla". Esta acción, como lo tiene repetido la Corte, es distinta de la petitoria; ya que la última es simplemente declarativa, y la reivindicatoria es de condena, dado que su finalidad es la de que el poseedor restituya la cosa a su dueño, pero entre las dos hay un elemento común, que es la declaración expresa del dominio en la petitoria, y el reconocimiento expreso o tácito del mismo en la reivindicatoria, a punto de que si el demandante reivindicador no acredita la propiedad de la cosa su pretensión fracasa necesariamente.

La Corte, en el único caso en que ha aplicado la doctrina de la cosa juzgada a propósito de la acción declarativa de un fundo, sobre el cual fue negada la acción reivindicatoria y se había absuelto a los demandados, dijo: "... esta petición (la declaratoria de dominio) sí está virtualmente comprendida en lo que fue materia del debate anterior, por más que en el actual se haya sustituído la acción reivindicatoria por una simple petitoria o declarativa. En efecto, la acción de dominio consagrada en el artículo 946 del Código Civil, contiene dos elementos: uno petitorio o declarativo del carácter de dueño de la cosa que dice relación al demandante, y otro restitutorio de la cosa, que dice relación al poseedor demandado. De manera que si falta cualquiera de estos elementos, la acción pierde el carácter de reivindicatoria y degenera en otra distinta. En cambio, por deducción lógica, una sentencia absolutoria, dictada en juicio de reivindicación, puede proponerse como cosa juzgada para atajar no sólo otro juicio reivindicatorio sino cualquiera acción petitoria o declarativa de propiedad, o cualquiera demanda ordinaria sobre restitución, siempre que se reúnan las demás exigencias legales de identidad de personas y cosas, porque como se ha visto, la acción reivindicatoria es comprensiva de ambos elementos" (G. J. T. 27, págs. 199 y 200).

Aceptando esta doctrina que, halla su respaldo en la definición que de dominio da el artículo 669 del Código Civil y en que la llamada acción de dominio o reivindicatoria se concede al que, entre otros requisitos, es dueño de una cosa singular, es decir, a quien demuestre tener tal derecho, y aplicando la recíproca al caso *sub judice*, aparece:

La sentencia que desató el juicio ordinario a que dio lugar la oposición de Eloy Cohen a la declaratoria de pertenencia instaurada por Díaz Pérez, versó sobre el mismo bien inmueble, llamado Bajo de Henequén alindado en uno y otro libelo por el costado sur con "predio La Sierra de Eloy Cohen". Este afirma en su demanda que el predio que reivindica es parte integrante de La Sierra y en la sentencia ejecutoriada expresamente se dice: "Finalmente los peritos Edmundo Martelo y Rafael Miranda Catalán, en la inspección ocular practicada a petición del apoderado del opositor... conceptúan que dicho terreno hace parte del predio La Sierra de Eloy Cohen. Esto tiende a demostrar, pues, que de éste y no de Fidel Díaz Pérez es el mencionado terreno". El demandado, como lo dice el mismo fallo, pretendió demostrar que el Bajo de Henequén no hacía parte del predio de La Sierra, sin lograrlo, ya que al respecto se lee en él: "Y tampoco se ha probado que ese terreno no haga parte del predio La Sierra, pues los peritos Amaranto Angulo Pareja y Ezequiel Méndez Patermina no estuvieron de acuerdo en su dictamen.

La misma providencia desecha varios medios probatorios aducidos sin el lleno de las formalidades legales, con los cuales Díaz Pérez se propuso demostrar que el Bajo de Henequén no hacía parte de La Sierra.

Estos motivos llevaron al Juzgado a negar la demanda de Díaz Pérez y a declarar que el terreno Bajo de Henequén, objeto de la demanda, pertenece, "como todo el predio La Sierra a Eloy Cohen".

Habiéndose identificado y definido que la finca el Bajo de Henequén sí era parte de La Sierra, con fundamento en las pruebas aducidas por Cohen y como consecuencia de que Díaz Pérez no demostró su excepción, consistente en el aserto contrario, este no podía en el juicio reivindicatorio invocar la misma defensa ni el Juez ocuparse de ella, porque tal proceder lleva al desconocimiento de la propiedad de dicho bien, declarada por el Juez en fallo que tiene la autoridad de cosa juzgada. Si a la demanda reivindicatoria no le hubiera precedido el juicio petitorio en el cual se estableció a plenitud la identificación del bien, a punto de que el demandado agotó su defensa al respecto sin lograr demostrarla, no habría óbice para que se considerara ese elemento de la acción reivindicatoria, el que no puede tener mejor demostración que la sentencia ejecutoriada cinco meses antes de presentada la demanda que mueve el presente juicio. Tan evidente es esto, que si Cohen en el primer libelo a la petición de dominio agrega la de restitución, este objetivo de la acción reivindicatoria le habría prosperado necesariamente, y el terreno reclamado ya estaría en su poder. La entrega de la cosa reivindicada es una consecuencia de la prueba del dominio por el actor, la identidad de la cosa y de la posesión del demandado, factores plenamente acreditados en uno y otro juicio como queda demostrado.

Infiérese que, por cuanto la sentencia del Tribunal, al negar la reivindicación con base en que no se demostró la identidad del límite sur del inmueble el Bajo de Henequén, ni que haga parte de La Sierra, implica un pronunciamiento en contra de la sentencia ejecutoriada de 9 de agosto de 1955 que, previa identificación de uno y otro bien, declaró la propiedad de ellos en cabeza de Cohen y negó la demanda de Díaz Pérez, viola el artículo 473 del Código Judicial que es norma sustantiva, y estatuye la nulidad de toda decisión posterior contraria al fallo ejecutoriado, pronunciado en el mismo asunto y entre las mismas partes.

En consecuencia el cargo prospera, la sentencia impugnada debe casarse, y proferirse el fallo de instancia.

Los presupuestos procesales se reúnen a cabalidad.

El actor, a la sentencia tantas veces nombrada de 9 de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, registrada el siete de diciembre del mismo año, acompaña copia debidamente inserta de la diligencia de remate de la finca La Sierra, situada en jurisdicción del Carmen de Bolívar, el 12 de diciembre de 1946 en el Juzgado de aquel circuito (Fols. 6 a 15), efectuado por Eloy Cohen en el ejecutivo seguido por la Nación contra Erasmo Donado Llanos en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales. Este título unido a la sentencia es suficiente para la demostración del dominio, primer elemento estructural de la acción reivindicatoria.

La posesión está reconocida por el mismo demandado que la alega por un término de más de treinta años; pero negada en la sentencia aludida su pretensión de pertenencia, no hay por qué volver sobre ella, porque es cosa juzgada. Basta al efecto tener en cuenta que se halla en posesión del bien a partir de la fecha de la misma sentencia.

Lo dicho sobre la identidad del terreno reivindicado es bastante para considerar demostrado este otro extremo de la acción; pero a esto se agrega que en la contestación de la demanda Díaz Pérez vuelve a alegar la posesión y prescripción del Bajo de Henequén desde el año de 1922, lo que significa que acepta la identidad del inmueble, como lo tiene aceptado la Corte en repetidos fallos (G. J. T. 84, págs. 72 y 73).

Reunidos los elementos de la acción reivindicatoria que son: dominio en el actor, cosa reivindicable, identidad de la misma y posesión en el reo, la demanda prospera. En cuanto a frutos, Díaz Pérez debe restituir a Cohen los naturales y civiles que, al tenor del artículo 964 del Código Civil, incisos 1º, 2º y 4º hubiere percibido y los que el dueño hubiera podido percibir a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia de 9 de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

Respecto de las mejoras realizadas por Díaz Pérez en el mismo término, es decir, a partir de la ejecutoria de la sentencia aludida, se estará a lo que los artículos 965, 966 y 967 disponen para los poseedores de mala fe.

La determinación del valor de los frutos y de las mejoras se hará por el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial.

Como la demanda pide solamente la condenación de Díaz Pérez a restituir el inmueble denominado Bajo de Henequén, al pago de los frutos y de las costas del juicio, y la sentencia del Juzgado en los ordinales primero y segundo hace una declaración de dominio tanto de la finca La

Sierra como del predio Bajo de Henequén, y solo en el tercero y cuarto despacha las súplicas del libelo, se deben revocar los dos primeros por innecesarios, dada la existencia del fallo anterior, y confirmar los otros, pero aclarando el tercero con la especificación del bien perseguido y el cuarto fijando el término que comprende la restitución de frutos.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en razón de todo lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en dos de mayo de mil novecientos sesenta, y, en su lugar,

RESUELVE:

1º Revócanse los ordinales primero y segundo, de la proferida por el Juzgado Civil del Circuito del Carmen (Bolívar) de veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho.

2º Confírmase el tercero aclarándolo así: Condénase al señor Fidel Díaz Pérez a restituir dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, al señor Eloy Cohen M. el predio o lote de terreno conocido con el nombre de Bajo de Henequén, ubicado en jurisdicción del Carmen de Bolívar con una superficie de cien (100) cabuyas "y comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, con predio Filadelfia, de Eduardo Ibáñez, manga en medio; Sur, con predio La Sierra de Eloy Cohen; Este, con predio La Sierra de Francisca Ardila v. de Yepes; y Oeste, con predio Gavilán de Eloy y Carlos Ochoa, y Los Deseos de Eloy Cohen".

3º Confírmase el cuarto aclarándolo en estos términos: Condénase a Fidel Díaz Pérez a pagarle a Cohen M. los frutos naturales y civiles percibidos y los que este hubiera podido percibir teniendo el inmueble Bajo de Henequén en su poder a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia de 9 de agosto de 1955 hasta el día de la entrega.

4º Sobre las mejoras que Díaz Pérez hubiera hecho desde la fecha de ejecutoria de la sentencia mencionada, tiene los derechos que los artículos 965, 966 y 967 conceden a los poseedores de mala fe.

5º El valor de los frutos y mejoras se establecerá por los trámites del artículo 553 del Código Judicial.

6º Las costas de la primera instancia son de cargo del demandado Díaz Pérez.

7º Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS Y ACCION RESOLUTORIA. EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO.

En el caso de autos el Tribunal se abstuvo de decidir en el fondo sobre la acción de resolución de un contrato de compraventa con fundamento en que estaban pendientes otras acciones encaminadas a obtener el cumplimiento del mismo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación propuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 30 de abril de 1960, en el juicio ordinario seguido por Berta Gómez de Gómez frente a Jesús A. Arboleda M. y otros.

I

ANTECEDENTES

Dijose en la escritura número 1720 de 27 de febrero de 1952, de la Notaría 1ª de Medellín, que Berta Gómez de Gómez vende a Bernardo Arboleda A. y a Jesús Antonio Arboleda M., una finca rural sita en el Municipio de La Estrella, por el precio de $ 20.000.00 que los compradores se obligaron a pagar así: $ 2.000.00 a un tercero, para rescatar una hipoteca pesante sobre la misma finca; y el saldo, a la propia vendedora, al término de cuatro años contados desde el 9 de enero de 1952.

Luégo, por sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 27 de enero de 1954, en juicio controvertido entre las mismas partes y no casada por la Corte, se estableció lo siguiente: que el precio de la sobredicha venta fue el de $ 30.000.00; pero que, siendo la cabida del inmueble menor en diez y ocho cuadras de la que se garantizó por la vendedora, tal precio debe sufrir la proporcional rebaja, equivalente a $ 15.541.43, que ha de hacerse de la parte del mismo aún no satisfecha por los compradores. De todo lo cual vino a resultar que éstos quedaron debiendo del dicho precio, un saldo de $ 2.458.57.

Antes de que recayese la sentencia de la Corte, que dejó en firme la del Tribunal, la vendedora Gómez de Gómez, mediante la escritura número 3551 de 4 de mayo de 1954, corrida en la Notaría 4ª de Medellín, y la nota privada de traspaso datada el día siguiente, cedió a Pablo Emilio Marín Castrillón, su crédito nacido de aquella venta, diciendo ser el valor del mismo el de $ 18.000.00.

El cesionario Marín Castrillón entabló luégo contra Bernardo y Jesús Antonio Arboleda varias acciones judiciales, con el fin de obtener el pago del referido crédito, así: una hipotecaria, otra ejecutiva, otra hipotecaria y otra ejecutiva, ante los Juzgados 4º, 1º, 6º y 4º en lo Civil del Circuito de Medellín, respectivamente, según lo expresan los sendos testimonios de desglose de las correspondientes copias de las dos escrituras citadas, puestos con fechas 9 de agosto de 1954, 16 de febrero de 1956, 26 de marzo de 1957 y 25 de julio de 1958, en todas las cuales, menos en la de febrero de 1956 que guarda silencio, se manifiesta que la obligación no ha sido cumplida.

Posteriormente, el propio Marín Castrillón, cesionario de la vendedora Gómez de Gómez, le reendosó a ésta el mismo crédito, volviendo a calificar su cuantía en $ 18.000.00, según documento privado de 10 de julio de 1958.

De otro lado, los compradores de la finca, Bernardo Arboleda y Jesús A. Arboleda M., vendieron sus derechos en ella, así: el primero a Enriqueta Arboleda y el segundo a Aurora Larrea, mediante las escrituras números 1084 y 1085 de 23 de febrero de 1957, de la Notaría 4ª de Medellín, respectivamente; y las mismas Enriqueta Arboleda y Aurora Larrea, por la escritura número 7091 de 18 de diciembre de 1957, extendida ante el Notario 3º del mismo Circuito, constituyeron sobre el fundo, hipoteca a favor de Aldemar Mejía Mejía en caución de un crédito por $ 6.000.00.

II

EL LITIGIO

Así las cosas y alegando que "ni los compradores... ni ninguna otra persona a nombre de éstos ha pagado ni el total ni parte del dicho resto de precio de diez y ocho mil pesos" (hecho 7º), Berta Gómez de Gómez demandó a Jesús A. Arboleda M., Bernardo Arboleda A., Aurora Larrea, Enriqueta Arboleda y Aldemar Mejía Mejía, en solicitud de las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que *está resuelto* el contrato contenido en la escritura número 1720 de 27 de febrero de 1952, de la Notaría 1ª de Medellín, por no haber pagado Jesús A. Arboleda M. y Bernardo Arboleda A. el resto del precio del dicho contrato, cuyo registro debe cancelarse;

b) que, consecuencialmente, el inmueble sobre que versó tal contrato y que se determina en el hecho primero del libelo, no ha salido del patrimonio de la actora, quien tiene derecho a que se le restituya, con los frutos que hubiera podido producir en sus manos, a contar de la notificación de la demanda;

c) que, tanto la tradición de dominio del inmueble aludido, hecha por Jesús A. y Bernardo Arboleda a Aurora Larrea y Enriqueta Arboleda, como la del derecho de hipoteca que éstas otorgaron sobre el mismo a Aldemar Mejía Mejía, fueron ineficaces, y deben cancelarse los registros respectivos;

d) que la resolución del contrato que se hizo constar en la prementionada escritura pública número 1720 de 27 de febrero de 1952, causa perjuicios pecuniarios a la demandante, en los que debe condenarse a los demandados, privativamente y en forma indivisible, y

e) que éstos quedan incursos en las costas, en caso de oponerse a la acción.

Subsidiariamente se reducen las peticiones a las marcadas con los literales a) y e) de las principales y a la reivindicación del inmueble.

En punto de derecho invoca la actora los artículos 1546, 1548, 1930 y 1933 del Código Civil.

Representados inicialmente todos los demandados por un curador *ad litem*, contradijo éste la demanda, mediante escrito en el que, aceptando algunos de los hechos, diciendo atenerse a lo que se pruebe respecto de otros y afirmando ignorar el hecho 7º, fundamental de la acción, manifiesta oponerse a las pretensiones de la actora y propone varias excepciones, entre éstas "la de petición de un modo indebido".

Tramitada la primera instancia, en cuyo curso los demandados Aldemar Mejía Mejía, Enriqueta Arboleda y Aurora Larrea constituyeron mandatarios, cerróse con sentencia por la cual el Juez del Circuito desestimó la acción de resolución, por falta de pruebas y negó, en consecuencia, las declaraciones impetradas por la demandante.

Apelado por ésta el dicho pronunciamiento, y surtido, en consecuencia, el segundo grado de la causa, profirióse por el Tribunal Superior la sentencia de 30 de abril de 1960, por la cual se *revoca* la apelada y en su lugar "*se declara probada* la excepción de petición antes de tiempo".

Toca ahora a la Corte pronunciarse sobre el recurso de casación por la misma parte interpuesto.

III

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, luego de anotar que con anterioridad a la presente acción fueron instauradas otras tendientes a obtener el pago del saldo del precio de la compraventa en referencia y cuyo resultado se desconoce; de precisar que la finalidad de este último juicio es la de conseguir la resolución del mismo contrato, por no haberse satisfecho esa obligación de los compradores; y de referirse a los elementos básicos de la acción resolutoria por incumplimiento de parte en los contratos bilaterales, discurre sobre la cuestión concreta de este litigio, así:

"Ocurre que, como lo vimos atrás, el contrato de que habla el instrumento que lo contiene (escritura Nº 1720 de 27 de febrero de 1952), ha sido materia de diversos juicios, tendientes todos ellos a obtener su cumplimiento efectivo, al exigir coercitivamente el pago del resto del precio

convenido. Estas acciones fueron instauradas por una persona distinta de la vendedora, pero en su carácter de endosatario o subrogatario, y ésta es la fecha en que se desconoce si finalizaron dichas acciones, el modo en que terminaron o en qué estado se halla su tramitación.

"Se sigue de lo expuesto hasta aquí, que la vendedora por medio de su cesionario, optó en primer lugar por exigir el precio de acuerdo con los términos del artículo 1930 citado. Pero que luego decidió abandonar la acción iniciada para demandar la resolución, ya como acreedora original y cesionaria del primitivo cesionario señor Marín Castrillón, según el documento de 10 de julio de 1958".

Y apoyándose en la doctrina según la cual, "Cuando se ejercita pues la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibible aquélla, que el juicio en que se demanda el cumplimiento, no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento obtener la contraprestación que demanda. En otros términos: no pueden coexistir las dos acciones ni ejercitarse simultáneamente sino una después de otra, cuando la primeramente excogitada no ha producido los resultados buscados por el acreedor" (XLIX, 1955-1956, págs. 315 a 320), agrega lo siguiente: "Esta doctrina se acomoda en forma perfecta al caso sub-judice. En él ocurre, precisamente, que la vendedora Gómez de Gómez, por medio de su cesionario Marín Castrillón, escogió la vía del cumplimiento del contrato ejercitando con tal fin acciones coercitivas contra sus compradores para exigirles el pago de la suma de dinero que le adeudaban como resto del precio convenido entre las partes contratantes. Esos litigios por los cuales se demandó el cumplimiento están, al parecer, todavía vigentes; ello se colige, por ejemplo, de la nota de desglose de 9 de agosto de 1954, en la que se previene que 'el juicio está pendiente'. En las demás notas, no se estampó una observación clara y exacta al respecto. Además, tampoco se demostró que, a pesar de la diligencia y esfuerzo hechos por la acreedora, no haya podido ésta, en el juicio de cumplimiento, obtener la contraprestación que demandaba".

Y concluye así: "Si, de conformidad a la doctrina en mención, no pueden coexistir las susodichas dos acciones, ni ser ejercitadas simultáneamente sino sólo una después de la otra, tenemos, entonces, que la acción resolutoria que se estudia no es recibible mientras no aparezca acreditado que las acciones incoadas tendientes a que se cumpliera el contrato han terminado conforme a los medios legales, y que aún no se ha producido la solución del crédito.

"Así las cosas, advertimos que se ha configurado una excepción perentoria temporal que no es otra que la de petición antes de tiempo; en consonancia con ella, por tanto, debe fallarse el presente pleito con arreglo al mandato del artículo 343 del Código Judicial".

IV

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Acogiéndose a la causal primera de casación, dos cargos formula el impugnante contra el fallo recurrido, por violación indirecta de ley sustancial, es a saber:

PRIMER CARGO

Se hace consistir en el quebrantamiento de los artículos 1544, 1546, 1548, 1930, 1932 y 1933 del Código Civil, por falta de aplicación o indebida aplicación, a causa de error de hecho cometido por el juzgador respecto de las notas de desglose que aparecen en las copias de las escrituras números 1720 de 27 de febrero de 1952 y 3551 de 4 de mayo de 1954, otorgadas en las Notarías 1ª y 4ª del Circuito de Medellín, respectivamente.

Este reparo se encuentra concretado así:

Que "El error de hecho consistió en la falsa inducción que hizo el Tribunal al afirmar que se estaban adelantando o se habían adelantado acciones tendientes al cumplimiento del contrato de compraventa celebrado entre la demandante y los demandados Jesús A. y Bernardo Arboleda, afirmación que formuló con base exclusivamente en las notas de desglose que aparecen en los documentos antes citados, cuando en realidad dichas notas de desglose no constituyen prueba a ese respecto";

que de la nota de desglose de 9 de agosto de 1954, en la cual se previene que "el juicio está pendiente", el Tribunal coligió que se había iniciado una acción coercitiva tendiente a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa. Pero, cabe preguntar: ¿cuál pleito estaba pendiente? De la aludida nota de desglose sólo puede inferirse que estaba pendiente un juicio promovido por Marín contra los Arboledas, dentro del cual habían obrado los dos documentos que fueron objeto del desglose,

sin que esté dicho ni se pueda saber a través de esa escueta nota, con qué finalidad o en desempeño de qué papel probatorio operaron allí;

que "de acuerdo con la anterior observación es necesario concluír que el supuesto extremo de la litis consistente en que ya se había intentado la acción de cumplimiento del contrato cuando se inició la acción de resolución, es un extremo que no se encuentra de ninguna manera probado en el juicio. En ello consistió, justamente, el error de hecho en que incurrió el juzgador ad quem" y cuya incidencia en la parte resolutiva del pronunciamiento es manifiesta, en cuanto "admitió como probada la existencia de la acción de cumplimiento cuando dicho extremo litigioso no había sido acreditado en el juicio", violando así las disposiciones sustantivas atrás enunciadas.

SEGUNDO CARGO

Formulado también por violación de las mismas normas sustantivas con que toca el primero, a causa de error de hecho que se atribuye al sentenciador en la estimación de las pruebas, con la advertencia de que "el concepto de la violación de la ley y las probanzas mal estimadas son las mismas del cargo anterior, añadiendo a éstas solamente el certificado que aparece a folio 10 del primer cuaderno", lo desenvuelve el recurrente con la siguiente argumentación:

Que, si se supone, en gracia de discusión, estar probado que la acreedora Gómez de Gómez intentó algunas acciones de cumplimiento del contrato, entonces "el error de hecho (del Tribunal) consistió en no haber admitido como demostrado, cuando sí lo estaba, que mediante las acciones judiciales de que dan cuenta las tantas veces nombradas notas de desglose, no consiguió la acreedora Gómez de Gómez el cumplimiento por parte de los compradores de las obligaciones emanadas del contrato de compraventa", porque "dichas notas demuestran inequívocamente que tales acciones resultaron nugatorias";

que, en efecto, por lo que hace a la frustración de las acciones hipotecarias, su acaecimiento "aparece perfectamente demostrado a la sola lectura del certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín donde está dicho que la hipoteca no se registró 'por estar vencido el plazo para ello'. Mal puede prosperar una acción hipotecaria con base en una hipoteca que no ha sido registrada";

que "respecto a las acciones simplemente personales, mal podía exigir el Tribunal que se aportase como prueba del resultado nugatorio de las mismas el que dichas acciones hubiesen terminado. Bien sabido es que los juicios ejecutivos terminan solamente por transacción, desistimiento, sentencia de excepciones totalmente favorable al ejecutado o pago, y que la simple sentencia de pregón y remate es apenas preclusiva de una etapa del juicio. Si hubiese ocurrido alguno de los eventos que ponen fin a los juicios ejecutivos, el Tribunal hubiese tenido razón en afirmar que ya no era posible la acción resolutoria. Pero como justamente existe la prueba de que tales juicios estaban pendientes y además la constancia expresa de que los créditos no habían sido cubiertos (ver folios 5 y 9) el Tribunal debió haber sacado de allí la necesaria conclusión de que no habían tenido resultado positivo las acciones de cumplimiento"; y

que el "evidente error en que incurrió el Tribunal al afirmar que no se había demostrado el extremo de la litis consistente en el hecho de que las acciones de cumplimiento habían resultado totalmente nugatorias", lo llevó por modo manifiesto a declarar probada la excepción de petición antes de tiempo, con quebranto de los preceptos legales a que el cargo se refiere.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como los reparos expuestos están íntimamente ligados, se procede a su estudio en conjunto:

1. El extracto que de la decisión acusada vése atrás, demuestra que el razonamiento que en definitiva la genera, es como sigue: Ante el incumplimiento de un contrato bilateral por una de las partes, no puede la otra demandar simultáneamente el cumplimiento y la resolución del negocio; y si ello ocurriere, entonces, el segundo que de tales pleitos se proponga no podrá ser decidido en el fondo, mientras el otro no haya finalizado. Es así que, en el caso de que se trata, las notas de desglose corriente al pie del título del contrato cuya resolución se pide, demuestran la instauración de otras acciones tendientes a obtener el pago del saldo del precio, o sea el cumplimiento de lo pactado, luego, mientras no se acredite que tales acciones terminaron formalmente, el pedimento de resolución interpuesto por la vendedora no está en tiempo para recibir una definición de mérito.

2. Frente a lo cual, el impugnante, al plantear la violación indirecta de la ley sustancial, lo hace únicamente sobre la base de que el Tribunal, en la apreciación de las notas de desglose y del certificado del Registrador, cometió los errores de hecho a que la censura se refiere.

3. Pero, en lo tocante con las notas de desglose, encuentra la Corte que ellas dan cuenta de unas acciones hipotecarias y ejecutivas instauradas por Pablo Emilio Marín contra Bernardo y Jesús A. Arboleda. Así, la postrera de tales notas, visible al pie del primer traslado de la escritura del contrato y coincidente con la última puesta al pie de la copia del instrumento público según el cual la vendedora Gómez de Gómez cedió el crédito nacido del mismo contrato a Pablo Emilio Marín Castrillón, reza textualmente: "La presente escritura fue desglosada del juicio ejecutivo de Pablo Emilio Marín Castrillón, contra Bernardo Arboleda y Jesús Antonio Arboleda M., según el siguiente auto: 'Juzgado Cuarto Civil del Circuito. Verifíquese el desglose solicitado. Cúmplase. El Juez. Fdo. Arcesio Lopera Peña. El Srio. Fdo. Alfonso Duque Ortiz'. Nota. se deja constancia de que los créditos no han sido cubiertos. Medellín, julio 25 de 1958".

Si, pues, tales notas dan fe de juicios de compulsión o cobro, seguidos por el cesionario Marín contra los compradores Arboleda y de cuyos expedientes se segregó el título del crédito, con la advertencia de no haber sido éste satisfecho, mal puede imputársele error objetivo al fallador, cuando sostiene que, según esos atestados, con anterioridad a la actual demanda de resolución del contrato de compraventa, fueron incoadas otras acciones tendientes a obtener su cumplimiento. Porque eso es lo que de las notas en cuestión evidentemente resulta.

4. Tampoco cabe yerro de la especie alegada, en la consideración hecha por el Tribunal de que, a la luz de las notas de desglose, no aparece que esos otros juicios en que se demandó el pago de la deuda, o sea el cumplimiento del contrato, hayan terminado. Porque, aunque sólo la primera de tales notas, o sea la de fecha 9 de agosto de 1951, relativa a una acción hipotecaria, habla de que "el juicio está pendiente", el silencio que las demás guardan sobre este punto no demuestra por sí mismo que a los respectivos procesos se les hubiera puesto fin. Basta al respecto considerar que el artículo 363 del Código Judicial prevé el desglose de un documento cuya obligación no se ha cumplido aún en razón del juicio o apenas lo ha sido parcialmente; y que el mismo texto, luego de disponer que "En todo caso, en el lugar respectivo de los autos debe dejarse copia del instrumento desglosado", lo único que ordena acerca de atestados en la materia es que, en el instrumento desglosado, "al pie, al margen o al través, debe copiarse el auto que ordene el desglose, y ponerse nota en su caso, sobre si la obligación ha sido cumplida en todo o en parte y por quién".

Si, pues, ninguna de las notas de desglose aludidas habla de que al juicio de su referencia se le hubiera puesto fin, no cabe considerar al sentenciador incurso en yerro de hecho cuando, a la vista de dichas notas, estimó no estar demostrado que tales acciones hubieran concluído.

Así, aún en la hipótesis de que apareciese que, al establecer el último de los relacionados juicios, o sea el ejecutivo con que toca la nota de desglose de fecha 25 de julio de 1958 transcrita atrás, los demás estaban ya fenecidos, el sólo hecho de no estar demostrada, en virtud de tal nota, ni por ningún otro medio, la terminación de ese último juicio, bastaría para dejar inmune de la censura por yerro objetivo la estimación al respecto del Tribunal.

5. Por lo mismo, si el juzgador hubiera incurrido en esta especie de error frente a la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos, según la cual no aparece registrada la hipoteca con que por la propia escritura número 1720 de 27 de febrero de 1952 se quiso garantizar la deuda del resto del precio, admitiendo que esta constancia sea prueba del insuceso de la acción hipotecaria de que trata la respectiva nota de desglose, todavía así, la argumentación del fallo se sostiene íntegramente en pie sobre el extremo de no aparecer acreditada la conclusión del último de los procesos dichos.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha treinta (30) de abril de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION DE PREDIOS RURALES.

Causal primera y técnica de casación. La reivindicación y la prueba del dominio. Incidencia de la Ley 200 de 1936 en los pleitos sobre reivindicación de terrenos. La posesión y la buena fe.

1. Un cargo concebido en los términos en que lo formula el recurrente en el caso de autos, apoyado en la causal primera, no es en verdad cargo en casación. Porque este recurso fue creado, no para enmendar agravios de orden particular, sino para velar primordialmente por la integridad de la ley, que es voluntad soberana de la Nación. Porque el cargo debe ser preciso, exácto, claro e inequívoco en todo: al enunciar la especie de violación de la ley sustantiva —directa o indirecta—, como al indicar la modalidad que cada una de estas especies asuma en la impugnación: si por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea de la ley sustantiva; de la misma manera, al calificar los errores —si de hecho o de derecho— con el señalamiento de las pruebas respecto de las cuales el error se produjo, pero no en conjunto sino singularizadas y citando la disposición de índole probatoria infringida a causa del yerro de valoración, si se trata de error de derecho, así como la incidencia del error en la sustancia de la litis y del quebranto sufrido por los textos legales sustantivos, los cuales han de citarse individualmente y no en globo ni en tropel. Sólo así podrán los abogados en casación corresponder a la misión que se les confía de colaborar en la guarda de la ley y el perfeccionamiento de la doctrina, y sólo así el opositor en el recurso puede combatir el cargo y la Corte decidir sobre él.

2. Tratándose de un litigio entre particulares, el problema de la reivindicación se plantea en torno a la prueba de un mejor derecho, en la cual entran en juego los títulos inscritos del reivindicador, y respecto del demandado, la posesión, aparte de los títulos que tuviere, sin que sea indispensable que en la titulación del primero figure el documento originario emanante del Estado. Si la disputa se hubiese trabado entre la nación y un particular, tampoco sería de forzosa presentación el título originario, porque el artículo 3º de la Ley 200 de 1936 —ordenamiento para resolver exclusivamente las controversias sobre el suelo entre la Nación y los particulares— acepta para ello, en favor de éstos, no sólo el título originario sino también la cadena de títulos por el lapso de veinte años, contados hacia atrás desde el día en que entró a regir la citada Ley (8 de abril de 1937), de modo que si la titulación privada comprende este término, no se le exige al interesado ascender hasta el eslabón primitivo.

3. El artículo 1º de la Ley 200 de 1936 tampoco está llamado a participar en la solución de los conflictos entre particulares. Lo ha dicho la Corte en Casación de junio 22 de 1936, pues aquella norma fija la posición jurídica entre la nación y los colonos, al punto de que erige en ocupación, con todas las consecuencias que este modo de adquirir comporta, la posesión económica de la tierra baldía. La nueva forma de adquisición del suelo rural, consagrada en el artículo 12 de la Ley 200, sí es aplicable a las contiendas entre particulares; implica un paso de perfeccionamiento y a la vez de retroceso frente a la usucapión extraordinaria y reposa en la posesión de buena fe del colono.

4. El segundo inciso del artículo 739 del Código Civil, al disponer que en la situación que contempla será obligado el dueño del suelo, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, planta-

ción o sementera, sin ordenar que al poseedor se le aplique la norma sobre buena o mala fe a que remite el primer inciso, está proclamando que no puede existir mala fe en quien trabaja lo ajeno contando con la aquiescencia del propietario. Mal puede oponerse, por tanto, a la presunción del artículo 769 del mismo Código, una situación que es justamente de buena fe, por basarse en la voluntad implícita o presunta del dueño de la tierra.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de herederos de Ruperto Aya contra Aristides Martínez.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 8 de agosto de 1960.

Recurrentes: demandante y demandado.

I

ANTECEDENTES

1. María Currea de Aya, María Isabel Aya de Salgar, Beatriz Aya de Cárdenas, Cecilia Aya de Currea e Inés Restrepo Aya de García, demandaron en el Juzgado del Circuito de Guaduas (Distrito Judicial de Bogotá), a Aristides Martínez, vecino del Municipio de Puerto Salgar, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que en virtud de compra hecha a la señora Paulina Faux de Liévano por escritura pública número mil doscientos sesenta y uno (1261), otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá el primero (1º) de septiembre de mil novecientos veintiocho (1928), inscrita en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados de La Palma el nueve (9) de octubre del mismo año, en el Libro Primero, tomo cuarto, Acta 626 A, y por remate verificado el día treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos veintiocho (1928) en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en el juicio de licencia judicial promovido por doña Paulina Faux de Liévano para vender bienes de sus menores hijos, Paulina, Alicia y Cecilia Liévano Faux, remate registrado en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de La Palma el nueve (9) de octubre de mil novecientos veintiocho (1928) en el Libro Primero, Tomo cuarto, Acta 626, el señor Ruperto Aya, hoy la sucesión ilíquida de éste, o esta sucesión y la disuelta sociedad conyugal formada entre don Ruperto Aya y doña María Currea, representadas por mis poderdantes, son dueños exclusivos de un globo de terreno denominado 'Palanquero' o 'Bodegas de Palanquero', ubicado en la antigua jurisdicción municipal de Caparrapí, hoy Municipio de Puerto Liévano, llamado también comúnmente Puerto Salgar, y comprendido por los siguientes linderos: (Aquí ellos). Con exclusión de los lotes enajenados por el señor Ruperto Aya al Gobierno Nacional por medio de las escrituras públicas números ciento cuarenta y uno (141) de veintisiete (27) de enero de mil novecientos treinta y cuatro (1934), seiscientos cincuenta (650) de fecha diez y siete (17) de abril de mil novecientos treinta y cuatro (1934), mil quinientos veinticuatro (1524) de fecha veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos treinta y dos (1932) todas de la Notaría Tercera de Bogotá, y trescientos setenta y uno (371) de fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y siete (1947) de la Notaría Sexta de Bogotá, con destino a la Base Aérea 'Germán Solano', Puerto de Palanquero y Terminal del Ferrocarril de Cundinamarca. Y exclusión también del lote enajenado a la señora Ana Rosa Rojas v. de Méndez por medio de la escritura pública número setenta y nueve (79) de fecha primero (1º) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) pasada en la Notaría de La Dorada.

"Segunda. Que por hacer parte integrante del lote de terreno de que se trata la declaración anterior, y no haber sido enajenado por don Ruperto Aya ni por sus herederos, es de propiedad exclusiva de don Ruperto Aya, hoy la sucesión ilíquida de éste, o esta sucesión y la dicha sociedad conyugal disuelta, el siguiente lote de terreno: Un prédio que se ha denominado Santa Inés, ubicado en jurisdicción municipal de Puerto Liévano, llamado también Puerto Salgar, de una cabida de ciento noventa y ocho hectáreas, más o menos, comprendido por los siguientes linderos especiales: (Aquí ellos).

"Tercera. Que el demandado, señor Aristides Martínez, como poseedor que es del lote de terreno determinado en la petición o declaración inmediatamente anterior, que hoy denomina 'Santa Inés', sin título de propiedad que lo autorice para continuar detentando esa posesión, debe restituírlo a sus dueños legítimos, que lo son don Ruperto Aya, hoy la sucesión ilíquida de éste, o esta sucesión y la disuelta sociedad conyugal formada entre don Ruperto Aya y doña María Currea, tres días después de ejecutoriada la

sentencia que así lo declare, con sus mejoras, anexidades, servidumbres, etc.

"Cuarta. Que el demandado Aristides Martínez debe restituir a la sucesión ilíquida del señor Ruperto Aya, o a esta sucesión y a la disuelta sociedad conyugal ya anotada, los frutos naturales y civiles del predio de que tratan las declaraciones segunda y cercera, restitución que hará como poseedor de mala fe, desde el día en que entró en posesión hasta cuando se verifique la restitución, y no sólo los percibidos sino también los que los legítimos dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el predio en su poder.

"Quinta. Que, conforme a las normas legales, en caso de oposición a las súplicas de esta demanda se condene al demandado Aristides Martínez al pago de las costas del juicio".

2. El demandado se opuso a las pretensiones de la parte actora, porque, en una palabra, "dichos terrenos, o no han salido del patrimonio del Estado, o si salieron fue con posterioridad a la posesión de la finca 'Santa Isabel', que han explotado como baldíos" el demandado y sus antecesores, y propuso la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria, "y en último caso" la agraria de cinco años.

3. La sentencia de primer grado despachó la demanda en forma favorable a la parte actora salvo en lo referente a mejoras, respecto de las cuales resolvió remitirse a los decretos sobre dicha materia, "quedando condicionado el cumplimiento de los puntos anteriores a la resolución de la cuestión de mejoras"; ordenó regular los frutos según el procedimiento del artículo 538 del Código Judicial e impuso las costas al demandado.

4. Apelada esta sentencia por el mismo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la reformó en esta forma:

"Primero. Declárase no probadas las excepciones de prescripción adquisitiva o usucapión (treintenaria, veintenaria y quinquenal o agraria) propuestas por el demandado en este pleito.

"Segundo. Declárase que la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formó don Ruperto Aya con doña María Correa de Aya, es dueña del inmueble de 'Palanquero' o 'Bodegas de Palanquero', que identifica el primer extremo petitorio de la demanda.

"Tercero. Declárase, asimismo, que —como parte integrante del inmueble a que se refiere la anterior declaración— pertenece a la misma sociedad conyugal disuelta e ilíquida Aya-Correa, el predio de Santa Inés, que identifica el segundo extremo petitorio de la demanda.

"Cuarto. Condénase al demandado señor Aristides Martínez, como su actual poseedor material, a restituir a la expresada sociedad conyugal Aya-Correa, representada por los herederos del primero y la cónyuge sobreviviente doña María Correa de Aya, todos los cuales demandan en este juicio, la finca de Santa Inés, a que se refiere la declaración anterior, junto con los frutos naturales y civiles, líquidos producidos o que hubiere podido producir este inmueble con mediana inteligencia y cuidado, de haber estado en poder de los actores, a partir de la fecha de la notificación de la demanda y hasta el día de la restitución.

"Quinto. Declárase que el demandado señor Aristides Martínez tiene derecho a que, previamente a la restitución del inmueble, y mediante las compensaciones a que haya lugar por el valor de los frutos que debe pagar, se le cancele el valor de las expensas y mejoras, de conformidad con lo establecido por los artículos 965 y siguientes del Código Civil; y

"Sexto. Las costas de la primera instancia, son de cargo del demandado. No las hay en la segunda".

5. Ambas partes contendientes han impugnado esta sentencia en casación; las demandas fueron formuladas y replicadas oportunamente, y corresponde ahora decidir.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

El fallo de mérito, como aparece de su parte resolutiva, declara, en favor de los actores, la propiedad del inmueble "Palanquero", y como parte de éste, la de los terrenos llamados "Santa Inés".

6. Se apoya en las siguientes pruebas:

a) Escritura pública número 1261 de 11 de septiembre de 1928, de la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, que contiene la venta que hizo la señora Paulina Faux v. de Liévano al señor Ruperto Aya, de todos los derechos proindiviso que adquirió en las sucesiones de su esposo señor Carlos Liévano y de su hijo Jaime Liévano Faux, vinculados a varios bienes raíces, uno de los cuales es la finca "Palanquero", situada en territorio correspondiente al Municipio de Puerto Liévano, antes Caparrapí, del Departamento de Cundinamarca.

b) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de La Palma, sobre la adjudicación que se le hizo a Ruperto Aya el 31 de agosto de 1928, en el juicio adelantado sobre licencia para vender bienes de incapaces y remate correspondiente, de los derechos que tenían en el mencionado inmueble los menores Paulina, Alicia y Cecilia Liévano Faux, por haberlos recibido en la citada mortuoria del señor Carlos Liévano, en su calidad de herederas del mismo, derechos que con los adquiridos mediante la escritura número 1261, antes referida, integran la propiedad del mismo bien.

c) Certificado del Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, que da fe de haber desaparecido el expediente a que alude el punto anterior, en el incendio del Palacio de Justicia del 9 de abril de 1948. "Con lo cual —dice el fallo— y por cuanto uno de los objetos del registro es el de 'dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos, actos y documentos que deben registrarse...' (art. 2637 del C. C.), aquella certificación resulta suficiente para suplir la desaparecida acta de remate, y por lo tanto, para acreditar legalmente la adquisición que se hizo mediante la subasta".

d) Diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia, con asesoría de peritos, de la cual aparece la identidad tanto de la finca "Palanquero" como del predio "Santa Inés".

7. Sobre la posición asumida por el demandado, dice la sentencia que al comprar las mejoras situadas en los terrenos de la reivindicación, a partir de 1945, lo hizo reconociendo propiedad ajena, ya en favor de "los señores Liévano", ora del "General Ruperto Aya", o bien "de los señores Aya", y concluye que "los causantes de Martínez no estuvieron ocupando como poseedores del suelo sino como simples tenedores, puesto que reconocían dominio ajeno", por lo cual "limitaban sus ventas a sólo las mejoras plantadas, y en las mismas condiciones entraba a ocupar el demandado". Y agrega:

"Posteriormente pudo considerar Martínez que los mencionados terrenos no pertenecían a los actores, como causahabientes de Aya, porque a su juicio, el título en virtud del cual el Estado se los enajenó a sus antecesores en el dominio, no fueron válidos; y por ello demandó ante el Gobierno la correspondiente adjudicación. Pero como esa supuesta nulidad no ha sido declarada, ni en el presente juicio se controvierte cosa distinta al mejor derecho de dominio entre las partes, resulta entonces que la expresada demanda de adjudicación no hace otra cosa que confirmar la ausencia del dominio respecto del suelo que ahora pretende, y que hasta poco antes de iniciarse este litigio buscaba obtener mediante la correspondiente adjudicación.

"Así lo confirma, por lo demás, la misma posición adoptada por él, cuando al contestar la demanda sostuvo su apoderado: 'Me opongo a esta petición por cuanto mi poderdante es dueño exclusivo de las mejoras que hoy constituyen la finca 'Santa Inés', tanto por haberlas plantado directamente y a sus expensas, como por haber adquirido por compras sucesivas, a la posición anterior de los antiguos ocupantes, todo lo cual le ha servido de base para solicitar al Ministerio de Agricultura la adjudicación como terrenos baldíos'. (Fl. 161)".

En síntesis, la sentencia estima reunidos los elementos de la acción reivindicatoria.

8. En cuanto a las excepciones, desconoce la prescripción extraordinaria del dominio, por haberle faltado al poseedor el *animus domini*, puesto que al comprar las mejoras reconoció propiedad de otro sobre los terrenos, y niega asimismo la agraria del artículo 12 de la Ley 200 de 1936, porque este precepto exige buena fe, esto es, convencimiento, al ocupar las tierras, de que éstas son baldías.

9. En lo tocante a la finalidad restitutoria de la controversia, el fallo la condiciona a la previa liquidación tanto de mejoras y expensas como de frutos, en relación con el tiempo corrido después de notificada la demanda, liquidación que debe efectuarse por medio del procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

III

ACUSACION DE LA SENTENCIA

Recurso del demandado

Cuatro cargos componen la impugnación.

Cargo primero.

10. Se invoca el motivo sexto de casación. La demanda lo fracciona así:

a) Se ha incurrido en la causal primera de nulidad contemplada en el artículo 448 del Código Judicial, por cuanto el Juez del Circuito no era competente para conocer del negocio, habida cuenta del interés de la Nación que en él se ha debatido, y a la circunstancia de que Martínez se dirigió al Ministerio del Ramo en demanda de adjudicación de unas tierras *baldías*.

b) Es igualmente nulo el juicio "porque al abstenerse el funcionario de primera instancia de fallar las objeciones propuestas oportunamente contra el dictamen pericial, y luégo, en el fallo de primer grado, de hacer la declaración correspondiente sobre mejoras, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional a través del quebrantamiento directo de los artículos 142, 147, 148, 150, 151, 393, 471, 480, 481 y 720 del Código Judicial así como el 48 de la Ley 153 de 1887, por cuanto se preterm itieron las formalidades propias del juicio ordinario de mayor cuantía".

Se considera:

11. A) Con respecto a la primera parte del cargo, la nulidad procesal por incompetencia del Juez del Circuito para conocer de este negocio, en virtud de que en él tiene parte la Nación, a juicio del recurrente, fue propuesta en la primera instancia y sobre él decidió el Juez en forma negativa según proveído ejecutoriado de 26 de noviembre de 1957 (f. 7 C. 8º); de forma que si la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción no puede alegarse en el caso 2º del artículo 449 del Código Judicial, cuando "habiendo hecho reclamación sobre este punto, se ha declarado improcedente y se ha ejecutoriado tal declaración", carece de fundamento la impugnación que se propone ante la Corte, para que con motivo de una nulidad que no existe se case la sentencia con apoyo en la causal sexta del artículo 520 ibídem, que parte de la base de "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448" del mismo Código.

B) Según esta sección del cargo, "también es nulo el proceso y de procedencia la causal 6ª de casación, porque al abstenerse el funcionario de primera instancia de resolver sobre las objeciones propuestas oportunamente contra el dictamen pericial, y de hacer el mismo juez la declaración correspondiente a mejoras", el Tribunal debió anular la actuación y remitir el expediente al Juez para que en nuevo fallo comprendiese el asunto de las mejoras, de manera que, según la acusación, concurre la misma causal de nulidad y debe casarse el fallo en consecuencia, con fundamento en el susodicho motivo sexto.

En lo que respecta a este planteamiento, de los autos aparece que los demandantes solicitaron la práctica de una inspección ocular con asesoría de peritos, para establecer la identidad de los inmuebles y otros puntos, entre los cuales figuró el concerniente a mejoras. Rendida la prueba fueron objetados los conceptos de uno de los peritos principales y del tercero en discordia, motivo por el cual se abrió articulación, en la cual el juez decidió abstenerse de fallar sobre las objeciones por considerar que la referida materia es de competencia de los funcionarios del Trabajo, de acuerdo con el Decreto número 186 de 1956 (f. 52 C. 8º).

Tal providencia fue notificada y no consta que se hubiese introducido contra ella recurso alguno, y en armonía con ella la sentencia de primer grado dispuso:

"6º Lo relativo a mejoras no se resuelve por razón de los Decretos conocidos sobre mejoras, a los cuales el Juzgado se remite. Oportunamente se compulsará copia de lo conducente para los efectos legales, quedando condicionado el cumplimiento de los puntos anteriores a la resolución de la cuestión mejoras".

Apelada la sentencia, el fallo del Tribunal ordenó lo siguiente sobre dicha materia:

"Quinto. Declárase que el demandado señor Aristides Martínez tiene derecho a que, previamente a la restitución del inmueble, y mediante las compensaciones a que haya lugar por el valor de los frutos que debe pagar, se le cancele el valor de las expensas y mejoras, de conformidad con lo establecido por los artículos 965 y siguientes del Código Civil".

De lo cual se sigue que el juez no dejó de resolver sobre el punto de que se trata, respecto del cual el Tribunal, por apelación de la propia parte demandada, reformó al respecto la sentencia, reconociendo a lo mismo las mejoras puestas en el inmueble y ordenando que el importe de ellas y los frutos que debe satisfacer el poseedor vencido deben ser materia de compensaciones previas a la restitución del bien reivindicado.

Por donde se ve la imposibilidad de que hubiese ocurrido tal hecho generador de nulidad del juicio, de los previstos en el artículo 448 del Código Judicial, y por tanto la improcedencia del cargo con invocación de la indicada causal sexta de casación.

Cargo cuarto.

12. Lo sustancial del cargo primero se incorpora a la demanda de casación, al amparo de la causal primera.

Lo cual quiere decir que vuelve a aparecer la cuestión de *mejoras*, "en cuanto a la legalidad de ese pronunciamiento, ya que el sentenciador a pesar de haberse ejecutoriado el auto en que el juez de primera instancia se abstenía de fallar el incidente sobre objeciones a un dictamen peri-

cial, resuelve en segundo grado, todo lo tocante a este punto fundamental del juicio".

Así que vista en el primer cargo la improcedencia de las nulidades alegadas en casación, con apoyo en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, por las razones entonces dadas, no se ve cómo el haber fallado el Tribunal sobre las mejoras ejecutadas por el demandado —por cierto en favor de él, ya que al efecto lo califica de poseedor de buena fe y manda que el valor de ellas participe en las compensaciones con el valor de los frutos que debe restituir—, no se ve, se repite, cómo tal decisión pueda vulnerar directa, o indirectamente, por errores de hecho o de derecho en la estimación de pruebas, los artículos 466, 722, 724, 730 del Código Judicial, 739, 964 y 966 del Código Civil, que el recurrente señala como violados.

Segundo cargo.

13. Este cargo no puede ser tomado en consideración, porque no reúne los requisitos señalados en el artículo 531 del Código Judicial y definidos y precisados en constante doctrina, o en otros términos, porque se prescinde en él de la técnica de este recurso extraordinario. En efecto:

La acusación se refiere a diversas materias del problema controvertido, a distintos aspectos de la sentencia de mérito, y amenazando cita la causal primera de casación, como sustento preliminar del cargo y afirma que la violación es indirecta, no dice si por error de hecho o de derecho en el examen de las pruebas; y sin embargo de parecer más adelante que se trata de error de derecho, no cita disposiciones de orden probatorio, cuyo desconocimiento hubiese podido llevar al sentenciador a la apreciación errónea de las pruebas y consiguientemente a la violación de la ley sustantiva, que cita en conjunto, pero sin puntualizar el por qué del quebranto.

Señala como preceptos agraviados los artículos 675, 746, 764, 768, 780, 946, 950, 952, 965, 968, 970, 2528 y 2529 del Código Civil, "por no darles el valor o significado legal a unas pruebas recogidas en el expediente y también por haber hecho de otras una apreciación que no les corresponde", expresiones éstas confusas para expresar la especie de errores en que haya podido incurrir el fallo en la apreciación de las probanzas.

Agrega que "el sentenciador pasó por alto el contenido de los artículos 44, 70 a 76, 79 a 80 del Código Fiscal y de las disposiciones que lo adicionan, el artículo 2º de la Ley 45 de 1917, los artículos 9º a 13 de la Ley 71 de 1917 y los artículos 10 y 12 de la Ley 119 de 1919", pero sin indicar si ello se debe a violación directa o indirecta, y en este caso cuáles los elementos probatorios correspondientes.

Manifiesta que "tampoco tuvo en cuenta el fallo los preceptos de la Ley 97 de 1946, en cuanto al trámite administrativo de la adjudicación", y además que "el Tribunal no interpretó ni aplicó la Ley 200 de 1936, al no haber tenido en cuenta en la estimación de los títulos, los artículos 1º, 3º y 4º", todo lo cual es impreciso, oscuro, puesto que no se sabe si las aludidas infracciones legales se deben a error de hecho o de derecho en la apreciación de los títulos, y en este último caso cuáles las prescripciones de la ley sobre pruebas, desatendidas por el Tribunal.

En el desarrollo del cargo, dice la acusación que "existe error en la apreciación de la demanda y de la contestación", sin calificar tampoco el error ni determinar en qué consiste, ni exponer la incidencia del error —en caso de existir— en la decisión de la litis. En este camino agrega que el sentenciador "no estudió la demanda y la contestación, porque no les dio el mérito legal que les atribuye el artículo 593 del Código Judicial" —que es disposición adjetiva—; pero, si como aparece en este punto, el cargo es por *error de derecho*, no se aviene a citar el texto de la tarifa probatoria, cuyo quebranto hubiese conducido al sentenciador a violar la ley sustancial.

Desenvuelve luégo una forma de alegación de instancia, ajena al recurso extraordinario, sin ligamento con la causal de casación invocada. Y así expone sobre la titulación exhibida por los actores, la posesión del demandado, el alcance de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 200 de 1936 y la necesidad de haber traído al juicio la prueba de que el dominio de la finca se desprendió del patrimonio nacional.

Para pasar luégo a tratar de la identidad de la misma, de la cual afirma que no fue establecida, y amenazando alaba los dictámenes periciales rendidos en las inspecciones oculares verificadas, una vez más sin puntualizar la clase de errores cometidos, olvida que la identidad del inmueble aparece aceptada por el mismo demandado en la contestación de la demanda y en el hecho de haber opuesto, sin reserva alguna, la usucapión del mismo bien, en sus formas extraordinaria y agraria.

14. Un cargo así concebido, apoyado en la causal primera, no es en verdad cargo en casación, recurso creado, no para enmendar agravios de orden particular, sino para velar primordial-

mente por la integridad de la ley, que es voluntad soberana de la Nación. Porque el cargo debe ser preciso, exacto, claro e inequívoco en todo: al anunciar la especie de violación de la ley sustantiva (directa o indirecta), como al indicar la modalidad que cada una de estas especies asuma en la impugnación: si por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea de la ley sustantiva; de la misma manera, al calificar los errores —si de hecho o de derecho— con el señalamiento de las pruebas respecto de las cuales el error se produjo, pero no en conjunto sino singularizadas y citando la disposición de índole probatoria infringida a causa del yerro de valoración, si se trata de error de derecho, así como la demostración de la incidencia del error en la sustancia de la litis y del quebranto sufrido por los textos legales sustantivos, los cuales han de citarse individualmente y no en globo ni en tropel. Sólo así podrán los abogados en casación corresponder a la misión que se les confía de colaborar en la guarda de la ley y el perfeccionamiento de la doctrina, y sólo así el opositor en el recurso puede combatir el cargo y la Corte decidir sobre él.

Tercer cargo.

15. Dice que el Tribunal "violó el artículo 329 del Código Judicial cuando desestima la excepción de prescripción: la de cinco años a que se refiere el artículo 12 de la Ley 200 de mil novecientos treinta y seis (1936); las que pueden y deben deducirse de lo preceptuado en los artículos 3º y 4º de la misma ley, en concordancia con los artículos 2521 (sic) y siguientes del Código Civil. Esto significa no haber apreciado las pruebas que acreditan la posesión según el artículo 632 del Código Judicial y 1759 del Código Civil, como lo son las mismas diligencias administrativas adelantadas con ocasión de la solicitud formulada por mi poderdante, y con base en las cuales se presentó la demanda ordinaria que es objeto de esta controversia, y las demás diligencias que figuran en el expediente con las que se demuestra dicha posesión al tenor de los artículos 724 y 730 del citado Código Judicial. Además menospreció la prueba testimonial que es uniforme y completa sobre el particular, y que debía tratarse conforme a los artículos 697 y 702 del mismo Estatuto".

El resto del cargo se dedica, en parte, a alegar como si se tratase de instancia, y también a atacar el fallo por el aspecto del derecho invocado por los actores: "... y lo que es más —dice— que el demandante no ha establecido ninguno de los hechos necesarios para desconocer aquella posesión, o sea: a) Título originario del Estado; b) Título traslaticio de dominio otorgado con antelación al once de octubre de mil ochocientos veintiuno. Por si fuera esto poco, el Tribunal tampoco ha aplicado en ausencia de tales títulos, el artículo 4º de la Ley 200 de 1936, en relación con el ocupante vencido en juicio reivindicatorio, otorgándole los derechos allí reconocidos al poseedor de terrenos baldíos".

Se considera:

16. Dentro de la confusión de este párrafo se vislumbra que el cargo es por violación de la ley sustancial a través de errores en la apreciación de las pruebas referentes a la posesión, lo que condujo al sentenciador a negar la prescripción de cinco años del artículo 12 de la Ley 200 de 1936. Aunque insiste en no especificar los errores, parece que son de hecho pues habla de "no haber apreciado las pruebas que acreditan la posesión"; pero como agrega que esta posesión está acreditada según los artículos 632, 724 y 730 del Código Judicial y 1759 del Código Civil, y además que el sentenciador "menospreció la prueba testimonial que es uniforme y completa sobre el particular", la cual "debía tratarse conforme a los artículos 697 y 702 del mismo estatuto", preceptos todos de la tarifa probatoria, da a entender, sin embargo, que el error o los errores son de *derecho*. Tal ambigüedad invalida la acusación.

17. Dejando a un lado el cargo, la Corte expone desde el ángulo doctrinario y respecto a algunos puntos a que se refiere el recurrente:

a) Se trata de un litigio entre particulares. Por tanto, el problema de la reivindicación se plantea en torno a la prueba de un mejor derecho, en la cual entran en juego los títulos inscritos del reivindicador, y respecto del demandado, la posesión, aparte de los títulos que tuviere, sin que sea indispensable que en la titulación del primero figure el documento originario emanante del Estado.

b) Si la disputa se hubiese trabado entre la nación y un particular, tampoco sería de forzosa presentación el título originario, porque el artículo 3º de la Ley 200 de 1936 —ordenamiento para resolver exclusivamente las controversias sobre el suelo, entre la Nación y los particulares— acepta para ello, en favor de éstos, no sólo el título originario sino también la cadena de títulos por el lapso de veinte años, contados hacia atrás desde el día en que entró a regir la

citada ley (8 de abril de 1937), de modo que si la titulación privada comprende este término, no se le exige al interesado ascender hasta el eslabón primitivo.

c) El artículo 1º de la Ley 200 tampoco está llamado a participar en la solución de los conflictos entre particulares. Lo ha dicho la Corte en Casación de junio 22 de 1956 (LXXXIII. 2169. 69), pues aquella norma fija la posición jurídica entre la nación y los colonos, al punto de que erige en *ocupación*, con todas las consecuencias que este modo de adquirir comporta, la posesión económica de la tierra baldía.

d) La nueva forma de adquisición del suelo rural, consagrada en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, sí es aplicable a las contiendas entre particulares; implica un paso de perfeccionamiento y a la vez de retroceso frente a la usucapión extraordinaria, y reposa en la posesión de buena fe del colono. La sentencia de mérito considera excluída la buena fe, con fundamento en que las escrituras de compra que de las mejoras hizo Martínez, aparece la declaración de éste, de tratarse de terrenos *pertenecientes* a los demandantes o a sus antecesores, declaración contraria a aquel elemento de la usucapión agraria del citado artículo 12.

Por lo expuesto la sentencia queda en firme en lo tocante al recurso de la parte demandada.

RECURSO DE LA PARTE ACTORA.

18. Formulan los demandantes el cargo de violación de los artículos 768, 769, 964, 966 y 969 del Código Civil, por haberlos aplicado "a un hecho inexistente", y los artículos 963, 964 y 966 *ibídem*, por no haberlos aplicado al pleito, y ello por la vía de los errores de hecho cometidos en el examen de algunas pruebas que demuestran manifiestamente la mala fe del demandado, de modo que el haberlo tratado la sentencia de segunda instancia como de buena fe, contraría la verdad manifiesta resultante de dichas pruebas.

Estas son las cláusulas correspondientes de las escrituras públicas que contienen los contratos de compra que celebró Martínez con algunos dueños de mejoras plantadas en los terrenos de Santa Inés, cláusulas en las cuales el demandado, al aceptar los expresados instrumentos, consintió en el hecho de que las tierras mejoradas eran de propiedad de los demandantes; así como también la respuesta que Martínez dio, al absolver posiciones en la primera instancia, en la cual confesó igualmente que la tierra pertenecía al general Aya, uno de los antecesores de la parte actora.

El fallo no hace referencia a dichas probanzas.

Se considera:

19. La sentencia del recurso, al dar al demandado tratamiento de poseedor de buena fe, aplicó llanamente la presunción legal que consagra el artículo 769 del Código Civil, sin consideración alguna relativa a los elementos procesales, con los cuales la parte actora entiende desvirtuada aquella presunción. Pero, no por haber guardado silencio sobre este punto el Tribunal, puede en casación deducirse que el acervo probatorio hubiese pasado inadvertido para él. Y aunando así fuere y se insinuare en principio un error de hecho, si del proceso no aparece plena demostración de mala fe — única forma de desquiciar la presunción del artículo 769— a nada conduciría la casación.

20. La prueba que en concepto del recurrente establece la mala fe del demandado, estaría contenida en los citados instrumentos y en la contestación a una pregunta que le fue formulada en posiciones por los demandantes. Según estos documentos, Martínez reconoció que las parcelas sobre las cuales se hallaban las mejoras que compró pertenecen a los actores o a los causantes de éstos.

Sin embargo, comprar mejoras en suelo ajeno, reconociendo explícitamente este hecho, y tratándose, por otra parte, de mejoras que venían siendo realizadas de tiempo atrás por diferentes personas, sin ninguna oposición de los dueños de los terrenos, no es elemento de juicio que permita establecer mala fe en quien compra y aun planta nuevas mejoras.

Porque más parece revelar esa tranquila sucesión de ejecutores, tradentes y adquirentes de mejoras —a partir de 1938, de acuerdo con las escrituras aducidas por los mismos actores— el consentimiento implícito de los titulares de la tierra a tal estado de cosas, consentimiento a que alude el artículo 739 del Código Civil con la expresión "a ciencia y paciencia del dueño del terreno". Siendo ello así, no puede tildarse de mala fe a quienes sembraron, plantaron y edificaron en dichas circunstancias, como tampoco a Martínez, por haber reconocido al comprar las mejoras que la tierra tenía otros dueños. Por el contrario, el reconocimiento demuestra que Martínez no pretendía lo ajeno, tal vez para corresponder, con sus tradentes a un tiempo, al hecho de haber tolerado los propietarios de los terrenos que otros los labrasen.

El segundo inciso del citado artículo 739, al disponer que en la situación que contempla será

obligado el dueño del suelo, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, sin ordenar que al poseedor se le aplique la norma sobre buena o mala fe a que remite el primer inciso, está proclamando que no puede existir mala fe en quien trabaja lo ajeno contando con la aquiescencia del propietario. Mal puede oponerse, por tanto, a la presunción del artículo 769 una situación que es justamente de buena fe por basarse en la voluntad implícita o presunta del dueño de la tierra. Tal situación es la del caso presente, ya que se apoya en el asentimiento del dueño, pues las mejoras venían desde el año de 1938, según consta en los instrumentos traídos por la parte demandante, y Martínez compró en los años de 1945, 1947 y 1950, habiendo sido demandado al cabo de no pocos años de labores.

En consecuencia, si para el sentenciador pasaron inadvertidos los reconocimientos por parte de Martínez, de la propiedad de los actores sobre la tierra, la suerte del recurso en nada variaría, porque en fallo de instancia tal sería el juicio de la Corte.

Por lo cual no existe el error de hecho alegado, que ha de ser tal en casación que imponga con certeza indestructible la conclusión contraria.

En virtud de lo dicho tampoco procede el recurso de la parte actora.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha ocho (8) de agosto de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por la sucesión de Ruperto Aya contra Aristides Martínez.

Sin condena en costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DOMINIO

La identificación del bien que se reivindica hecha sobre planos topográficos, y no sobre el terreno mismo, es inadmisible. Dictamen pericial. Requisitos que debe llenar para asignarle plenitud probatoria.

1. Uno de los elementos integrantes de la acción de dominio es la identidad del bien que se reivindica, es decir, la correspondencia de la cosa singularmente señalada en la demanda y en el título respectivo con la que posee el demandado. La Corte tiene repetido que la identificación de un bien puede establecerse mediante la inspección ocular con peritos o testigos, que es la prueba más adecuada para este efecto, (Cas. de octubre 24 de 1940, L. 1964, 394), pero que también es posible efectuarla con el solo dictamen pericial (LXXII - 2116, 559), por medio de la prueba testimonial (Cas. octubre 22 de 1954 - LXXVIII, 937) y aun mediante la admisión o la confesión del demandado (Cas. junio 22 de 1956 - LXXXIII 2169, 71).

La identificación de un predio no consiste sólo en fijar el lugar en que está localizado, sino también en recorrerlo y en examinar y determinar sus contornos o linderos sobre el propio terreno, haciendo la debida confrontación de esos linderos con los expresados en la demanda y en los títulos para llegar al convencimiento de que ese inmueble corresponde con el que posee el demandado. (Al respecto puede verse la casación de 27 de mayo de 1953, LXXV - 2120, 188, e igualmente la de 23 de mayo de 1945, LIX - 2019, 114).

A la anterior podrían agregarse otras citas de la jurisprudencia para poner de presente que en materia de reivindicación de inmuebles la Corte nunca consideró admisible y convincente la identificación del bien respectivo hecha, no sobre el terreno mismo y por percepción inmediata y directa de quien narra, confiesa o practica el acto, sino sobre meros títulos, planos u otros documentos que sólo contienen la descripción o el diseño del predio. El presupuesto del dominio que implican los procesos de esta índole requiere plena prueba sobre la determinación y singularización precisas del respectivo bien y no se concilia en modo alguno con datos abstractos, ambiguos y más o menos aproximados sobre su identidad, que no tendrían más valor que el de simples indicios.

2. La peritación a que el artículo 232 del Código Judicial le asigna plenitud demostrativa es aquella en que concurren estos requisitos: primero, provenir de dos peritos; segundo, ser uniforme; tercero, versar sobre hechos sujetos a los sentidos y apreciados directamente por ambos expertos; cuarto, ofrecer plena certeza en sus conclusiones. Cuando los peritos rinden un solo dictamen, lo ordinario es que éste sea uniforme; pero si se separan y emiten sendos conceptos, hay que buscar la uniformidad en los hechos examinados y en las conclusiones inferidas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, D. E., agosto catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava).

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de abril de 1959, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio ordinario de reivindicación de los señores Raúl, María Luisa, Mercedes Susana y Josefina Jimeno contra la entidad llamada "Magdalena Fruit Company".

ANTECEDENTES

1) Por la escritura número 10, extendida en la Notaría Primera de Santa Marta el 10 de febrero de 1877, la señorita Catalina Munive vendió al señor Virginio D'Andréis un fundo rustico denominado "Isla de Santa Ana" o hacienda de "El Chorro", ubicado en jurisdicción de Pueblo viejo, Departamento del Magdalena, y alindado así: "El rio de la Fundación de San Sebastián, dividido en dos brazos nombrados 'Río Ají' y 'Pancú', que derraman en la Ciénaga Grande". La venta del inmueble y de unos semovientes se hizo en $ 28.610.00, precio que el comprador quedó debiendo con un plazo de año y medio y con hipoteca sobre el mismo bien. Esta escritura se inscribió el 10 de marzo de 1877 en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Santa Marta, así como también quedó inscrita el 12 de marzo del mismo año en el Libro Corriente (sic) de la Oficina de Registro de Ciénaga.

2) Por la escritura número 159, otorgada en la Notaría Segunda de Barranquilla el 29 de julio de 1878, los señores Virginio D'Andréis y Catalina Munive acordaron declarar resuelto el contrato de compraventa que habían celebrado antes sobre el predio "Isla de Santa Ana" o hacienda de "El Chorro", volviendo este inmueble al dominio de la señorita Munive. Esta escritura aparece inscrita así: en el Libro Segundo de la Oficina de Registro de Barranquilla el dos de julio de 1878; en el Libro Respectivo (sic) de la Oficina de Registro de Santa Marta el seis de julio de 1878, y en el Libro Respectivo (sic) de la Oficina de Registro de Ciénaga el nueve de julio de 1878.

3) Por la escritura número 167, pasada ante el Notario Primero de Santa Marta el 22 de diciembre de 1899, se protocolizó al juicio mortuorio de la señorita Catalina Munive, juicio en que se adjudicó al heredero Ramón B. Jimeno en la summa de $ 1.000.00 el siguiente inmueble: "Un terreno que tiene alguna extensión, demarcado por los linderos siguientes: 'Por el Oeste, el río Viejo de la Fundación y las tierras que nombran de San Matías, que fueron de la señora Manuela Mazo; por el Norte, la laguna del pueblo Ciénaga; por el Nordeste, el caño de Los Ingleses y tierras nombradas Aracataca que pertenecieron a don Basilio García". Este instrumento fue inscrito en el Libro Primero de las Oficinas de Registro de Santa Marta y de Ciénaga el 23 de diciembre de 1899 y el 13 de junio de 1910, respectivamente, y la hijuela del señor Jimeno en el Libro de Causas Mortuorias de la citada Oficina de Ciénaga el 24 de junio de 1940.

4) Por la escritura número 967, corrida en la Notaría Segunda de Bogotá el dos de julio de 1910, el señor Ramón B. Jimeno vendió a la sociedad anónima llamada "United Fruit Company", domiciliada en los Estados Unidos de Américes y con negocios permanentes en Colombia, el siguiente inmueble: Un terreno denominado "Santa Ana", situado en el Corregimiento de Aracataca, Municipio de Pueblo viejo, del Departamento del Magdalena, terreno que adquirió por herencia de la señorita Catalina Munive y que tiene una extensión aproximada de 7.600 hectáreas poco más o menos, pero que transfiere como cuerpo cierto por estos linderos: "Por el costado Oeste, con el terreno llamado 'El Bongo'; por el costado Norte, con terrenos llamados 'Gavilán' y 'Mientrastanto'; por el costado Este, con terrenos llamados 'La Concepción', 'Teobromina' y 'Las Flores', y por el costado Sur, con terrenos de San Matías, río Fundación de por medio".

Aparece que esta escritura fue inscrita en Libro Segundo de la Oficina de Registro de Bogotá el cinco de julio de 1910 y en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Aracataca el 26 de julio de 1915.

5) El señor Ramón B. Jimeno falleció en Bogotá el siete de septiembre de 1919, dejando un testamento cerrado en que instituyó herederos universales a sus hijos María Luisa, Carmen Reparado, Mercedes Susana, Josefina y Raúl Jimeno.

6) Por la escritura número 186, otorgada en la Notaría Primera de Santa Marta el 13 de junio de 1934, la "United Fruit Company" le trasfirió en venta varios inmuebles a la sociedad llamada "La Magdalena Fruit Company", con domicilio principal en el Estado de Delaware, Estados Unidos de América, y con negocios en Colombia.

Entre los predios vendidos figura el siguiente que la sociedad vendedora había por compra al señor Ramón B. Jimeno: "Un terreno denominado Santa Ana, que consta de siete mil seiscientas (7.600) hectáreas, aproximadamente, de las cuales algunas hectáreas están cultivadas de bananos, otras de pastos y el resto se halla inculto, terreno situado hoy en el Corregimiento del Bongo, Distrito de Aracataca, antes Corregimiento de Aracataca del Distrito de Pueblo viejo, con estos linderos: 'Por el Norte, terrenos llamados de Gavilán y Mientrastanto; por el Este, terrenos denominados La Concepción, Teobromina y Las Flores, todos de la United Fruit Company; por

el Oeste, terrenos denominados de El Bongo, y por el Sur, terrenos de San Matías, río de Fundación de por medio". También fueron objeto de la venta un fundo llamado "Corralito" y varias porciones que formaron antes otro predio denominado "Las Flores", localizados en el mismo Distrito de Aracataca. Este instrumento fue inscrito en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Ciénaga el 20 de junio de 1934.

EL LITIGIO

El 25 de junio de 1940 los señores Raúl, María Luisa, Mercedes Susana y Josefina Jimeno, obrando por medio de apoderado y como herederos de Ramón B. Jimeno, demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Santa Marta a la sociedad llamada "La Magdalena Fruit Company" para que, previo un juicio ordinario, se hicieran en la sentencia respectiva las declaraciones siguientes:

"Primera. Que la sucesión del señor Ramón B. Jimeno, vecino que fue del Municipio de Bogotá en donde falleció, representada hoy en esta acción por mis mandantes en calidad de herederos, es dueña de la finca rural denominada antes Isla de Santa Ana o Hacienda del Chorro, hoy Santa Ana, ubicada antes en jurisdicción del Municipio de Pueblo viejo, hoy en el de Aracataca, Departamento del Magdalena, comprendida dentro de los siguientes linderos: el río de la Fundación de San Sebastián, dividido en dos brazos nombrados río Ají y Paneú que derraman en la Ciénaga Grande. De esta acción declaratoria o petitoria excluyo las dos porciones siguientes, sin que ello signifique que sobre ellas reconozcan mis mandantes dominio ajeno: la una comprendida por los linderos que a continuación expreso: desde un punto situado sobre el río de Los Ingleses o de Las Playitas, a veintiséis kilómetros trescientos setenta metros lineales tomados desde el sitio en que el río Fundación se abre en los dos brazos llamados Paneú y río Fundación; siguiendo hacia abajo el curso del río de Los Ingleses o de Las Playitas hasta su desembocadura en la Ciénaga Grande; por el otro costado dicha Ciénaga hasta donde en ella desemboca el río Fundación; por este río, aguas arriba, hasta un punto situado a veintiséis (26) kilómetros cuatrocientos sesenta metros (460 m.) del sitio en que el río Fundación se bifurca para formar el río de Los Ingleses y el río Fundación; de aquel punto, volviendo a la izquierda, en línea recta de siete mil ciento diez metros (7.110 m.) de extensión y N. 8º 30' W., hasta encontrar una línea recta de siete mil doscientos noventa metros (7.290 m.) y dirección N 77º 30' E.; de tal intersección se vuelve a la derecha por la línea últimamente descrita hasta llegar al punto de partida. La otra porción de terreno excluído deslinda así: del paso de Los Indios sobre el río Fundación, línea recta a la desembocadura de la quebrada Macaraquilla en el río de Los Ingleses; éste aguas abajo hasta un punto situado sobre dicho río a doce (12) kilómetros seiscientos (600) metros lineales; se vuelve a la izquierda sobre una línea de tres mil ochocientos setenta metros (3.870 m.) y dirección N. 70º 00' E.; de allí se sigue una recta de tres mil quinientos diez metros (3.510 m.) y dirección N. 16º 00' E., hasta encontrar el río Fundación, y éste aguas arriba hasta el punto de partida, que es el paso de Los Indios.

"Segunda. Que por tanto se condene a la Compañía demandada a restituír a la sucesión del señor Ramón B. Jimeno o a sus herederos demandantes la finca Santa Ana, tal como se deslindó en el capítulo anterior, con prescindencia de las dos porciones de terreno que quedan excluídas en el anterior pedimento.

"Tercera. Que la sociedad demandada está obligada a restituír a la sucesión del señor Ramón B. Jimeno o a sus herederos los frutos naturales o civiles del inmueble reivindicado, y no solamente los percibidos sino los que la sucesión demandante y su causante o sus herederos hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo los bienes en su poder; y para el caso de que tales frutos no existan, que está obligada a pagar el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción, todo con referencia a la totalidad del lapso durante el cual la Compañía demandada ha estado en posesión de los bienes de que se trata".

Los hechos en que se apoyan las pretensiones anteriores pueden compendiarse así:

1º El señor Ramón B. Jimeno adquirió por herencia de Catalina Munive una finca rural denominada "Isla de Santa Ana" o "Hacienda del Chorro", hoy Santa Ana, situada en jurisdicción del Municipio de Pueblo viejo, hoy en el de Aracataca, Departamento del Magdalena, por los linderos siguientes: el río de la Fundación de San Sebastián, dividido en dos brazos nombrados Ají y Paneú que derraman en la Ciénaga Grande.

2º La causante Catalina Munive había adquirido el inmueble expresado por transmisión que de su dominio le hizo el señor Virginio D'Andréis, conforme a la escritura número 159, extendida en la Notaría Segunda de Barranquilla el 29 de junio de 1878.

3º El señor Virginio D'Andréis hubo el mismo predio por compra que hizo a la nombrada Catalina Munive mediante la escritura número 10, corrida en la Notaría de Santa Marta el 10 de febrero de 1877.

4º "La sociedad denominada Magdalena Fruit Company, domiciliada en Delaware, Estados Unidos de América, posee sin título una porción de la finca adjudicada al señor Ramón B. Jimeno en la sucesión de Catalina Munive y tal porción tiene los siguientes linderos: del punto en que se bifurca el río Fundación en dos brazos llamados río Fundación y río Pancú o de Los Ingleses o de Las Playitas, se sigue aguas abajo este río hasta un punto situado a veintiséis (26) kilómetros cuatrocientos sesenta metros (460) lineales sobre el mismo río de Los Ingleses; se vuelve a la izquierda con rumbo N. 77º 30' E. sobre una recta de siete mil doscientos noventa metros (7.290 m.) de extensión, o sea hasta encontrar otra línea recta de siete mil ciento diez metros (7.110 m.), aproximadamente, que tiene un rumbo N 8º 30' W; se vuelve sobre esta línea recta hasta encontrar el río Fundación, a veintiséis kilómetros cuatrocientos sesenta metros, aproximadamente, contados desde el punto en que se bifurca el río Fundación en los dos brazos ya nombrados, y del extremo de esa recta N. 8º 30' W., se sigue hacia arriba el río Fundación hasta el punto de partida".

5º El señor Ramón B. Jimeno otorgó testamento el 17 de agosto de 1917 y en él instituyó herederos universales a sus hijos Raúl, María Luisa, Mercedes Susana y Josefina Jimeno.

6º El testador Jimeno falleció en esta ciudad y sus hijos aceptaron la herencia.

La demanda fue admitida y se pasó en traslado a "La Magdalena Fruit Company" el dos de julio de 1940. Esta Compañía la contestó por conducto de su apoderado y en la respuesta aceptó unos hechos, negó otros, entre ellos el cuarto, y se opuso a las declaraciones pedidas.

La misma Compañía alegó la excepción de prescripción ordinaria y extraordinaria y denunció el pleito a la United Fruit Company, y ésta hizo a su turno otras denuncias.

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Juez de la causa pronunció el fallo de 21 de septiembre de 1948, en el cual se absolvió a la entidad demandada, se ordenó cancelar la inscripción de la demanda y se denegó la condena en costas.

LA SENTENCIA ACUSADA

La parte demandante se alzó contra el fallo de primer grado y en virtud de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, después de recibir algunas pruebas, dictó la sentencia de 25 de abril de 1959, por la cual se revocó la apelada y en su lugar se dispuso:

"1º Declarar, como en efecto declara, que la sucesión del señor Ramón B. Jimeno, vecino que fue de Bogotá, D. E., en donde falleció representada hoy en este juicio por los actores en calidad de herederos, quienes constituyen apoderado especial, es dueña, en parte, del predio rural denominado antes 'Isla de Santana' o 'Hacienda del Chorro', hoy finca de 'Santa Ana', ubicada en el Municipio de Aracataca, de este Departamento, alinderada así: el río de la Fundación de San Sebastián dividido en dos brazos nombrados Ají y Pancú que derraman en la Ciénaga Grande.

"2º Condenar, como en efecto condena, a la Magdalena Fruit Company, sociedad anónima extranjera domiciliada en Delaware, Estados Unidos de América, a restituir a la sucesión de Ramón B. Jimeno, o a sus herederos demandantes, los siguientes lotes pertenecientes a la finca 'Santa Ana', cuya posesión tiene:

"a) Un globo de terreno de 3.200 hectáreas aproximadamente, con estos linderos: desde el punto donde el río Fundación se divide en dos brazos llamados 'Fundación' o 'Ají' y río de 'Los Ingleses', 'Pancú' o de 'Las Playitas'; desde este punto de bifurcación, siguiendo aguas abajo el brazo denominado 'Pancú' de 'Los Ingleses' o 'Las Playitas', hasta el sitio donde la quebrada de Macaraquilla desemboca en ese brazo; de este sitio de desembocadura de la quebrada Macaraquilla, siguiendo una línea recta hasta encontrar el punto llamado 'El Paso de los Indios', en el brazo denominado 'Fundación' o 'Ají'; de este sitio —Paso de los Indios— aguas arriba dicho brazo 'Fundación' o 'Ají', hasta encontrar el punto de partida, o sea la bifurcación en los dos brazos de 'Fundación' y 'Los Ingleses', o 'Pancú' o 'Las Playitas'.

"b) Un segundo globo de terreno de 3.000 hectáreas aproximadamente, comprendido entre los mismos dos brazos de bifurcación del río Fundación, deslindado así: se toma como punto de partida un lugar situado sobre el río de 'Los Ingleses', 'Pancú' o 'Las Playitas', a una distancia de 26 kilómetros y 370 metros lineales, medidos a partir del punto de bifurcación del río Fundación, ya conocido; se sigue el brazo de 'Los Ingleses', aguas arriba, hasta encontrar otro punto que dista 12 kilómetros 800 metros lineales del sitio donde la quebrada Macaraquilla desemboca en dicho brazo de 'Los Ingleses'; de

este punto se vuelve a la derecha sobre una línea recta de 3.870 metros y dirección Norte 70º W., hasta encontrar la intersección de otra línea recta; de allí se sigue esta otra línea recta de 3.510 metros y con dirección Norte 16º E., hasta encontrar el brazo llamado 'Fundación'; de este punto, siguiendo aguas abajo ese brazo, hasta llegar a otro punto situado a 26 kilómetros 460 metros de la bifurcación tantas veces mencionada; de este sitio, volviendo a la derecha, en línea recta de 7.110 metros de extensión y dirección Norte 8º 30' W., hasta encontrar otra línea recta de 7.290 metros y dirección Norte 77º 30' Este; siguiendo esta línea recta hasta alcanzar el punto de partida.

"3º Condenar, como al efecto condena, a la Magdalena Fruit Company, S. A., a restituir a la sucesión de Ramón B. Jimeno o a sus herederos, los frutos naturales y civiles en lo que respecta a los lotes o globos de tierra materia de la restitución, y no solamente los percibidos sino los que la sucesión demandante y su causante o sus herederos hubiesen podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes en su poder, de conformidad con el artículo 964 y pertinentes del Código Civil; pero asimismo la parte actora queda obligada al pago de mejoras, de acuerdo con lo que sobre 'prestaciones mutuas' establece el Código Civil y disposiciones legales pertinentes.

"Parágrafo. El cumplimiento de lo anterior se hará de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial.

"4º Para el cumplimiento del presente fallo en lo referente a la restitución de inmuebles, se tendrán en cuenta los planos de Maz, aceptados por ambas partes en la diligencia de inspección ocular que sirvió de base a los peritos de segunda instancia para sus respectivos dictámenes.

"5º No prosperan las excepciones de prescripción, ordinaria y extraordinaria propuestas por la parte demandada en su favor.

"6º No se hace condena en costas.

"7º Cancélese la inscripción de la demanda y regístrese la sentencia".

La motivación de este fallo ofrece varias consideraciones que conviene recordar.

La sentencia encuentra debidamente establecida la personería de las partes y anota que en este juicio se ventila una acción reivindicatoria, cuyos elementos integrantes son: identidad entre el bien que se reivindica y el que posee el demandado, cosa singular, posesión del propio demandado y dominio del actor sobre el mismo bien.

Recuerda que por la escritura número 10 de 10 de febrero de 1877 la señorita Catalina Munive le vendió a Virginio D'Andréis el fundo llamado "Isla de Santa Ana" o hacienda de "El Chorro", que luego la Munive y D'Andreis resolvieron ese contrato de compraventa y que más tarde en la sucesión de aquélla se adjudicó a Ramón B. Jimeno el citado predio de "Isla de Santa Ana". Transcribe varios pasos de los dictámenes periciales recibidos en primera y segunda instancia y dice que, de acuerdo con tales pruebas, que son plenas según el artículo 722 del Código Judicial, se halla demostrado que "es una misma la heredad que fue del dominio de la señorita Munive y la que pasó al patrimonio del señor Jimeno por herencia, a pesar de que en el título que acredita el señorío del inmueble respecto de aquélla, aparecen los ríos Pancú y Ají y en el de éste se habla del caño de Los Ingleses y el río Fundación, puesto que los técnicos con medios idóneos razonan en términos aceptables para afirmar que aquellas corrientes —Pancú y Ají— son las denominadas en la hijuela río de Los Ingleses y río Fundación". Agrega el fallo que "no cabe la menor duda que la hacienda de la Isla de Santa Ana, llamada de 'El Chorro', materia de los contratos entre Catalina Munive y Virginio D'Andréis, es la misma que heredó Ramón B. Jimeno, a pesar de la discrepancia de sus linderos".

Alude la sentencia a la venta que Jimeno le hizo a la United Fruit Company por la escritura número 967 de dos de julio de 1910 y se plantea el problema de si el inmueble vendido comprende todo o parte del fundo que Jimeno heredó de la señorita Munive. Dice que como "la solución no pueden darla sino los técnicos", se hace necesario recurrir a sus opiniones y transcribe en seguida otras partes de los conceptos emitidos separadamente en segundo grado por los peritos principales, doctores Hernando Vergara y Manuel Pacheco Fuentes, para concluir que el predio de "Santa Ana", vendido por Jimeno a la United Fruit, no es sino parte de lo que aquél heredó de la Munive y que la Compañía demandada ocupa dos porciones más de la hacienda heredada por Jimeno, porciones llamada una "Las Flores" y "Corralito" y otra que está situada entre el fundo de "Santa Ana" y los inmuebles conocidos con los nombres de "El Bongo" y "Gavilán". La primera de estas porciones tiene un área de 3.200 hectáreas y la segunda 3.000 hectáreas, aproximadamente. "De la exposición pericial —expresa el fallo— se deduce claramente, conforme se dijo atrás, que los lotes solicitados en reivindicación se encuentran singularizados, que forman parte del lote indi-

cado en el punto 4º de la relación de hechos del libelo, señalado como poseído por la parte demandada, y que se encuentra dentro de la Isla de Santa Ana, esto es, porque están ubicados dentro del triángulo Río Panelá-Río Ají-Ciénaga Grande".

El estudio de la singularización o identificación de las porciones que se reivindican termina así: "Lo expuesto por los peritos lleva a la conclusión de que los dos lotes que se reivindican y que se dicen ocupados por la Compañía, excluyendo el que fue vendido por Jimeno, quedan identificados y singularizados así:

"*Primer lote.* Distinguido en el plano que acompañó el doctor Vergara a su peritazgo con la siguiente leyenda: 'Plano de las Vegas de Santa Aná', a escala de 0 metros, 001 x 40 metros, con la indicación Lote número III, 3.000 hectáreas, y que quedaría alinderado así: Por un lado el río de Fundación; por el costado opuesto, el río de Los Ingleses o de Las Playitas, y por el lado superior una línea recta que va desde el punto de intersección del río de Los Ingleses con la quebrada de Macaraquilla, o sea donde ésta desemboca en el río, hasta el punto llamado Paso de los Indios en el río Fundación.

"*Segundo lote.* Señalado en el mismo plano con la leyenda 'Plano de las Vegas de Santa Ana', a escala 0 metros, 001 x 40 metros, con la indicación Lote número 1, 3.000 hectáreas, el cual quedaría delimitado: Por una línea quebrada que es exactamente el lindero septentrional del predio Santa Ana, vendido por Jimeno a la United por escritura número 967 de julio 2 de 1910, de la Notaría Segunda de Bogotá, lindero que parte del río de Los Ingleses con dirección 20º N. y 6.000 metros de longitud hasta encontrar una línea recta de 4.900 metros que va a dar al río Fundación con rumbo N. 16º E., y por otra línea también quebrada que es exactamente igual a la que del lindero septentrional del globo de terreno descrito por los actores en el punto 4º de la relación de hechos de la demanda y que se dice poseído por el demandado, lindero que parte de un punto situado a 26 kilómetros 460 metros lineales sobre el río de Los Ingleses; de este punto se vuelve a la izquierda con rumbo N. 77º 30' E. sobre una recta de 7.290 metros de extensión o sea hasta encontrar otra línea recta de 7.110 metros aproximadamente que tiene un rumbo N. 8º 30' W., y se vuelve sobre esta última línea recta hasta encontrar el río Fundación, a 26 kilómetros 460 metros aproximadamente, contados desde el punto en que se bifurca el río Fundación en los dos brazos nombrados".

Después de expresar que los dos lotes antes indicados forman con el de "Santa Ana", que Jimeno vendió a la United Fruit, "la totalidad del globo de terreno que los actores determinan en el punto 4º", concluye la sentencia: "Siendo esto así, quedan plenamente identificados los lotes de terreno que los actores afirman posee la Compañía demandada, que son los mismos que se solicitan en reivindicación, con excepción del colindante con la Ciénaga Grande; como también queda perfectamente establecido el predio que le vendió Ramón B. Jimeno a la United Fruit Company en 1910".

Acerca de la prescripción alegada por la Compañía expresa el fallo que ella es ordinaria y extraordinaria y que la primera requiere posesión regular no interrumpida durante diez años y la segunda durante treinta, según el Código Civil, o veinte al tenor de la Ley 50 de 1936. A continuación añade:

"En el caso de autos trátase de la prescripción adquisitiva treintenaria, porque habiendo adquirido la Compañía mediante justo título en julio de 1910, escritura número 967, parte de la hacienda Santa Ana, de su propietario Ramón B. Jimeno, la posesión material que se extendió a otros predios de la misma isla a partir de esa fecha, es la conducente a la prescripción extraordinaria. En realidad debe situarse la posesión que alega el demandado en favor de su prescripción en el extremo más lejano, o sea aquel en que se operó la transferencia del dominio en virtud del registro del título de compraventa.

"La Compañía demandada no entró a probar la posesión regular, ni la treintenaria; se limitó a aceptar el hecho de la posesión material en su favor para alegar la prescripción".

El fallo hace referencia al hecho de que la Compañía fue señalada en la demanda como poseedora y de que ella misma se tuvo por tal al responder el libelo, y agrega: "Luego la Compañía, señalada como poseedora, al alegar ambas prescripciones adquisitivas, ordinaria y extraordinaria, afirmó su posesión material en las tierras objeto del juicio reivindicatorio.

"Ahora bien: la prescripción adquisitiva debe reunir tres requisitos: 1º Que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción; 2º Que la cosa haya sido poseída durante treinta años o veinte, según el caso, y 3º Que la posesión no haya sido interrumpida.

"El primer requisito se cumple a ojos vistas.

"El segundo tal vez también, porque de 1910 hasta la fecha va corrido un período superior a los treinta años, y se dice tal vez porque hasta ahora hay que presumir que aun la Compañía

continúa con esa posesión".

La sentencia pregunta si se cumple el tercer requisito y luego de anotar que la escritura número 967, por la cual adquirió la United Fruit el fundo de Santa Ana, se registró el cinco de julio de 1910 y la demanda inicial de esta litis se notificó el dos de julio de 1940, dice que "es obvio que faltaron tres (3) días para que se operara en favor del demandado la prescripción adquisitiva de dominio treintenaria" y que por tanto esta prescripción fue interrumpida y debe ser desechada.

LA ACUSACION

La parte demandada formula contra la sentencia varios cargos, de los cuales la Corte se limita a examinar el siguiente que aparece fundado y suficiente para infirmar dicho fallo.

Con fundamento en la primera de las causales de casación que establece el artículo 520 del Código Judicial, el recurrente acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 946 y 669 del Código Civil a causa de error de derecho en la apreciación de unos planos y de un dictamen pericial. Como infracción medio se señala la de los artículos 722, 662 a 667, 593, 632 y 645 del Código Judicial, 1759, 1761 y 1765 del Código Civil.

Antes de exponer el cargo en concreto, el impugnante expone varias observaciones que pueden condensarse así:

A) En la segunda instancia de este negocio la parte demandante solicitó como prueba la práctica de una inspección ocular con asistencia de peritos; al iniciarse la diligencia se prescindió tácitamente de la inspección y se defirió a los peritos el establecer la situación, la identidad, la cabida y las relaciones de "colindancia" de las porciones de terreno que son objeto de la reivindicación.

B) En el mismo acto aludido las partes presentaron por vía ilustrativa sendos planos, así: la parte actora, un plano sobre el predio llamado Las Vegas de Santa Ana, levantado en 1907 por el ingeniero de vías públicas del Departamento del Magdalena, doctor Zapata García, y por el agrimensor, señor Maz V., y la parte demandada copia de otro plano elaborado en 1928 a escala de 1:90.000 sobre la división administrativa de los terrenos correspondientes a la empresa de bananos United Fruit Company.

C) Los peritos no fueron a las porciones de terreno en litigio, ni las recorrieron, ni las midieron, ni confrontaron su realidad territorial con la descripción que de ellas se indica en la demanda y en los títulos, sino que se limitaron a acoplar los planos dichos, reduciendo la escala del plano de Maz a la del plano de la Compañía y tomando luego medidas sobre ellos con un planímetro, dedujeron la cabida tanto del fundo de Santa Ana como de "Las Flores" y "Corralito", señalaron los linderos y concluyeron que por el Norte y al Oeste, hacia el lado de Ciénaga Grande, la expresada Compañía había ocupado una suerte de 3.000 hectáreas, aproximadamente, fuera de lo que le había comprado a Ramón B. Jimeno en 1910, y que además el inmueble de "Las Flores" y parte de "Corralito" se hallaban dentro de los linderos de la hijuela que al mismo Jimeno se le expidió en la sucesión de Catalina Muniva.

D) Afirmó el personero de los demandantes al presentar el plano de Maz que éste había sido tenido en cuenta al celebrarse la venta de Jimeno a la United Fruit Company en 1910, pero esto no es exacto, ni ese plano es oponible a la Compañía demandada. Sin embargo, los peritos lo tuvieron en cuenta como admitido por ambas partes y con base en él rindieron sus conceptos periciales.

E) De acuerdo con lo expuesto y para los fines de la reivindicación, no hubo en realidad identificación de los terrenos y el sentenciador incurrió en un error de derecho al atribuirle "pleno valor probatorio, aplicando el artículo 722 del Código Judicial, y 953 y 672 del mismo Código, a un dictamen pericial no fundamentado en la realidad territorial, sino en documentos, en este caso croquis o planos, que apenas eran elementos ilustrativos del juicio, sin que la Compañía demandada los hubiese admitido en pasaje alguno del proceso como expresión del contenido de su dominio, a excepción del plano de Goutier sobre Las Flores".

Después de repetir que el llamado plano de Maz que los peritos acogieron no fue considerado en la venta de Jimeno a la United Fruit en 1910 ni es oponible a la Compañía demandada, el recurrente compendia así el cargo contra la sentencia:

"El objeto de la inspección y de la peritación fue el de verificar la identidad, por su extensión y colindancias, del lote de Santa Ana vendido en 1910, con los reivindicados, conforme a su realidad territorial, sobre el terreno.

"Se prescindió de la inspección ocular sobre el terreno. La inspección se redujo a un diálogo entre las partes en el pueblo de Fundación,

"Confiada o delegada la verificación de la realidad territorial a los peritos, éstos se limitaron a medir con planímetro unos planos.

"Aun así, los planos no fueron confrontados con el terreno.

"Los planos no son expresión ni confesión del contenido territorial del título de 1910.

"La Compañía asintió a que se tomaran como elementos ilustrativos del terreno, pero nunca como expresión ni confesión del contenido especial que reza su título, salvo en cuanto al plano de Las Flores, que fue levantado por el agrimensor para la adjudicación de ese baldío (1895 1896), y de Corralito (1898); ni mucho menos asintió la Compañía a que la escritura 967 de 1910 hubiese sido determinada, ni ligada en forma alguna, al plano de Maz.

"Este último no proviene de la Compañía, aunque se refiere a un territorio en que ella tiene títulos de propiedad; en cambio el plano de 1928, llamado de la Compañía, sin estar ligado a títulos de propiedad, pues es administrativo de la zona bananera, sí proviene de ella.

"No obstante, los peritos y el Tribunal tomaron el de Maz V. como expresión exacta del título de 1910 y, por el contrario le negaron al de la Compañía esa expresión y ese significado.

"La mera superposición de títulos al trasluz permitió al Tribunal y a los peritos concluir cuál era el lote de 1910 y su colindancia con los de El Bongo, Gavilán y Mientrastanto.

"Con estas bases falsas y arbitrarias se dio por hecha la identificación, extensión y colindancia.

"Resultan así las siguientes violaciones del medio:

"Del artículo 722 del Código Judicial por error de derecho al darles un alcance probatorio pleno a las conclusiones periciales, pues no habiendo medido sino planos el Tribunal dio por identificado y medido el terreno, a pesar de no serles oponibles a la Compañía los planos como expresión de propiedad; por haber concluído que la colindancia del Santa Ana de 1910 con El Bongo, Gavilán y Mientrastanto eran las líneas rectas y rumbos del plano de Maz, y que las líneas y rumbos del plano de la Compañía expresaban una usurpación indebida de posesión por parte de ésta.

"De los artículos 662 a 667 del Código Judicial, porque, no siendo el plano de Maz oponible como confesión de la Compañía respecto del contenido especial de lo que compró en 1910, no puede tomarse sino como un indicio, hecho indicador de la conclusión de que por ahí iban los linderos de la escritura, y un solo indicio no prueba plenamente, a menos que sea necesario; y porque si se le imputa a la Compañía, existiría el contraindicio de que otro plano, el de 1928, imputable a la Compañía por lo menos administrativamente, que marca también con líneas el lindero con El Bongo, Gavilán y Mientrastanto, con otros rumbos y líneas; porque si al indicio del plano de Maz, así desvirtuado por el del plano de la Compañía, se le quiere unir el de la extensión superficial aproximada, ese último carece de base como definidor de la identidad del predio en vista de que los linderos de un cuerpo cierto vendido prevalecen sobre la cabida aproximada; y porque dichos dos indicios, con sus fallas y contraindicios, precarios y sutiles, no se refieren sino a un solo indicio: lo que marca un plano no oponible a la Compañía; sobre estas bases tan deleznables, tiembla el pulso del fallador antes de ordenar la restitución de 3.000 hectáreas de terreno cultivado.

"Del 593 del Código Judicial, porque los hechos de la demanda deben resultar probados 'de manera plena y completa según la ley', prueba que en este caso sobre identificación de un bien raíz sólo intentó darse con peritos, pero sus conclusiones periciales no se montan sobre hechos plenamente probados según el artículo 722 del Código Judicial.

"De los artículos 632 y 645 del Código Judicial, porque la autenticidad prevista en el 632 no es la meramente deferida por el 645 a documentos no objetados como falsos, sino que, habiendo sido aducido el plano de Maz por los demandantes, la Compañía demandada aceptó que se tuviera en cuenta o se estudiara como elemento ilustrativo, pero nunca en el concepto ni con el ánimo de expresar conformidad de su contenido con la titularidad de la compra que hizo en 1910, no obstante lo cual se le dio por los peritos y por el Tribunal un alcance que no tuvo ni podía tener; y porque el plano de la Compañía, más imputable a ella como expresión administrativa de propiedad y posesión explotada, se le tomó a la Compañía como signo decisivo de ocupación indebida de posesión; tanto más que el destino de esos planos fue su confrontación con el terreno mismo, con la realidad territorial, y no las medidas y colindancia entre meros planos.

"De los artículos 1759, 1761 y 1765 del Código Civil, porque a las enunciaciones y contenido del plano de Maz se les dio algo más que fuerza probatoria; se le tomó con fuerza obligatoria o vinculatoria, que sólo es propia de documento contra las partes a quienes se opone; siendo así que el plano de Maz proviene de un tercero, como es un funcionario o contratista del Departamento del Magdalena, en primer lugar, y en segundo la Compañía no asintió, como se ha dicho,

a que el contenido de su propiedad de Santa Ana estuviera limitado por líneas y rumbos del plano de Maz cuando recibió la escritura de 1910.

"De allí las siguientes violaciones de resultado:

"Del artículo 946 del Código Civil en cuanto se estimó como 'cosa singular' un bien raíz no identificado ni medido en el terreno, pues terreno es lo que hay que restituir y no planos.

"Del artículo 669 del Código Civil: a) Por cuanto se atribuyó dominio a los demandantes en una cosa corporal, en un bien raíz, no identificado ni determinado; b) Se le desconoció al demandado el contenido especial del título de 1910, pues sin identificarlo sobre el terreno, se le limitó arbitrariamente por el Norte y el Oeste".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A) En la primera instancia de este juicio la parte demandante pidió que se oyera el dictamen de peritos sobre si los linderos de la finca adjudicada al señor Ramón B. Jimeno en la sucesión de Catalina Munive comprendían las dos porciones de terreno que son materia de la acción de dominio, sobre la extensión o cabida de esas mismas porciones y del fundo comprendido entre ellas, sobre si este predio es el mismo que Jimeno vendió a la United Fruit Company en 1910 y sobre el valor de los frutos naturales y civiles de las referidas dos suertes de terreno. Los expertos principales rindieron sus conceptos por separado y en discrepancia parcial que el perito tercero se abstuvo de resolver.

En segundo grado la misma parte actora solicitó la práctica de una inspección ocular con asistencia de peritos para determinar así el área de las dos porciones que se reivindican y del fundo que Jimeno le vendió a la United Fruit como las relaciones de vecindad de esos inmuebles entre sí y con lo que se adjudicó al propio Jimeno en la mortuoria de Catalina Munive.

En la fecha señalada para efectuar la diligencia el Magistrado ponente se trasladó con los peritos y los apoderados de las partes al poblado de Fundación, donde se dio principio a esa diligencia. Allí mismo se extendió un acta en que se expresa que se leyó la demanda, se enteró a todos los asistentes del objeto de la inspección y que se concedió luego la palabra a cada uno de dichos apoderados para que expusieran lo que tuviesen por conducente. Los mandatarios hicieron varias consideraciones sobre los derechos y títulos de las partes y sobre la localización de los predios y de sus linderos y presentaron algunos documentos, entre ellos cuatro planos, así: el personero de los demandantes copia de un plano llamado "Plano de las Vegas de Santa Ana", fechado en mayo de 1907 y suscrito por el señor S. Maz V. como agrimensor y por el señor R. Zapata García como ingeniero de vías públicas del Departamento del Magdalena, y otro plano fechado el 26 de octubre de 1928, a escala de 1:90.000, suscrito por el doctor Peregrino Ossa y por los señores Glas M. Newcomt y J. Bradshaws, plano que dicho mandatario afirmó haber sido presentado por la United Fruit Company al Ministerio de Industrias; el procurador de la parte demandada un plano sobre el predio de "Las Flores", suscrito por Charles Goutier como agrimensor y por L. A. Riascos como Gobernador del Departamento y también copia de otro plano donde aparecen Las Vegas de Santa Ana con la mención "Propiedad del señor Ramón B. Jimeno". Los documentos aducidos fueron agregados al proceso. Avanzada la hora, se suspendió la diligencia para continuarla el día siguiente.

En el día fijado se continuó esa diligencia en el mismo sitio de Fundación y de lo ocurrido se asentó otra acta en que, después de expresar que el personero de los actores presentó un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, se dice textualmente: "Acto continuo los apoderados del actor y de la parte demandada declararon que están de acuerdo en que los peritos deben dar respuesta al cuestionario presentado por la parte demandante, tomando como base los planos que se han aducido y agregado a los autos, pudiendo los mismos peritos hacer las confrontaciones y comprobaciones que estimen conducentes sobre el terreno". En seguida el mandatario de la Compañía demandada formuló otro cuestionario para los peritos, y luego de ordenar a éstos contestar los cuestionarios dichos, se dio por concluída la diligencia.

Por lo visto, la diligencia de inspección ocular sobre los inmuebles en litigio no se llevó a cabo, pero los peritos sí rindieron más tarde y por separado sus respectivos dictámenes. No huelga anotar aquí la síntesis de cada uno de esos conceptos.

El perito doctor Hernando Vergara Calvis empieza por expresar que antes de responder los cuestionarios se hace indispensable definir ciertos puntos que interesan como base de su dictamen, tales como la identidad de los ríos Pamó y Caño de Los Ingleses, río Ají y río Fundación, sitio donde se bifurcan estas corrientes y lugar de la desembocadura de la quebrada Macaraquilla. Confrontando los linderos de las tierras que Ca-

talina Munive le vendió a Virginio D'Andréis con los del inmueble adjudicado a Ramón B. Jimeno en la sucesión de aquélla, dice que para afirmar que se trata de unos mismos linderos hay que convenir en que el río Panecú equivale al de Los Ingleses y que el río Ají es el propio río Fundación. Sobre el sitio de bifurcación de estos ríos expresa que hay dos tesis y que la que él cree verdadera es la que localiza ese lugar donde se encuentra en la actualidad y no cerca al punto llamado Paso de los Indios, porque de otro modo habría que ubicar el predio de "Las Flores" al oeste de la línea que va de ese Paso de los Indios a la desembocadura de la quebrada de Macaraquilla. Formula varios reparos al plano del fundo de "Las Flores", levantado por el agrimensor Goutier, y expresa que por haberlo verificado personalmente sobre el terreno la desembocadura de la quebrada de Macaraquilla que existe hoy no corresponde a la señalada en dicho plano, sino a la de otro arroyo, pues que de lo contrario aquel predio no resultaría con las 3.300 hectáreas que figura allí, sino con 2.200, medidas con planímetro sobre el mismo plano. Agrega que, no obstante esta circunstancia, hay que respetar el lindero que pasa por el punto señalado como desembocadura de la quebrada aludida. Sobre el punto llamado "Paso de los Indios" que sirve de lindero a los fundos de "Santa Ana" y "Las Flores", dice que, aunque las gentes designan con ese nombre varios lugares, por averiguación hecha sobre el terreno y por la simple inspección ocular de los planos, se ve que ese sitio es el que figura con el número 4 en el croquis elaborado por el propio perito. Anota lo que se entiende por los desparramaderos del río Fundación, que están situados al suroeste de "Las Flores" y que miden doscientas hectáreas aproximadamente, y afirma que son tierras correspondientes a la hacienda de "Santa Ana", adjudicada a Jimeno, por hallarse entre aquél río y el de Los Ingleses. Con base en el plano de Maz, que el perito dice haber sido utilizado por la United Fruit Company y por Jimeno en un pleito que les promovió la Nación para que se declarara que parte de Santa Ana era un baldío, el mismo perito señala como linderos entre este fundo y sus adyacentes de El Bongo y Gavilán las líneas divisorias que aparecen en dicho plano. Para determinar el predio de "Santa Ana" y distinguirlo de las porciones que se reivindican, el perito, considerando idénticos los planos de Maz y de Goudet, aunque con escalas diferentes, superpuso el uno sobre el otro y con ayuda de un planímetro trazó los linderos de esos inmuebles, dedujo sus áreas y concluyó: primero, que el predio de "Santa Ana" tiene una cabida de 7.600 hectáreas; segundo, que la Compañía ocupó dos porciones más de terreno, una al sureste con 3.200 hectáreas y otra al noroeste con 3.000 hectáreas, aproximadamente. Hechas estas operaciones, el perito, doctor Vergara, contesta los cuestionarios formulados por las partes. De esas respuestas importa destacar las siguientes: a) Los linderos de la hacienda adjudicada a Ramón B. Jimeno en la sucesión de Catalina Munive, comprenden no sólo el fundo de "Santa Ana", vendido por Jimeno a la United Fruit en 1910, sino también los predios de Las Flores y Corralito y el globo de terreno de 3.000 hectáreas que queda al noroeste del citado "Santa Ana". b) El señor Jimeno no vendió a la United Fruit todas las tierras que heredó de la señorita Munive, sino una parte de ellas, parte situada en el centro de la hacienda y constitutiva del fundo llamado "Santa Ana". c) Al señor Jimeno le quedaron el fundo de "Las Flores" y el globo de terreno de 3.000 hectáreas que por el noroeste colinda con "Santa Ana" y que hace parte de "El Bongo" y "Gavilán", porciones que son materia de la reivindicación.

El perito, doctor Vergara, presentó un croquis de las porciones de terreno mencionadas y advirtió en su dictamen que, como no era posible efectuar sobre el propio terreno las mensuras pedidas sin cometer errores, debido a que los ríos han variado de cauce y a que el de Los Ingleses fue dragado por la United Fruit, localizó esas porciones sobre los planos que sirvieron de base y que "fueron ocupados por las partes", obteniendo así y de modo preciso la extensión y los linderos que esos globos tenían en 1910. Después de haber dicho que al superponer un plano sobre el otro, coincidían como un retrato con su negativo, en nota anexa al dictamen afirma el mismo perito que es imposible que la coincidencia fuera exacta por razón de que los ríos han cambiado de cauce, de que los planos fueron levantados por agrimensores distintos y de que el río de los Ingleses fue dragado y mudó de curso en una parte de su trayecto. Dice finalmente que el área del globo de terreno que por el noroeste colinda con "Santa Ana", no es de 3.000 hectáreas, sino de 3.400, pero que como estas medidas son bastante aproximadas, se adoptó la primera como más exacta.

El otro perito principal, doctor Manuel Pacheco Fuentes, inicia su dictamen con una breve historia del predio llamado "Isla de Santa Ana" y dice que, conforme a los planos y títulos que obran en el juicio, el río Ají es el mismo río Fundación, que el río Panecú no es el que figura como tal en los títulos antiguos, sino que corresponde al denominado río de los Ingleses o de

Las Playitas, y que los puntos conocidos con las designaciones de Boca de Macaraquilla y Paso de los Indios están debidamente localizados en los planos aceptados por las partes. Expone adelante la manera como procedió para obtener el área y fijar los rumbos de los linderos de las porciones que se reivindican, explicando que tomó el plano llamado de "Las Vegas de Santa Ana" y el suscrito por el doctor Peregrino Ossa, aducido por la Compañía demandada, que sobre el primero trasladó los rumbos y distancias del segundo y que así formó una figura que descompuso luego en su trapecio y en un triángulo y que mediante fórmulas geométricas obtuvo las siguientes superficies de esos lotes: predio de Las Flores y parte de Corralito, 3.206 hectáreas, fundo de Santa Ana, 7.562 hectáreas con 6.100 metros cuadrados; faja en litigio, 2.815 hectáreas con 5.000 metros cuadrados. Contestando los cuestionarios formulados por las partes dice este perito en lo sustancial que las aludidas porciones de terrenos hicieron parte de lo que se adjudicó al señor Ramón B. Jimeno en la sucesión de Catalina Munive. Este perito presentó también un croquis elaborado por él sobre la localización y linderos del fundo de "Santa Ana" y de los lotes en litigio.

Considerando que estos conceptos no eran uniformes, el Tribunal ordenó recibir el dictamen del perito tercero, doctor Honorio Castañeda Muñoz. Este perito pone primero de presente los conceptos en que están de acuerdo los expertos principales y se refiere luego a los puntos en que discrepan. Dice que al reducir los planos de Maz y de Goutier a una misma escala coinciden entre sí, pero no con el plano suscrito por el doctor Peregrino Ossa, el cual abarca una extensión mayor de terreno. "Si hacemos coincidir estos planos —dice el mismo perito— tomando como punto común la llamada bifurcación Ingleses Fundación, el lindero con El Bongo y Gavilán resulta mucho más hacia el Oeste, quedándonos la duda de cuál de los tres planos es el que nos representa fielmente la realidad del terreno o si dicha realidad ha sido desfigurada". Afirma a continuación que con los procedimientos empleados por los peritos principales se pueden obtener áreas superficiales, pero no distancias medidas a lo largo de líneas curvas, y que la diferencia de dichos peritos sobre el área de Las Flores y Corralito es muy pequeña y carece de importancia. Expresa que los rumbos y distancias señalados por los expertos principales a los linderos de "Santa Ana" con El Bongo y Gavilán coinciden con los de los planos, pero no con el cuestionario expuesto en su petición de pruebas por la parte demandante. Este perito traza esos linderos, pero con el resultado de que no coinciden con los señalados por los dichos dos peritos principales, y dice que, de acuerdo con lo expuesto en el citado memorial de prueba, tales linderos no cierran figura, por lo cual habría que prolongar la línea divisoria hasta el río Fundación. Sostiene que los puntos situados sobre los ríos de Los Ingleses y Fundación, el primero a 26 kilómetros con 370 metros y el segundo a 26 kilómetros con 460 metros, medidos desde la bifurcación de los mismos ríos, no se pueden localizar sobre los planos relativos a Las Vegas de Santa Ana por no aparecer en ellos las líneas representativas de las aguas. Agrega que para evitar errores de consideración no intenta calcular las áreas ni las distancias sobre las líneas curvas de las aguas y que por tanto, "para obtener los datos que se relacionen más con la realidad del terreno, de acuerdo con mi concepto, lo más indicado es medir dichas distancias en el terreno y localizar dichos cursos de aguas, para trasladarlos a los planos respectivos". Ofrece finalmente realizar esta mensura, si el Tribunal la estima necesaria.

Como ya se ha recordado, la sentencia transcribe varios pasos de los dictámenes rendidos separadamente por los peritos doctores Vergara y Pacheco y, con respaldo en el artículo 722 del Código Judicial, les atribuye el valor de plena prueba y expresa que, de acuerdo con tales conceptos, las porciones de terreno que son objeto de la reivindicación se hallan plenamente identificadas y singularizadas, que ellas forman parte de la hacienda que Ramón B. Jimeno heredó de Catalina Munive y que aquél no vendió a la United Fruit Company en 1910. Al señalar en concreto esas porciones la sentencia dice aceptar las dimensiones y los linderos que les fija el perito doctor Vergara.

B) Está visto que no se practicó la inspección ocular solicitada por la parte actora en la segunda instancia, pues que al iniciarla los mandatarios de los litigantes exhibieron unos planos y declararon estar de acuerdo en que los peritos debían absolver los cuestionarios que los formularon "tomando como base los planos que se han aducido y agregado a los autos, pudiendo los mismos peritos hacer las confrontaciones y comprobaciones que estimen conducentes sobre el terreno".

Los peritos principales, doctores Vergara y Pachero, se ocuparon en el examen y comparación de los planos aludidos, acoplaron y redujeron dos de ellos a una misma escala y luego, por los procedimientos de medir con planímetro las áreas diseñadas en los mismos o de reducirlas a

triángulos y trapecios, calcularon las cabidas de las porciones en litigio y del predio de "Santa Ana", vendido por Jimeno a la United Fruit en 1910, fijaron sus linderos y por separado dedujeron las conclusiones que se han extractado. El doctor Vergara es el único perito que dice haber reconocido personalmente sobre el terreno los sitios denominados "Paso de los Indios" y "Boca de Macaraquilla", observando que este último lugar no corresponde en los planos a la desembocadura de la quebrada de ese nombre en el río de Los Ingleses, sino que está localizado en otra parte de esta misma corriente. Los expertos no confrontaron los planos con el terreno, no recorrieron las porciones mencionadas, ni sobre ellas midieron sus áreas y fijaron sus linderos, sirviéndose de las indicaciones consignadas en los planos sobredichos. Su labor se contrajo a analizar y acoplar esos planos y a determinar sobre ellos las áreas y los linderos de los inmuebles allí dibujados a la escala escogida. Los peritos trabajaron y dictaminaron sobre los diseños y datos de los planos, mas no sobre el propio terreno de las porciones en disputa.

Uno de los elementos integrantes de la acción de dominio es la identidad del bien que se reivindica, es decir, la correspondencia de la cosa singularmente señalada en la demanda y en el título respectivo con la que posea el demandado. La Corte tiene repetido que la identificación de un bien puede establecerse mediante la inspección ocular con peritos o testigos, que es la prueba más adecuada para ese efecto (Cas. de octubre 24 de 1940 L-1964, 394), pero que también es posible efectuarla con el solo dictamen pericial (LXXII - 2116, 559), por medio de la prueba testimonial (Cas., octubre 22 de 1954 LXXVIII, 937) y aun mediante la admisión o la confesión del demandado (Cas., junio 22 de 1956 - LXXXIII - 2169, 71). Sobre este asunto expresó la Corte en Casación de julio 25 de 1952 que "no exige, pues, nuestro Código de Procedimiento Civil la inspección ocular como único medio para la identificación de predios, ni lo ha establecido así la jurisprudencia, ni lo han pretendido los expositores. Hay en esto libertad probatoria, y lo importante es que la cuestión se establezca en forma que lleve al juzgador la convicción absoluta de que el predio que se trata de reivindicar existe realmente y que su situación y linderos que lo individualizan son los mismos que el actor describe en su demanda, de acuerdo con los títulos de dominio" (LXXII - 2116, 567).

La identificación de un predio no consiste sólo en fijar el lugar en que está localizado, sino también en recorrerlo y en examinar y determinar sus contornos o linderos sobre el propio terreno, haciendo la debida confrontación de esos linderos con los expresados en la demanda y en los títulos para llegar al convencimiento de que ese inmueble corresponde con el que posee el demandado. La Corte ha dicho ya que "no basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título, o en un plano topográfico levantado conforme a las pretensiones del actor, o a la interpretación que éste por su parte da a los linderos de su propiedad, sino que hay que poner en relación uno y otro con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y consiguientemente, la determinación e identidad del predio" (Cas., mayo 27 de 1953- LXXV-2129, 188. LIX-2019, 114).

A la anterior podrían agregarse otras citas de la jurisprudencia para poner de presente que en materia de reivindicación de inmuebles la Corte nunca consideró admisible y convincente la identificación del bien respectivo hecha, no sobre el terreno mismo y por percepción inmediata y directa de quien narra, confiesa o practica el acto, sino sobre meros títulos, planos u otros documentos que sólo contienen la descripción o el diseño del predio. El presupuesto del dominio que implican los procesos de esta índole requiere plena prueba sobre la determinación y singularización precisas del respectivo bien y no se concilia en modo alguno con datos abstractos, ambiguos y más o menos aproximados sobre su identidad, que no tendrían más valor que el de simples indicios.

C) La sentencia le reconoce al dictamen de los peritos Vergara y Pacheco el valor de plena prueba, conforme a lo dispuesto por el artículo 722 del Código Judicial, y con respaldo en tal prueba tiene por establecidas la identificación y la singularización de los inmuebles que son objeto de esta controversia.

Este artículo 722 dispone que "hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos". La peritación a que esta norma le asigna plenitud demostrativa es aquella en que concurren estos requisitos: primero, provenir de dos peritos; segundo, ser uniforme; tercero, versar sobre hechos sujetos a los sentidos y apreciados directamente por ambos expertos; cuarto, ofrecer plena certeza en sus conclusiones. Cuando los peritos rinden un solo dictamen, lo

ordinario es que éste sea uniforme; pero si se separan y emiten sendos conceptos, hay que buscar la uniformidad en los hechos examinados y en las conclusiones inferidas.

En la concurrencia presente los dos expertos principales rindieron, no un dictamen único, sino sendos conceptos periciales. ¿Son éstos uniformes? Implícitamente así debió de estimarlos el sentenciador cuando les atribuyó el valor de plena prueba. Con todo, el propio Tribunal había ordenado antes la intervención del perito tercero para que dictaminara sobre los puntos en que los principales discrepan. El tercero emitió su concepto, y ya se ha visto cómo puso en tela de juicio unas de las conclusiones deducidas y los procedimientos empleados por los otros expertos para efectuar sobre los planos y no sobre el propio terreno la identificación y la singularización de los inmuebles en litigio.

Si se examinan con atención los dictámenes de los peritos se puede observar entre ellos varias divergencias, así:

A) El perito Vergara le asigna a la porción llamada "Las Flores" y "Corralito" 3.200 hectáreas; al fundo de "Santa Ana", 7.600 hectáreas, y a la zona que se reivindica al noroeste de "Santa Ana", 3.000 hectáreas, aunque en otro lugar afirma que la cabida es de 3.400 hectáreas.

El perito Pacheco fija estas cabidas: a "Las Flores" y "Corralito", 3.208 hectáreas; a "Santa Ana", 7.562 hectáreas con 6.100 metros cuadrados; a la zona Noroeste, 2.845 hectáreas con 5.000 metros cuadrados.

El perito Castañeda no señaló las cabidas por considerar que se prestaba a errores hacerlo sobre los planos y no sobre el terreno.

B) El perito Vergara le fija a la línea divisoria de "Santa Ana" con "El Bongo" un rumbo de Norte 16º Este y una longitud de 4.900 metros, y a la otra línea divisoria del mismo "Santa Ana" con el fundo de "Gavilán" un rumbo de Este 20º Norte y una longitud de 6.000 metros.

El perito Pacheco coincide en estos datos, menos en el rumbo de la línea "Santa Ana"-"Gavilán" que señala en Este 25º Norte.

El perito Castañeda asigna a las mismas líneas estos rumbos y longitudes: "Santa Ana"-"Gavilán", Norte 70º Este y 3.870 metros; "Santa Ana"-El Bongo, Norte 16º Este y 3.510 metros. Afirma además que esta última línea no cierra figura, es decir, que no llega al río Fundación.

C) A las líneas divisorias de El Bongo y Gavilán con la zona o porción de terreno que se reivindica al noroeste de "Santa Ana" los fijan los peritos estos rumbos y longitudes:

El perito Vergara: línea sobre El Bongo, rumbo Norte 10º Oeste; longitud, 7.400 metros; línea sobre Gavilán, rumbo Este 12º 30' Norte; longitud, 7.400 metros.

El perito Pacheco: línea sobre El Bongo, rumbo Norte 9º 30' Oeste y 7.150 metros de longitud; línea sobre Gavilán, rumbo Norte 73º 00' Este y 7.300 metros de longitud.

El perito Castañeda: línea sobre El Bongo, rumbo Norte 16º Este y 4.900 metros de longitud; línea sobre Gavilán, rumbo 25º Norte y 6.000 metros de longitud.

Bastan estas anotaciones para ver que no son uniformes los conceptos de los peritos Vergara y Pacheco. A lo cual cabe añadir que tampoco ofrecen certeza absoluta, no sólo por los reparos que formula el perito tercero sobre el método seguido por los principales para medir las cabidas y las distancias, sino también y principalmente porque los doctores Vergara y Pacheco no recorrieron el terreno ni sobre él midieron las áreas y fijaron los linderos de las porciones que se reivindican. Su trabajo se limitó a estudiar y confrontar los planos y a identificar y singularizar sobre ellos las porciones dichas cuando ha debido realizarse sobre el terreno mismo para definir si éste coincide en realidad con el diseño, dimensiones y linderos que figuran en tales planos y para que así la peritación quedara exenta de dudas y ofreciese en cambio la evidencia que en estos casos ha de suministrar para constituir prueba plena. Las partes adujeron esos planos y estuvieron de acuerdo en que los peritos debían utilizarlos como elemento auxiliar o base de su tarea de identificar y singularizar sobre el terreno los inmuebles en litigio, y no se encuentra razón suficientemente clara y valedera para pensar que ese acuerdo implicaba la aceptación de dichos planos como prueba de la identidad de esos bienes, de tal modo que la misión de los expertos pudiera quedar reducida al mero examen de dichos planos y a las conclusiones que de éste dedujeran.

Careciendo de uniformidad los referidos conceptos periciales y no ofreciendo la certeza necesaria, es obvio que no pueden recibir el tratamiento de plena prueba que el artículo 722 del Código Judicial da a las peritaciones que reúnen los requisitos expuestos atrás. Siendo esto así no puede menos que aceptarse la conclusión de que la sentencia acusada incurre en un error de derecho al reconocerle valor de plena prueba al sobredicho dictamen pericial y que este error

produjo la infracción de los dos preceptos sustanciales citados por el recurrente al considerar plenamente acreditado y reconocer el derecho de dominio de la parte actora sobre unas porciones de terreno que no aparecen identificadas y singularizadas en debida forma. En consecuencia el fallo aludido debe ser casado para el efecto de sustituírlo por la correspondiente sentencia de mérito.

Por las razones que vienen expuestas el dictamen pericial rendido en segunda instancia no comprueba la identidad de los inmuebles cuyo dominio se discute. Tampoco demuestra ese mismo elemento de la acción reivindicatoria la peritación recibida en la primera instancia por adolecer también de falta de uniformidad, como lo anotó el Juez del conocimiento, y por la palmaria deficiencia de su fundamentación. Faltando la prueba del elemento dicho se impone la conclusión de que no puede prosperar la acción que en esta litis se ejercita y de que es forzoso confirmar el fallo absolutorio de primer grado.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio ordinario de Raúl Jimeno y otros contra la sociedad denominada "La Magdalena Fruit Company", y en su lugar se confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido en este mismo negocio por el Juez del Circuito de Santa Marta el veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sin costas.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada, Julio Pardo Dávila, Conjuez, *Enrique López de la Pava.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD.

El proveimiento del artículo 455 del Código Judicial no puede postergarse hasta ser convertido en materia de la sentencia. Providencias judiciales. Su calidad no depende de la forma que el juzgador quiera darles, sino de la que la ley les asigna en cada caso particular. Sentencia. Donde no la hay no puede haber casación por sustracción de materia. Casación. Alcance del auto admisorio del recurso.

1. El proveimiento ordenado por el artículo 455 del Código Judicial debe surtirse antes de dictar la sentencia definitiva, lo que significa que él no puede postergarse hasta ser convertido en materia de ésta y que, por lo tanto, ha de ser acatado mediante auto interlocutorio. En tal sentido es diáfana la mente del precepto, que tiende de modo especial a cautelar la validez de los fallos.

2. No está a discreción de los juzgadores el hacer de los autos sentencias, con trastrueque en los factores de la estructuración procesal. Ya está dicho por la Corte que "las providencias judiciales no tienen la calidad determinada de autos de sustanciación, de autos interlocutorios o de sentencias por la forma que el juzgador quiera darles, sino por el contenido mismo que la ley les asigna en cada caso particular" (2 marzo 1956, LXXIX, 2151, págs. 680 y 681).

3. Para el caso en que el fallo de un Tribunal se ha reducido a revocar el de primera instancia, sin dictar el que ha de reemplazar a éste, ha dicho la Corte que el pronunciamiento de tal índole importa substracción de materia jurídica, que hace imposible el recurso extraordinario, desde luego que éste no es una tercera instancia donde quepa considerar libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal (15 marzo 1946, LX, 2029 a 2031, pág. 143).

4. El auto admisorio del recurso de casación, es apenas una medida preparatoria o de orden en el trámite; no vincula a la Corte en forma que la obligue a resolver en el fondo, cuando para hacerlo no tiene posibilidad legal alguna.

No de otra manera ha podido pronunciarse la Sala sobre el particular, en los casos análogos, como lo reza la reiterada doctrina (30 noviembre 1951, LXX, 2107-2108, pág. 850; 20 octubre 1953, LXXVI, 2135, pág. 610; 1º marzo 1954, LXXVII, 2138-2139, págs. 51 y 58).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y seis de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

I

Los señores Jaime, Carmen Julia, Rosa Jael y Gertrudis Cuartas Sánchez establecieron ante el Juez del Circuito de Yarumal demanda ordinaria contra los señores Justiniano Montesino y Evangelia o Evangelina Guerrero, para que se decida: que los peticionarios y las sucesiones de Pablo E. Cuartas O. y Julia Sánchez de Cuartas, representadas por ellos, son dueños, en las proporciones que allí se determinan, de la finca territorial denominada "La Raya" o "La Isla" y "Tamaná", sita en el distrito de Cáceres y compuesta por los dos lotes especificados en el hecho primero del libelo; y que los demandados están en la obligación de restituír a la parte actora, los expresados dos lotes o la finca que ellos com-

ponen, con sus frutos naturales y civiles, percibidos o que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, considerando a los demandados como poseedores de mala fe.

Tramitada la primera instancia, recibió sentencia absolutoria de los demandados; y a virtud de apelación interpuesta por los actores, surtióse el segundo grado que remató con la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 11 de julio de 1960, que en lo pertinente dice:

"Observa la Sala que en el presente caso se incurrió en la causal de nulidad de que trata el artículo 448, en su inciso 3º, o sea, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de personas que han debido intervenir en el juicio.

"Se trata, indudablemente, de una controversia entre un colono o cultivador y un adjudicatario de tierras baldías, que pretenden derechos sobre el mismo inmueble.

"Ahora bien: de acuerdo con el artículo 79 del Código Fiscal 'las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos o éstos, que reclaman dominio sobre el terreno cultivado ocupado o adjudicado se deciden judicialmente por la vía ordinaria', entendiendo que los colonos se deben considerar como poseedores. Y de conformidad con el artículo 80 ibidem, en los juicios de que trata este artículo, en que sean partes cultivadores o colonos se debe citar y tomar como parte al respectivo Agente del Ministerio Público.

"La parte demandante no invoca título alguno emanado del Estado en relación con los terrenos que reivindica, los cuales fueron adjudicados en calidad de baldíos a Justiniano Montesino y Evangelina Guerrero, conforme a las resoluciones gubernamentales que obran a folios 64 a 65 del cuaderno de pruebas, de donde se deduce, que planteándose el conflicto entre simples colonos de baldíos y adjudicatarios, el artículo 80 del Código citado, era de rigurosa aplicación.

"No habiéndose citado al Agente del Ministerio Público, como aparece del expediente, el juicio adolece de invalidez desde la admisión de la demanda, ya que desde el mismo libelo ha debido pedirse el emplazamiento como parte, a dicho funcionario.

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

"*Resuelve:*

"Se revoca la sentencia de 11 de febrero de 1960, proferida en este proceso por el señor Juez del Circuito de Yarumal, y, en su lugar, se *declara* nulo todo lo actuado desde la admisión de la demanda inclusive".

Interpuesto por la parte demandante el recurso de casación, ha venido a fundarse éste con libelo en que, invocándose la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, se acusa la providencia recurrida por violaciones, indirecta de normas de los Códigos Fiscal y Judicial y directa de normas del Código Civil, según allí se indica.

II

Llegado, pues, el trámite al punto en que por la Corte ha de dictarse el pronunciamiento del caso, se procede a ello bajo el imperio de las siguientes consideraciones:

1. Está a la vista que el Tribunal, entendiendo encontrarse frente a una nulidad de procedimiento por falta de citación al Agente del Ministerio Público, se concretó en la providencia materia del recurso a declarar la nulidad del proceso desde la admisión de la demanda; y, aunque en el mismo proveído dijo revocar el fallo de primer grado, esta especial determinación resulta supervacánea e ilógica, pues la anulación de lo actuado, al quedar ella en firme, por su propia virtud dejaba sin eficacia alguna el pronunciamiento del inferior, que por lo mismo no necesitaba ser revocado.

2. Quiere, pues, decir que el Tribunal en la providencia que se revisa no hizo sino proveer de plano a la anulación prevista y regulada por el artículo 455 del Código Judicial, en virtud del cual, cuando el Juez que conoce de un juicio, antes de decidir sobre lo principal, encuentre alguna causal de nulidad que no sea allanada en los términos que el mismo texto indica o que no fuere legalmente susceptible de saneamiento, "invalida el juicio desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal".

3. El proveimiento así ordenado por este texto debe surtirse antes de dictar la sentencia definitiva, lo que significa que él no puede postergarse hasta ser convertido en materia de ésta y que, por lo tanto, ha de ser actuado mediante auto interlocutorio. En tal sentido es diáfana la mente del precepto, que tiende de modo especial a cautelar la validez de los fallos.

4. Así, pues, el proveído de que se trata ofrece apenas el mérito de un auto interlocutorio, que no el de una sentencia definitiva en instancia, como que no está a discreción de los juzgadores el hacer de los autos sentencias, con trastrueque en los factores de la estructuración procesal. En

este orden de ideas, ya está dicho por la Corte que "las providencias judiciales no tienen la calidad determinada de autos de sustanciación, de autos interlocutorios o de sentencias por la forma que el juzgador quiera darles, sino por el contenido mismo que la ley les asigna en cada caso particular" (2 marzo 1955, LXXIX, 2151, págs. 680 y 681).

5. Menos puede ese pronunciamiento estimarse como sentencia en el plano de la cuestión sustancial, cuando lejos de resolver sobre la materia del litigio, restituyó el proceso a su punto de partida. Si, para el caso en que el fallo de un tribunal se ha reducido a revocar el de primera instancia, sin dictar el que ha de reemplazar a éste, ha dicho la Corte que el pronunciamiento de tal índole importa substracción de materia jurídica, que hace imposible el recurso extraordinario, desde luego que ésto no es una tercera instancia donde quepa considerar libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal (13 marzo 1946, LX, 2029 a 2031, pág. 143), con la misma poderosa razón ha de decirse, en el caso *sub judice*, que no hay materia en que pueda sustentarse el recurso de que se trata, tanto más cuanto, como ya se vio, la providencia, por la cual se anula en toda su extensión el proceso, a pesar de su forma de sentencia, conlleva apenas el mérito del auto interlocutorio propio de decisión de tal especie.

6. Por la fuerza misma de las cosas tendrá la Corte que inhibirse de resolver sobre los cargos de la demanda, por no ser susceptible del recurso de casación la providencia recurrida.

7. Ni valdría argumentar que esta misma corporación declaró admisible el recurso en su proveído de 15 de diciembre de 1960, porque ese auto que es apenas una medida preparatoria o de orden en el trámite, no vincula a la Corte en forma que la obligue a resolver en el fondo, cuando para hacerlo no tiene posibilidad legal alguna. No de otra manera ha podido pronunciarse la Sala sobre el particular, en los casos análogos, como lo reza la siguiente reiterada doctrina:

"En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que lo ha dado estimado sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio de la demanda capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso" (30 de noviembre 1951, LXX, 2107-2108, pág. 850; 20 octubre 1953, LXXVI, 2135, pág. 610; 1º marzo 1954, LXXVII, 2138-2139, págs. 51 y 52).

III

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No es el caso de estudiar los cargos de la demanda de casación, por no ser susceptible de este recurso el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha once (11) de julio de mil novecientos sesenta (1960).

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SANCION A LAS PARTES POR NO DEVOLUCION DE LOS AUTOS

No todo reparo a los trámites del juicio tiene cabida en casación, sino estrictamente las nulidades que la causal 6ª contempla.

1. Debatido en la instancia el punto concerniente a la suspensión del juicio hasta que en lo penal "se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable" que pueda influir en la controversia civil, y decidido con fuerza que cierra toda ulterior discusión al respecto, es notorio que el auto con que termina la respectiva incidencia no es acusable en casación. Y lo sería por camino soslayado si la cuestión pudiera plantearse otra vez ante la Corte con extravío de la causal 1ª.

La cuestión es nitidamente de claridad y economía procesales, y no todo reparo a los trámites del juicio tiene cabida en el recurso extraordinario. Menos aún por la susodicha causal 1ª, porque si hubiese informalidades de tal golpe que produzcan nulidad de lo actuado, para ello se encuentra la causal 6ª. Mas como son estrictos tanto el régimen de las nulidades como el propio recurso de casación, no es de recibo la censura que aduce lesión de normas procesales para deducir de allí, a la manera de vía indirecta, el quebranto de preceptos sustantivos por aplicación indebida. Si cargo tal pudiera admitirse a estudio, desaparecería la diferencia bien marcada que distingue la casación de un tercer grado procesal, en absoluto inexistente.

2. La sanción por el incumplimiento del deber de restituir los autos consiste para el caso, en que "se dicta sentencia y se tienen por ciertos los hechos fundamentales de la demanda, si es admisible la prueba de confesión, y se toma como base la copia de aquella que debe existir en la oficina" (2ª, 381 C. J.).

En conformidad con el artículo 224 ibidem, es entonces la copia de aquella copia de la demanda que "se saca a costa del actor en un libro que para el efecto debe llevarse por el Secretario". Y se saca esa copia de la copia de la demanda inicial para todos los efectos y muy precisamente para proferir sentencia en el evento de que los autos no sean devueltos por el demandado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciséis (16) de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Matilde Mejía Zárate, en representación de sus menores hijos Carlos Eduardo, Ana Marvin, Martín, Manuel Filiberto y Amparo Martínez Mejía, dirigió demanda contra Teresa de Jesús, Paulina y Elisa de los Dolores Martínez Cuervo como herederas de José Manuel Martínez, con súplicas declaratorias de la paternidad natural del causante respecto de aquellos menores, y la petición de herencia consecuencial, además de costas.

Sucedió que la oficina del conocimiento, Juzgado Civil del Circuito de Girardot, se incendió el 6 de julio de 1953, con los expedientes en curso, libros y archivo. Por lo cual la parte demandante obtuvo la reconstrucción del proceso hasta el momento en que el personero de la parte demandada recibió el expediente para alegar de conclusión en primera instancia, quien no lo devolvió a pesar de requerimiento personal, por cuanto dijo hallarse en imposibilidad de hacerlo a consecuencia de "caso fortuito o fuerza mayor", que en su sentir consistía en el hurto de los autos junto con algunos objetos de su casa de habitación.

En proveído confirmado por el Tribunal Superior, el Juez halló sin fundamento la alegación

de fuerza mayor o caso fortuito. Así como el propio Tribunal por auto de 29 de septiembre de 1956 declaró improcedente para los efectos del inciso 2º, artículo 11 del Código de Procedimiento Penal la suspensión del juicio civil mientras se decidiera por el Juez del crimen lo concerniente al delito de hurto según denuncia del apoderado que no devolvió los autos.

Fue así como después de resuelta en forma adversa al proponente la respectiva articulación, vino a decidirse el juicio con arreglo al ordinal 2º, artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, por sentencia del 7 de diciembre de 1957 en que el Juez tuvo como ciertos los hechos fundamentales de la demanda para proferir esta resolución:

"1º Declárase que los menores Carlos Eduardo, Ana Marvin, Martín, Manuel Filiberto y Amparo Martínez Mejía, son hijos naturales del señor José Manuel Martínez o Manuel José Martínez.

"2º Los menores citados anteriormente son herederos en su calidad de hijos naturales del señor José Manuel Martínez, con mejor derecho que las hermanas legítimas, señoras Teresa de Jesús Martínez Cuervo, Paulina y Elisa de los Dolores Martínez Cuervo, mayores y vecinas de Bogotá.

"3º A los menores debe entregarse la totalidad de los bienes relictos, sin perjuicio de terceros, con igual o mejor derecho.

"4º Las demandadas señoritas Martínez Cuervo, deben restituír los frutos de los bienes sucesorales, siguiendo las reglas de la reivindicación pero deben ser miradas como poseedoras de buena fe, hasta el día en que les fue notificada la demanda.

"5º En el juicio de sucesión que se sigue en este Juzgado por el fallecimiento del señor José Manuel Martínez, deben tenerse a los menores de que habla esta sentencia como partes en su calidad de hijos naturales, con exclusión de las demandadas, esto sin perjuicio de los derechos de terceras personas con igual o mejor derecho.

"6º Condénase a las costas del juicio a la parte demandada. Tásense y liquídense.

"7º Déjese copia de este expediente y envíese al señor Juez de Instrucción Criminal (Reparto)".

Interpuesta apelación por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso fin al segundo grado por sentencia confirmatoria del 10 de agosto de 1961, objeto del recurso de casación que en sus respectivas oportunidades ha sido sustentado por la parte vencida y replicado por la actora.

LA IMPUGNACION

El libelo presenta dos reparos por la causal 1ª, que por su implicación lógica serán enunciados en orden inverso al propuesto:

I Por violación directa del artículo 11, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal, que condujera al quebranto por aplicación indebida de los numerales 1º, 3º y 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

En opinión del recurrente el citado inciso 2º, artículo 11 del Código de Procedimiento Penal "es de carácter sustantivo porque tiende nada menos que amojonar los campos propios de las acciones penales y de las acciones civiles para evitar sentencias contradictorias cuando la acción civil depende o se subordina a lo que se decida en la acción penal". "De donde saca de una vez que la falta de aplicación de ese precepto conduce a que fueran indebidamente aplicados aquellos textos de la Ley 45 de 1936.

II. "Por *error de derecho*, consistente en que el Tribunal lo apoya (el fallo) en una copia carente de todo mérito probatorio, violando así especialmente los siguientes preceptos del Código Judicial: el artículo 632 porque la copia no fue tomada de ningún archivo ni de ningún expediente; el artículo 378, último inciso, por las mismas razones; el artículo 385, porque la copia, dada su fecha de expedición, no pudo ser confrontada al expedirla con el documento original; y por último, el ordinal 2º del artículo 381, porque siendo así las cosas, no hay manera de tener por ciertos los hechos fundamentales de la supuesta demanda, por prueba de confesión". De donde deduce infracción indirecta de los mismos numerales 1º, 3º y 4º, artículo 4º, Ley 45 de 1936, que el sentenciador no debió aplicar.

Sostiene el recurrente que de acuerdo con aseveración del apoderado de la parte actora, del juicio inicial no había en el Juzgado sino la copia de la demanda y la actuación del requerimiento para que el expediente fuese devuelto, por lo que "no ha podido entender por qué razón existía en el Juzgado del conocimiento una copia auténtica de la demanda presentada desde el año de 1952, es decir, cinco años antes, "pues que esa oficina se incendió el 6 de julio de 1953 y el traslado dentro del cual se extravió el proceso reconstruído se surtió el 10 de diciembre de 1954. Duda que en lugar de disipársele a la vista

de la copia que obra a folios 66 v. y siguientes del cuaderno principal, se le acentúa hasta llevarle "a la convicción inequívoca de que dicha copia no es auténtica, y, por lo tanto no puede servir de base sólida a los referidos fallos (del Juez y del Tribunal)".

Alude a que en tal copia se lee que fue tomada de la que el apoderado de la actora presentó con destino al libro copiador de demandas y que se expide a 1º de abril de 1957, libro que no puede ser el que se llevara en 1952 según el artículo 224 del Código Judicial, desde luego que fue incendiado en 6 de julio de 1953. Asevera que dicha copia tampoco fue agregada del juicio reconstruído y perdido posteriormente; que el Secretario se contradice, puesto que antes de autenticarla como tomada del libro de demandas, expresa bajo su firma y sello que toma la copia de la presentada por el apoderado de la demandante con destino al copiador de demandas; y que según su texto la copia que sirvió para el fallo expedida el 13 de julio de 1957, fue sacada de otra copia, autorizada el 26 de agosto de 1954 por otro Secretario, quien no dice de donde sacó esa copia, y agrega el recurrente:

"... pero por el contenido de ella, en el cual se incluyen las diligencias de notificaciones y traslado de la demanda inicial, verificadas por el Juez 4º Civil de este Circuito con fecha 17 de junio de 1952, 24 del mismo mes y 4 de la misma fecha. (sic), notificaciones hechas a las tres demandadas Teresa de Jesús Martínez Cuervo, Paulina y Elisa de los Dolores Martínez Cuervo, en su orden, se infiere que dicha copia de fecha 26 de agosto de 1954 fue tomada de un despacho diligenciado por el Juzgado 4º Civil de este Circuito y devuelto al Juzgado del conocimiento, actuación parcial del juicio que inexplicablemente se encontraba en el Juzgado después del incendio total del 6 de julio de 1953 y después de la pérdida del expediente en que debía hallarse agregado cuando dicho expediente fue sacado en traslado para alegar...".

Y en este orden de ideas, dice:

"En todas estas hipótesis, es claro que la copia de 13 de julio de 1957 no fue ni pudo ser sacada de su fuente auténtica y oficial. Ese traslado o versión de la demanda dos veces perdida es completamente artificiosa y constituye una segunda copia que carece de toda autenticidad".

Afirma además que el documento del 26 de agosto de 1954, aunque se hubiera compulsado del despacho diligenciado por el Juez 4º Civil del Circuito, "no sería copia auténtica de la demanda sino una copia parcial de la actuación misma del juicio, la que, para tener valor probatorio frente a la parte demandada ha debido ordenarse por el Juez con citación de esta parte, según el mandato perentorio del artículo 361 del Código Judicial; parte demandada que "no tuvo oportunidad procesál para tacharla y negarle autenticidad, puesto que fue allegada al juicio en el mismo momento en que la causa pasó al despacho para *sentencia* de primer grado, sin haberse dictado siquiera el auto de *citación para sentencia* respectivo".

Estima, en fin, que no es aplicable el artículo 385 del Código Judicial, según el cual "las partes tienen derecho de pedir que se dejo en la Secretaría, a su costa, copia de los documentos que presentan"; copias que "se reputan auténticas y valen tanto como los presentados en el mismo juicio, en el caso de extravío del expediente".

SE CONSIDERA:

1. El punto concerniente a la suspensión del juicio hasta que en lo penal "se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable" que pueda influir en la controversia civil, fue debatido en la instancia y decidido con fuerza que cierra toda ulterior discusión al respecto. Es notorio que el auto con que termina la respectiva incidencia no es acusable en casación. Y lo sería por camino soslayado si la cuestión pudiera plantearse otra vez ante la Corte con extravío de la causal 1ª.

La cuestión es nitidamente de claridad y economía procesales, y no todo reparo a los trámites del juicio tiene cabida en el recurso extraordinario. Menos aún por la susodicha causal 1ª, porque si hubiese informalidades de tal golpe que produzcan nulidad de lo actuado, para ello se encuentra la causal 6ª. Mas como son estrictos tanto el régimen de las nulidades como el propio recurso de casación, no es de recibo la censura que aduce lesión de normas procesales para deducir de allí, a la manera de vía indirecta, el quebranto de preceptos sustantivos por aplicación indebida. Si cargo tal pudiera admitirse a estudio, desaparecería la diferencia bien marcada que distingue la casación de un tercer grado procesal, en absoluto inexistente.

Por lo demás, si la sustracción de los autos, aun como posible delito de terceras manos, no logró borrar por fuerza mayor o caso fortuito la obligación de devolver el expediente, que ha gravitado sobre quien lo recibió para alegar de conclusión, no alcanza ciertamente a descubrirse cómo pueda en cualquiera forma desaparecer ese vínculo jurídico porque el juez penal declare en definitiva que se cometiera o no el hurto,

cuando es lo mismo una u otra cosa ante la ausencia judicialmente declarada de causa exculpativa que liberte al deudor de la entrega.

2. La sanción por el incumplimiento del deber de restituir los autos consiste para el caso, en que "se dicta sentencia y se tienen por ciertos los hechos fundamentales de la demanda, si es admisible la prueba de confesión, y se toma como base la copia de aquella que debe existir en la oficina". (2º 381 C. J.).

En conformidad con el artículo 224 *ibídem*, es entonces la copia de aquella copia de la demanda que "se saca a costa del actor en un libro que para el efecto debe llevarse por el secretario". Y se saca esa copia de la copia de la demanda inicial para todos los efectos y muy precisamente para proferir sentencia en el evento de que los autos no sean devueltos por el demandado.

3. El curso del presente negocio ha sufrido dos insucesos: uno por incendio y después por extravío de los autos a cargo del representante de la parte demandada.

El incendio fue causa para la reconstrucción del proceso con el lleno de las exigencias legales, desde luego que nada se aduce en contrario. Y por cuanto fueron destruídos por las llamas expedientes, libros y archivo del Juzgado, es natural y obvio que la reconstrucción incluyera el libro copiador de demandas, con base en duplicados que del libelo inicial conservaran los actores de los diversos juicios, todo bajo la fe del Secretario a quien por ley incumbe llevar ese libro copiador. Y si para el caso no se trataba meramente de un duplicado con alguna autenticación, sino de copia formalmente expedida sobre el despacho comisorio que contenía tanto la demanda como la diligencia de su notificación a cada una de las demandadas, no hay duda de que este documento podía servir muy bien para la reconstrucción del libro copiador de demandas destruído en el incendio del Juzgado. No consta que ninguna objeción se hiciera entonces, ni seguramente se habría formulado nunca reparo alguno, si no fuera con ocasión de las consecuencias procesales del hecho de no haber sido devuelto el expediente por quien lo recibió para alegato de conclusión en primera instancia.

4. De ninguno de los dos insucesos antedichos cabe la menor responsabilidad a la parte demandante, cuyo derecho a obtener decisión con arreglo a los hechos fundamentales de la demanda surge inequívocamente del aludido ordinal 2º, artículo 381 del Código Judicial. Y si el sentenciador tuvo por base la copia que por orden del Juez expidió el Secretario del Juzgado sobre el libro reconstruído de demandas, como de la actuación aparece, ningún reparo es viable por error de derecho en conceder el valor que por ley compete a ese instramento para cuando sin causa de exoneración no es devuelto el expediente por quien a ello está obligado.

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 10 de agosto de 1961 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.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

OPOSICION A UN DESLINDE. SU OBJETIVO.

Cuándo comete error de hecho el sentenciador

1. Comete error de hecho, lo ha repetido la Corte, el sentenciador que tiene por no demostrado uno o más hechos a causa de no haber tenido en cuenta un medio de juicio que demuestra la existencia de tales hechos o hecho, o cuando los da por establecidos en razón de no haber apreciado medios aducidos al proceso, que establecen de manera evidente que ellos no existieron.

2. Como el juicio de oposición a un deslinde tiene como único objetivo determinar si la línea fijada por el Juez se ajusta a las pruebas presentadas para confirmarla, o señalar de modo preciso la que deba adoptarse en razón de las nuevas pruebas que se hayan aducido al juicio, es claro que al fallador le corresponde sostener la primera cuando la inspección efectuada en el ordinario no sólo no modifica en nada la diligencia de apeo sino que la corrobora (G. J., T. 41, pág. 862; 47, pág. 48; 55, pág. 608; 56, pág. 237).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

Antonia Higuera, por medio de representante judicial, demandó en juicio especial de deslinde y amojonamiento a "Mercedes Vega v. de Peña y a los herederos de Jesús Peña, encabezados por Campo Elías Peña", a fin de obtener:

I. El deslinde y amojonamiento del predio de la actora, determinado en la escritura número 252 de la Notaría 2ª de Santa Rosa de Viterbo "en el lado opuesto a la carrera 10 de esta ciudad en cuya extensión limita con lote de Mercedes Vega v. de Peña y de la sucesión de Jesús Peña".

"II. Que se señale como línea divisoria la paralela a la carrera 10ª y que, partiendo de un punto distante 12,76 metros de la intersección de las líneas internas de los paramentos o anderes de la carrera décima y la plaza de Ferias, forma un rectángulo de 267,96 metros cuadrados".

III. Que precisada la línea solicitada, "se fijen los linderos haciéndolos ostensibles con la fijación de los mojones necesarios".

IV. Que, si no hubiere oposición, se deje a la demandante en posesión del predio con arreglo a la línea fijada.

Y en el evento de lo preceptuado en el artículo 871 del Código Judicial, se declare en firme el deslinde, y se ordene la inscripción del fallo en el libro primero, la cancelación del registro de la demanda y la protocolización de lo actuado.

Los hechos generadores de la demanda, son en resumen:

1º y 2º Antonia Higuera, por escritura número 252 pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Santa Rosa de Viterbo el 16 de abril de 1947, compró a los cónyuges Mercedes Vega y Jesús Peña el solar ubicado en el centro del perímetro urbano de Duitama con una extensión de doscientos sesenta y ocho metros cuadrados (268 m.2) comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por un costado con carrera décima; otro costado con plaza de Ferias; pie, con Cayetano Becerra (hoy Santos León), y último costado con de los vendedores y encierra".

3º Según el instrumento citado, "por el último costado limita el lote con de los vendedores y tiene una extensión de doscientos sesenta y ocho metros cuadrados en razón de que la venta fue por cabida".

1º El solar de la demandante tiene tres linderos ciertos, y solamente falta determinar la línea divisoria "con el predio de los vendedores de manera que no se vulnere la cabida porque se vendió".

5º La línea, cuyo señalamiento se pide, "debe ser tal que encierre con los tres linderos los doscientos sesenta y ocho metros a que se contrae la escritura" de venta.

6º Antonia Higuera ha pretendido delimitar su pequeño lote amigablemente, pero Campo Elías Peña se ha opuesto rotundamente a la colocación de los mojones, y pretende negar parte de la cabida, por la cual vendió su causante.

La actora tiene la posesión material del lote con la indeterminación del lindero en discusión.

Fueron notificados del auto admisorio de la demanda Víctor Manuel Peña, Campo Elías Peña, Paulina Peña de Guevara, Julia v. de Peña, Carmen Peña de Morales, Aura Ligia Peña de Becerra y Mercedes Vega v. de Peña, de los cuales constituyeron representante en el juicio, Víctor, Campo Elías, Carmen y Paulina Peña. El dicho apoderado contestó el traslado oponiéndose a la demanda. El fundamento de su oposición estriba en que el terreno le fue entregado a la actora por la cabida pactada en 1947, pero que en 1954 la carrera décima fue ampliada, y el municipio le quitó al lote en toda la extensión en que linda con dicha carrera tres metros de fondo.

El Juzgado dispuso el emplazamiento a los herederos de Jesús Peña, y, una vez efectuado, les designó curador *ad litem* al cual se le discernió el cargo.

En diligencia llevada a término el siete de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, con intervención de peritos, el Juzgado demarcó el lote en la siguiente forma: Por el frente, o sea, por la carrera diez y siete, antes décima, tiene una longitud de veintiún metros; por el frente que da a la antigua plaza de Ferias, el lindero tiene una extensión de trece metros con cincuenta y cinco centímetros; por el pie, el lindero con propiedad de Santos León Pinzón mide también trece metros con cincuenta y cinco centímetros; y por el costado paralelo a la carrera diez y siete, su longitud es de diez y ocho metros con cincuenta y cinco centímetros. "El lote así determinado queda con una superficie de doscientos sesenta y siete metros con noventa y cinco centímetros cuadrados, o sea, cinco centímetros menos del área total que señala la escritura número 252 de fecha 16 de abril de 1947, otorgada en la Notaría 2ª y que contiene la venta del lote, materia de esta diligencia".

El procurador de Campo Elías, Víctor, Carmen y Paulina Peña, dicendo serlo también de Mercedes Vega v. de Peña, dentro del término señalado por el artículo 871 del Código Judicial, presentó "demanda civil ordinaria de mayor cuantía", para que con citación de Antonia Higuera se declarara:

"Primero. Sin ningún valor la diligencia de deslinde practicada el siete del presente mes de abril sobre el predio a que se refiere 'el juicio de deslinde seguido por la misma Higuera'.

Segundo. Que, como consecuencia, se ordene levantar los mojones y cercas puestos sobre el predio en la aludida diligencia.

Tercero. Que, como consecuencia de lo anterior, no se admitan las pretensiones de la demanda presentada por la señora María Antonia Higuera y que ha dado lugar al juicio de deslinde".

La causa de estas súplicas se puede sintetizar así:

1º Jesús Peña y Mercedes Vega vendieron a Antonia Higuera por la escritura 252 de 16 de abril de 1951 un lote de terreno con un área de doscientos sesenta y ocho metros cuadrados, que hacía parte de otro de mayor extensión, cuyos linderos son: por un costado con la carrera décima (hoy 17); por otro costado, con la plaza nueva de Ferias; por el pie, con Cayetano Becerra; y por el último, con los vendedores.

2º En la misma fecha de este instrumento público, los vendedores entregaron el lote a la compradora, de modo que registrado el título, se efectuó la tradición.

3º Ya dueña del solar la compradora, y desligados los Peña y Vega de cualquiera obligación distinta del saneamiento por evicción, el municipio amplió la carrera décima (hoy 17), "y fue así como para la ampliación despojó a la compradora María Antonia Higuera de una franja de tierra de cuatro metros de ancha".

4º Al ceder esta franja, el lote disminuyó de superficie en forma proporcional, pero la demandada no se conformó sino que, con la esperanza de darle la primitiva extensión, presentó la demanda de deslinde, que ha dado ocasión al juicio de oposición.

5º En la diligencia de deslinde practicada por el Juzgado, con equivocada interpretación de los derechos de los actuales demandantes, se trazó la línea divisoria en la forma solicitada por Antonia Higuera, o sea, obligando a estos a reponerle a ella los metros cuadrados que había tenido que ceder para la ampliación de la antigua carrera décima.

6º Cuando fue ordenada la ampliación de la carrera, Antonia Higuera ya era dueña del inmueble mencionado, porque la tradición se había cumplido, por lo mismo, le tocaba a ella perder los metros cedidos para la ampliación de la vía, no a los vendedores.

7º A pesar "de ser esto una verdad de puño", en la diligencia de deslinde, y a pesar de haber expreso e inequívoco conocimiento de que la ampliación de la vía había sucedido con mucha posterioridad a la venta del inmueble, se ordenó fijar los mojones de modo que el a costa de los opositores volvió a quedar con la superficie de doscientos sesenta y ocho metros".

8º Para llegar a esta conclusión, se tuvo en cuenta el hecho inexistente de que por la calle el municipio había dejado a los vendedores una franja de terreno. Pero en el caso de que así hubiera ocurrido, se habría operado el fenómeno de la accesión, que en nada obliga a ceder a terceros su derecho de dominio.

9º La diligencia de deslinde usurpó a los demandantes una zona de terreno de que son dueños exclusivos, por lo cual se han visto obligados a ejercer el derecho de oposición en la forma expresada.

El Juzgado desató el primer grado del litigio por sentencia de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve en la cual resolvió modificar "el deslinde y amojonamiento practicado con fecha siete de abril de mil novecientos cincuenta y ocho en el sentido de disminuír por la carrera un metro con cincuenta centímetros, lineal y aumentar por la calle el predio de la señora María Antonia Higuera en cuarenta y nueve metros con cuarenta y cinco centímetros cuadrados".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en fallo de veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta, revocó el del Juzgado, y declaró sin ningún valor la diligencia de deslinde y amojonamiento, objeto de la oposición, y dispuso que por el Juez de primera instancia se ordenara levantar los mojones y cercas que fueron colocados por mandato suyo en los predios o linderos a que hace referencia la diligencia nombrada.

Los considerandos del Tribunal se pueden compendiar en esta forma:

Copia las conclusiones de la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia del ordinario, y observa que en el acta no se expresan hechos ni circunstancias vistas por el Juez, para aceptarla como plena prueba, al tenor de lo preceptuado por el artículo 730 del Código Judicial. Transcribe una doctrina de la Corte al respecto, expresada en fallos de 11 de junio de 1937 y 27 de junio de 1944 conforme a la cual "el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez".

No halla en el proceso otras pruebas que acrediten los hechos y circunstancias que no establece el acta de inspección ocular, pero que fueron invocados por la oposición, por lo cual rechaza la afirmación del Juez "en cuanto sostiene la existencia de una plena prueba para sustentar el fallo".

Se ocupa luego de la parte resolutiva de este, y encuentra que, conforme a doctrina de la Corte, no contiene una demarcación cierta, pues no indica la línea precisa que corresponde adoptar.

La resolución de disminuír unos metros lineales y aumentar unos cuadrados en favor del predio de Higuera, "no se compagina con que en los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la oposición a toda o parte de la línea o líneas divisorias fijadas por el Juez que conoce del deslinde, no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el Juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o no a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio y no puede ser decidida dentro de él". Insiste en que el fallo, en cuanto a la demarcación que señala, adolece de notoria vaguedad.

En contradicción con estos conceptos, respaldados en la jurisprudencia de la Corte que cita, estima que si el demandante oposicionista pidió se declarara sin valor la diligencia de deslinde, ha debido pronunciarse sobre este extremo dando aplicación al mandato de los artículos 466 y 471 del Código Judicial, que dispone decidir "sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de este" y en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas.

Transcribe el paso de un fallo de la Corte al respecto, y profiere en consecuencia la resolución por la cual revoca la del Juez, declara sin valor la diligencia de apeo, y dispone levantar los mojones colocados en la línea señalada.

Se resuelve el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal.

Cuatro cargos le hace el impugnante a la decisión del fallador de segunda instancia: el primero, fundado en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, "por no estar en consonancia con la cuestión debatida en el juicio que surgió de la oposición al deslinde"; el segundo, por violación directa del artículo 900 del Código Ci-

vil, que dejó de aplicar al caso *sub lite;* el tercero, lo hace consistir en violación indirecta de la misma norma sustancial a consecuencia de error de hecho proveniente de la falta de apreciación de pruebas producidas en el juicio; y el cuarto, por infracción indirecta del precepto sustantivo ya citado, a causa de un error de derecho "en la indebida apreciación de la diligencia de deslinde y amojonamiento".

Se considera la tacha basada en error de hecho, siguiendo lo preceptuado en el artículo 538 del Código Judicial.

Su desarrollo es del siguiente tenor:

La sentencia impugnada viola indirectamente el artículo 900 del Código Civil, que no aplicó por no haber visto varias pruebas demostrativas de hechos, cuya falta de apreciación llevó al Tribunal a su pronunciamiento.

Como estima que el error es múltiple, por cuanto son varias las pruebas que pasó por alto, las precisa en tres ordinales, aunque todas tienden a demostrar los mismos hechos y circunstancias.

Respecto del aserto de que en el acta de inspección ocular practicada en primera instancia no expresa hechos ni circunstancias observados por el Juez, expone el impugnador que esta aseveración es contraevidente, porque tal documento, cuyo autor no es otro que el mismo Juez, bajo las expresiones impersonales "se procedió a identificarlo..." "se constató que..." "se estableció..." "se deja constancia que...", etc., están las atestaciones de "los hechos relativos a la identificación del lote materia de la diligencia, a su ubicación en el plan piloto del municipio de Duitama, a su área, a la zona que perdió por la carrera, a la que dejó el municipio al correr el eje de la calle hacia la Plaza de Ferias, y la demarcación del lote por deslindar.

"Tales son los hechos y circunstancias observados por el Juez y los testigos actuarios, cuya prueba está constituída por las constancias que de ellos aparecen en el acta, pero que el Tribunal no leyó seguramente, cuando osa afirmar que no existen".

En la misma acta "aparece el texto de la declaración rendida por el Inspector de Obras Públicas del Municipio de Duitama en cuanto a la ubicación del citado lote en el plan piloto del Municipio de Duitama, a la verificación de la zona que el lote de María Antonia Higuera perdió por la carrera y a la que el municipio dejó por la calle al desplazar el eje hacia la Plaza de Ferias".

Obra también la declaración del Personero Municipal tocante a que en su despacho no existe constancia alguna sobre "la enajenación por parte del municipio de la zona dejada por la calle que, cuando menos, constituye una certificación dada por el Juez acerca de lo que el funcionario municipal dijo, si se toma en consideración la circunstancia de que se olvidó firmarla".

La falta de consideración de estos testimonios fue "vehículo a través del cual consumó el Tribunal la violación del artículo 900 del Código Civil".

En el curso de la inspección ocular el Inspector de Obras Públicas de Duitama exhibió una copia del Plan Piloto del municipio, y entregó una copia auténtica de la Plancha número 4 "donde aparecen objetivados con toda evidencia los hechos y circunstancias observados por el Juez y los testigos actuarios y sobre los cuales declararon el Inspector de Obras Públicas y el Personero Municipal".

Como el Tribunal no apreció este documento público y auténtico, que da fe de los hechos que aquel dio por no probados, resulta así un manifiesto error de hecho que lo llevó a infringir directamente el artículo 900 del Código Civil.

Concluye que "es evidente el yerro al omitir la apreciación de estas pruebas que demuestran la existencia del lote materia de la diligencia, su ubicación en el plan piloto del Municipio de Duitama, su área, la zona que perdió por la carrera y la extensión de la zona que le quedó al municipio por la calle al ser desplazado el eje de esta".

Este error condujo al Tribunal a violar el artículo 900 del Código Civil, porque al revocar la sentencia de primer grado y declarar sin valor la diligencia de apeo, "nada previó en relación con la fijación de los linderos que es lo que ordena la norma".

Se considera:

Comete error de hecho, lo tiene repetido la Corte, el sentenciador que tiene por no demostrado uno o más hechos a causa de no haber tenido en cuenta un medio de juicio que demuestra la existencia de tales hechos o hecho, o cuando los da por establecidos en razón de no haber apreciado medios aducidos al proceso, que establecen de manera evidente que ellos no existieron.

Si, conforme al cargo, el Tribunal afirma que el acta de inspección ocular no da fe de hechos observados por el Juez que la practicó, y, en realidad, sí habla de hechos conducentes advertidos por él, se trataría del primero de los errores de hecho aludidos.

La visita ocular en el predio sobre el cual se demarcó el lindero del lado colindante con el de los actores, fue practicada con ayuda de testigos

actuarios, y a ella concurrieron también en calidad de simples testigos el Inspector de Obras Públicas y el Personero Municipal de Duitama.

Posesionados los testigos y ya reunido el personal en el lote, objeto de la diligencia, reza el acta que este se identificó de acuerdo con los mojones colocados en el acto del apeo y "se comprobó que tiene una extensión de doscientos sesenta y siete metros cuadrados con noventa y dos centímetros, y la longitud que el acta le señala a cada uno de los cuatro costados".

Da cuenta de que el Inspector de Obras Públicas localizó en la plancha número 4 del plan piloto de Duitama el lote de la diligencia, en el cual aparecen claramente determinadas las zonas comprendidas entre los antiguos y los nuevos paramentos, tanto la que da frente a la Plaza de Ferias como la situada sobre la carrera 17. A la primera le fueron encontradas estas dimensiones: tres metros con veinte centímetros en el lindero con la Estación de Servicio de Alberto Sánchez, y cuatro metros con veinte centímetros, en el extremo que da frente a la calle 17. La segunda zona "tiene un metro con cincuenta centímetros de ancho, que corresponde exactamente al ancho del andén que es el reglamentario".

Respecto de los puntos por establecer en la inspección de acuerdo con el escrito que la solicitó, dice el considerado documento: "En cuanto al punto primero del memorial de pruebas se constató que los mojones se hallan sobre la proyección de la línea que parte de unas paredes antiguas que existen sobre la carrera 17... En cuanto al punto tercero... se estableció de acuerdo con el plano del municipio que el ensanche corresponde al ancho del andén actual que es de un metro con cincuenta centímetros, medidos sobre la carrera 17 entre la cerca de alambre antigua y el bordo actual del paramento. "Sobre el punto cuarto conforme se dejó constancia al principio de la diligencia, la cabida del lote demarcado por los mojones que se fijaron en la diligencia de deslinde es de doscientos sesenta y siete metros cuadrados con noventa y dos centímetros, es decir, la misma extensión a que se refiere la escritura de venta, aproximadamente, y por consiguiente no comprendida dentro de él, la zona que dejó el municipio hacia el frente de la Plaza de Ferias, hoy antigua". Acerca del quinto relato que el Inspector de Obras Públicas tomó las medidas y "comprobó que los tres mojones que existen, pues uno fue destruído, están dentro del lote es decir a ras de la línea interna del paramento".

Finalmente el documento que se examina recoge la declaración del Inspector de Obras Públicas sobre la necesidad que hubo de ceder una zona de cuarenta y nueve metros con cuarenta y cinco centímetros cuadrados al lote para adaptar la antigua Plaza de Ferias a la nueva, pero no le consta que haya habido "transacción alguna" sobre esa faja entre el municipio y particulares. También contiene la deposición del Personero Municipal sobre la existencia de dicha zona, según lo observado por él en la diligencia, y también sobre no haber encontrado en el archivo del municipio constancia de que este hubiera cedido la zona.

Constando, como consta, la presencia del Juez, el secretario, los testigos actuarios, el Inspector de Obras Públicas, y el Personero, como declarantes, en la diligencia de inspección ocular; teniendo esta por objeto, "el examen y reconocimiento que para juzgar con más acierto hace el Juez acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate" (art. 724 C. J.); y siendo la finalidad de la practicada en este juicio, establecer los hechos o puntos de que da cuenta, es de lógica probatoria que la identificación del inmueble por sus linderos, por la longitud de ellos y superficie del mismo, la ocupación de una zona para ensanche de la carrera 17, la ampliación del lote por el lado que da a la Plaza de Ferias, la colocación de los linderos por la línea interna del paramento, y no estar comprendida dentro de. lote demarcado en la diligencia de deslinde la zona dejada por el municipio, son hechos observados por el Juez y el personal que lo acompañó y colaboró en ella, y, por lo mismo, quien principalmente da fe de tales hechos por haberlos observado o visto es el Juez. No obra prueba de que esto no sea así. Por lo mismo, no haber visto el fallador estos hechos recogidos en la diligencia de inspección ocular como observados por el Juez que practicó la inspección, es incurrir en el error de hecho que le imputa el impugnante a la sentencia, los cuales son de una trascendencia definitiva en esta, porque, si el lindero fijado por el lado en que la demandante toca con el inmueble de los demandados y lo encierra en forma que da la cabida señalada en la escritura, el apeo es indiscutible, con tanto mayor razón si el ensanche que recibió el solar por el lado de la Plaza de Ferias no queda comprendido dentro de los linderos fijados. La reducción que recibió el solar por el límite con la carrera diez y siete no se ha demostrado que haya sido posterior a la fecha de la escritura de venta que los esposos Peña-Vega le hicieron a María Antonia Higuera, por lo mismo, no tiene ninguna trascendencia sobre la diligencia de deslinde.

En estas condiciones, el fallador, con vista en que el juicio de oposición a un deslinde tiene como único objetivo determinar si la línea fijada por el Juez se ajusta a las pruebas presentadas para confirmarla, o señalar de modo preciso la que deba adoptarse en razón de las nuevas pruebas que se hayan aducido al juicio, le correspondía sostener la primera, dado que la inspección efectuada en el ordinario no solo no modifica en nada la diligencia de apeo sino que la corrobora. (G. J., T. 41, pág. 862. T. 47, pág. 48. T. 55, pág. 608. T. 56, pág. 237).

En el caso *sub judice*, con el resultado de la inspección ocular practicada en la primera instancia, sin haber cometido el error analizado, la conclusión hubiera sido la de revocar el fallo del Juzgado, pero para confirmar la línea señalada en la diligencia de deslinde y amojonamiento.

Como el cargo prospera, la sentencia impugnada debe casarse, para proferir la de instancia.

Sentencia de instancia.

La parte demandante en la oposición al deslinde fijado no presentó medio demostrativo alguno de que la ampliación de la antigua carrera décima, hoy diez y siete, la haya efectuado el Municipio de Duitama, con posterioridad a la venta que Jesús Peña y Mercedes Vega le hicieron a Antonia Higuera del solar determinado en la escritura número 252 de diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y siete, y al tenor de la cual el Juzgado señaló la línea divisoria de este inmueble con el de la parte demandada, teniendo en cuenta la cabida de él.

En estas condiciones, la acción de oposición no es viable, porque, no habiendo razón legal ninguna para modificar el alindamiento adoptado en la diligencia, debe sostenerse. Y también porque, como queda dicho, las peticiones de que se declare sin ningún valor la diligencia de deslinde *sub judice;* que se ordene levantar los mojones puestos por orden del Juzgado; y que no se admitan las pretensiones de la demanda presentada por María Antonia Higuera, no son propias de la oposición, que, se repite, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 871 del Código Judicial sólo conduce a que se modifiquen en todo o en parte los linderos fijados en la diligencia de apeo, o a que se confirmen.

El Juez en la sentencia de primera instancia ordena una modificación "al deslinde y amojonamiento practicado con fecha siete de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, en el sentido de disminuir por la carrera un metro con cincuenta centímetros lineal y aumentar por la calle el predio de la actora María Antonia Higuera en cuarenta y nueve metros con cincuenta y cinco centímetros cuadrados".

Esta modificación, además de adolecer de la falta de precisión que debe tener la nueva línea, de modo que la sentencia corte radicalmente toda controversia, como no sea la de ejecución del fallo, no tiene respaldo alguno probatorio, según queda dicho.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario promovido por Campo Elías, Víctor, Carmen y Paulina Peña y Mercedes Vega v. de Peña contra Antonia o María Antonia Higuera en oposición al deslinde que esta adelantó contra "Mercedes Vega v. de Peña y los herederos de Jesús Peña, encabezados por Campo Elías Peña", y, en su lugar,

Resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

2º Confírmase la demarcación del lote o solar de la demandada Antonia o María Antonia Higuera por los linderos fijados en la diligencia de siete de abril de mil novecientos cincuenta y ocho por el Juzgado único Civil del Circuito de Duitama, y que son: por el frente, que es la carrera diez y siete, antes décima, el lote tiene veintiún metros; por el lado que da a la Plaza de Ferias, mide trece metros con cincuenta y cinco centímetros; por el pie, o sea el lindero con propiedad de Santos León, la misma extensión del anterior, esto es, trece metros con cincuenta y cinco centímetros, y por el costado paralelo a la carrera diez y siete, tiene una longitud de diez y ocho metros con cincuenta y cinco centímetros. El lote así determinado queda con un área total de doscientos sesenta y siete metros con noventa y cinco centímetros cuadrados (267,95 m.2), y en cada uno de los cuatro ángulos se colocaron mojones de ladrillo y cemento enterrados a treinta centímetros de profundidad.

3º Inscríbase esta sentencia en el libro número primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del circuito respectivo.

4º Cancélese la inscripción de la demanda de deslinde.

5º Protocolícese el expediente en una de las Notarías del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.

6º Sin costas en el recurso. Las de primera instancia a cargo de los demandantes.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

COTEJO

Apreciación de esta prueba. Relaciones sexuales. La ley colombiana no quiso hablar de concubinato notorio, sino de que aquéllas deben ser estables y notorias.

1. La apreciación de la prueba de cotejo está comprendida dentro de las facultades de ponderación autónoma del sentenciador.

2. Conviene hacer una aclaración. La sentencia recurrida cita la de esta Corte de 5 de marzo de 1948 (LXIV, 2060 y 2061, 42), según la cual las relaciones sexuales "deben configurar socialmente un concubinato notorio". Otras casaciones consignaron el mismo concepto. La Corte tuvo ocasión de precisar el alcance del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y de aclarar los expresados conceptos, en sentencia de 28 de febrero de 1961 (G. J., T. XCIV, 2235-2236, pág. 566 y ss.), con el objeto de no extremar el mandato de la ley sobre la calidad de las relaciones sexuales que prevé aquella disposición y las modalidades y matices que la realidad de las cosas puede introducir a las condiciones de estabilidad y notoriedad de las expresadas relaciones.

RELATORIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Carlos Eduardo Rodríguez contra la sucesión de Raimundo Forero R.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 12 de mayo de 1961.

Recurrente: el actor.

I

ANTECEDENTES

1. Demanda Carlos E. Rodríguez a Francisco Forero Ramírez, Helena Forero Ramírez viuda de Peña, María Asensión o Asunción Forero Ramírez viuda de Madero y María de Jesús Forero Ramírez, mayores y vecinos de Bogotá, para que se le reconozca la calidad de hijo natural de Raimundo Forero Ramírez, y como consecuencia, el carácter de legitimario del mismo y heredero de mejor derecho que los demandados en la sucesión de aquél.

2. Invoca las presunciones de paternidad natural previstas en los ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y hace estas afirmaciones fundamentales:

a) Raimundo Forero Ramírez y Emiliana Rodríguez mantuvieron relaciones sexuales estables y notorias, iniciadas "aproximadamente de 1905 a 1907, posiblemente en Pacho y las continuaron en Tocancipá hasta después del año de 1909", habiendo sido procreado en tales relaciones Carlos Eduardo Rodríguez, ya que nació el 25 de enero de este último año, es decir, después de los ciento ochenta días siguientes al en que comenzaron dichas relaciones. Raimundo Forero Ramírez sufragó los gastos que la gestación y el nacimiento causaron.

b) Raimundo Forero Ramírez reconoció en distintas ocasiones, de palabra y por escrito, que el hijo de Emiliana Rodríguez era su propio hijo a cuya subsistencia, educación y establecimiento atendió por un lapso mayor de diez años, habiéndole dado, además, por el mismo tiempo, trato social de hijo, por lo que deudos

y amigos y el vecindario del domicilio en general lo han reputado como hijo natural de dicho pretenso padre.

3. Con la oposición de la parte demandada se siguió el juicio y el juez de primera instancia —el del circuito de Facho (Departamento de Cundinamarca)— hizo las declaraciones solicitadas. Apelado el fallo por la parte demandada, fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia absolutoria de mayo 12 de 1961, de la cual recurrió en casación el demandante, quien formuló demanda ante la Corte, la cual fue replicada por el opositor.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

1. Con respecto a la presunción prevista en el ordinal 3º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el fallo considera, por una parte, no demostrada la autenticidad de las cartas atribuídas por el demandante a Raimundo Forero, por las razones que expone relativas a los fundamentos del dictamen grafológico, y por otra, porque aunque se pudiera partir de la autenticidad de ellas, no contienen "una confesión extrajudicial de paternidad con las características que, en conformidad con los referidos principios de la doctrina y la jurisprudencia debe reunir ese acto", ya que no consta en ellas "una declaración de Forero que, sin lugar a duda o equivocación", acredite el hecho de ser Forero el padre del demandante.

5. En relación con la causal de paternidad consagrada en el ordinal 4º del citado artículo 4º, tampoco la halla probada, porque de las declaraciones pertinentes "no resultan acreditados los elementos que, en armonía con los principios doctrinarios y jurisprudenciales de que se ha hecho mérito, son necesarios para estructurar dicha causal". La sentencia formula varios reparos a los testimonios de Darío Angel, Fortunato Rodríguez y José Domingo Castro Barriga, para concluír que de ellas no aparece probado el hecho de que entre Emiliana Rodríguez y Raimundo Forero Ramírez, hubiesen existido relaciones sexuales tales como las que contempla el mencionado ordinal 4º, esto es, caracterizadas por su permanencia y publicidad por la época de la concepción.

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

6. Se formulan sendos cargos basados en la causal primera de casación, referentes a las presunciones de los ordinales 3º y 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, disposiciones sustantivas quebrantadas por los errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de las respectivas pruebas.

Primer cargo

7. La violación del ordinal 3º, artículo 4º, Ley 45 de 1936, se produce, según esta fase de la impugnación, por errores de hecho, "y si se considerare que el error cometido en este punto no es de hecho sino de derecho", por errores de esta última especie, cometidos en el examen del dictamen grafológico producido sobre las cartas presentadas por el actor, atribuídas por él al presunto padre y en razón de la infracción de los artículos 637, 645, 649, 654, 705, y 722 del Código Judicial.

8. La censura se refiere, por una parte, a la afirmación de la sentencia de no haberse demostrado la contemporaneidad entre las mencionadas misivas y los instrumentos que fueron tomados en cuenta para el estudio grafológico, y dado que una de aquéllas —la única datada— lo fue el 25 de mayo de 1909, y las firmas con las cuales se hizo el cotejo de la letra de las susodichas esquelas —ya que éstas no aparecen suscritas— constan en instrumentos de septiembre y julio de 1911, mayo y diciembre de 1912 y septiembre de 1913. Al negar la contemporaneidad la sentencia incurre en las clases de error expresadas, según la impugnación.

Por otra parte, el recurrente hace relación al contenido de las cartas, de las cuales —dice— resulta una confesión *inequívoca* de paternidad, que puede no ser expresa, como no lo es la de que se trata, y agrega que "para acreditar esta causal de declaración de la filiación natural se presentaron al juicio dos cartas, que obran a los folios 64 y 65 del cuaderno número 2, firmadas: una con las iniciales 'R. F.', y la otra con las iniciales 'R. F. R.', que corresponden al nombre de 'Raimundo Forero Ramírez', cartas que fueron desechadas por el Tribunal como demostrativas de la confesión inequívoca de paternidad, porque el Tribunal no encontró demostrada la autenticidad de tales cartas; y porque aún cuando fueren auténticas, no contienen una declaración de Raimundo Forero 'sin lugar a duda o

equivocación' de que es el padre de Carlos Eduardo Rodríguez".

Se considera:

9. La sentencia niega a los escritos en referencia, no sólo que sean auténticos sino también que, en el supuesto de que lo fuesen, haya en ellos confesión inequívoca de paternidad.

Si la prueba de cotejo no es, al tenor del artículo 656 del Código Judicial, sino una prueba incompleta, que constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letras hayan sido negadas, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes, se entiende que su apreciación está comprendida dentro de las facultades de ponderación autónoma del sentenciador.

10. En este caso, la sentencia repudia el concepto pericial, primero, porque él mismo adolece de deficiencias que le restan autoridad para demostrar que la letra de las cartas corresponde a la misma persona que estampó la firma en los instrumentos notariales aludidos; y segundo, por no haberse probado que las firmas de los documentos y las misivas sean contemporáneas. La Corte no encuentra, respecto a lo primero, error de ninguna especie. La sentencia halla deficientes los fundamentos del dictamen y las razones que da para ello podrían ser discutibles, mas no contrarias a la evidencia. Respecto a lo segundo, tampoco el concepto de contemporaneidad responde a una regla precisa que pueda considerarse desatendida por estimar que no es coetáneo un escrito fechado en mayo de 1909 con unas firmas estampadas en septiembre y julio de 1911, o en mayo y diciembre de 1912 o en septiembre de 1913. La Corte no ve en las conclusiones de la sentencia error de hecho, que implicara evidencia radicalmente contraria a las mismas. Ni de derecho, porque no se percibe el quebranto, en el juicio sobre la prueba, de ningún texto legal de índole probatoria. En una palabra, el juzgador no halló convincente el dictamen referido, por las razones que expone, y éstas, por pertenecer al ámbito en que es autónomo, no son controvertibles sino por errores de hecho o de derecho, que en el caso presente —como acaba de decirse— no asoman.

11. Además, si al decir el artículo 656 del Código Judicial, que "la prueba resultante del cotejo de letras, escrituras o firmas, es incompleta y vale únicamente como indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos del dictamen y las circunstancias a que el texto alude, se ve claro que el mérito que haya de tener como simple indicio, depende tanto de los fundamentos de la pericia —que no halla convincentes el Tribunal— como de esas circunstancias, que son igualmente materia que escapa al control de la casación. Si el dictamen sobre el cotejo, no merece la fe del sentenciador, porque no descansa, a su juicio, en sólidas razones, el indicio carece de base y es inútil tratar de buscarle apoyo en las referidas circunstancias.

12. Ello basta para rechazar la impugnación, pero debe dejar la Sala testimonio de su sorpresa en relación con el aserto del abogado del recurrente en casación, de hallarse al pie de una de las cartas "las iniciales R. F.", y de la otra las de "R. F. R.", "que corresponden a Raimundo Forero Ramírez", cuando los signos puestos allí, no pasan de ser letras equis (X), estampadas por dos veces en una de las misivas y tres en la otra. La justicia de una causa no reposa sobre asertos contrarios a la realidad objetiva de los testimonios procesales, y en boca de los abogados, es falta contra la ética profesional, cuando menos, merecedora de ser investigada de acuerdo con la Ley 69 de 1945.

No es procedente, en consecuencia la acusación formulada a la sentencia en lo referente a la manera como dirimió la litis sobre la presunción tercera del artículo 4º, Ley 45 de 1936.

Segundo cargo

13. La acusación tilda de errónea la providencia del recurso, en el campo de la estimación y valoración del material probatorio relativo a la causal de investigación de la paternidad natural, consagrada en el ordinal 4º del precitado artículo. Afirma que hay en el examen de las pruebas, error de hecho y de derecho, con quebranto de los artículos 597 y 697 del Código Judicial, por un lado, y con la reprensión en lo sustancial, de la dicha disposición de la Ley 45, por otro.

Impugna la apreciación de las declaraciones de los testigos Darío Angel, Fortunato Rodríguez y José Domingo Castro Barriga, las cuales no demuestran —según la sentencia— las relaciones sexuales con caracteres de notoriedad y estabilidad, tal como el texto citado y la copiosa jurisprudencia de la Corte lo exigen; así como la desestimación que hace el fallo de la escritura pública número 4837, de 27 de julio de 1959, de la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, por haber sido aducida en copia auténtica durante la diligencia de inspección ocular verificada con el objeto de cotejar la escritura de las cartas con las firmas que del pretenso padre aparecen en los mencionados instrumentos públicos.

Se considera:

14. La sentencia estima insuficiente la prueba de las relaciones entre Raimundo Forero Ramírez y Emiliana Rodríguez. En efecto:

A la primera declaración que rindió Darío Angel, quien dice haber conocido a la Rodríguez y a su hijo cuarenta y cinco años atrás, le niega eficacia porque, según ella, queda por fuera del conocimiento del testigo la época de la concepción, fijada por el demandante entre los años de 1905 y 1909; aparte de que ya en su segunda declaración el mismo deponente pormenoriza hechos que fija en 1905 o 1906, sobre entrevistas esporádicas efectuadas por Forero Ramírez y Emiliana Rodríguez, en la pieza del declarante, hechos que resultarían tres o cuatro años anteriores a 1909, en el que nació el demandante.

Al testimonio de Fortunato Rodríguez —que el fallo considera en contradicción con el de Angel— le hace la misma censura "respecto a la falta de armonía entre la época en que según el testigo existieron esas relaciones (1905-1907) y la fecha del nacimiento de Carlos", y agrega que éste deponente deriva su conocimiento de lo que le manifestara Raimundo "en la ocasión y circunstancias ya relacionadas. Lo que resulta igualmente inverosímil, si se tiene en cuenta que Rodríguez era peón de la finca de los padres de Raimundo, y que para la época a que alude en su declaración, el testigo tenía trece años de edad aproximadamente, todo lo cual hace improbable la realidad de confidencias de esa naturaleza entre aquél y éste".

Y en cuanto al declarante José Domingo Cortés Barriga, afirma el sentenciador que "fue explícito en declarar que a él no le constaba en ninguna forma la existencia de relaciones sexuales entre Raimundo y Emiliana". Y cierra así la crítica de los referidos testimonios:

"Se tiene, por lo tanto, y como en un principio se anunció, que la causal de reconocimiento de la paternidad natural consagrada por el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no está probada. Y no lo está, porque en el examen precedente resulta evidenciado que los testimonios aportados para establecerla, no acreditan todos y cada uno de los extremos que doctrinaria y jurisprudencialmente la estructuran. Se repite que en concepto de la honorable Corte Suprema de Justicia, las relaciones sexuales no pueden probarse —como se pretendió hacerlo en el presente caso— 'con el dicho de quienes voluntaria o casualmente han sorprendido a los amantes, o han sido depositarios de sus confidencias'; que 'para la validez de la exposición, los testigos tienen que precisar las épocas de que habla la disposición legal citada, distinguiéndolas con fechas y meses'; y que, tratándose de una prueba que no puede ser simplemente indiciaria sino plena, resulta improcedente conjugar los hechos a que particularmente se refiere cada testigo, para tratar de deducir la existencia de una a la cual pudiera dársele esa calidad".

15. A lo cual la demanda de casación se limita a replicar lo siguiente, sin señalar los errores de hecho ni los de derecho en que incurriera a su juicio, el sentenciador:

"Al Tribunal no le merece credibilidad el testimonio de Darío Angel, porque no dice exactamente las fechas de ocurrencia de los hechos que relata, lo que es imposible físicamente dada la fragilidad de la memoria humana, cuando es cierto que al día siguiente muchas veces no se puede reconstruir en orden lo que cada uno hizo el día anterior.

"Agrega que el testimonio de Angel resulta contradicho con el de Fortunato Rodríguez, porque este dice que don Raimundo visitaba a Emiliana en su casa, como si fuera indispensable y obligatorio que las citas y entrevistas se sucedieran siempre en el mismo sitio, a la misma hora y en presencia de los mismos testigos. Precisamente la variedad de las exposiciones de los distintos testigos es lo que le da valor demostrativo a la prueba testimonial, pues cada testigo relata circunstancias distintas y diferentes, que el juzgador debe concatenar y entrelazar entre sí para buscar la verdad. Los testimonios de corrillón son los que son sospechosos, pero ahora resulta que al Tribunal le parecen más dignos de credibilidad aquellos testigos que repiten palabra por palabra cada una de las del interrogatorio.

"También tacha al testigo Fortunato Rodríguez, porque no detalla con fechas exactas la realización de los hechos que relata, como si todas las personas tuvieran que llevar un diario escrito minucioso de todo lo que cada una vio y oyó durante todos y cada uno de los días de su vida. Esta exigencia es absurda".

Como se ve, ni error de hecho hay en el examen y estimación de estas probanzas, porque la convicción del Tribunal tiene pleno respaldo en la ausencia de prueba de la presunción de paternidad aludida; ni error de derecho, porque los preceptos citados no aparecen infringidos en forma alguna.

16. En este segundo capítulo de la acusación, el recurrente tacha de error de derecho, por infracción del ordinal 2º, artículo 597 del Código Judicial, el haber desechado la sentencia la citada escritura número 4837, de julio 27 de 1959,

otorgada en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, que relata una especie de transacción patrimonial entre el demandante y dos de los demandados.

Dice el fallo:

"Informalmente, por no haberlo sido mediante instancia de parte y previo decreto judicial, ni haberse cumplido la aducción mediante las formalidades establecidas por el artículo 636 del Código Judicial referente al uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, se agregó al respectivo cuaderno de pruebas de la parte actora, copia de la escritura número 4837 de 27 de julio de 1959, otorgada en la Notaría Quinta de este Circuito en que se hizo constar un pacto que celebraron María Ascensión Forero v. de Madero y María Elena Forero v. de Peña con Carlos Eduardo Rodríguez".

La conclusión del Tribunal es exacta, mas no la precisa, porque el artículo 597, ordinal 2º, señala como oportunidad procesal para la presentación de pruebas las inspecciones oculares y al folio 59 del cuaderno 2º consta que en tal diligencia fue aducida y recibida por el funcionario una copia de la citada escritura. Mas, sucede que la prueba en el presente caso no aporta por sí sola poder de convicción sobre la cuestión debatida.

Lo cual indica que el cargo no procede.

17. Conviene una aclaración. La sentencia cita la de esta Corte de 5 de marzo de 1948 (LXIV, 2060 y 2001, 42), según la cual las relaciones sexuales "deben configurar socialmente un concubinato notorio". Otras casaciones consiguaron el mismo concepto. La Corte tuvo ocasión de precisar el alcance del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y de aclarar los expresados conceptos, en sentencia de 28 de febrero de 1961, en juicio de Bertha Louis contra María Elena Bocerra de Soto, con el objeto de no extremar el mandato de la ley sobre la calidad de las relaciones sexuales que prevé aquella disposición y las modalidades y matices que la realidad de las cosas puede introducir a las condiciones de estabilidad y notoriedad de las expresadas relaciones.

Dice así dicho fallo:

"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 aunquando el amante hubiese abandonado a la mujer antes de expirar el lapso de la concepción, pero ya aquélla en estado de gravidez. El estatuto se humaniza más todos los días".

En otro lugar:

"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 moralidades, bajo la denominación de concubinato.

"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.

"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 coin-

cidan tales hechos son 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.

"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".

A virtud de la rectificación doctrinaria, no se condenará en costas.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha doce (12) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Carlos Eduardo Rodríguez contra la sucesión de Raimundo Forero R.

Sin especial condenación en costas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RELACIONES SEXUALES Y POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL.

Cuando se alega la primera de estas causales es necesario acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial, no así en la segunda que se hace valer frente al padre presunto. Alcance de la causal de relaciones sexuales. Se refiere la doctrina acerca de la autonomía de los juzgadores en la calificación de la prueba indiciaria.

1. Como la procreación es un hecho complejo en cuanto requiere el concurso de un hombre y una mujer, cuando a un varón determinado se le atribuye en juicio la paternidad respecto de cierto hijo por haber tenido aquél relaciones sexuales con la madre de éste, resulta lógicamente imprescindible demostrar cuál es dicha madre y la fecha del nacimiento de tal hijo para poder definir la época de la concepción y deducir por inferencia esa paternidad, toda vez que ella no puede comprobarse de manera directa. En otros términos, la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, exige la determinación previa o simultánea de la madre para poder atribuir la paternidad al hombre que con ella tuvo esas relaciones por la época de la concepción del hijo.

2. En materia de filiación legítima, como lo expresó la Corte en casación de agosto 21 de 1942 (LIV Bis, 25), el artículo 397 del Código Civil exige que la posesión notoria del estado de hijo legítimo se establezca respecto de ambos padres conjuntamente, mientras que en punto de filiación natural el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 permite alegar la posesión notoria del estado de hijo natural en forma separada ya en relación con el padre, ora respecto de la madre. De modo que si, dentro de esta última filiación, la causal de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre requiere el conocimiento de ésta, no sucede lo mismo en la causal de posesión notoria del estado de hijo natural que se hace valer frente al padre, porque esta posesión implica principalmente un comportamiento constante, regular y ostensible de dicho padre como tal respecto del hijo, conducta que equivale a un reconocimiento tácito de paternidad según la opinión de Demolombe (Cours de Code Napoleón, t. V, Nº 480). Vale decir que esa posesión constituye una relación o una serie continua de relaciones personales y directas entre el padre y el hijo, independientes de toda consideración referente a la madre. Por manera que cuando respecto del presunto padre se alega esta causal de posesión notoria del estado de hijo natural, no hay necesidad de acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial de ese estado.

3. En repetidas ocasiones la Corte se ha ocupado en determinar el alcance de la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, que conforme a lo prescrito por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 puede dar lugar a la declaración judicial de paternidad natural. Inspirándose en la ley y en la doctrina y jurisprudencia francesas, expresó en algunas providencias que esas relaciones "han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción" y presentar "características semejantes en cuanto a firmeza y publicidad a las que rodean el matrimonio" (LXIII - 2057, 687. LXIV - 2060, 18). En otras decisiones ha sostenido que dichas relaciones "entrañan un concepto más amplio que el de concubinato, tal como se le ha considerado siempre" (LVI - 2061, 203). Así se han perfilado dos tendencias sobre la apreciación de las relaciones sexuales mencionadas: una que las reduce a un concubinato y otra que las juzga con un criterio de mayor amplitud. En casación de 28 de febrero de 1961 (XCIV - 2235, 567) la Corte consideró de nuevo este tema y,

neda, porque, según los mismos preceptos invocados para pedir la declaración de filiación materia de la controversia, los artículos 1º, 2º y 4º, ordinales 4º y 5º, de la Ley 45 de 1936, la calidad de hija natural en relación con la madre soltera o viuda se obtiene por el solo hecho del nacimiento, y en relación con la paternidad natural se necesita acreditar entre quiénes han existido las relaciones, como que no es posible ignorar la maternidad natural sino en el caso de que se haga por los mismos el reconocimiento y en las condiciones determinadas por el artículo 2º mencionado. Siendo esto así, no se ve cómo pueda dársele relevancia jurídica a las ordenaciones del artículo 4º, ordinales 4º y 5º, de la mencionada Ley 45, si ni siquiera aparece acreditado el hecho fuente de la calidad de hija natural de Blanca María Pineda —el nacimiento como lo ordena el mismo artículo 1º de la comentada Ley 45— y consecuencialmente los hechos relevantes para la paternidad natural en los términos de los citados ordinales 4º y 5º del artículo 4º tantas veces citado".

El recurrente continúa sosteniendo que todas las causales de declaración judicial de paternidad natural que señala el artículo 4º de la Ley 45, tienen por presupuesto necesario la comprobación previa de la maternidad, y concluye así la formulación del cargo:

"Por estos motivos es que se han violado directamente los artículos 149, 346, 347, 349, 401 del Código Civil, las disposiciones de la Ley 92 de 1938 sobre la inscripción de los hechos o fuentes del estado civil, el nacimiento, matrimonio o muerte; los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Ley 45 de 1936. Las disposiciones del Código Civil por no habérseles dado en el caso ninguna relevancia jurídica, siendo de aplicación directa o sea aplicación autorizada por el hecho de que dichas disposiciones se manifiestan idóneas para regular espontáneamente el caso materia de la litis, y las reglas de la Ley 92 de 1938 por haberse omitido también considerar como si no fuera obligatorio el registro civil y los documentos respectivos no tuvieran eficacísima función probatoria, en cuanto a los hechos concernientes a los estados en cuestión deben ser denunciados a quienes están encargados de llevar esos registros públicos, y sus copias hacen prueba absoluta de conformidad también con el artículo 1º de la Ley 45 de 1936. Finalmente los artículos 4º y 5º de la misma Ley 45, en cuanto dándoles una aplicación indebida a causa de interpretación errónea, el fallador reconoció una relación de parentesco o de familia sin antes haberse comprobado la cualidad jurídica o atributo de la personalidad de la demandante en relación con el estado anterior objeto de la modificación y sin tener por consiguiente la aptitud suficiente para legitimar una acción como la postulada por Rosa Elvira Pineda de Arias. Y de paso violó el sentenciador también los artículos 1757 del Código Civil y 343 del Código Judicial, que dicen cómo el Juez o fallador tiene obligación de desconocer el derecho demandado cuando no existe o cuando se reclama indebidamente".

La Corte considera:

Como la procreación es un hecho complejo en cuanto requiere el concurso de un hombre y una mujer, cuando a un varón determinado se le atribuye en juicio la paternidad respecto de cierto hijo por haber tenido aquél relaciones sexuales con la madre de éste, resulta lógicamente imprescindible demostrar cuál es dicha madre y la fecha del nacimiento de tal hijo para poder definir la época de la concepción y deducir por inferencia esa paternidad, toda vez que ella no puede comprobarse de manera directa. En otros términos, la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, exige la determinación previa o simultánea de la madre para poder atribuír la paternidad al hombre que con ella tuvo esas relaciones por la época de la concepción del hijo. A este respecto dicen Planiol, Ripert y Rouast que "salvo el caso en que hay reconocimiento o confesión del padre, no pueden producirse las presunciones que permiten atribuír el hijo a un hombre determinado si no se conoce la madre de dicho hijo. Por otra parte, por la fecha del alumbramiento de la madre se determinará la fecha de la concepción y por consiguiente la probabilidad de la paternidad. En principio hay que dar, pues, la prioridad a la prueba de la maternidad en relación con la de la paternidad, o al menos la simultaneidad de ambas pruebas" (*Traité pratique de Droit Civil francais*, t. II, Nº 713, 2ª ed.).

En materia de filiación legítima, como lo expresó la Corte en casación de agosto 21 de 1942 (LIV-Bis, 25), el artículo 397 del Código Civil exige que la posesión notoria del estado de hijo legítimo se establezca respecto de ambos padres conjuntamente, mientras que en punto de filiación natural el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 permite alegar la posesión notoria del estado de hijo natural en forma separada ya en relación con el padre, ora respecto de la madre. De modo que si, dentro de esta última filiación, la causal de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre requiere el conocimiento de ésta, no sucede lo mismo en la causal de posesión notoria del estado de hijo natural que se hace valer frente al padre, porque esta posesión implica principalmente un comportamiento constante, regular

y ostensible de dicho padre como tal respecto del hijo, conducta que equivale a un reconocimiento tácito de paternidad según la opinión de Demolombe (Cours de Code Napoleón, t. V, Nº 480). Vale decir que esa posesión constituye una relación o una serie continua de relaciones personales y directas entre el padre y el hijo, independientes de toda consideración referente a la madre. Por manera que cuando respecto del presunto padre se alega esta causal de posesión notoria del estado de hijo natural, no hay necesidad de acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial de ese estado.

Como fundamento de su acción la demandante Rosa Elvira Pineda impetró la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, entre el señor Fernando Ponce de León y su madre Blanca María Pineda, pero no adujo su partida de nacimiento para demostrar la fecha de éste ni la circunstancia de ser en realidad hija de la nombrada señora Pineda. Los testimonios allegados para probar esta causal dan razón de que las relaciones sexuales se produjeron entre el señor Ponce y la citada Pineda, pero esta prueba no es idónea ni suficiente para tener por establecida la maternidad de dicha señora en relación con la demandante. La ausencia de la prueba pertinente sobre esa maternidad impide que pueda prosperar la acción de reclamación de estado que se apoya en la causal de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, de modo que por este aspecto aparece fundado el reparo que que se dirige contra la sentencia, consistente en dar por comprobada la paternidad del señor Ponce de León respecto de la demandante por haber tenido él relaciones sexuales con quien no está demostrado que sea la madre de la misma actora. Con todo, el cargo es en este caso ineficaz para producir la infirmación del fallo, porque éste se funda también en la causal de posesión notoria del estado de hija natural, causal que fue alegada, que la sentencia tiene por establecida y que, como se ha dicho, no requiere la prueba de la maternidad cuando se la hace valer frente al presunto padre o sus herederos.

Segundo cargo. Se hace consistir este cargo en la violación indirecta, por interpretación errónea y aplicación indebida, del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, a causa de error de hecho cometido en la apreciación de las pruebas concernientes a la causal de relaciones sexuales, estables y notorias.

En desarrollo de este cargo afirma el impugnante que "es un hecho notorio que el numeral 4º mencionado se refiere a aquellos hijos que proceden de padres entre quienes existió un verdadero concubinato, una unión continua y permanente, como la que existe ordinariamente entre los casados, en forma tal que venga una verdadera presunción de paternidad con relación a los hijos que nazcan después de los ciento ochenta días, contados desde que principiaron a tener vigencia esas relaciones, o dentro de los trescientos días después de que tales relaciones cesaron". Sentada esta premisa, el recurrente se dedica a demostrar que "de las declaraciones de los testigos citados por el mismo sentenciador no aparece que Fernando Ponce de León y Blanca María Pineda vivieron en comunidad, y para el efecto de hacer presumible la presunción de paternidad" que consagra el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Dice a este respecto que los declarantes Francisco Aguilar, Mercedes Moreno Escamilla, Leopoldo Cruz, Carmen Rosa Sánchez y Reinaldo Castro apenas relatan hechos que hacen posibles las relaciones, pero que no las comprueban en la forma y términos que la ley exige, es decir, que no constituyen prueba fidedigna e irrefragable de esas relaciones. Sostiene que el testigo Aguilar, por ejemplo, no narra la existencia de relaciones estables, sino simplemente esporádicas, y que con todos los testimonios no se acreditan las condiciones o requisitos que requieren las relaciones sexuales para que, con respaldo en ellas, pueda hacerse la declaración de paternidad. Luego de anotar lo que aseveran algunos de los declarantes, expresa el recurso: "En estas condiciones aceptar que existieron relaciones sexuales estables y comunidad de habitación entre Fernando Ponce y Blanca María Pineda, implica un error de hecho en relación con el contenido de las declaraciones mencionadas, ya que no dicen ni prueban los hechos a que se refiere el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45, resultando entonces una interpretación errónea y una aplicación indebida, porque ha encontrado dicha disposición adaptada a los supuestos allí contemplados, cuando la situación de hecho relatada por los testigos es totalmente diversa de la exigida por la misma norma jurídica".

Se considera:

En repetidas ocasiones la Corte se ha ocupado en determinar el alcance de la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, que conforme a lo prescrito por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 puede dar lugar a la declaración judicial de paternidad natural. Inspirándose en la ley y en la doctrina y jurisprudencia francesas, expresó en algunas providencias que esas relaciones "han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia

acepción" y presentar "características semejantes en cuanto a firmeza y publicidad a las que rodean el matrimonio" (LXIII - 2057, 687. - LXIV - 2060, 48). En otras decisiones ha sostenido que dichas relaciones "entrañan un concepto más amplio que el de concubinato, tal como se le ha considerado siempre" (LVI - 2001, 203). Así se han perfilado dos tendencias sobre la apreciación de las relaciones sexuales mencionadas: una que las reduce a un concubinato y otra que las juzga con un criterio de mayor amplitud. En casación de 28 de febrero de 1961 (XCIV - 2235, 567) la Corte consideró de nuevo este tema y, rememorando los orígenes de la Ley 45, las ideas que la inspiraron y los desarrollos que la misma cuestión ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia, asentó en esta materia la tesis central de que el concepto de relaciones sexuales, estables y notorias, comprende una gama de uniones libres que se extiende desde el concubinato perfecto hasta los matices más simples en que no hay comunidad de habitación, ni trato marital, ni provisiones económicas, con tal que esas uniones ofrezcan en todo caso los atributos de estabilidad y notoriedad que la ley exige para que ellas puedan asumir la categoría de presunciones de paternidad.

La sentencia cita los testimonios de Francisco Aguilar, Mercedes Moreno Escamilla, Carmen Rosa Sánchez, Leopoldo Cruz y Reinaldo Castro, y recuerda que estos declarantes afirman que la señora Blanca María Pineda vivía con sus padres en la hacienda de "La Gloria", Municipio de Tibacuy, de propiedad del señor Fernando Ponce de León; que allí este señor y la Pineda tuvieron relaciones sexuales desde 1930 hasta 1932; que esta señora se quedaba a dormir en el mismo cuarto del señor Ponce; que con frecuencia se los veía solos en los cafetales de esa finca; que el señor Ponce le suministraba dineros a la Pineda y que dichas relaciones eran del conocimiento de todos los trabajadores y vecinos del predio citado. Con base en esta prueba el fallo tiene por comprobadas las relaciones sexuales, estables y notorias, entre el señor Ponce de León y la señora Pineda.

El recurrente ensaya una crítica de las declaraciones mencionadas y afirma que ellas no demuestran esas relaciones sexuales, porque no dan cuenta de la comunidad de habitación entre el señor Ponce y la señora Pineda, sino de hechos aislados que apenas hacen posibles tales relaciones. Como secuela de esta crítica le atribuye a la sentencia un error de hecho cometido en la apreciación de la prueba testifical y consistente en asignar a las declaraciones un contenido mayor del que ofrecen.

Fuera de que por mandato de la propia ley la comunidad de habitación no es factor necesario en la causal de relaciones sexuales, ocurre que el fallo aprecia los testimonios mencionados y los considera demostrativos de esa clase de relaciones entre el señor Ponce y la señora Pineda durante varios años y de manera ostensible. Al juzgarlo así no comete la sentencia ningún error de hecho y menos de carácter manifiesto, porque no tiene por comprobado ningún hecho inexistente o contrario a la evidencia, toda vez que, como lo reconoce el mismo impugnante, las declaraciones sí dan razón de actos y situaciones de los señores Ponce y Pineda que produjeron en el sentenciador la convicción íntima de que entre ellos existieron relaciones sexuales, estables y notorias. Si el recurrente no comparte esta apreciación, tal discrepancia no constituye el error de hecho que tiene trascendencia en casación.

Tercer cargo. Consiste en la violación, por interpretación errónea y aplicación indebida, del ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas y con infracción medio de los artículos 660 a 667, 697, 698 y 701 del Código Judicial y 1759 del Código Civil.

Para sustentar este cargo dice el recurso que, como la ley no expresa en qué consiste la posesión notoria del estado de hijo natural, hay que acudir a lo que sobre este punto establece el artículo 397 del Código Civil en relación con el hijo legítimo y admitir que esa posesión debe estar integrada por estos elementos: a) Que el padre haya tratado al hijo como tal; b) Que lo haya presentado como hijo a sus deudos y amigos; c) Que éstos y el vecindario en general lo hayan reputado como hijo de ese padre. La ley exige además que la posesión notoria haya durado diez años continuos por lo menos. Lo cual significa que dicha posesión debe estar constituída por el *nomen* el *tractatus*, la fama y el *tempus*. Agrega que la posesión notoria del estado de hijo natural requiere la demostración de esos factores, con excepción del *nomen*, porque él no es obligatorio entre nosotros.

Sostiene el impugnante que en este juicio no aparecen comprobados los hechos integrantes de la posesión notoria del estado de hija natural de Rosa Elvira Pineda respecto del señor Fernando Ponce de León, porque los testigos no dan razón de sus dichos, pues que se limitan a contestar un interrogatorio sin explicar las circunstancias de tiempo y lugar. Dice que el deponente Aguilar asevera que la actora vivió en la casa de la hacienda "La Gloria" cuando otros testigos fijan su residencia en la casa que Blan-

en María Pineda ocupaba como arrendataria en el mismo fundo. Luego de anotar lo expuesto por varios declarantes y de sostener que éstos tampoco dan razón de sus afirmaciones, añade el recurrente: "De lo anterior se deduce que los tres elementos de la posesión de estado: *nomen*, *tractus* y fama, no se hallan acreditados. Las declaraciones invocadas por el sentenciador no dan la razón de su dicho, además de que son entre sí contradictorias como lo anoté anteriormente. No aparece que a la demandante se le tuviera con el nombre del causante; siempre aparece con el de 'Pineda'; no se le ha tratado como a hija natural, porque los dichos de los testigos sobre los hechos esenciales, crianza, educación y sostenimiento, no se pueden aceptar por faltarles la esencialidad de dar la razón o motivo de dichas afirmaciones como lo exige la ley, fuera de que son entre sí contradictorias en relación con hechos importantes como los del lugar donde se encontraba la demandante y donde ocurrían aquéllos: no todos dicen que era en la casa de Blanca Pineda, pues hay quien afirma que fue en la casa del mismo señor Ponce de León. Tampoco prueban esas declaraciones que la hubiera presentado en ese carácter a sus amigos y relacionados, ya que sobre ese hecho declaran personas que no pueden considerarse como los amigos y relacionados del pretendido padre natural".

Se refiere el recurso al factor de la fama, expone los requisitos que en ésta deben concurrir para ser atendida y arguye que los testimonios aducidos en este negocio no acreditan la fama de hija natural de Rosa Elvira Pineda en relación con el señor Ponce de León.

Aludiendo a la escritura número 4458, de 14 de noviembre de 1956, por la cual la demandante Pineda cedió a las demandadas Elvira e Isabel Ponce los derechos hereditarios que pudieran corresponderle en la mortuoria de Fernando Ponce de León, afirma el recurrente que el Tribunal tuvo en cuenta esa escritura como elemento de convicción del estado civil de la vendedora sin indicar la relación entre dicho instrumento y tal estado civil, lo cual constituye un error porque este estado no se prueba con indicios y porque no hay correspondencia entre el otorgamiento de la escritura y el hecho que se investiga, esto es, la paternidad natural de Fernando Ponce de León respecto de Rosa Elvira Pineda.

El Tribunal, al asignarles pleno valor probatorio a declaraciones que no lo tienen por no ofrecer los requisitos de tiempo, modo y lugar, quebrantó los artículos 697, 698 y 701 del Código Judicial, y en cuanto al mérito de indicio que se dedujo de la escritura número 4458, se infringieron los artículos 660 a 667 *ibídem* y 1759 del Código Civil. Como consecuencia de estos errores se violó el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

La Corte considera:

La sentencia menciona las declaraciones de Francisco Aguilar, Mercedes Moreno Escamilla, Leopoldo Cruz, Carmen Rosa y Lucila Sánchez y Reinaldo Castro Márquez, así como la escritura número 4458, de 14 de noviembre de 1956, y expresa que el análisis de estas pruebas produce el convencimiento cierto de la paternidad natural del señor Ponce de León respecto de Rosa Elvira Pineda, y ello porque "los deponentes han expresado la manera como percibieron, presenciaron, observaron los hechos que dan lugar a tal declaración" y porque el dicho de los testigos se halla corroborado por la escritura citada, en la cual "se patentiza un testimonio digno de gran credibilidad por emanar de personas pertenecientes al círculo familiar del pretendido padre".

El fallo tiene, pues, por plenamente establecida la posesión notoria del estado de hija natural de Rosa Elvira Pineda respecto del señor Ponce de León. El impugnante afirma que la sentencia incurre en error de derecho al valorar los testimonios y la escritura referidos, porque los declarantes no dan la razón de sus dichos, ni están contestes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, sino que se contradicen entre sí en varias de sus afirmaciones; porque tampoco acreditan el trato y la fama como elementos integrantes de la posesión notoria del estado de hija natural, y porque el instrumento público aludido no constituye indicio alguno de la paternidad del señor Ponce de León.

En términos generales los testigos afirman constarles que Rosa Elvira Pineda nació en la hacienda de "La Gloria" en abril de 1921, que allí vivió en una casa de la misma finca hasta el año de 1932 o 1934, que el señor Ponce de León atendía a su subsistencia y vestuario, que ya en edad escolar la llevó a estudiar en una escuela de Tibaeny y más tarde en otra de Fusagasugá y luego la puso a aprender modistería en el taller de la señora Lucila Sánchez; que Rosa Elvira le daba al señor Ponce el trato de "papá" y que este a su vez la trataba y presentaba como hija suya y le daba dinero; que todo esto era conocido en la hacienda dicha y también en Tibaeny por los trabajadores, vecinos y amigos del mismo señor Ponce. Por donde se ve que la prueba testimonial sí habla del tratamiento de padre que este señor le dio a la Pineda durante más de diez años y de la reputación que ésta tenía entre los vecinos y amigos de ser hija del señor Ponce de León. La sentencia le atribuye

a esa prueba pleno valor demostrativo, y al hacerlo no quebranta ninguno de los preceptos que cita el recurrente. Ninguna contradicción entraña la circunstancia de que unos declarantes narren unos hechos y otros relaten episodios distintos, relacionados todos con la conducta paternal del señor Ponce respecto de la Pineda y con la fama que cundió entre vecinos y amigos de que ésta era hija natural de aquél. Los testimonios le merecen a la sentencia entera credibilidad por ser responsivos, exactos y completos, y al atribuírles el mérito de plena prueba no incurrió dicho fallo en ningún error de derecho.

El fallo alude a la escritura número 4458, de 14 de noviembre de 1956, como una prueba que corrobora lo expuesto por los declarantes, pues que en ese instrumento "se patentiza un testimonio de gran credibilidad por emanar de personas pertenecientes al círculo familiar del pretendido padre". El recurrente censura este juicio porque el estado civil no se demuestra con indicios y porque no hay correspondencia entre el otorgamiento de la escritura y el hecho que se investiga, o sea, la paternidad natural de Fernando Ponce de León respecto de Rosa Elvira Pineda.

Las demandadas Elvira e Isabel Ponce le compraron en $ 25.000.00 a la actora Rosa Elvira Pineda los derechos hereditarios que a ésta pudieran corresponderle en la sucesión del señor Fernando Ponce de León. La sentencia estima este contrato como un indicio que acentúa el mérito demostrativo de la prueba referente a la posesión notoria del estado de hija natural que alega la propia demandante. Aparte de que el indicio no se refiere propiamente al hecho que se investiga, sucede que, como lo expresó la Corte en casación de primero de diciembre de 1938, "el juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios, porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad fundado en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar. Por lo demás, ya quedó dicho que es estéril el esfuerzo destinado a combatir esta prueba que apenas se usó por el Tribunal para reforzar otras de mayor firmeza y excelencia" (XLVII - 1948, 147). También dijo la Corte en casación de junio 12 de 1958 que "si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza" (LXXXVIII - 2193, 172).

Estando plenamente demostrado el contrato a que se alude, no tomándoselo sino en refuerzo de otras pruebas y no siendo la inferencia contraria a la naturaleza de las cosas, carece de fundamento el reparo de error de derecho que por este aspecto se formula contra la sentencia.

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 dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario sobre filiación natural de Rosa Elvira Pineda contra la cónyuge sobreviviente y los herederos del extinto Fernando Ponce de León.

Sin costas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

Aunque no se hayan demandado especialmente la condena a pagarlos no constituye inconsonancia.

Condenar a pagar perjuicios cuando especialmente no se han demandado, o dejar de decidir sobre ellos cuando se han solicitado de manera expresa, no constituye inconsonancia entre lo pedido y lo sentenciado, porque, en tratándose de la resolución de los contratos, lo concerniente a daños y perjuicios es consecuencia necesaria de la resolución, de acuerdo con la regla general del artículo 1546 del Código Civil y la especial para la venta, contenida en el artículo 1930 ibídem.

La condena en abstracto —aún sin pedirla— a reparar los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación del comprador de pagar la totalidad del precio, corresponde a la doctrina de la Corte, de acuerdo con casaciones de diciembre 11 de 1916 (XXV, 1910-1911, 434), septiembre 24 de 1917 (XXVI, 1355, 118), agosto 21 de 1982 (XXIX, 1519, 248), julio 25 de 1924 (XXXI, 1640, 62), noviembre 22 de 1928 (XXXVI, 1828, 105), octubre 8 de 1929 (XXXVII, 1855, 254) y diciembre 15 de 1936 (XLIV, 1918, 528). "La ley presupone que toda infracción de contrato origina perjuicios —dice la mencionada sentencia de octubre 8 de 1929— porque debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho que éste se propuso obtener al celebrarla. Se advierte dicha presunción en varias disposiciones legales, como el artículo 1615 del Código Civil y el 1018 del Código Judicial, y ella es suficiente prueba en favor del acreedor para hacer la condenación in genere o en abstracto, con el fin de que en un juicio posterior se determine la cuantía de los perjuicios. Tal es la doctrina sostenida al respecto por esta Sala de Casación".

En relación con la venta, el artículo 1930 del Código Civil manda resarcir los perjuicios causados por el incumplimiento del comprador, cualquiera que sea la acción que elija el vendedor, porque, como dice la jurisprudencia transcrita, la ley presume que todo incumplimiento de obligaciones contractuales genera daños y perjuicios, ya que los contratos, fuentes de obligaciones, se celebran para que éstos se ejecuten, porque en ello estriba el interés recíproco de las partes. De dicha presunción se sigue que el juez debe condenar en abstracto al resarcimiento aunque el vendedor no lo haya pedido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Célimo Loaiza y otro contra Pedro Nel y Bernardo Toro García.

Sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Pereira, fechada el 23 de mayo de 1961.
Recurrente: demandantes y demandados.

I

ANTECEDENTES

1. Célimo, Lucinda, Aurora y Leonor Loaiza y Débora Loaiza de Restrepo, vecinos del Municipio de Caicedonia —Departamento del Valle— vendieron a Pedro Nel Toro García, los derechos hereditarios en la sucesión intestada e ilíquida de Ana Julia Loaiza, vinculados a una

finca rural, ubicada en la vereda de "El Macho", del Municipio de Pijao, en el Departamento de Caldas, finca denominada "La Elvira", señalada en el catastro con el número 1115, con todas sus mejoras y accesorios y alinderada así: "Partiendo de un mojón de piedra que está al pie de un yumbá, en la orilla del camino que conduce al 'Cocuyo'; se sigue por la orilla de un cafetal, en extensión de 137 metros, hasta buscar un mojón que está al pie de un tronco de arenillo, lindero con predio de Célimo Zuluaga; de aquí, en una extensión de 148 metros a buscar un mojón que está en una cañada; ésta abajo en extensión de 24 metros hasta llegar al lindero con predio de Angelina Muñoz; de allí, cañada abajo y lindando con la misma Muñoz, en una extensión de 120 metros hasta los encuentros de la cañada, lindero con Angel Castaño; de aquí, quebrada arriba en una extensión de 320 metros hasta donde desagua otra quebradita, lindero con propiedad de Rubén Mesa; siguiendo el lindero con éste, por una cañada arriba y en una extensión de 160 metros, hasta los nacimientos de una agua; partiendo de estos nacimientos en línea recta hacia arriba, en una extensión de 630 metros hasta un mojón que hay a la orilla del camino que conduce a Caicedonia, y por éste arriba en una extensión de 700 metros hasta la partida del 'Cocuyo'; por el camino que conduce al paraje del 'Cocuyo' abajo, hasta llegar al mojón del Yumbá, lindero con Célimo Zuluaga, punto de partida".

La venta fue celebrada mediante la escritura pública número 155 de 15 de abril de 1955, de la Notaría del Circuito de Caicedonia.

2. El precio de la venta fue de treinta mil pesos ($ 30.000.00). Pagó de contado el comprador: tres mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y seis centavos ($ 3.333.36) para la otorgante Débora Loaiza de Restrepo; y diez y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 16.666.64) para los vendedores Célimo, Leonor, Lucinda y Aurora Loaiza. Con plazo hasta el 15 de agosto de 1956, debía pagar el saldo de diez mil pesos ($ 10.000.00), a los vendedores nombrados Célimo, Lucinda, Aurora y Leonor Loaiza.

3. En el juicio de sucesión doble de Julia Loaiza y Juan Loaiza se le adjudicó al comprador de los referidos derechos hereditales, una cuota de treinta y dos mil ochenta y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 32.083.34), en relación con un avalúo de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00), en el inmueble antes descrito, el cual quedó en comunidad con Dora Loaiza, cuya cuota era de dos mil novecientos dieciséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 2.916.66).

4. Pedro Nel Toro García vendió por diez mil pesos, a su hermano Bernardo Toro García, la cuota que le fue adjudicada en dicho inmueble, mediante instrumento público número 496 de 14 de agosto de 1956, pasada en la Notaría del Circuito de Armenia (Caldas); pero ni vendedor ni comprador satisfacieron el saldo pendiente del precio de la venta anterior.

5. Invocando estos hechos los acreedores Célimo, Lucinda, Aurora y Leonor Loaiza demandaron ante el Juez del Circuito de Armenia (Distrito Judicial de Pereira) a Pedro Nel y Bernardo Toro García, en ejercicio de cuatro acciones, tres de ellas condicionales, en este orden: a) de simulación de la venta de Pedro Nel a Bernardo Toro García; b) de resolución por falta de pago del saldo del precio de la compraventa celebrada según escritura número 155 de 15 de abril de 1955, de la Notaría de Caicedonia; c) de inoponibilidad a los actores de la venta de Pedro Nel Toro García a Bernardo de los mismos apellidos; y d) de rescisión por lesión enorme de este último contrato. En relación con cada una de estas acciones formularon los demandantes peticiones consecuenciales encaminadas a la efectividad de las mismas.

6. La sentencia de primera instancia absolvió a los demandados e impuso las costas a los actores. Apelada por éstos, el Tribunal del Distrito Judicial de Pereira la revocó, decretó la resolución de la venta y condenó a Pedro Nel Toro García a restituir a la parte demandante una cuota en el inmueble "La Elvira", por valor de veintitrés mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y dos centavos ($ 23.333.32), sobre el avalúo total de la misma finca, de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00); a la parte demandante a devolver a Pedro Nel Toro García la cantidad de diez y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 16.666.64); y a la parte demandada, al pago de las costas.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

7. La sentencia declara improcedente —por falta de prueba— la acción de simulación y decreta —por no haber satisfecho el comprador la totalidad del precio— la resolución de la venta perfeccionada mediante la escritura pública número 155 de 15 de abril de 1955, pasada ante el Notario del Circuito de Caicedonia; ordena

al demandado Bernardo Toro García restituír a la parte actora una cuota de veintitrés mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y dos centavos ($ 23.333.32), en la finca descrita en los antecedentes de este fallo, en relación con un avalúo de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000); no hace pronunciamiento sobre frutos, porque "no hay en los autos prueba de la existencia de tales frutos"; nada resuelve sobre la petición referente a perjuicios y condena en costas a los demandados.

Se apoya esta sentencia en el artículo 1935 del Código Civil, que define el *pacto comisorio*.

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

Formula la parte recurrente tres cargos, el primero por la causal segunda, y los demás por la primera.

Cargo de incongruencia

8. Consiste en que el sentenciador no falló sobre la petición de perjuicios formulada en la demanda, petición a la cual no se refirió siquiera en la parte motiva de la sentencia. Ello, no obstante haber despachado favorablemente la petición sobre resolución.

Dice que el artículo 1930 del Código Civil —que no es sino aplicación a la venta, de la norma general del artículo 1546 ibídem— consagra la obligación de pagar daños y perjuicios, aunque no hayan sido concretamente establecidos en la litis, ya que ello es una consecuencia de la resolución, como pena o sanción por el incumplimiento del contrato, pues éste se celebra con el objeto de obtener un beneficio. La prueba puede, por tanto, aportarse al juicio de resolución, o en el de ejecución de la sentencia y cita en apoyo algunas casaciones de la Corte.

Se considera:

9. Condenar a pagar perjuicios cuando especialmente no se han demandado, o dejar de decidir sobre ellos cuando se han solicitado de manera expresa, no constituye inconsonancia entre lo pedido y lo sentenciado, porque, en tratándose de la resolución de los contratos, lo concerniente a daños y perjuicios es consecuencia necesaria de la resolución, de acuerdo con la regla general del artículo 1546 del Código Civil y la especial para la venta, contenida en el artículo 1930 ibídem.

Cargos por la causal primera

1º

10. Figura igualmente el aspecto de los perjuicios, como objeto de acusación del fallo, por error de hecho en la interpretación de la demanda, error que llevó al Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 1935 del Código Civil, sobre el pacto comisorio, y a no aplicar los artículos 1930 a 1933 ibídem, "en armonía con los artículos 1547 y 1548 del Código Civil, que son los que regulan la acción resolutoria", lo cual hizo que el sentenciador decretase la resolución sin hacer condenación en cuanto a perjuicios.

2º

Consiste el segundo cargo por la primera causal, de una parte, en la violación directa de la ley sustantiva, porque la resolución de la venta implica la condena a restituír los frutos en proporción a la parte del precio no pagado, aunque no se hayan demostrado, y de otra parte, en error de hecho sufrido en el examen de las pruebas, ya que éstas contienen la demostración de la existencia de aquéllos. Con el quebranto de los artículos 1932 y 1944 del Código Civil, 180, 604, 605 y 606 del Código Judicial.

Se considera:

1º La condena en abstracto —aún sin pedirla— a reparar los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación del comprador de pagar la totalidad del precio, corresponde a la doctrina de la Corte, de acuerdo con casaciones de diciembre 11 de 1916 (XXV, 1810 y 1311, 434), septiembre 24 de 1917 (XXVI, 1355, 178), agosto 21 de 1922 (XXIX, 1619, 248), julio 25 de 1924 (XXXI, 1600, 62), noviembre 22 de 1928 (XXXVI, 1828, 105), octubre 8 de 1929 (XXXVII, 1865, 254) y diciembre 15 de 1936 (XLIV, 1918, 528). "La ley presume que toda infracción de contrato origina perjuicios —dice la mencionada sentencia de octubre 8 de 1929— porque debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho que éste se propuso obtener al celebrarla. Se advierte dicha presunción en varias disposiciones legales, como el artículo 1615 del Código Civil y el 1018 del Judicial, y ella es suficiente prueba en favor del acreedor para hacer la condenación *in genere* o en abstracto, con el fin de que en un juicio posterior se determine la cuantía de los perjuicios. Tal es la doctrina sostenida al respecto por esta Sala de Casación".

En relación con la venta, el artículo 1930 del Código Civil manda resarcir los perjuicios causados por el incumplimiento del comprador, cualquiera que sea la acción que elija el vendedor, porque, como dice la jurisprudencia transcrita, la ley presume que todo incumplimiento de obligaciones contractuales genera daños y perjuicios, ya que los contratos, fuentes de obligaciones, se celebran para que éstos se ejecuten, porque en ello estriba el interés recíproco de las partes. De dicha presunción se sigue que el juez debe condenar en abstracto al resarcimiento aunquando el vendedor no lo haya pedido.

Es manifiesto el error que en la apreciación de la demanda se imputa al fallo, por considerar que la parte actora había incoado la acción consagrada en el artículo 1935 del Código Civil, que contempla el pacto comisorio, y no la prevista en el artículo 1930 ibídem, o sea, la de la resolución de la venta, con motivo de la condición resolutoria tácita que va envuelta en la obligación pendiente de pagar el precio. Porque éste precepto proscribe la indemnización de perjuicios, como corolario ineludible de cualquiera de las acciones allí consagradas, indemnización que niega la sentencia por haber aplicado el artículo 1935 y no el 1930, que habla de modo explícito del resarcimiento. De los hechos, las peticiones y aun de las citas legales del libelo inicial de la litis, no aparece que los actores hubiesen invocado la posición objetiva a que el artículo 1935 se refiere, sino la creada por las partes según las cláusulas de la venta celebrada y que contempla el artículo 1930.

El fallo violó, indirectamente, en consecuencia, por aplicación indebida, el artículo 1935 del Código Civil, y por falta de aplicación el artículo 1930 ibídem, y procede por este cargo la casación.

2º Al decretarse la resolución de la venta debió el sentenciador condenar al comprador a restituír los frutos, de conformidad con lo dispuesto en forma perentoria por el artículo 1932 del Código Civil. Esta prestación es secuela natural de la resolución, es decir, del restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, restablecimiento que no puede alcanzarse sino mediante el equilibrio de las restituciones que conlleva. El artículo 1932 del Código Civil consagra ese equilibrio, el cual debe cumplirse cabalmente.

La sentencia niega la condena a restituír los frutos, porque "no hay en autos prueba de la existencia" de ellos. Se debe, pues, la negativa, no a la circunstancia de haber omitido la demanda una petición al respecto, sino a falta de prueba de haberse producido en el tiempo en que la finca ha permanecido en poder de los demandados. Mas, aunquando no hubiese esa prueba, la condena debió pronunciarse *in genere* y por ello la sentencia quebranta directamente el citado artículo 1932. Porque, de la misma manera que el comprador no tiene que contrademandar por la parte del precio que pagó y el juez debe condenar al vendedor a restituírla, por tratarse de un efecto forzoso de la resolución, debe condenar en abstracto al comprador a satisfacer el valor de los frutos que haya producido el bien, en la proporción aludida.

La inactividad procesal del actor en lo tocante a la petición sobre frutos y a la demostración efectiva de los mismos, no puede interpretarse como renuncia o desinterés del vendedor en lo concerniente a este asunto. De suerte que también es casable por dicho aspecto la sentencia recurrida.

Puede citarse como antecedente en esta doctrina la casación —entre otras— de agosto 21 de 1922 (XXIX, 1519, 248).

IV

SENTENCIA DE INSTANCIA

11. De las acciones introducidas, la primera, o sea la de simulación de la venta celebrada según instrumento número 946, de 4 de agosto de 1956, de la Notaría Primera del Circuito de Armenia, carece de fundamento en el proceso, y la Corte hace suyas las apreciaciones que sobre la prueba formula el Tribunal sentenciador.

12. En relación con la primera acción subsidiaria, esto es, la de resolución del contrato, y sobre la cual se mueve el recurso extraordinario, cabe observar:

A) En relación con la finalidad restitutoria de la cuota, así como de los frutos a que haya lugar, la resolución que se decreta debe producir sus efectos respecto de Bernardo Toro García, causahabiente de Pedro Nel, porque la condición resolutoria que implica la obligación pendiente de pagar el saldo del precio, consta en la escritura pública número 155, de 15 de abril de 1955, debidamente registrada (V. f. 1 C. 4º).

B) Por esta misma razón la condena a restituír frutos habrá de comprender a ambos demandados, en relación con el tiempo en que cada cual tuvo la finca en su poder; y en cuanto al abono de expensas a los mismos y de deterioros al vendedor, deben ser considerados aquéllos como poseedores de mala fe, según lo proscribe el último inciso del artículo 1932 del Código Civil.

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 el fallo de fecha veintitrés (23) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Célimo Loaiza y otros contra Pedro Nel y Bernardo Toro García, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Revócase la sentencia proferida por el Juez Segundo del Circuito de Armenia —Distrito Judicial de Pereira— con fecha veintidós (22) de junio de mil novecientos sesenta (1960), en el juicio ordinario promovido por Célimo, Lucinda, Aurora y Leonor Loaiza contra Pedro Nel y Bernardo Toro García.

Segundo. Deniégase la declaración de simulación solicitada en primer lugar.

Tercero. Declárase resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número ciento cincuenta y cinco (155) de quince (15) de abril de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), otorgada en la Notaría del Circuito de Caicedonia, en cuanto a la venta que los nombrados demandantes hicieron al demandado Pedro Nel Toro García.

Cuarto. Condénase al demandado Bernardo Toro García, a restituir a Célimo, Lucinda, Aurora y Leonor Loaiza, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto que mande cumplir la presente sentencia, una cuota proindiviso, en una finca agrícola, ubicada en la vereda de "El Macho" del Municipio de Pijao, Departamento de Caldas, denominada "La Elvira", marcada en el Catastro con el número 1115, con plantaciones de café, plátano, pastos, rastrojos y montes, casa de habitación y demás anexidades y accesorios, alinderada así: "Partiendo de un mojón de piedra que está al pie de un Yurubá, en la orilla del camino que conduce al 'Cocuyo'; se sigue por la orilla de un cafetal, en extensión de 137 metros, hasta buscar un mojón que está al pie de un tronco de arenillo, lindero con predio de Célimo Zuluaga; de aquí, en una extensión de 148 metros a buscar un mojón que está en una cañada; ésta abajo en extensión de 24 metros hasta llegar al lindero con predio de Angelina Muñoz; de allí, cañada abajo y lindando con la misma Muñoz, en una extensión de 120 metros, hasta los encuentros de la cañada, lindero con Angel Castaño; de aquí, quebrada arriba en una extensión de 320 metros hasta donde desagua otra quebradita, lindero con propiedad de Rubén Mesa; siguiendo el lindero con éste, por una cañada arriba y en extensión de 160 metros hasta los nacimientos de una agua; partiendo de estos nacimientos en línea recta hacia arriba, en una extensión de 630 metros hasta un mojón que hay a la orilla del camino que conduce a Caicedonia, y por éste arriba en una extensión de 700 metros hasta la partida del 'Cocuyo'; por el camino que conduce al pasaje del 'Cocuyo' abajo, hasta llegar al mojón del Yumbá, lindero con Célimo Zuluaga, punto de partida".

La cuota en referencia tiene un valor de veintitrés mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y dos centavos ($ 23.333.32), en relación con un avalúo total de dicha finca, de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00).

Quinto. Condénase a los demandantes a restituir a Pedro Nel Toro García, dentro del mismo plazo señalado en el punto anterior, la suma de diez y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 16.666.64), suma que de él recibieron como parte del precio del contrato que se resuelve.

Sexto. Condénase a Pedro Nel Toro García a pagar a los demandantes los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de venta a que se refiere este proceso.

Séptimo. Condénase a Pedro Nel Toro García y Bernardo Toro García, en razón del tiempo en que cada uno tuvo el inmueble en su poder, a restituir a los actores no sólo los frutos naturales y civiles percibidos, sino los que hubiesen podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde el 15 de abril de 1955 hasta el día de la restitución de la cuota a que se refiere el punto cuarto de esta resolución, o el valor de los frutos, si éstos no existieren y sólo en proporción al saldo del precio de diez mil pesos ($ 10.000.00), que el comprador Bernardo Toro García no pagó a los demandantes.

Octavo. Los perjuicios y los frutos serán regulados mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. Del mismo modo, el monto de las expensas y de los deterioros, a cargo de los actores y de los demandados, respectivamente, si hubiere lugar a ello, considerados estos últimos como poseedores de mala fe.

Noveno. Sin condena especial en las costas del recurso extraordinario.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ADVERTENCIA

Además de los fallos anteriores, la Sala de Casación Civil, en los meses de mayo, junio, julio y agosto de 1962, profirió también los que se relacionan a continuación, junto con los títulos de las materias jurídicas en ellos tratadas, y que no se publican en la Gaceta por falta de espacio.

Requerimiento judicial. No hubo error alguno en la sentencia que no declaró resuelto un contrato de compraventa en razón de haber hallado demostrada la excepción de petición antes de tiempo. Se había convenido que el comprador sería constituido en mora por medio de requerimiento judicial, y este requisito contractual no fue cumplido. Por sentencia de 10 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa promovido por María Rengifo de Arciniegas contra Roberto Rojas A. Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Ejecución de sentencias de Tribunales Extranjeros. Condiciones requeridas por la legislación nacional para la concesión del exequátur. La Sala encuentra que se cumplen tales requisitos en el presente caso. Prueba requerida al efecto. Por sentencia de 10 de mayo de 1962, la Corte autoriza el cumplimiento en Colombia del fallo proferido por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Nueva York, en el juicio sobre pago de una suma de pesos adelantado por Beckman Trading Corporation y William Rosek contra Manfred Dirnfeld y Max Dirnfeld. Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón.

Posesión notoria del estado de hijo natural. El Tribunal halló insuficiente la prueba allegada y se negó a hacer la declaración de filiación que se pedía. La Corte no encontró error de hecho en la sentencia acusada. Prueba de la posesión notoria del estado civil. Por sentencia de 11 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario de filiación natural promovido por Eugenia Arias Cubides contra la sucesión intestada de Juan Bautista Cubides. Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada.

Reivindicación. Técnica de casación. Nulidades Procesales. Se refiere la acción ejercitada en este proceso a unos lotes de terreno, poseídos por su antiguo dueño, a pesar de haber sido rematados por la demandante. No prosperó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que ordenó la restitución de los predios. Pretendidas nulidades procesales. Técnica de casación, referida a la causal primera y a la violación del artículo 632 del Código Judicial. Acción de dominio y desconocimiento del título del demandante por el opositor. Por sentencia de 18 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio instaurado por Abigaíl Gutiérrez contra Campo Elías Guerrero. Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón.

Responsabilidad extracontractual. El litigio se originó en la demolición de una casa para evitar la propagación del fuego, hecho que fue considerado culposo por el demandante, mas no así por el sentenciador. La Corte no halló error de hecho ni de derecho en la sentencia absolutoria acusada. La prueba testimonial y la pericial. Técnica del recurso extraordinario. El error de derecho y la aplicación del artículo 703 del Código Judicial. Por sentencia de 30 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre indemnización de perjuicios instaurado por Manuel Be-

doya contra el doctor Alfredo Medina. Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada.

Medios nuevos en casación. Técnica de la alegación por error de derecho. Por sentencia de 12 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre validez de un contrato de venta de café adelantado por Antonio Betancur Arango contra Pedro Claver Romero. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Restablecimiento y demarcación de una línea divisoria. El objeto del juicio consistió en obtener la reconstrucción de los linderos fijados en una diligencia de deslinde practicada hacía años. No prosperan los cargos de incongruencia y de violación indirecta de la ley que se formularon contra la sentencia del Tribunal. Por sentencia de 27 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario de deslinde adelantado por Enrique Polanía contra Max Duque Gómez. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Casación. Misión de la Corte en el recurso extraordinario. Por sentencia de 16 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario reivindicatorio promovido por Beatriz Noguera Angulo contra Gustavo Manrique. Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Ordinario sobre mejor derecho a la adjudicación de unos terrenos baldíos. Se reitera la doctrina sentada por la Corte en relación con los efectos de la cosa juzgada, no sólo en cuanto a la resolución de la sentencia sino también respecto a la parte expositiva y aún sobre apreciación de pruebas (Cas. abril 6 de 1956, LXXXII, 2167, 548). Por sentencia de 22 de agosto de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario promovido por José María Villota y otra contra Asterio Villota. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

SALA DE CASACION PENAL

Los extractos de doctrina correspondientes a los meses de mayo, junio y julio fueron elaborados por el entonces Relator doctor Luis Ignacio Segura y los del mes de agosto por el Relator Judicial Auxiliar señor Diego E. Cristancho.

PRECLUSION DE LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO DE DEFENSA.

Alegó el recurrente que la sentencia acusada carecía de validez por haber recaído en un proceso adelantado conforme a disposiciones que hoy no tienen vigencia. Alegó igualmente que el procesado había carecido de una efectiva defensa. Efecto hacia el futuro y no hacia el pasado de las declaraciones de inexequibilidad.

1. Las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro. Si tuvieran efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día.

2. Mientras una norma legal que sea contraria a la Constitución no haya sido derogada, el juzgador, en el caso sometido a su decisión, debe dejar de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer, si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaratoria de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha dejado de regir.

3. La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa.

4. El derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejercitarla y consiste, como expresa Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del

imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

5. La distinción entre defensa material y defensa formal consiste —según el tratadista Alfredo Vélez Mariconde— en que la primera es la que lleva a cabo el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; mientras la segunda, o formal, "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se hacen en normas de derecho sustantivo o procesal...", la cual exige "conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no podría defenderse eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. Bogotá, mayo cinco de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la procesada Sofía Sánchez Díaz (alias "La Chapuza"), contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual le fue impuesta la pena principal de ocho años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pablo Pérez Criollo, y del de lesiones personales de que fue víctima Pedro A. Cedeño Cubillos.

TRAMITE PROCESAL:

El mismo día en que los hechos tuvieron ocurrencia, el señor Inspector 1º de Policía de Chaparral inició la correspondiente investigación, esto es, el 29 de febrero de 1960.

Posteriormente, el Juzgado 120 de Instrucción Criminal, con fundamento en el artículo 3º del Decreto 012 de 1959, declaró cerrada la investigación y procedió a proferir sentencia de primera instancia, en la cual dispuso lo siguiente:

1º Condenar a Sofía Sánchez Díaz (alias "La Chapuza") a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pablo Pérez Criollo.

2º Condenar a Ninfa Cuéllar Méndez a la pena principal de dos meses de arresto, como responsable del delito de lesiones personales cometido en la persona de Pedro A. Cedeño Cubillos.

3º Absolver a Vitalina Sánchez y Gladys Reyes con respecto a los cargos que les fueron hechos en el proceso.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Ibagué, mediante el fallo recurrido, confirmó el de *a quo*, con la única modificación de fijar en ocho años de presidio la pena principal correspondiente a Sofía Sánchez y sus consecuencias en el lapso de las penas accesorias.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Carlos E. Camacho E., en su condición de personero de la procesada Sofía Sánchez Díaz, acusa la sentencia del *ad quem* con invocación de las causales cuarta y segunda de casación, a las cuales habrá de referirse la Corte en el orden en que fueron propuestas.

Con respecto a la primera de las causales señaladas por el demandante, presenta los siguientes cargos:

1º Que "el fallo impugnado es nulo por incompetencia de jurisdicción, nulidad prevista en el artículo 198, ordinal 1º, por cuanto que el procedimiento a seguir en este negocio es el señalado en el procedimiento ordinario, y no el señalado en el Decreto 012 de 1959, llegando dicha nulidad a quebrantar los artículos 26 y 215 de la Constitución Nacional. Además, habiendo sido declarado inexequible el artículo 1º del Decreto 012 de 1959, por la honorable Corte, estando el presente negocio *sub judice*, no se le puede aplicar".

2º Que la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué es violatoria del derecho de defensa que le asiste a su mandante, como que esta "procesada, en los días inmediatamente anteriores a la producción del fallo de segunda instancia, quedó huérfana de defensa, y a pesar de ello, el honorable Tribunal no tuvo en cuenta este hecho, y no reconoció, ni le dio posesión al nuevo apoderado de Sofía Sánchez Díaz".

Agrega que también se violaron, con este particular, los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal.

Y en cuanto a la segunda causal de casación propuesta por el impugnante, hace éste los siguientes cargos:

1º Que el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas, por lo cual dejó de estimar en favor de su representada los preceptos contenidos en los artículos 28 y 384 del Código Penal.

2º Que igualmente incurrió en error el juzgador de segunda instancia, al no tomar en cuenta el estado de embriaguez en que obró Sofía Sánchez Díaz, lo cual llevó a que se dejara de tener en cuenta lo previsto en el artículo 29 del Código Penal. Anota que "el señor juez del conocimiento ha debido hacer practicar un examen médico a la procesada, para que los peritos dictaminaran las consecuencias producidas por el alcohol en su organismo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que resulta demostrado el segundo de los cargos hechos por el demandante, con invocación de la causal cuarta de casación.

Dice, con este respecto, el señor Agente del Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"El cargo que se le hace a la sentencia y que acaba de resumirse, tiene pleno fundamento, y lo tiene, en virtud de lo siguiente:

"Al folio 97 del cuaderno 1º aparece la sindicada Sánchez Díaz designando al doctor Alberto Varón Pérez como su apoderado durante la ampliación de su indagatoria. Cumplida tal diligencia, ninguna otra actuación llevó a cabo el mencionado abogado hasta el momento de posesionarse como defensor de la misma sindicada, a virtud de designación que se le hizo en el momento de notificársele personalmente el auto por medio del cual se declaraba cerrada la investigación (fl. 150, vt. Cd. ib.), providencia de la cual también fue notificado el doctor Varón.

"En tal calidad y por haber manifestado ser vecino de Chaparral, lugar en el cual se adelantó la investigación y la primera instancia, el doctor Varón presentó un alegato sosteniendo la tesis de que su defendida, al delinquir, había obrado voluntariamente sí, pero no con la intención de matar, sino con la de causar una lesión a quien la acababa de golpear. Denunció, pues, la comisión de un delito de homicidio ultraintencional, a tiempo que agregó que su representada, no obstante su vida disipada, carecía de antecedentes penales. Invocó, también, en favor de la Sánchez 'el estado de embriaguez de que habla el artículo 29 del Código Penal, y el estado de ira e intenso dolor en que se encontraba', circunstancias todas que fueron..." examinadas... "por el juez fallador, siendo, eso sí, de recordar que la condena impuesta tuvo por base el estimar que la homicida obró en riña imprevista".

"El apoderado de que viene hablándose, al notificarse, no apeló de la sentencia. Por lo tanto, el proceso subió en consulta al Superior, habiendo éste dispuesto, en su providencia del folio 174, que la defensa de la procesada continuara a cargo del doctor Alberto Varón Pérez, quien, como ya se dijo, siendo vecino de Chaparral, no estaba en condiciones de actuar.

"La providencia del Superior fue notificada únicamente a la procesada Sánchez Díaz, por ser ella quien como interesada residía en Ibagué.

"De otra parte, ocurrió que el señor oficial mayor del Tribunal dejó constancia, a renglón seguido de la referida notificación hecha a la acusada, de que el mismo auto sobre designación de defensores de una y otra mujer inculpadas en el proceso, se le notificó por estado a los demás interesados.

"Pero, a la verdad que esta clase de notificación carecía y carece de todo valor legal, con más veras si se tiene en cuenta la siguiente constancia que obra al vuelto del folio siguiente:

'Informo al señor Secretario del honorable Tribunal Superior que no se notificó el auto anterior a los doctores Ulises del Cairo C., Alberto Varón Pérez y Leovigildo Berral Andrade, por no residir en esta ciudad sino en Chaparral, donde tienen instaladas sus oficinas de abogados. El portero escribiente, firmado: Aquilino Collazos J'.

"En tales condiciones el proceso resulta más que fundado el cargo que el actor le formula a la sentencia, pues lo que se evidencia, en últimas, es que el *ad quem* no proveyó al nombramiento de un nuevo defensor de Sofía Sánchez, y que ésta careció de un representante que hubiera podido pedir, durante el término probatorio, la práctica de pruebas que tendieran a modificar la situación jurídica de la misma Sánchez.

"Lo ocurrido y referido demuestra que la nulidad constitucional invocada por el actor, no depende tanto de que los representantes que efectivamente tuvo la acusada hubieran o no actuado con efectividad, como que el fallador no procuró que en todo momento de la acción procesal tuviera la citada mujer un defensor que sin interrupción alguna atendiera sus intereses.

"En caso análogo, dijo este Despacho que 'dejó, por tanto, de cumplir el *ad quem* con las prescripciones generales de la Constitución y de la ley y con las especiales del Decreto legislativo

número 012 de 1959, que se estaba aplicando (art. 8º, hoy reformado), pues ningún efecto favorable a... tuvo la disposición del Tribunal tomada en el sentido de que la defensa ante esa Entidad debía continuar *a cargo* del abogado que se le designó para tal fin en la ciudad de Fresno, cuya distancia a Ibagué es suficiente para concluir que el patrocinio del mismo Zapata no pudo cumplirse satisfactoriamente, con más veras si se tienen en cuenta los trámites extraordinarios del Decreto legislativo aplicado' (Casación de Germán Zapata García...)".

Y luego de transcribir el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal algunos fallos de esta Sala, relacionados con este mismo particular, concluye expresando que "la causal cuarta puede prosperar, por estar plenamente fundado en autos el cargo que ha sido analizado", a más de que solicita que se disponga la cumienda del "procedimiento a partir del auto de fecha 4 de febrero de 1961 (f. 174, Cdno. 1º), haciéndole, ante todo, saber a la acusada recurrente que tiene derecho de nombrar defensor que la asista en la instancia y que si no lo nombra, el *ad quem* le nombrará uno de oficio, que esté en condiciones de ejercer el cargo".

LA SALA CONSIDERA:

Con respecto a los dos cargos presentados por el demandante, con invocación de la causal cuarta de casación, se tiene lo siguiente:

Primero: Es verdad que la Corte, mediante sentencia de 24 de julio de 1961, publicada en el número 30582 del "Diario Oficial", declaró inexequibles los preceptos del Decreto legislativo número 012 de 1959, en cuanto conferían competencia a los Jueces de Instrucción Criminal para juzgar, en primera instancia, cuando actuaban por comisión del Ministerio de Justicia. Pero como el fallo proferido en este proceso por el *a quo* fue fechado el 23 de diciembre de 1960, es evidente que tal declaratoria de inexequibilidad no puede afectarlo, para deducir la nulidad que pretende el demandante, porque las decisiones sobre inconstitucionalidad de las leyes sólo tienen efecto hacia el futuro.

En acuerdo fechado el 17 de julio de 1915 dijo esta Corporación que "las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro. Si tuvieran efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día" (G. J., t. XXIII, p. 432).

Posteriormente, en diferentes providencias, la Corte ha sostenido el mismo principio de no retroactividad de los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de los preceptos legales, a saber:

"El fallo que declara la inexequibilidad de una ley, equivale ordinariamente a una derogación del texto declarado inconstitucional, no a una declaración de nulidad absoluta de derecho civil común, que reponga las cosas al estado anterior..." (G. J., t. XXXIV, p. 150).

"La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. Por tanto, las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente, mientras estuvo en vigor" (G. J., t. LXXX, p. 266).

En fallo de 28 de octubre de 1922, que resolvió sobre las peticiones de "nulidad" (así se dice en la demanda) del artículo 1º de la Ley 10 de 1921, "porque viola el artículo 31 de la Constitución", y de suspensión de los efectos de una sentencia del Consejo de Estado fundamentada en el precepto acusado de inconstitucional, se dijo lo siguiente (G. J., t. XXIX, Nº 1524, p. 285 a 286):

"La Corte Suprema considera, de acuerdo en esto con el señor Procurador General de la Nación, cuyos conceptos comparte, que no tiene facultad para hacer las declaraciones pedidas.

"No la primera, porque el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 —citado por el actor en apoyo de la demanda— confiere a la Corte la facultad de decidir sobre la exequibilidad de las leyes acusadas como inconstitucionales, pero no para declararlas nulas. La nulidad es cosa distinta de la inexequibilidad. La primera invalida el acto desde su origen, la segunda no, apenas impide que continúe cumpliéndose. Tal es la jurisprudencia sentada por la Corte Plena en el Acuerdo número 3, de 17 de julio de 1915 (G. J. números 1199 y 1200).

"Es claro, por tanto, que si la Corte decidiera sobre la nulidad pedida, daría a este vocablo una significación idéntica al de inexequibilidad, siendo así que hay entre los dos la diferencia que indica la doctrina antes expuesta; y violaría, por ende, la regla de procedimiento conforme a la cual la sentencia definitiva debe recaer sobre lo pedido, y nada más que sobre esto (Código Judicial, art. 835).

"En cuanto a la segunda declaración impetrada por el demandante, es palpable que la Corte carece también de facultad para hacerlo. Ninguna disposición la autoriza para ello, y antes bien existe la del artículo 93 de la Ley 130 de 1913, que prohibe a la justicia ordinaria revisar las sentencias ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo".

Esta doctrina, que ha sido acogida en forma constante por la Corte, fue asimismo señalada en las sentencias de esta Sala, de 14 de marzo de 1962 (Casación de Germán Zapata García, por homicidio) y de 16 de marzo del mismo año (casación de Rubén y Julio Serrano y Dagoberto Villalobos, por tentativa de homicidio), con el salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo.

Y es que resulta evidente que mientras esté en vigor una norma legal que sea contraria a la Carta (vale decir, mientras ese precepto no haya sido derogado), el juzgador, en el caso sometido a su decisión, debe dejar de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215. Igual cosa debe hacer, si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 *ibidem*, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaratoria de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que, como ocurre en este asunto, ha dejado de regir.

Con este último particular, es lógico que al disponer el artículo 215 citado, que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", debe entenderse que hace referencia a normas legales que estén vigentes en el momento de juzgar. Y en este asunto, la Sala no se encuentra en tal situación, pues, como se dejó anotado, la sentencia de 24 de julio de 1961, dejó sin vigor los preceptos señalados por el impugnante, los cuales daban a los Jueces de Instrucción Criminal competencia para fallar en primera instancia, en relación con determinados delitos. Tanto más, si se considera que en la actualidad no rige ninguna de las disposiciones del cuestionado Decreto legislativo número 0012 de 1959, por haberse levantado el estado de sitio en los Departamentos en donde estuvo vigente ese estatuto especial.

Segundo. Es cierto, como lo señala el demandante y como lo acepta el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, que en el trámite de la segunda instancia en este negocio la procesada Sofía Sánchez Díaz careció de un personero que atendiera a su derecho de defensa.

En efecto, mediante el proveído de 4 de febrero de 1961 (f. 174 del Cdno. 1) el Tribunal Superior de Ibagué dispuso que la defensa de la recurrente la adelantara el doctor Alberto Varón Pérez, quien ni siquiera fue notificado de tal nombramiento para que pudiera ejercer su función.

En estas condiciones, la Sánchez Díaz estuvo sin asistencia jurídica durante la segunda instancia, por lo cual cabe aceptar que se violó su derecho de defensa, consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional y se incurrió en una nulidad supra-legal en este proceso.

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa.

Su derecho a defenderse se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota Vincenzo Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

Anota el tratadista Alfredo Vélez Mariconde en su obra "*La situación jurídica del imputado*" (Edit.: "Depalma", 1944, p. 43 y sgs.), a fin de hacer la distinción entre defensa material y formal, que la primera es la que lleva a cabo el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; y que la segunda, o formal, "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal...", la cual exige "conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

El artículo 26 de la Carta manda que a nadie se le juzgue "sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Las expresiones *formalidades legales, plenitud de formas en cada juicio*, empleadas en la Constitución Nacional, "son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d), que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de de-

fensa..." (Sent. de la Corte, de 13 de nov. de 1928, G. J., t. XXXVI, p. 203).

Y el Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de esta trascendental garantía, preceptúa que el sindicado cuente con la asistencia jurídica de quien pueda adelantar su defensa y realmente la lleve a cabo (arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

Con este respecto, es obvio que esta asistencia jurídica no consiste, como ocurrió en este proceso, en que el juzgador designe a quien deba realizarla, sin que siquiera el nombrado tome noticia de tal designación.

"No puede negarse...", dice también la Corte..., "que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquéllas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional" (G. J., t. LXXVI, Nº 2134, p. 434 y sigs.).

Cabe señalar, sí, que la violación de las normas que determinan la competencia no hacen parte del derecho de defensa, como alega el demandante. El juzgamiento ante Tribunal competente está también garantizado en la Carta, pero, como se dejó dicho, no corresponde a la facultad que el procesado tiene de defenderse, pues este derecho se manifiesta principalmente en la producción de pruebas y en las alegaciones orales o escritas, como dice la Corte en la providencia antes citada.

Prospera, pues, este segundo cargo hecho a la sentencia recurrida, con invocación de la causal cuarta de casación.

El procedimiento, por tanto, debe ser repuesto, en la forma que lo pide el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, a partir del auto de 4 de febrero de 1961, (f. 174 del Cdno. 1).

Habiéndose concluído en lo anterior, no procede el examen de la causal segunda de casación, también propuesta por el impugnante.

Ahora bien:

"Cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación invocando como causal el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento, por haberse pronunciado sobre un juicio viciado de nulidad...", dice la Corte..., "la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del Tribunal", (casación del 4 de sept. de 1938, G. J., t. LXVII, p. 153 y casación de 22 de febrero de 1962, de Arturo Cardona Ramírez, por lesiones personales).

Rige, pues, la absolución proferida en favor de las mujeres Vitalina Sánchez y Gladys Reyes.

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 1º Delegado en lo Penal, invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma señalada en la parte motiva de este fallo. Rige, en cambio, la absolución proferida en favor de las procesadas Vitalina Sánchez y Gladys Reyes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo, salvo mi voto.

Pioquinto León L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR PRIMITIVO VERGARA CRESPO.

Aunque el suscrito Magistrado está de acuerdo con la parte resolutiva del anterior fallo de la Sala y con los considerandos de dicho fallo, con respecto al segundo cargo formulado por el actor en su demanda de casación, no obstante se ve precisado a salvar su voto en lo relacionado con el primer cargo propuesto por el demandante, por cuanto estima, en desacuerdo en esto con la mayoría de la Sala, que ha debido acogerse este cargo por las razones que ya tuvo ocasión de exponer en recientes salvamentos de voto, de fechas 14 y 16 de marzo del presente año y a los cuales se acoge también en el presente caso.

Primitivo Delgado Crespo.

Bogotá, mayo 5 de 1962.

VEREDICTO Y SENTENCIA.

El veredicto del jurado, en el caso de autos, no ofrecía fundamento suficiente para proferir sentencia condenatoria. Veredictos enigmáticos, ambiguos e incompletos. Correspondencia que debe haber entre la sentencia y el veredicto. El elemento intencional en el homicidio. La causal 3ª de casación.

El homicidio requiere en sus distintos tipos una acción psíquica, como elemento subjetivo del delito, que se manifiesta en un dolo genérico cuando el agente obra con plena conciencia de que el hecho que ejecuta viola la ley penal, o en un dolo específico, en el caso de que la actividad del sujeto vaya dirigida a la comisión de un delito determinado, que en la muerte ilegítima que un hombre da a otro, debe radicarse en las siguientes hipótesis: que se obre con intención de matar, es decir, con el propósito de causar la muerte animus necandi (art. 362 del Código Penal), o bien, con intención de herir animus vulnerandi, que constituye lo preterintencional (artículo 365 ibidem), o en último extremo, a las condiciones que dan al hecho fisonomía de culpa, por imprudencia como forma de imprevisión activa o negligencia, como forma de imprevisión pasiva, o por uno cualquiera de los distintos factores que constituyen el hecho culposo, los cuales sirven para configurar una infracción de tal índole (artículo 12 en concordancia con el 370 ibidem).

Si ninguna de estas condiciones subjetivas se desprende del veredicto, el fallo en derecho que opta por cualquiera de aquellas hipótesis, sin estar expresas en él, ni en el cuestionario propuesto, rebasa sin duda sus propios términos, suplanta la voluntad de los jueces populares, desvirtúa el verdadero sentido de la decisión de conciencia, cosas todas estas que al Juez de derecho le están vedadas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo cinco de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el doctor Pedro Duarte Contreras, como apoderado de Soel o Noel Antonio Pérez Reyes, a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona impuso la pena principal de ocho (8) años y medio (½) de presidio y las incorporales de rigor, como responsable de la muerte de Hipólito García Montagut, homicidio que tuvo lugar el 29 de diciembre de 1958, en el Corregimiento de "Llano Grande", Municipio de Convención, Departamento de Santander del Norte.

La demanda en que tal recurso se interpone llena los requisitos establecidos por la ley, pues si en realidad el libelo pasa por alto la narración de los hechos, que exige el artículo 531 del Código Judicial, ello apenas tiene efecto secundario, toda vez que los fundamentos de la impugnación con base en la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, precisan claramente los planteamientos que el recurrente propugna para que se case el fallo recurrido y en su lugar sea absuelto el procesado.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Acoge la Sala la sucinta y exacta narración de los hechos que hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en los siguientes términos:

"Para celebrar las festividades religiosas de los 'Inocentes', la gente del corregimiento de 'Llano Grande' de la comprensión Municipal de Convención (Norte de Santander), desde la víspera del 28 de diciembre de 1958, se dedicó a ingerir bebidas embriagantes para así animar las reuniones y bailes que se celebraban en casas de algunos parroquianos. A consecuencia del licor ingerido, algunos concurrentes perdieron el control y se dieron a la tarea de agredir a mano armada a otros de los asistentes, lo cual determinó la intervención del corregidor del lugar quien para calmar los ánimos se valió de personas del lugar que ofrecieron su apoyo a la autoridad. No obstante lo anterior, el señor Hipólito García Montagut recibió lesiones con arma cortante y punzante que le causaron la muerte. De tal hecho surgieron incriminaciones contra Noel Pérez Reyes y Daniel Emiro Reyes Ojeda, a quienes se los sindicó como autores del insuceso".

Conoció de este negocio, en primera instancia, el señor Juez Tercero Superior de Cúcuta, funcionario que al tiempo de celebrar la audiencia pública, presentó al Jurado el siguiente cuestionario en relación con la responsabilidad de Soel o Noel Antonio Pérez:

"*Cuestión única*. El acusado Soel o Noel Pérez Reyes, ¿es responsable sí o no, de haber dado muerte en coautoría con otro y con intención de matar a Hipólito o Polito García Montagut, quien falleció a consecuencia de las heridas descritas en la relación de autopsia visible al folio 14, hecho ocurrido el día veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en el Corregimiento de Llano Grande en la comprensión Municipal de Convención?".

Una vez terminada la vista pública, según relata el Acta respectiva, el Jurado se encerró a deliberar y al cabo de algún tiempo entregó al Juez de la causa el cuestionario con la respuesta: "*Sí, pero sin intención de matar*".

"En este momento —agrega el Acta de la Audiencia— el señor defensor manifestó que su tesis no había sido esa, ni la del señor Fiscal, que pedía que se aclarara en el sentido de qué era lo que querían decir con esa respuesta. Los señores Jurados entraron nuevamente a deliberar y después de transcurridos cinco minutos dieron el siguiente veredicto: "*Sí, aunque tenemos duda sobre la intención de matar*". Esta respuesta fue dada por los jurados Teresa Barroso de Barsesi y Jorge Daniel Joves y el jurado Heriberto Cárdenas Niño: 'No, por obrar en legítima defensa'. El señor Juez dio lectura a esta respuesta en voz alta y no teniendo nada más que tratar o aclarar dio por terminada la presente diligencia". (Ha subrayado la Corte). Folios 140 y 141 del cuaderno principal.

En desarrollo de este veredicto el Juez *a quo* dictó, con fecha 20 de mayo de 1960, sentencia absolutoria en favor de Soel o Noel Pérez Reyes y Daniel Emiro Reyes, primo hermano de aquél, contra quien también se había dictado auto de proceder, como coautor del homicidio en la persona de García Montagut, pero en favor del cual el Jurado profirió un veredicto absolutorio, ya que su respuesta al cuestionario fue: "No es responsable", por unanimidad. (Fl. 134 del cuaderno principal).

El principal fundamento de la decisión absolutoria para Soel o Noel Pérez Reyes quedó sintetizado en los siguientes apartes del fallo de primera instancia:

"No acontece lo mismo en cuanto a Soel o Noel Pérez Reyes, ya que no solamente hubo discrepancia en cuanto a los términos en que fue emitido (el veredicto), sino que uno aceptó la defensa alegada por el defensor y los restantes manifestaron tener dudas sobre la intención de Pérez Reyes de matar a Hipólito García M.

"Aceptando lo dispuesto por el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, de que 'toda duda debe resolverse en favor del procesado', sabe decir entonces que el jurado dudó si Soel o Noel Antonio Pérez había tenido la intención de matar a García, pero recurriendo a la disposición citada debemos entonces interpretarlo 'Sí, pero sin intención de matar', respuesta ésta que se debe tener como base para la decisión final, ya que esa duda que se viene a traducir en la anterior interpretación fue emitida por la mayoría, es decir por dos jurados ya que el otro negó totalmente la responsabilidad al decir 'No, porque obró en legítima defensa'".

Ya en la parte considerativa, el señor Juez Tercero Superior de Cúcuta, se extiende en otros razonamientos que es pertinente reproducir, para que se conozca con exactitud en qué términos fueron planteadas las cuestiones jurídicas que suscita el veredicto, tal como fue interpretado en las instancias; con una argumentación más sólida en derecho que la anteriormente transcrita:

"Se trata ahora de saber si esa clara absolución cuenta o no con suficiente respaldo procesal y entonces tenemos lo siguiente: El señor defensor para alegar la legítima defensa de su defendido demostró con testimonios de los allí presentes aquella noche, que en vista de que Soel o Noel Pérez no se quería dejar desarmar por el Corregidor cuando estaba requisando a todo el mundo, se le fueron encima unos con machetillas, otros con revólver, otros con piedra y otros con garrotes, es decir, el caserío se amotinó contra

él. Uno de ellos, Hipólito García, supo lo que estaba ocurriendo y armado de garrote se fue a darle cuando iba en derrota y hasta lo alcanzó un garrotazo lo que hizo que Pérez sin saber a quién, le tirara con la cuchilla con las consecuencias fatales ya conocidas. La legítima defensa es una justificación del hecho, una forma que en el lenguaje llano se llama absolución. La reacción de Pérez ante el ataque injustificado de García era natural y lógica, no podía permitir que una persona lo atacara de esa manera con un instrumento idóneo para causar la muerte como lo es un garrote, únicamente porque no quería entregar su arma, con la cual no había causado ningún perjuicio y que al parecer iba a guardar en su hogar. En estas condiciones, el veredicto tiene respaldo en el proceso. Dejarlo enredado en los artículos del Código por la única razón de que los miembros del Tribunal de Conciencia contestaron con palabras que en el lenguaje jurídico desvirtúan su sentido natural es desconocer la intención del jurado y sacrificar el sentido literal de los vocablos. Hay que conciliar la ley con la realidad de los hechos y no subordinar los hechos a lo literal de las leyes".

"El jurado absolvió a Soel o Noel Pérez y conforme a la prueba el procesado puede ser absuelto, lo que así hará este Juzgado, porque hacer lo contrario sería aceptar con el sacrificio de la libertad del detenido, la discusión de palabras y la equidad y justicia pugnan por esa absolución".

No participó de la misma tesis la mayoría de los Magistrados que componen la Sala del Tribunal que prefirieron la sentencia objeto del recurso. Estos después de un estudio atento de los términos del veredicto y del examen de las constancias de autos, llegaron a la conclusión de que no era absolutorio, y en consecuencia condenaron al procesado a la pena a que ya antes se hizo referencia.

En la siguiente motivación de dicho fallo, puede apreciarse el principal fundamento que sirvió a la mayoría de los Magistrados del Tribunal para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, condenar al procesado:

"Claramente aparece que el veredicto emitido por el jurí en cuanto a Daniel Emiro Reyes Ojeda es absolutorio. Y claramente aparece también que el veredicto en cuanto a Soel o Noel Pérez es condenatorio. Así lo revelan su expresión gramatical y lógica. En efecto, al jurado se le preguntó si Soel o Noel Pérez era o no responsable del homicidio en Hipólito García Montagut y el jurado respondió: 'Sí'. La frase adicional 'aunque tenemos duda sobre la intención de matar' nada le quita ni le pone. Quiere ella decir solamente que a pesar de que tenía duda sobre la intención de matar lo consideraron responsable. Y siendo ello así el papel del Juez era conformar la sentencia a ese veredicto dictando un fallo condenatorio, o bien declararlo contraevidente si lo consideraba abiertamente contrario a la evidencia de los hechos. Pero el señor Juez, en forma harto inexplicable, resolvió cambiar ese veredicto por este otro: 'Sí, pero sin intención de matar'. Y aún esta fórmula, de su propio cuño, la consideró absolutoria sin tener en cuenta que puede configurar un homicidio preterintencional o uno culposo; y con base inmediata en ella y no en el veredicto del jurado, absolvió al procesado Pérez, violando así expresamente lo dispuesto en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal que ordena que la sentencia, en los juicios en que interviene el jurado, 'se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate', principio este, dice la Corte, 'que conlleva la consecuencia de que la interpretación del Juez, en los casos en que los términos del veredicto ofrezcan motivos de duda, ha de ser muy restringida, para no caer en la arbitrariedad suplantando en sus funciones a los jueces de conciencia'".

No compartió igual criterio el Magistrado doctor Jorge Enrique Téllez Villamizar. En su salvamento de voto, de incuestionable importancia en este proceso, presentó en organizados y rigurosos argumentos, los motivos que lo llevan a discrepar fundamentalmente de la mayoría de la Sala, pues de conformidad con sus razonamientos, "... la decisión del Jurí, no puede tener otro alcance lógico, gramatical y jurídico, que la consignación de una absolución, por dudas en cuanto a la intención de matar con que procedió el sindicado, no obstante que imputaron en forma clara a su persona la autoría exclusiva del homicidio". (Fl. 31 del cuad. 2º).

DEMANDA

El demandante invoca como única causal la tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo que debe prosperar porque la sentencia del Tribunal se produjo en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Como fundamento de lo anterior alega que el fallador *ad quem* no podía salirse de los términos de la decisión de los jueces de conciencia, porque ello constituye violación del artículo 203 de la obra citada, desde luego que este mandato legal "prohibe expresamente dictar sentencia condenatoria en materia criminal cuando no obren en el pro-

eso legalmente producidas la plena prueba o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio *y la de que el procesado es responsable de ella*". (Subraya el texto).

"Si el jurado tuvo convicción plena —continúa la demanda— y se formó un juicio más o menos cabal sobre el autor o autores materiales del hecho, en parte alguna llegó a la convicción y a la certeza sobre la responsabilidad del autor, al contrario, se apoderó de los jueces del pueblo una tremenda duda tan protuberante y palmaria que ni siquiera los tres jueces estuvieron de acuerdo después de la aclaración pedida y de ahí que procedieran a plasmar en la fórmula gramatical que dieron en su respuesta esa incertidumbre de que fueron presa por la lectura de los autos y las alegaciones del suscrito durante el debate público que sostuvo durante la audiencia con el Fiscal Colaborador de esta causa".

"Con la sentencia de la Sala Penal del honorable Tribunal —prosigue el impugnador— se ha querido suplantar la voluntad de los jueces del pueblo que reconocieron expresamente la duda sobre la responsabilidad, intención o propósito del autor material del homicidio, materia de esta causa, deduciendo un sentido distinto para encontrar una responsabilidad que el jurado en su íntima convicción no se formó ni tampoco negó, plasmando así un fallo no solo en conciencia sino en estricto derecho. Por esto lo recogió el Juez de la causa como absolutorio según lo preceptuado por el último aparte del artículo 204 de nuestro estatuto procesal penal.

"Pretender que este veredicto es condenatorio, como lo sostiene el Honorable Tribunal, es tratar de obligar al jurado a proferir una arbitrariedad en conciencia, tal como si hubiera dicho, sí, es responsable, no obstante las dudas que tenemos sobre la intención que tuvo el procesado de matar. Sería obligarlos a que eliminaran de ese proceso volitivo que se desarrolló en su conciencia y sus mentes para formarse cabal concepto de la realidad y que no les permitió pronunciarse ni afirmativa ni negativamente en un sentido o en otro. En una palabra sería obligarlos, como lo quiere el honorable Tribunal, a perjurar, a violar el juramento y la fórmula sacramental a que se comprometieron ante Dios y la Ley como lo establece el artículo 528 de nuestro Código de Procedimiento Penal. Por esto afirmo que el Tribunal violó también con su fallo esta disposición".

"Si el Tribunal estimó —concluye la demanda— que el veredicto era contravidente a la realidad procesal, debía haberlo declarado así y haber afirmado cuáles hechos se hallaban plenamente probados y en cuáles apoyaba su condena, porque así se lo ordena la ley positiva. Como en el caso de antes, no había materia para ello, la interpretación dada por el Tribunal al claro y expreso veredicto absolutorio del jurado del pueblo, no sólo es abiertamente ilegal ya que al juzgador no le es dado averiguar cómo se formó la íntima convicción el juez popular sino que además ha querido suplantarlo en el reconocimiento de un claro derecho del procesado el *in dubio pro reo*".

"Así las cosas, debe concluírse que el veredicto "*si, aunque tenemos duda sobre la intención de matar*", es un fallo no solo absolutorio por la convicción íntima de los jueces, sino un verdadero pronunciamiento en derecho. Artículo 204 del Código de Procedimiento Penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, aboga por la invalidación del fallo recurrido, ya que la petición de la demanda es procedente, y por tanto, con fundamento en que la causal 3ª de casación ha sido demostrada, es viable aquella solicitud, para que se proceda de conformidad con el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

El resumen del concepto del señor Procurador, es el siguiente:

"En síntesis: el pensamiento de esta Procuraduría se reduce a sostener que los Jurados al manifestar dudas sobre la intención de matar en la conducta de Soel o Noel Pérez Reyes, por los hechos de que da cuenta el proceso, no hicieron sino emitir una decisión absolutoria sobre la responsabilidad penal de dicho reo y lo anterior porque ningún delito puede tipificarse sin la *comprobación plena* de sus *elementos* material (que en el caso *sub judice* sí fue reconocido a cargo de Pérez Reyes: la autoría material de la lesión mortal inferida a Hipólito García) y *subjetivo*, habiendo manifestado el Jurado que acerca de éste tenían dudas cuya eliminación, por parte de los jueces de Derecho, no podía cargarse en contra del procesado, sin violar manifiestamente el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

"Si el Tribunal *ad quem* estimó que el fallo absolutorio por parte del Juri era contrario a la evidencia de los hechos ha debido declararse así, con apoyo en el artículo 554 del Código de Procedimiento Penal, pero no interpretarlo en forma contraria al sentido que sus términos implicaban porque con ello estaba violando el artículo 480 *ibidem* que ordena emitir sentencia

'de acuerdo con la calificación que éste (el Jurado) dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate'.".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con una base idéntica, que es la sentencia, la causal 3ª de casación distingue dos casos diferentes e independientes, a saber: a) Falta de consonancia de aquélla con los cargos deducidos en el auto de proceder; y b) Desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Es este segundo motivo el que sirve al recurrente para el planteamiento de la tesis que propugna tendiente a la absolución del procesado Pérez Reyes. Por ello, como lo advierte con todo fundamento el señor Fiscal de la Corte, es indispensable, primero que todo, examinar si el veredicto pronunciado por la mayoría de los jueces populares, contiene o no una decisión nítida y concreta sobre los elementos psico-físicos que determinan la responsabilidad del agente en un delito de homicidio, cuya estimación jurídica en un caso dado exige requisitos que de no surgir del propio veredicto, hacen imposible su sancionabilidad penal. Sólo después de este análisis es posible establecer si el fallo condenatorio proferido por el Tribunal, que es objeto del recurso, fue dictado de conformidad o no con el veredicto del Jurado, a efecto de comprobar si la causal 3ª alegada logró ser demostrada por el impugnador.

En muy distintas oportunidades esta Sala de la Corte ha señalado normas que a manera de pautas, sirvan para decidir problemas semejantes al que plantea este proceso, pautas cuya síntesis es la siguiente: "Cuando el elemento subjetivo no es declarado con toda propiedad por los jueces populares, es deber del intérprete —Juez de derecho— desentrañar el sentido real del veredicto para acomodarlo al precepto legal correspondiente".

En el mismo fallo agrega la Corte: "Cuando se presenta una dificultad insuperable para descifrar el pensamiento recóndito del Jurado que expresó su voluntad en un veredicto incompleto o enigmático, y no hay guía alguna que permita desentrañar su sentido, entonces no es que el camino de la absolución del infractor sea el que mejor consulte la equidad, sino que a él se llega necesaria y fatalmente. El absolver es allí consecuencia de una actuación deficiente y no el resultado de un juicio surtido con la plenitud de sus formas propias o especiales". (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXXI, página 296).

En el caso *sub judice* es preciso reconocer que en el Jurado se operó una situación de incertidumbre manifiesta. Sólo así se explica que ante su primera decisión, formulada en los siguientes términos: "Sí, pero sin intención de matar", por el requerimiento del señor defensor de Pérez Reyes, haya borrado, como consta claramente a folios 135 del cuaderno principal, y lo corrobora el Acta de la audiencia, folio 141 ibídem, las palabras "pero sin" para substituírlas por "aunque tenemos duda sobre la intención de matar", decisión tomada por mayoría, ya que uno de los jueces populares negó de plano la responsabilidad del procesado al reconocer en forma expresa que obró en legítima defensa.

De manera que bien se considere enigmático este incierto proceder del Jurado, la realidad es que tiene, al menos, precisas características de incompleto, desde luego que el delito sobre el cual debía recaer la decisión en conciencia es un homicidio y todo da a entender el conflicto entre la voluntad declarada del Jurado y la manera como ella fue interpretada por el Tribunal, en evidente desacuerdo con el Juez *a quo*, que la juzgó absolutoria. La duda que plantea el Juri sobre el elemento subjetivo del homicidio, hace confuso o ambiguo el veredicto, a tal extremo que no puede saberse cuál pudo ser el hecho nítido o cierto que surge de los términos en que fue calificado el ilícito, para que encuentre adecuada correspondencia con la interpretación que hizo el Tribunal, la que es objeto de rigurosa crítica en la demanda, criterio que también abona, con muy sólidos fundamentos, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Cuando la voluntad del Jurado, expresada en el veredicto, resulte al confrontarla con la sentencia que basada en él fue proferida, que hubo extralimitación por parte del Tribunal, ese desacuerdo implica la no concordancia de aquél con la decisión del Jurado, fundamento de la causal 3ª de casación, lo que conduce a la carencia de veredicto en sentido jurídico.

El homicidio requiere en sus distintos tipos una acción psíquica, como elemento subjetivo del delito que tal acción configura, acción psíquica que se manifiesta en un dolo genérico cuando el agente obra con plena conciencia de que el hecho que ejecuta viola la ley penal, o un dolo específico, en el caso de que la actividad del sujeto vaya dirigida a la comisión de un delito determinado, que en la muerte ilegítima que un hombre da a otro, debe radicarse en las siguientes hipótesis: que se obre con intención de matar, es decir, con propósito de causar la muerte, *animus necandi* (art. 362 del C. Penal), o bien, con intención de herir, *animus vulneran-*

di, que constituye lo preterintencional (art. 365 ibídem), o en último extremo, a las condiciones que dan al hecho fisonomía de culpa, por imprudencia, como forma de imprevisión activa o negligencia, como forma de imprevisión pasiva o por uno cualquiera de los distintos factores que constituyen el hecho culposo, los cuales sirven para configurar una infracción de tal índole (art. 12 en concordancia con el 370 ibídem).

Si ninguna de estas condiciones subjetivas se desprende del veredicto, el fallo en derecho que opta por una cualquiera de aquellas hipótesis, sin estar expresas en él, ni en el cuestionario propuesto, rebasa sin duda sus propios términos, suplanta la voluntad de los jueces populares, desvirtúa el verdadero sentido de la decisión en conciencia, cosas todas estas que al Juez de derecho le están vedadas.

"La misión del Juez de derecho en los juicios en que interviene el Jurado —ha dicho la Corte— es la de interpretar el veredicto para encausarlo dentro de las disposiciones que reprimen el hecho. La sentencia, por tanto, tiene por fundamento inmediato la respuesta dada al cuestionario por los jueces de conciencia. Si rebasa los límites del veredicto, es casable por la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal". (Casación del 6 de abril de 1961).

Y ello es así, porque al Jurado le está concedida por la ley la facultad de decidir en conciencia sobre una responsabilidad dada, deducida en un juicio criminal. De conformidad con el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia tendrá que dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. Por consiguiente, todo lo que se salga de los propios límites de estas prerrogativas, rebasa las facultades del Jurado y extralimita las funciones del Juez. A aquél, le basta aceptar o no una responsabilidad, agregando lo que crea pertinente para hacerla viable frente a la ley penal, pero sin desvirtuar el hecho ilícito sobre el cual debe recaer el veredicto. Y al Juez apenas le es dado apreciar ésta dentro del cuadro legal que comporta aquella decisión. Cuando estas dos operaciones no se complementan recíprocamente se puede incurrir en la causal tercera de casación, como en el caso, porque se trata de un veredicto incompleto por falta de especificación tipificadora que lo coloque dentro de terminada modalidad legal que lo contenga en sus propios términos, sin salirse de ellos ni para ampliarlo ni para restringirlo.

La jurisprudencia ha sostenido en no pocos casos similares al presente, en los que se niega por los jueces populares el elemento subjetivo del delito, sin reemplazar el homicidio simplemente voluntario por alguna de las otras especies consagradas en el estatuto penal, "que para que un veredicto pueda interpretarse como expresivo de un homicidio de este tipo (preterintencional), es necesario que a la vez que se haya negado el propósito de matar se afirme el de lesionar". (G. J., Tomo LXXXVII, pág. 166).

En este caso se negó el propósito, pero se aceptó por el Jurado que el agente había obrado "por culpa originada en la embriaguez aguda". Qué decir entonces cuando los jueces de hecho guardan silencio, se abstienen de dar en la respuesta orientación alguna que permita traducir con acierto, de manera que la interpretación de su voluntad no conduzca a ninguna ambigüedad? So pretexto de aspirar a la búsqueda del pensamiento recóndito o íntimo de la decisión del Jurí, se expone el fallador en derecho a crear arbitrariamente tipos o figuras de homicidio no contenidas en el veredicto, lo que constituye precisamente la discordancia de la sentencia con el veredicto.

Todo parece dar a entender, según el acta de la audiencia en este proceso, que los miembros del Jurado tuvieron oportunidad de oír planteamientos de la defensa y del Ministerio Público, que muy claro los explicaban los extremos en que cada una de esas dos partes se situaba para analizar la responsabilidad del procesado. Por ello los miembros del tribunal de conciencia que no compartieron el criterio de otro de sus componentes, que optó por la legítima defensa, si no llegaron a esta conclusión rotunda, abrigaron dudas sobre la intención de matar y así lo consignaron en la respuesta al cuestionario, cuando fueron requeridos por segunda vez a deliberar, en la aclaración que rindieron sobre el sentido de su primera decisión. Es preciso suponer, porque no hay elemento alguno en autos que contradiga esta hipótesis, que en la respuesta tomada en segundo término, creyeron encontrar, dadas las peculiares circunstancias que rodearon el delito, por los hechos que lo precedieron, la existencia de una situación favorable al procesado, que por no caber en la preterintención ni en la culpa, porque ninguno de estos supuestos aparece en el veredicto, ni escudriñadas las constancias de autos encuentra soporte jurídico que la respalde, tiene que ser tenida en cuenta para la decisión que deba adoptarse.

Esta conclusión, obligatoria en el caso, conduce a desatar la duda contenida en el veredicto, que por ser cuestión de hecho, incide en elementos de juicio para valorar la conducta criminal, en sentido favorable al procesado, como con base en el artículo 204 del Código de Procedimiento

l'enal lo solicita la demanda y lo sustenta el señor Fiscal de la Corte.

Este distinguido funcionario hace alrededor de la decisión de los jueces populares en este proceso, las siguientes atinadas conclusiones que la Corte comparte:

"Pues bien: El pronunciamiento de la mayoría de los jueces del pueblo al manifestar las dudas que tuvieron sobre la intención de matar no equivale sino sencillamente a negar el elemento subjetivo del delito de homicidio en la figura descrita por el artículo 362 del Código Penal, porque no puede aceptarse que la duda manifiesta por ellos sobre el particular deba ser absuelta en contra del reo, no obstante lo dispuesto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal. La afirmación dada por dichos jurados en la expresión 'Sí', se refiere únicamente a la autoría física toda vez que al otro procesado lo absolvieron en forma clara; tal expresión concreta el aspecto de la imputabilidad material sobre Pérez Reyes, pero no define la responsabilidad penal del mismo toda vez que acerca de la intención de matar manifestaron que tenían dudas al respecto.

"No pudiendo aceptarse que el veredicto emitido por la mayoría del Jurado, en relación a la conducta de Noel Pérez Reyes, sea afirmativo de la responsabilidad penal del mismo es preciso aceptar que sus términos predican la absolución de dicho procesado. Y siendo ello así, la sentencia del Juez *a quo* ha debido confirmarse porque se había producido de conformidad al veredicto emitido por el Juri. Al proceder el Tribunal *ad quem* a revocar la sentencia absolutoria pronunciada a favor de Pérez Reyes para, en su lugar, condenar al mismo procesado por el delito de homicidio no hizo sino dictar fallo en desacuerdo con la decisión de los jueces del pueblo quienes aseveraron tener dudas sobre la intención de matar del reo, lo que vale decir que al negar el elemento subjetivo de dicho reato le impartieron absolución".

Comparte también la Corte el criterio que manifiesta el siguiente párrafo del salvamento de voto del señor Magistrado Téllez Villamizar, por que compendia con exactitud los términos del conflicto surgido por la decisión popular, que no puede resolverse de manera distinta a como él lo plantea:

"Si el tribunal popular —dice—, no pudo en estricta conciencia, sin sujeción a tarifa probatoria alguna, obtener la convicción moral íntima sobre el propósito de matar, exponiendo sinceramente la duda, no se comprende cómo los falladores en derecho, la puedan eliminar, para cargarla en contra del procesado".

Lo que sí es manifiesto en este proceso es que al Tribunal le quedaba el camino de aplicar el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, declarando el veredicto contraevidente, si las constancias de autos, conforme a su criterio, conducían a esa solución para impedir la impunidad del delito. Lo que no puede, dentro de sus facultades, es interpretarlo a su amaño, rebasando su contenido, porque siendo como es evidentemente incompleto, toda agregación que se le haga para completarlo, con subjetiva apreciación lo demerita y extiende hasta la arbitrariedad.

Por lo demás, conviene advertir para evitar erradas interpretaciones del criterio de la Corte en este caso particular, que el Derecho Penal en su aplicación es casuístico y que sus preceptos tienen por necesidad que acomodarse a las circunstancias que rodean un determinado hecho ilícito. No puede pretenderse, por tanto, que en un caso dado confluyan idénticos elementos que sirvieron para resolver otros, con los cuales no tiene sino el común denominador de la igualdad jurídica de la infracción, pero no aquellas circunstancias que pueden darle modalidades diferentes en orden a encajarlo dentro de determinado tipo, que exigen por lo mismo tenerlas en consideración si se quiere proceder justicieramente.

Por todo lo dicho, la causal tercera de casación aquí invocada, debe prosperar.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, invalida la sentencia objeto del presente recurso y en su lugar absuelve a Noel o Soel Pérez Reyes del cargo de homicidio que le fue imputado en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDADES PROCESALES

Prelación de la causal 4ª de casación. Imposibilidad de asimilar, particularmente en ciertos juicios especiales, el auto de detención con el auto de proceder. Prueba de la violencia en el delito de robo. Cuantía del hurto o robo que recae en instrumentos negociables y otros títulos.

1. Atendido que la causal cuarta de casación busca enmendar los vicios del proceso que acarrean su nulidad parcial o total, es evidente que debe examinarse en primer término cuando se aduce con otra u otras de las que menciona el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

2. Mal puede equipararse al auto de vocación a juicio aquél que, dentro del trámite especial señalado en el Decreto legislativo número 014 de 1955, dispone la encarcelación preventiva del procesado, pues para la pertinencia de esta medida precautelativa no es necesario que aparezca la comprobación plena del cuerpo del delito.

3. La calificación jurídica de los hechos que se lleva a cabo en ese auto que dispone la detención preventiva del sindicado es provisional y, de consiguiente, mal puede fundarse en el error en que se incurra al hacerla una supuesta nulidad como la prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, precisamente porque esa calificación no es definitiva sino provisional.

4. El dictamen pericial no es la única prueba con que pueden acreditarse las violencias o amenazas que den lugar al delito de robo.

5. Bien sabido es que la cosa objeto de los delitos de hurto y robo debe tener, por se un valor económico. Y es asimismo conocido que los títulos al portador y demás documentos que en sí representan un valor utilizable por quien los detente, pueden ser materia de tales infracciones penales. Pero cuando el título es nominativo, vale decir, cuando es conferido a determinada persona, la realización del aprovechamiento económico ilícito por parte de quien lo sustraiga o de él se apodere implica inducir a alguien en error mediante el empleo de artificios o engaños (endoso falso, por ejemplo), lo cual lleva a que el delito o delitos sean otros, si esto último es realizado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplidos los trámites pertinentes, procede la Sala a resolver con respeto al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 13 de abril de 1961, por la cual les fue impuesta a los procesados Luis Alfredo Tobón Osorio, Luis Eduardo Ríos Espinosa y José J. Bermúdez Vásquez la pena principal de seis (6) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables del delito de robo.

El doctor Carlos E. Camacho, en su condición de personero de los procesados, impugna el fallo recurrido con fundamento en las causales cuarta, segunda, quinta y primera de casación.

HECHOS:

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal hace de ellos el siguiente resumen:

"En las primeras horas de la mañana del día 17 de agosto de 1960 fue despojado de sus haberes, por varios individuos, el señor Fabio Estrada Mejía, cuando pretendía sacar unos ganados de su propiedad de la perchera que se encontraba localizada a pocos metros de su casa de habitación, en el barrio 'La Carrilera', de la ciudad de Medellín.

"Los desconocidos sujetos, amenazándole con puñaletas y revólveres, le desposeyeron violentamente de la suma de $ 4.000.00 en dinero efectivo que llevaba consigo, de un cheque, girado a su favor por 'Industrias La Ilanera' por un valor de $ 5.000.00, de otro por mil doscientos pesos ($ 1.200.00), uno más por $ 1.350.00, dos recibos por un valor total de $ 5.400.00, y algunas alhajas de uso personal, tales como su anillo, su estilográfica y dos medallas de plata.

"Pasados algunos minutos de la comisión del robo, unos agentes de la Policía que hacían recorrido ocasional por el lugar, en un bus de la misma Institución, se dieron cuenta de la consternación ocasionada por el delito perpetrado contra el señor Estrada, y de que, emprendiendo la fuga, se encontraban varios sujetos a los que procedió a capturar, quienes fueron entregados al Inspector de Permanencia de Medellín en la misma mañana del 17 de agosto.

"A los capturados, se les practicó minuciosa requisa, habiéndoseles encontrados los siguientes elementos en su poder: A Luis E. Ríos Espinosa un revólver de las características que define el informe rendido por los policías, acompañado de siete cartuchos; a José Bermúdez Vásquez, se le halló una suma de dinero inferior a la arrebatada al señor Estrada, a más de los restantes instrumentos (cheques) que portaba el señor Estrada. Los agentes de la autoridad hacen la salvedad de que no pudieron aprehender a los agresores del señor Estrada en su totalidad, ya que eran cuatro, pues uno de ellos logró la fuga.

"En la misma fecha presentó su denuncio Estrada ante la Inspección del Permanente, y por la Inspección 4ª General de Policía fue abierta la correspondiente investigación".

DEMANDA DE CASACION

El señor personero de los procesados hace los siguientes cargos a la sentencia recurrida:

A. *Con fundamento en la causal cuarta de casación:*

1º Que se incurrió en el evento de nulidad previsto en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, porque "en la calificación de la delincuencia se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción".

Para sostener el cargo, dice el impugnante que "a los procesados se les condenó por un delito de robo agravado, previsto en el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, por estimar el honorable Tribunal que el hecho antijurídico lo habían realizado los imputados con armas..., circunstancia de agravación que dedujo el sentenciador solamente del dicho del denunciante, sin corroboración de ninguna otra clase de prueba".

Agrega que "no estando demostrado el delito de robo agravado en todos sus elementos constitutivos, el Tribunal ha debido darle una interpretación más ajustada a la verdad procesal del negocio, siendo que la interpretación de la ley penal sustantiva se debe hacer en forma benigna por mandato del artículo 44 de la Ley 153 de 1887, que tiene plena actualidad y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Ante la falta de comprobación de la agravante del artículo 404, ordinal 1º, por otros medios de prueba, distintos del dicho del denunciante, se planteaba la duda, que por mandato del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal ha debido resolverse a favor de los procesados. Tal duda conllevaría a darle aplicación, en el peor de los casos, a la figura jurídica contenida en el artículo 405 del Código Penal, por ser norma más favorable a los procesados, y que contempla el delito de atraco. Dice el artículo 405: 'El que con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad, ejecute violencias contra las personas o las amenace con un peligro inminente, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años', si se armoniza 'la anterior norma con lo dispuesto en el ordinal 13 del artículo 7º del Estatuto de Prevención Social...'.

"Para que sea operante la causal de agravación prevista en el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, es necesario que este delito se ejecute fuera de los contornos urbanos. Cuando el sujeto activo del delito comete tal delito dentro del 'núcleo de población, grande o pequeña', no se estructura el delito de robo, sino el de atraco, y la norma señalada para el juzgamiento de la infracción de tal naturaleza es el artículo 7º del Decreto 014 de 1955, o el artículo 405 del Código Penal. El expediente demuestra que el delito imputado a los procesados se cometió dentro del perímetro urbano de Medellín, y por tal motivo es improcedente calificarlo como robo".

Anota, como resumen de este cargo, lo siguiente: "Por ser indispensable el dictamen pericial de que trata el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal en los delitos de robo, especialmente cuando se está ante la modalidad de agravación señalada en el artículo 404, ordinal 1º, por ser necesario establecer la naturaleza y modalidades del delito, o como lo dice el Código: 'Para establecer los términos en que se haya ejecutado la violencia'".

2º Dice el demandante que "los señores peritos avaluadores en su dictamen visible al folio 45 del informativo, avaluaron los objetos sustraídos en la suma de cuatro mil ciento cuarenta pesos ($ 4.140.00) y sobre los cuales la objetividad jurídica del delito tuvo existencia procesal. Los cheques y recibos de 'La Industria La Llanera' de $ 5.400.00 y $ 1.300.00, así como también los cuatro cheques contra los bancos de Medellín, no se pueden hacer figurar dentro de la cuantía del ilícito, por la sencilla razón de que los atracadores no podían obtener ningún provecho ilícito de tales documentos, por ausencia de los endosos que la ley prescribe para tales casos. Ninguna persona distinta al señor Fabio L. Estrada Mejía se podía presentar a la 'Industria La Llanera' a exigir el pago de los recibos por $ 5.000.00 y $ 1.300.00, puesto que no eran documentos al portador. Luego, ningún peligro corrían los intereses del señor Estrada Mejía por este aspecto. En derecho penal solamente son reprimidas las infracciones de daño y de peligro, pues aparte de ellas, no hay otras en derecho penal. Los cheques tampoco podían ser cobrados por los atracadores, en razón de que las personas afectadas, concretamente el señor Estrada tenía tiempo suficiente de dar el correspondiente aviso a los bancos para evitar el pago de tales cheques. Además, éstos no tenían el correspondiente endoso del beneficiario.

"Como consecuencia de lo anterior, tenemos que la cuantía de lo sustraído al señor Estrada de sus bolsillos ascendió únicamente a la cantidad de $ 4.140.00, que fue el valor del dinero y de los objetos de los cuales lo despojaron los atracadores. Por competencia, le correspondía el conocimiento del negocio a un Juez del Circuito en lo Penal, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto número 3347 de 1950. Como el negocio lo falló en su primera instancia un Juez Superior, sin ser competente para ello, su actuación quedó viciada de nulidad por incompetencia de jurisdicción [numeral 8º (sic) del artículo 198 del C. de P. P.].

"Existe también incompetencia de jurisdicción por el aspecto de que el delito de acarreo lo juzgan solamente las autoridades de Policía, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 014 de 1955, que reprime los estados de especial peligrosidad".

B. Con apoyo en la causal segunda de casación:

1º Que "en el caso de autos existe completa ausencia de los elementos constitutivos del delito de robo agravado, señalados en el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, elementos que por mandato del artículo 272 del Código de Procedimiento Penal son la base de la comprobación del cuerpo del delito por el cual se condenó a mis defendidos, o sea el de robo agravado por el empleo de armas".

Agrega que "la citada circunstancia de agravación no tiene existencia procesal dentro del informativo, puesto que siendo ella elemento integrante de la infracción prevista en el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, ella ha debido 'aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo del delito', tal como lo dispone el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal".

Con esta apreciación, según la cual en el cuerpo del delito van comprendidas, también, las circunstancias específicas que modifican su represión, alcance que no tiene dicho concepto, pretende el demandante que se profiera un fallo absolutorio en favor de sus representados, dizque porque no aparece la plena prueba de la infracción penal, comprobación que requiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria.

2º Que "el reconocimiento practicado por el denunciante no reúne los requisitos determinados por la ley (art. 370 y sgs. del C. de P. P.)...", de lo cual anota el impugnante se desprende que "los descargos hechos por los imputados en sus declaraciones sin juramento, están amparados por la presunción de veracidad determinada por el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal", esto es, de que son inocentes.

3º Que "el honorable Tribunal Superior quebrantó el artículo 208 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que dictó sentencia condenatoria, sin antes hacer un detenido estudio de la prueba aportada a los autos".

Agrega que "con el precario acervo probatorio aportado a los autos, no se puede imponer una sentencia condenatoria por la infracción penal que se imputa a los procesados en el presente negocio".

C. Con fundamento en la causal quinta de casación:

Afirma el señor apoderado de los recurrentes que la sentencia "no expresa clara y terminantemente, que se comprobó la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los dineros y objetos que dice el denunciante que son de su propiedad"; ni que "Luis Alfredo Tobón Osorio, Luis Eduardo Ríos y José J. Bermúdez, hayan sido los mismos sujetos que ejecutaron las violencias contra Fabio Estrada Mejía, y que éstos fueron los que se apoderaron de los objetos y dineros de propiedad de éste"; ni "cuál fue el grado de participación física de cada uno de los delincuentes en el hecho que se juzga, ni la clase de armas empleadas por cada uno de los autores del atraco".

"La sentencia no reúne las exigencias del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal".

D. *Con apoyo en la causal primera de casación:*

Dice el señor personero de los procesados que el fallo recurrido aplicó indebidamente los artículos 38 y 404 del Código Penal, pues ha debido ceñirse a los preceptos contenidos en los artículos 405 de la misma obra y 7º del Decreto 014 de 1955. Que, además, se dejó de tener en cuenta el artículo 3º del Código Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que ninguno de los dos cargos formulados a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, con invocación de la causal cuarta de casación, aparecen demostrados.

Considera, en cambio, que la acusación hecha por el demandante con apoyo en la causal segunda resulta comprobada, como también la que le hace con citación de la causal quinta, por lo cual solicita que se case la sentencia recurrida.

A los argumentos del señor Agente del Ministerio Público habrá de referirse la Sala más adelante.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Atendido que la causal cuarta de casación busca enmendar los vicios del proceso que acarrean su nulidad parcial o total, es evidente que debe examinarse en primer término cuando se aduce con otra u otras de las que menciona el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En distintas oportunidades ha dicho esta Sala, en efecto, que "cuando en la demanda de casación se invoca, entre otras causales, la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ésta debe estudiarse en primer término, porque si prospera resulta improcedente la revisión de las otras", (Cas. 12 de noviembre de 1956, G. J., t. LXXXV, p. 416; de 16 de diciembre de 1957, G. J., t. LXXXVI, p. 686; de 28 de febrero de 1958, G. J., t. LXXXVII, p. 242; de 24 de febrero de 1958, G. J., t. LXXXVII, p. 265; de 27 de mayo de 1958, G. J., t. LXXXVII, p. 813; de 22 de agosto de 1958, G. J., t. LXXXVIII, p. 792, y de 9 de septiembre de 1959, G. J., t. XCI, p. 586). Igual doctrina se señala en fallo de casación de Luis Alfredo Calderón Saavedra, por los delitos de robo y violación de domicilio, de fecha 20 de febrero de 1962, ocasión esta en la que se dice lo que pasa a transcribirse:

"Conforme a la técnica propia de este recurso extraordinario, deben tener preferación las impugnaciones que, dada su naturaleza, no sólo afecten la validez del fallo que se trata de desquiciar, sino la del juicio mismo. Y es indudable que, dentro de las causales de casación enumeradas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la más amplia o comprensiva es la cuarta, cuya finalidad, en caso de resultar victoriosa, es la de obtener que la Corte, con supremo poder jurisdiccional, formule una declaratoria total o parcial de nulidad y ordene devolver el proceso a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento". (G. J., Tomo XCVIII, páginas 131 y 132).

Pues bien: Dos cargos, como se anotó, hace el demandante a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín con invocación de la causal cuarta de casación, a los cuales pasa a referirse la Sala.

Primer cargo.

Con respecto a las consideraciones que hace el impugnante al tratar de demostrar este primer cargo, observa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que "debe recordarse que el tratamiento procesal que se dio al presente negocio fue el indicado por el Decreto 014 de 1955, y que, en consecuencia, procedimentalmente no existió la oportunidad para producirse un auto de llamamiento a juicio contra el sindicado, propiamente calificatorio del sumario. Como es de bulto, es éste el momento adecuado al tenor del procedimiento ordinario, para dar la denominación jurídica al hecho ilícito que ha fomentado la investigación correspondiente. Dentro del procedimiento del Decreto 014 y a diferencia con el ordinario, no cabe, ha dicho la Corte, asimilar el auto de proceder o llamamiento a juicio con el de detención que contempla el primero; y así,

no se puede suponer la existencia de una causal de nulidad edificada sobre el artículo 198 citado".

Agrega el señor Agente del Ministerio Público que "por otra parte, el recurrente, para consolidar su argumentación, insiste en el aspecto de que los elementos constitutivos del delito de robo agravado no se hallan demostrados dentro del negocio. Este particular, en concepto de la Procuraduría, está propuesto en forma totalmente fuera de lugar y lesiona la técnica que debe acompañar a la demostración de la causal cuarta que se pretende sacar avante.

"Las razones traídas a propósito de los artículos 255 del Código de Procedimiento Penal y 264 de la misma obra, tampoco pueden operar en la órbita precisa que demarca la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. De parecida tacha adolece la invocación del artículo 404 del estatuto sustantivo penal y los razonamientos que se hacen a propósito de él, en el sentido de que no existe la comprobación de la agravante distinguida en el ordinal 1º de esta norma.

"Las siguientes disquisiciones postuladas por el acusador de la sentencia, en relación con el artículo 7º del Estatuto de Prevención Social, tampoco pueden regimentarse dentro del marco de la causal cuarta haciendo la salvedad de que en una otra causal que se hubiera argüido sí daría pábulo a ser auscultada con mayor espacio.

"El aserto de que la ausencia del dictamen pericial prevenido por el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal hace que la modalidad de agravación determinada en el artículo 404, ordinal 1º, del Código Penal no se establezca, está absolutamente desmentido por la doctrina que acepta que no es esta la única y eficaz prueba que pueda establecer la dicha modalidad, ya que la testimonial puede sustituir a la pericial, sin mengua alguna de los intereses del proceso, como tampoco del procesado.

"Debe, pues, dejarse establecido que el cargo primero no tiene la demostración conveniente".

Prohija la Sala las anteriores consideraciones del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, pues es evidente que dentro del procedimiento señalado en el Decreto legislativo número 014 de 1955 no existe el auto de proceder, dentro de las exigencias que para este proveído señala el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, una de las cuales es la de que esté plenamente probado el cuerpo del delito.

Y mal puede equipararse al auto de vocación a juicio aquél que, dentro del trámite especial señalado en el Decreto legislativo número 014 de 1955, dispone la encarcelación preventiva del procesado, pues para la pertinencia de esta medida precautelativa no es necesario que aparezca la comprobación plena del cuerpo del delito. La calificación jurídica de los hechos que se lleva a cabo en ese auto que dispone la detención preventiva del sindicado es provisional y, de consiguiente, mal puede fundarse en el error en que se incurra al hacerla una supuesta nulidad como la prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, precisamente porque esa calificación no es definitiva, sino provisional.

Esta Sala, en sentencia de 14 de marzo de 1957 (publicada en "Diario Jurídico", Nos. 293 y 294, p. 347, 348, 351 y 352), dijo lo siguiente:

"Es verdad que para dictar el auto de detención deben llenarse los requisitos que exige el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, pero ellos son bien distintos de los que impone el artículo 429 para el auto de proceder. En el primero deben expresarse los elementos probatorios que se hayan allegado sobre la existencia del hecho que se investiga, su calificación legal y la pena que la ley establece para él, lo mismo que los elementos probatorios que aparezcan en el proceso en contra del detenido. En el auto de proceder se contienen, además, otras medidas que atañen al fondo del negocio, como quiera que él define una situación jurídica del denunciado y termina la etapa investigativa del proceso, para abrir la causa criminal. Por eso exige el artículo 429 que para dictarlo aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y que exista, al menos, el elemento de convicción que enuncia el precepto sobre la responsabilidad del procesado como autor o copartícipe...".

Se agrega en dicho fallo que "si el legislador no dispuso que hubiera auto de enjuiciamiento en los procesos especiales, no compete a los funcionarios jurisdiccionales asimilar analógicamente otras providencias al auto de proceder y hacerlas producir los efectos que sólo para éste ha señalado la ley. Dentro de la plenitud de las formas propias del juicio especial, no está comprendida la de dictar auto de enjuiciamiento, de suerte que su ausencia en tal actuación no la torna ilegal, ni trunca y por ende no emana de allí nulidad constitucional".

No sobra agregar, con respecto a los argumentos del impugnante, que el error en el auto de proceder que la ley sanciona con nulidad consiste en imputar en la parte resolutiva un delito distinto al que aparece acreditado en el proceso, mas no en que se haya incurrido en un supuesto yerro, como el que alega el señor personero de los procesados, al estimar como comprobadas determinadas circunstancias específicas de agrava-

ción del delito investigado, pues éstas no hacen parte del conjunto de elementos que tipifican la respectiva infracción punible, esto es, del cuerpo del delito.

Mucho menos puede aceptarse que la alegada falta de comprobación de la circunstancia agravadora prevista en el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, relacionada con el delito de robo, dé lugar a que los hechos deban, por ese solo motivo, ser calificados como una tentativa de robo, conforme al alcance del artículo 405 del mismo Código; o como un estado de especial peligrosidad, según lo previsto en el ordinal 13 del artículo 7º del Decreto legislativo número 014 de 1955, que también alude a los delitos imperfectos contra el patrimonio económico en los que el agente acude a "violencia física o moral contra las personas, o las amenace con ejecutarla".

Por último, es cierto, como observa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, que no sólo es el dictamen pericial la única prueba con la cual pueden acreditarse las violencias o amenazas que den lugar al delito de robo.

Segundo cargo.

Expresa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, con respecto a este nuevo cargo que el impugnante hace al fallo recurrido, que su consecuencia sería la de que el negocio, "por competencia, correspondía en su conocimiento a un Juez del Circuito en lo Penal, y que al ser fallado en primera instancia por un Juez Superior, la actuación de éste último quedaría viciada por incompetencia de jurisdicción, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

"Para entender el anterior cargo hay que tener en consideración que el dictamen pericial aludido fue sometido al conocimiento de las partes, de acuerdo con el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal. El auto en cuestión que descorrió el traslado ordenado por la ley, obra al folio 46 del primer cuaderno y fue debidamente notificado a los sindicados Tobón, Ríos y Bermúdez. Dentro de estas oportunidades las partes pueden objetar el dictamen pericial, en el sentido de pedir explicación del mismo o de solicitar su ampliación o aclaración, siendo de destacar que su inobservancia no está erigida como causal de nulidad, ya que a ellas les queda (nos referimos a las partes) el importante derecho de objetar el examen por alguno de los motivos determinados en la misma ley, especialmente el error grave. No consta en el expediente que tal objeción hubiera sido propuesta.

"No es el caso, pues, de considerar que con base en este cargo la honorable Corte proceda a invalidar el fallo acusado y a que por el Tribunal de su origen se dé cumplimiento al ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

Pues bien: La prueba pericial a que alude el señor Agente del Ministerio Público no determina, de manera expresa, cuál es la cuantía del delito investigado, pues en ella se dice lo siguiente:

"Si para estimar la cuantía del delito hay que sumar el valor de los cheques y recibos, al dinero y objetos robados, tenemos un total de diecisiete mil trescientos setenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 18.377.50); pero si estos cheques y recibos no se tienen en cuenta, sólo quedaría el total expresado arriba, o sea el de cuatro mil ciento cuarenta pesos, valor del dinero y objetos expresados de que se despojó al denunciante ($ 4.140.00). Este es nuestro honrado concepto".

Dejaron los peritos al juez de derecho algo que ellos no podían apreciar, como es ese punto jurídico de si los instrumentos negociables (cheques) y los recibos mencionados tienen, en sí mismos, el valor citado en ellos o no, para ser tomados en cuenta o dejar de serlo en la estimación de la cuantía del delito.

Y es evidente, como expresa el señor personero de los procesados, que se incurrió en error por los juzgadores en las instancias, al comprender en la cuantía del delito de robo averiguado los guarismos aludidos en los cheques y recibos, porque ellos no tienen el valor *per se* de tales documentos.

En efecto, ningún aprovechamiento económico inmediato podían obtener los delincuentes con el apoderamiento de tales documentos. Los cheques no estaban girados al portador, sino a favor del denunciante, y los recibos de la "Industria Alimenticia La Llanera", igualmente, estaban expedidos a nombre de Fabio L. Estrada Mejía. Su utilización con fines de lucro implicaba, pues, el cumplimiento de maniobras o artificios posteriores que permitieran suplantar al beneficiario nominativo de tales documentos.

Bien sabido es que la cosa objeto de los delitos de hurto y robo debe tener, *per se*, un valor económico. Y es asimismo conocido que los *títulos al portador* y demás documentos que en sí representan un valor utilizable por quien los detente, pueden ser materia de tales infracciones penales. Pero cuando el *título* es *nominativo*, vale decir, cuando es conferido a determinada persona, la realización del aprovechamiento económico ilícito por parte de quien lo sustraiga o de él se apode-

re implica inducir a alguien en error mediante el empleo de artificios o engaños (endoso falso, por ejemplo), lo cual lleva a que el delito o delitos sean otros, si esto último es realizado.

Con este particular, el tratadista José Ma. Rodríguez Devesa dice que si la posesión de un título nominativo "no representa más que la posibilidad de hacer efectivo el valor, por precisarse, además, para realizarlo, por ejemplo, acreditar la identidad del titular, el delito o falta será también de hurto, es cierto, pero por el importe del título materialmente considerado. Con lo que antecede, el problema tan debatido en la bibliografía germánica de cuál es la calificación adecuada a la sustracción de una *cartilla de ahorros*, cuyo saldo se hace efectivo gracias al error en que incurre el cajero, se desvanece... ya que la sustracción de la cartilla sin más no basta para la expropiación del importe del saldo, que continúa siendo de propiedad del titular y estando poseído por él", (*"El hurto propio"*, Edit.: "Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos", Madrid, 1946, p. 125 a 126).

La *cartilla de ahorros* o el *título nominativo*, en sí mismos considerados, no pueden ser objeto de los delitos de hurto o robo, por ausencia de valor económico o porque éste es tan ínfimo (el del papel) que resulta pedante su incriminación por el único hecho de ser desposeída la víctima de tales documentos. El guarismo que ellos representan, como anota Rodríguez Devesa, continúa en la esfera de custodia y de disponibilidad material del sujeto pasivo, mientras no ocurra una nueva actividad delictuosa que lleve a la práctica la ofensa al patrimonio económico: el artificio o engaño para inducir en error a un tercero (falso endoso o suplantación del beneficiario) que haga factible el aprovechamiento ilícito perseguido por el delincuente.

El delito de hurto sólo ocurre con la sustracción de las cosas que tienen un valor económico. Por tanto, si con la desposesión del documento no se realiza, asimismo, la del valor que representa, por tratarse, por caso, de un *título nominativo*, no se tiene dicho delito, ni el de robo, que es un hurto agravado por la violencia.

La cuantía del delito de robo averiguado en este proceso no es, por tanto, la de dieciocho mil trescientos setenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 18.377.50), sino la de cuatro mil ciento cuarenta pesos ($ 4.140.00).

La estimación de lo que fue objeto del delito de robo en el caso *sub judice* no podía ser hecha por peritos designados a tal fin, ni los nombrados la hicieron.

Ni tampoco la determinación de la cuantía puede estar condicionada a que las partes la hayan objetado o no, porque ella atañe al señalamiento de la competencia para juzgar, lo cual es de orden público.

Es, entonces, evidente que se incurrió en el caso de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 195 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en el de "incompetencia de jurisdicción", porque de acuerdo con el artículo 2º del Decreto legislativo número 3347 de 1950, "los jueces superiores de distrito judicial conocen en primera instancia de los delitos de hurto, robo, extorsión, chantaje, estafa y abuso de confianza cuando la cuantía exceda de cinco mil pesos", y la del delito averiguado en este negocio sólo llega, como se dejó expresado, a $ 4.140.00. Su conocimiento corresponde, por tanto, a los jueces del circuito en el ramo penal, según se desprende de los artículos 4º y 3º del mismo Decreto legislativo número 3347 de 1950.

Este segundo cargo resulta, por tanto, demostrado y corresponde, en consecuencia, invalidar la sentencia recurrida, a fin de que se reponga el procedimiento a partir del auto de 15 de febrero de 1961, por el cual el Juzgado 2º Superior de Medellín avocó el conocimiento de este asunto, al disponer que se corriera traslado a las partes para alegar de conclusión (artículo 61 del Decreto Nº 014 de 1955), visible al f. 47 del primer cuaderno.

Según lo antes indicado por la Sala, no es pertinente el examen de las demás causales de casación aducidas por el demandante.

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 2º Delegado en lo Penal, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el proceso por el juez competente, a partir del auto de 15 de febrero de 1961 (f. 47 del Cdno. 1).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio al Tribunal Superior de Medellín.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA. CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

Inútil intento del recurrente por obtener la invalidación del fallo condenatorio, por delito de homicidio. No existe comprobación en los autos de la pretendida legítima defensa putativa.

1. La finalidad de la causal segunda de casación consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero en manera alguna se endereza a producir un replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas por el ad quem con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituir académicamente un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia.

2. La Corte ha reconocido, acorde en ello con el criterio de notables tratadistas nacionales y extranjeros, que la figura de la defensa putativa constituye una especie del error esencial de hecho, y que, en consecuencia, su más adecuada ubicación se halla dentro de las causas o motivos de inimputabilidad previstos por el artículo 23 del Código Penal; concretamente, en el numeral 2º de dicha norma.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del quince de diciembre de mil novecientos sesenta, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, reformando la de primer grado, condenó a Alfonso Vélez Montoya a la pena principal de diez y ocho (18) meses de presidio, además de las accesorias correspondientes, como responsable de la muerte del doctor Juan Nepomuceno Jiménez Murillo, causada excediendo los límites de la defensa legítima, el 26 de octubre de 1958, en la hacienda denominada "La Suiza", ubicada en jurisdicción del Municipio de Puerto Tejada, Departamento del Cauca.

ANTECEDENTES

Prohija la Sala, por estimarla acorde con la realidad procesal, la síntesis histórica de los antecedentes remotos y próximos de la tragedia de autos, hecha por el juzgador de primer grado y aceptada a su vez por el *ad quem* y la Procuraduría:

"Consta de autos, en síntesis, que el doctor Juan Nepomuceno Jiménez Murillo y su hermano Rodrigo habían establecido en la ciudad de Cali una Oficina para entenderse con trabajos propios de la ingeniería, rama en la cual era titulado el occiso, y que además atendía trabajos de carácter agrícola, con una maquinaria especialmente destinada al efecto. Fue así como los citados señores tuvieron oportunidad de relacionarse con los de apellido Vélez Montoya, propietarios de varios inmuebles en distintos lugares de los Departamentos del Valle y del Cauca. En la hacienda "La Suiza", ubicada en el Municipio de Puerto Tejada, y bajo la dirección del doctor Jiménez Murillo, se realizaron labores propias de la ingeniería y trabajos de maquinaria agrícola en distintas oportunidades y por diferentes remuneraciones.

"Ultimamente la firma Jiménez Murillo había realizado en "La Suiza" obras de importancia como la construcción de un canal, la arada de diez plazas, planos y perfiles de dicha hacienda y de Gutiérrez Hermanos. Para estas labores

habían trasladado al lugar, entre otros implementos agrícolas, un bulldozer y un arado o rastrillo marca "Massey Harris", para tractor, que permanecía en la hacienda desde que se terminaron las labores.

'El doctor Jiménez Murillo dejó transcurrir algún tiempo sin retirar el arado y su rastrillo de la hacienda "La Suiza", por razones no muy claras, y sólo meses antes de la tragedia que ha motivado esta investigación volvió a inspeccionar tales implementos con el objeto de entrar en negociaciones con persona interesada. Así se dio cuenta que tanto el arado como el rastrillo habían sufrido deterioros de consideración, y que él atribuyó a que Alfonso Vélez Montoya los había utilizado en labores de la finca, sin su autorización.

'Comenzó entonces el occiso a tratar de entenderse con los Vélez Montoya a objeto de obtener que le compraran los aparatos mecánicos a que nos hemos venido refiriendo, o en subsidio reconocieran el valor de las reparaciones. Hay que dejar sentado que la solicitud del doctor Jiménez Murrillo (sic) no era resuelta en ningún sentido por la contra parte, a pesar de los continuos reclamos y gestiones que en ese orden se hicieron.

'Así las cosas, surgió un grave incidente entre el occiso y Alfonso Vélez Montoya, en un lugar céntrico de la ciudad de Cali, y pocos días antes del 26 de octubre de 1958. Los citados señores trataron nuevamente el asunto de los arados, y en lugar de avenirse a una solución, terminaron cruzándose fuertes palabras que fueron escuchadas por numerosos transeúntes y en especial por Luis Rivera y Félix Mejía.

'Llegamos así a la mañana del domingo 26 de octubre del año próximo pasado, en que el doctor Jiménez Murillo se dispone a viajar nuevamente a la hacienda "La Suiza", en compañía de James Llanos, en una camioneta piloteada por este último y quien tenía interés en negociar el arado y el rastrillo de que se ha venido hablando. A las nueve o nueve y media de la mañana emprendieron la marcha, para encontrarse cerca a la plaza de toros con un jeep en el cual viajaban Alfonso Vélez Montoya y su pariente Isaías Vélez Montoya. Se acercaron los de la camioneta al jeep para noticiarle a Vélez Montoya que se dirigían a la hacienda de su propiedad con el objeto de ver los implementos referidos, y al propio tiempo inquirir al sindicado si iba con dirección a su hacienda. Este respondió que hacía días los esperaba para entregarle los aparatos mecánicos, y que no tenía seguridad de si llegaba o no a su finca. Continuaron el viaje separadamente y Vélez Montoya llegó a La Suiza, pasadas las diez de la mañana, mientras que el doctor Jiménez Murillo hizo su aparición cinco minutos después, aproximadamente.

'El doctor Jiménez se desmontó del vehículo en una puerta de zinc, que da acceso a un corral grande, y avanzó hasta llegar al patio principal de la casa, dejando a su acompañante Llanos en el vehículo que los condujo desde Cali, y a pie de la puerta de zinc ya mencionada.

'Al encontrarse Vélez Montoya y Jiménez Murillo, se produjo el grave incidente de que más adelante nos ocuparemos en detalle y a consecuencia del cual perdió la vida, por tres heridas causadas con arma de fuego, el doctor Jiménez' ".

Como se verá en el lugar adecuado de esta providencia, los hechos culminantes y decisivos que subsiguieron a los anteriores, conforme a los elementos de juicio que formaron la convicción del Tribunal, pueden compendiarse así: El señor Vélez Montoya le reclamó al doctor Jiménez Murillo: "Vos dizque andas diciendo esto...", lanzándose sobre éste en actitud de darle un puñetazo, que Jiménez repelió con otro, lo cual obligó a Vélez a retroceder un poco, haciendo un primer disparo. Jiménez, no obstante haber recibido la primera lesión, avanzó sobre su contendor, visto lo cual por éste, disparó dos veces más, hiriendo mortalmente a Jiménez.

LA DEMANDA DE CASACION

El recurso ha sido sustentado ante la Corte por el doctor Julio Ramero Soto, quien impugna la sentencia del Tribunal con fundamento en las causales de casación segunda y primera, ésta como consecuencia de aquélla.

Contiene el libelo un resumen de los hechos materia de la controversia. En capítulos separados expone los fundamentos relativos a cada una de las causales aducidas, citando los textos legales que el recurrente estima infringidos. Finalmente solicita que se invalide el fallo acusado y, en su lugar, se absuelva al procesado del cargo por el cual ha venido respondiendo. Ciñese, pues, la demanda a la técnica propia del recurso.

Procurará la Sala recoger con la mayor fidelidad posible la extensa y circunstanciada argumentación ofrecida por el actor para sustentar las causales propuestas.

LAS CAUSALES:

SU PLANTEAMIENTO GENERAL

"Invoco como causales únicas de casación —expresa el demandante— las estatuídas en los numerales segundo y primero del artículo 567 del

Código de Procedimiento Penal, por cuanto que en la sentencia recurrida por errada interpretación o apreciación de los hechos, se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, se les ha desconocido el que sí tienen, no se les ha tomado en cuenta el que sí tienen a pesar de estar acreditados en el proceso y resultar manifiesta contradicción entre ellos, considerándolos como elementos constitutivos del delito de 'homicidio' dentro de la modalidad prevista en el artículo 27 del Código Penal sin tener dicha categoría, ni estructurar por otra parte delito alguno, todo lo cual condujo a una violación de la ley penal por errónea interpretación de la misma".

Causal 2ª

Error de hecho al apreciar las pruebas del proceso.

La síntesis de los cargos formulados a la sentencia impugnada ha sido consignada por el actor en los siguientes términos:

"... el honorable Tribunal Superior de Popayán con violación de los principios contenidos en el artículo 203 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, pero más especialmente violando el artículo 224 de la misma obra dio a la versión del testigo Llanos de folios 147 un valor probatorio que no tiene y negó en cambio tanto a la confesión de Alfonso Vélez Montoya y a la declaración de Pedro Isaías Vélez el valor probatorio que sí tienen como demostrativas de la legítima defensa subjetiva de su vida, situación dentro de la cual obrara el señor Vélez Montoya al dar muerte al señor Jiménez Murillo, siendo que por otra parte con violación del citado artículo 224 del Código de Procedimiento Penal dio un valor probatorio que no tienen a las declaraciones de los testigos Vélez, Paz, Ramos y Camayo al considerar que dichos testimonios corroboran lo afirmado por Llanos e infirman lo manifestado por Pedro Isaías Vélez".

Sin alterar el pensamiento fundamental del actor, aunque adoptando un orden distinto al que aparece en el aparte que acaba de transcribirse, la Sala compendia de la siguiente manera los errores de hecho en que, según el demandante, incurrió el sentenciador de segundo grado:

1º El señor Alfonso Vélez Montoya aceptó en su indagatoria ser el autor de la muerte del doctor Jiménez Murillo, pero en circunstancias que permiten estructurar una defensa subjetiva de su vida, confesión calificada que debe admitirse en toda su integridad, conforme al artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, por no haber sido desvirtuada. Erró por tanto el fallador al romper el carácter unitario o indivisible de la misma. Dos circunstancias refuerzan la verosimilitud de la referida confesión: a) haber sido hecha voluntariamente ante las autoridades, y b) haber observado el funcionario que recibió la indagatoria una equimosis en el ojo derecho del procesado, lesión que confirma el ataque provocado por Jiménez Murillo.

2º El Tribunal niega el valor probatorio que tiene la declaración de Pedro Isaías Vélez "en cuanto con dicho testimonio aparece plenamente demostrado que el señor Alfonso Vélez Montoya al dar muerte al señor Juan N. Jiménez Murillo obró en legítima defensa de su vida", fundándose, para negar credibilidad al referido testigo, en la relación de parentesco que lo une al procesado. Tal apreciación es errónea, por las siguientes razones:

a) El parentesco cercano con uno de los interesados no es suficiente para desechar un testimonio, ya que, como lo afirma Framarino en su obra "Lógica de las Pruebas", el deber moral de declarar es compatible con el deber legal; b) El testigo, en este caso, es persona sana de mente; c) En cuanto a su contenido este testimonio merece asimismo entera credibilidad por cuanto que en primer lugar afirma hechos cuya ocurrencia está dentro del modo de ser y obrar ordinario de los hombres, cual es el de defender su vida cuando ésta se halla amenazada por un peligro inminente, grave e injusto; c) el deponente tuvo percepción directa de los hechos sobre los cuales declara, y d) su testimonio concuerda con los de Pedro Antonio Paz, Alfonso Camayo, Francisco Ramos y Luz Marina Vélez, que, en sentir del actor, merecen credibilidad, pues presenciaron los hechos. Inclusive, anota el demandante, la declaración de Pedro Isaías Vélez es armónica con la del testigo James Llanos.

En consecuencia, se violaron "las normas contenidas en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal sobre crítica testimonial en la sentencia recurrida y se incurrió por tanto en la causal 2ª de casación de que trata el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, al negar por errada interpretación de los hechos el valor probatorio que éstos tienen como prueba de una circunstancia eximente de responsabilidad".

3º El grupo de trabajadores de la hacienda, Pedro Antonio Paz, Alfonso Camayo, Francisco Ramos y Luz Marina Vélez, "no infirman lo declarado por Vélez Montoya y por Pedro Isaías Vélez sino que antes bien confirman los dichos de éstos, de haber obrado Alfonso Vélez Mon-

toya al dar muerte a Jiménez Murillo en legítima defensa de su vida". Al considerar lo contrario el fallo acusado, niega a esos cuatro testimonios el valor probatorio que en realidad tienen, dándole el que no tienen, lo cual implica una violación del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

4º El testigo James Llanos, quien condujo la camioneta en que Juan N. Jiménez Murillo se trasladó a la finca rural "La Suiza", sólo pudo apreciar los hechos a considerable distancia. Por tanto su relato es incompleto y no infirma ni confirma los datos suministrados por Pedro A. Paz, Francisco Ramos, Alfonso Camayo y Luz Marina Vélez. El Tribunal, al tomar como completa la declaración de Llanos, violó "lo dispuesto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, ya que hizo caso omiso de las reglas sobre valoración del testimonio en dicha disposición contenidas".

5º "Por otra parte —dice el actor— en la sentencia recurrida por errónea apreciación de los hechos y con violación de lo dispuesto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, no se tuvo en cuenta el testimonio de Luis Alberto Ramírez a pesar de estar u obrar dentro del proceso v. g. a folios 23 del Cuaderno número 1º. Este testigo relata la forma como el señor Jiménez Murillo iba con ánimo prevenido a encontrarse con el señor Alfonso Vélez Montoya y que sus gestos y palabras indicaban que iba embargado por la ira. Es más aún, el propio testigo Llanos da cuenta en su declaración de que en el trayecto de la ciudad de Cali a la hacienda 'La Suiza', Jiménez Murillo le había referido el incidente que tiempo atrás había tenido con Vélez Montoya y al cual se refiere ampliamente el testigo presencial de éste Luis E. Rivera. Aunque si bien el testigo Ramírez no fue o no tuvo la calidad de testigo presencial de los hechos, su declaración lleva a concluir que tanto Pedro Isaías Vélez como el procesado al afirmar en sus respectivas declaraciones que el señor Jiménez Murillo al irrumpir súbitamente en el patio de la casa de la hacienda y dirigirse al señor Alfonso Vélez Montoya lo hizo en actitud provocante, profiriendo las palabras que tanto el procesado como Pedro Isaías Vélez dan cuenta en sus declaraciones, éstos dijeron la verdad".

6º Tras de extenso y prolijo estudio del haz probatorio, el demandante concluye que la conducta de Vélez Montoya en el caso de autos es subsumible dentro de la figura denominada *legítima defensa subjetiva o putativa*, cuyos elementos estructurales, según los tratadistas modernos, entre ellos el doctor Luis Carlos Pérez, citado por el actor, son los siguientes:

"a) La creencia razonable que tiene el sujeto de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto, que en realidad no existe;

"b) Que esa creencia o convicción la suscite un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia. Se descarta así el error accidental proveniente de culpa.

"c) Que el peligro imaginario se relacione con el ataque a un bien jurídicamente protegido.

"d) Que haya proporción entre la violencia supuesta y la reacción defensiva". (Derecho Penal Colombiano, Parte General, Volumen IV, pág. 421).

Específicamente la creencia razonable del peligro que creyó afrontar el procesado la deduce el impugnador de estos hechos: el episodio protagonizado dos meses antes, en una calle central de la ciudad de Cali, por Vélez Montoya y Jiménez Murillo, según relato del testigo Luis E. Rivera; la entrada de Jiménez al patio de la casa de la hacienda, sin necesidad, ya que éste podía retirar sus fierros o máquinas tomando una vía distinta; el temor o miedo que produjo en Vélez Montoya la llegada de Jiménez Murillo; las ofensas verbales del último al primero; el puñetazo de Jiménez a Vélez; el ademán de Jiménez de llevarse la mano al bolsillo, como buscando un arma. Todo lo cual demuestra, en sentir del actor, que Vélez Montoya fue el provocado, no el provocador; que, en consecuencia, la agresión de Jiménez fue injusta, y que la reacción de Vélez fue proporcional al ataque.

En torno a este tema abunda el libelo en dilatadas y numerosas consideraciones, pero el pensamiento cardinal del demandante puede estimarse compendiado en los siguientes apartes:

"Se incurrió asimismo en la causal 2ª de casación de que trata el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en la sentencia recurrida al considerar que Alfonso Vélez Montoya dio muerte a Jiménez Murillo dentro de la circunstancia prevista por el artículo 27 del Código Penal y no en legítima defensa subjetiva de su vida puesta en peligro ante la amenaza grave e injusta que con carácter de inminente trataba de ejecutar el señor Jiménez Murillo.

"La consideración anterior se concreta dentro de la providencia recurrida en los párrafos que a continuación se transcriben:

'La actual Sala discrepa de esa apreciación porque se está, cuando menos, ante un exceso

de defensa subjetivo por error esencial de hecho vencible debido a su imprudencia, que, aun cuando no vale como causa eximente, sí aminora la imputación'.

"Y posteriormente dentro del texto de la misma sentencia se agrega:

'Ahora bien, teniendo en cuenta que Vélez Montoya no había sido agredido por Jiménez Murillo con arma de fuego, ya que el nombrado ingeniero sólo reaccionó contra Vélez dándole un puñetazo, precisa aceptar como pertinente al caso presente la consideración 4ª de Carrara, por ser el error o exageración de peligro en Vélez no fácilmente exensables según se vio antes al explicar que Jiménez no atacó con arma, mucho más que cerca del victimario, a pocos pasos, se encontraba su primo hermano Pedro Isaías Vélez y que la imprudencia de Vélez fue la causante del propio peligro'.

"Si bien es verdad —anota el actor— que desde un punto de vista jurídico acertadamente en la sentencia recurrida se asimila 'a legítima defensa subjetiva al error esencial de hecho, no es menos cierto que al aplicar las conclusiones de tal aserto a los hechos, el Honorable Tribunal Superior de Popayán incurre en error de confundir dicha legítima defensa subjetiva o putativa con el llamado 'excessus defensionis' error hasta cierto punto explicable que proviene de seguir considerándose la legítima defensa subjetiva más en relación con la legítima defensa propiamente dicha u objetiva, que con el error esencial de hecho, ubicación jurídica esta última en donde mejor encuadran sus elementos constitutivos y de donde los más modernos y autorizados doctrinantes de la materia, entre los cuales se encuentra el distinguido profesor doctor Luis Carlos Pérez que representa los intereses de la parte civil dentro del presente recurso, hacen derivar las consecuencias jurídicas de eximente de la responsabilidad asignados al error esencial de hecho.

. . . . . .

"En la situación de legítima defensa subjetiva o en las llamadas causas putativas de justificación, el agente cree encontrarse en una situación que si realmente existiese excluiría la ilicitud del acto, esto es, en la situación que constituye una causa de exclusión de la antijuridicidad. En su espíritu los hechos se representan como una situación de legítima defensa, de estado de necesidad, de ejercicio regular del derecho, de cumplimiento del deber legal. Son pues las llamadas causas subjetivas o putativas de justificación de que tratan los más avanzados cultores de la ciencia penal de hoy día, pero que nada tienen que ver con las verdaderas eximentes contempladas en el artículo 25 del Código Penal en las cuales sí existe una situación de hecho objetiva que autoriza al agente a obrar como lo hace excluyéndose en consecuencia la ilicitud de su acción.

"En la llamada legítima defensa putativa o en el estado de necesidad putativo, por ejemplo, la situación que justifica la reacción existe apenas en la representación errónea intelectiva del agente, pero sin correspondencia alguna en la realidad del mundo exterior. Es dijérase un espejismo que se forma en su espíritu por la no correcta elaboración intelectual de los datos suministrados por la realidad y que lo lleva a obrar contra la verdadera realidad aunque sí bien acorde con la realidad que su mente se ha forjado. En la eximente subjetiva o putativa, existe un hecho punible, pero él no conlleva responsabilidad alguna para el agente, por ausencia de culpabilidad, que queda excluída por el error esencial que lo hace creer en la licitud de su comportamiento. La situación subjetiva o putativa de la eximente no excluye la ilicitud del acto, sino únicamente el elemento subjetivo de culpabilidad en quien supuso esa situación".

La concreción del cargo radica, como se ha visto, en que el Tribunal, por errada apreciación o interpretación de los hechos, considera que Vélez Montoya dio muerte a Jiménez Murillo dentro de la circunstancia prevista en el artículo 27 del Código Penal, cuando la prueba de autos acredita una legítima defensa subjetiva o putativa, situación que, por constituir error esencial de hecho, se halla protegida por la "eximente" del artículo 23 ibídem.

CAUSAL 1ª

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

La sustenta así el demandante:

"Era apenas lo natural que habiéndose en la sentencia recurrida hecho una errada interpretación o apreciación de los hechos, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, o negado el que sí tienen, o no tomándoselos en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o resultar una manifiesta contradicción entre ellos siendo como eran pruebas de la eximente de la responsabilidad dentro de la cual obrara el señor Alfonso Vélez Montoya al dar muerte al señor Juan N. Jiménez Murillo, no podía llegarse a otro resultado diferente a aquel de violar la ley penal por errónea interpretación de la misma.

"Existiendo como existía una situación jurídica determinada por la eximente de responsabilidad, el error esencial de hecho, prevista en el artículo 23 del Código Penal, fue sin embargo en la sentencia recurrida tomada en cuenta la situación prevista en el artículo 362 del Código Penal en relación con el artículo 27 de la misma obra, lo cual a no dudarlo, constituye una violación de la ley penal por errónea interpretación, por cuanto que la situación que ha debido tenerse en cuenta y dentro de la cual diera muerte el señor Alfonso Vélez Montoya al señor Juan N. Jiménez Murillo, era la prevista en el artículo 23 del Código Penal todo lo cual lleva a concluír que en la sentencia de fecha diciembre quince (15) de mil novecientos sesenta (1960) proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán se incurrió en la causal 1ª de casación prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (G. J., Tomo LXVIII, Nos. 2087-2088, pág. 339, octubre 20 de 1950)".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Después de un extenso estudio de los cargos que la demanda plantea y sustenta, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal concluye que el fallador de segunda instancia, lejos de errar en la apreciación de los hechos, dio al caso de autos una solución en extremo benigna, la cual, sin embargo, no es ya modificable en casación, por impedirlo la doctrina de la *reformatio in pejus*. Se opone, en consecuencia, a la invalidación del fallo recurrido.

En síntesis, las premisas en que el distinguido colaborador funda su concepto son las siguientes:

a) La declaración de Pedro Isaías Vélez no sólo debe desecharse por ser allegado y consanguíneo del procesado, sino por la razón fundamental de que no presenció los hechos. Su ausencia del sitio mismo en que éstos ocurrieron se deduce de la propia confesión de Vélez Montoya. Dice el Procurador sobre el particular:

"En efecto, es lo cierto, en primer término, que Vélez Montoya cuando declaró por primera vez en el proceso, apenas hizo alusión a Pedro Isaías Vélez, observando que con este individuo llegó a la hacienda en la mañana de autos.

"Y es evidente, asimismo, que Vélez Montoya, al ser indagatoriado por segunda vez, repite, con respecto a Pedro Isaías Vélez, que éste fue su acompañante en el viaje que hizo en las primeras horas del 26 de octubre de 1958 a su hacienda 'La Suiza'; que al llegar, 'cuadró' el jeep en que venían y esperó 'a que subiera don Isaías a dejar unos tabacos que él había comprado en Cali'. Y bien parece que se quedó esperando al mismo Pedro Isaías, porque al referirse a la riña que tuvo con Jiménez Murillo, lisa y llanamente expresa lo que a continuación se copia:

'... y me dijo que venía a ver los paratos (sic) que tenía en el Campamento, yo le contesté que hacía días que lo estaba esperando que mandara por los aparatos y me dijo que sí porque yo había acabado con ellos que era un abusivo, un infeliz, y le dije que no me tratara mal, me dijo que él no se retractaba y se lanzó y me dio en la cara con la mano hacia el lado derecho del ojo (mostró el párpado) inmediatamente se llevó la mano atrás y se me fue encima y no dudé un momento de que este señor me iba a matar... *Yo me llené de angustia de verme solo* y disparé mi revolver hasta que se fue a tierra...' (subraya el copista, (fls. 108 y 109, cuad. 2º).

"Es decir que la falta de compañía de algún amigo, la ausencia de toda persona en el propio sitio donde ocurrió la tragedia, la soledad en que se vio y la angustia que le sobrecogió, fueron causa determinante de su conducta, de los disparos que hizo contra su rival.

"Y esta afirmación del acusado no es tangencial, no es cosa indiferente, es definitiva porque al sostener que se vio solo quiso darle justificación a su proceder.

"Pero si lo que ya se sabe no fuera suficiente para concluír que Pedro Isaías Vélez no fue testigo del supuesto ademán atribuído a Jiménez Murillo, la cuestión no ofrece duda alguna al saber y tener en cuenta esto otro:

'*Preguntado*. Sírvase decir qué personas estuvieron presentes cuando se desarrollaron los hechos en que perdió la vida el doctor Jiménez? Contestó. Cuando se desarrollaron los hechos en el patio de la casa no había nadie, no obstante que la hacienda se mantiene con gente' (f. 109) (subraya el suscrito)".

Agrega el Procurador que la anterior apreciación no se desvirtúa ante la afirmación hecha por el testigo James Llanos de haber visto en el patio de la casa campestre a dos hombres, además del doctor Jiménez Murillo, uno grueso (Vélez Montoya) y otro delgado (presumiblemente Isaías Vélez), porque ello no demuestra la identidad de éste, "cuya contextura física se ignora en absoluto en este expediente". Por otra parte, ninguno de los trabajadores de la finca que declaran en el proceso "afirma haber visto a Pedro Isaías Vélez en el patio de la misma hacienda".

b) "No obra en autos testimonio alguno que válidamente, porque merezca crédito, corrobore la afirmación de Vélez Montoya de que Jiménez, instantes antes de que él disparara, 'se llevó la mano atrás'. Cobra así excepcional importancia la declaración de James Llanos, "por ser éste el único individuo que percibió, desde su principio hasta el fin, lo ocurrido entre el homicida y la víctima". "Por lo tanto, ella constituye la prueba digna de crédito que desvirtúa la confesión calificada del acusado, siendo así posible la división de esa misma confesión".

De otro lado, el supuesto ademán, desde el punto de vista sicológico es inverosímil. "Con efecto, si es verdad que Jiménez Murillo le dio un pescozón a Vélez Montoya, lo cual constituyó motivo para que el agredido empuñara un revólver y con la culata de éste golpeara, a su turno, a su ofensor, imposible résulta entonces aceptar, por imperativo categórico de la lógica, que Jiménez, sabiéndose desarmado, realizara, ante su contendor armado y listo a acometerle nuevamente, el tremendo disparate o temerario simulacro de esgrimir un arma que no tenía".

c) "... de atenerse a las explicaciones del acusado, habría que inferir que éste tuvo tiempo de comprobar que el movimiento amenazante hecho por Jiménez, era totalmente realizado o descrito, pero sin resultado ninguno, pues al final del gesto, nada le vio Vélez Montoya a Jiménez que sacara de sus bolsillos, o mejor, ninguna arma le observó en las manos, sino que se dio cuenta de que se le venía encima, absolutamente inerme.

"Esto, por tanto, significa, si se le da definitivo crédito al acusado, que Jiménez no sólo fue temerario o suicida al llevarse sin objeto la mano atrás, sino que también perdió tristemente el tiempo para acometer o defenderse, pues antes de abalanzarse sobre su contrario para desposeerlo del arma y evitar la muerte, se llevó sin motivo la mano atrás, incitando con ello —como ya se observó— a que su enemigo le disparara el arma y no cesara en esta acción hasta no verlo mortalmente fulminado y yacente en el suelo.

"Esclarecido definitivamente el punto básico, qué valdrá —pregunta la Procuraduría— lo declarado, con relación a lo ocurrido entre víctima y victimario, por los testigos Paz, Ramos y Camayo? Qué valdrá, para valorar con base en ellos el hecho criminoso imputado, si tanto Paz como Ramos y Camayo reconocen no haber presenciado la riña habida entre su patrono y el doctor Jiménez sino a partir del momento en que escucharon un primer disparo (dicen Camayo y Ramos a los folios 17 v. y 18 del cuaderno 1º), o los tres disparos que fueron hechos (dice Paz al folio 15 v.).

"Por lo demás, si alguna importancia pudiera tener el hecho de que testifiquen que, al escuchar los disparos y salir 'a ver que ocurría' (f. 15 v.) 'o inmediatamente hacia el patio' (fls. 17 y 18), se dieron cuenta de que Vélez Montoya retrocedía, a tiempo que Jiménez le seguía, sería para admitir que la víctima, absolutamente desarmada, trató más bien de arrebatarle el arma a quien le había hecho un disparo (si es que nos atenemos al dicho de Camayo y de Ramos), o todos los tres tiros (si nos remitimos al dicho de Paz)".

d) Difieren fundamentalmente las situaciones previstas en los artículos 23 y 25 del Código Penal. "... el evento previsto por el ordinal 2º del artículo 23 se caracteriza por una total falta de derecho a actuar que deriva precisamente del error en que incurre el agente al creer que le amenaza un peligro grave, inminente e injusto". Se trata de la negación de la culpabilidad, por ausencia de todo dolo y de toda culpa. En las situaciones contempladas en el artículo 25, el agente "actúa con explícito voluntad de rechazar una agresión real e injusta y actual o concomitante, siendo siempre proporcionada su repulsa a la agresión que lo provoca".

"Con respecto al caso de la legítima defensa putativa, mal haríase en hablar de que el procesado obró con arreglo a derecho (feci sed jure feci, non contra jus), desde luego que ningún derecho defendió efectivamente, porque ninguno le fue amenazado, y porque el error que determinó la ejecución del hecho, no autoriza la legitimación de su conducta, sino simplemente la declaración judicial de que 'no hay lugar a responsabilidad' y, por lo mismo, no es sancionado penalmente por la ley".

"..... .....

"En otras palabras: la ley penal colombiana no justifica la defensa que se ejerce contra agresiones imaginarias; no consagra la legítima defensa putativa como figura autónoma, porque para ella, la defensa de un bien jurídico, nunca podrá hallar explicación y fundamento 'en meros espejismos', así sean éstos enteramente explicables. La llamada legítima defensa putativa es simplemente una especie de error de hecho esencial y decisivo, no proveniente de negligencia, que determina a quien lo padece a obrar de buena fe, porque razonalmente abriga la creencia de ser víctima de una agresión actual o injusta contra un derecho suyo".

Después de algunas otras consideraciones sobre el tema, agrega el Procurador:

"Si la defensa putativa de un derecho da idea de una equivocada pero razonable creencia en un peligro actual o inminente que determina una positiva reacción, no hay razón para considerar el hecho como cometido en legítima defensa.

"En otros términos: legítima defensa, calificada de putativa o subjetiva, no se presenta en evento alguno. Entre el sujeto de la oración: legítima defensa, y el predicado de la misma oración: putativa o subjetiva, la antinomia es evidente, porque quien yerra al defender un derecho que efectivamente no ha sido amenazado, no obra legítimamente". Y concluye un poco más adelante:

"Habiendo dado a conocer la Procuraduría su concepto sobre la defensa putativa, y procediendo a aplicarlo al evento de autos, es más que obvio que comparta el pensamiento del Tribunal de instancia cuando, por haber considerado éste que el ademán de llevarse Jiménez Murillo la mano atrás, carece de comprobación judicial, negó que el hecho de muerte atribuído a Vélez Montoya, fuera equivalente a una defensa putativa de la vida.

"Ese supuesto ademán de sacar la víctima un arma que no tenía en ninguno de sus bolsillos, por no haber sido acreditada su ejecución, no era posible considerarlo a modo de espejismo o como equivalente a una amenaza contra la vida del acusado. Y al ser descartado definitivamente, no le quedaba otro camino al fallador que valorar el hecho imputado, conforme a las circunstancias que verdaderamente lo rodearon. El hecho vale por sus circunstancias y nada más que por ellas. Las circunstancias que rodearon al de autos, nunca pudieron infundir en el justiciable la razonable creencia de que perdería la vida ante el ataque o la acometida de su contrincante Jiménez Murillo, porque éste actuaba en la pendencia absolutamente inerme y en cambio Vélez Montoya obraba sobreseguro, armado de un revólver suficientemente idóneo y que al empuñarlo le servía para repeler cualquier nuevo pescozón que le diera su rival.

"Sobre la misma cuestión, se ha observado atrás que la calificación dada a la actividad antijurídica y culpable del reo, es de por sí benévola. Ahora se agrega, que no es propiamente el caso de hacer ver de manera minuciosa que el criterio del Juez ad quem fue harto benigno, sencillamente porque el recurso de casación no puede dar motivo a que la situación del acusado se agrave por haber impugnado la condena que se le impuso en las instancias".

Considera la Procuraduría, finalmente, que los cargos formulados a la sentencia acusada carecen de fundamento procesal, y, consecuentemente, pide a la Corte que desestime la causal segunda invocada.

e) Demostrado —en su sentir— que el Tribunal no incurrió en apreciación equivocada de los hechos... "es obligatorio colegir que la violación de la ley penal sustantiva que el actor denuncia al aducir la causal primera, carece igualmente de fundamento". La suerte adversa de la causal segunda es comunicable a la primera, en el presente caso.

CRITERIO DE LA PARTE CIVIL

El señor apoderado de la parte civil, doctor Luis Carlos Pérez, al dar respuesta a la demanda en importante y meditado estudio, coincide en el fondo con el criterio expuesto por el Procurador frente al problema de autos.

Después de referirse el señor apoderado, de manera genérica, a los antecedentes de los hechos que dieron origen a la sentencia recurrida, estima que "el informativo abre campo a estas tres apreciaciones, cuyo respaldo probatorio debe analizar la honorable Corte, a fin de saber cuál de ellas tiene más sustento:

"*Primera*. El doctor Jiménez Murillo entró despreveni damente al patio de la casa de campo, a pie, y al centro del mismo salió el dueño del inmueble, Vélez Montoya, seguido de su consanguíneo y subalterno Pedro Isaías Vélez. Vélez Montoya increpó al visitante 'por qué andaba diciendo eso', o 'por qué dice eso', e inmediatamente se lanzó sobre el doctor Jiménez Murillo en actitud de pegarle con la mano, luégo retrocedió un poco, esgrimió el revólver, hizo un primer disparo y con interrupción de algunos segundos, otros dos. El herido se desplomó cara a tierra.

"Esta versión pertenece a James Llanos, quien relata los hechos tal como los presenció desde la camioneta estacionada en el antecorral de la finca.

"*Segunda*. El doctor Jiménez Murillo entró al patio y al ver a don Alfonso le dijo que iba por sus implementos agrícolas, mas no se contentó con esto sino que se expresó duramente contra los Vélez Montoya, a quienes calificó de 'bellacos', 'infelices' e 'hijueputas'. Don Alfonso reclamó contra los insultos y Jiménez Murillo, extendiendo más su intervención, dio una bofetada a Vélez; retrocedió éste y, en vista de la persecución de parte del doctor Jiménez, le manifestó

varias veces: 'No me siga'; como Jiménez hiciera el ademán de llevarse la mano al bolsillo del pantalón, donde ordinariamente se guarda armas de fuego, Vélez Montoya disparó tres veces seguidas, sin interrupción, hasta que el agresor cayó.

"Trátase de una versión antagónica de la anterior, y pertenece al procesado y a su primo y subalterno, Isaías Vélez.

"*Tercera*. En el patio de la casa se oyó *conversar* a don Alfonso Vélez con otra persona y luego sonó un primer disparo, espaciado de los otros dos; en ese tiempo intermedio don Alfonso Vélez retrocedía ante el empuje del doctor Jiménez Murillo, y fue entonces, después de dicho primer disparo, cuando le dijo: 'No me siga'. Como le siguiera, hizo los otros dos, que derribaron al doctor Jiménez Murillo.

"Esta versión, de la cual destaco desde ahora el verbo *conversar*, por el ambiente sosegado en que presenta los episodios iniciales, especialmente el ingreso del doctor Jiménez Murillo al patio de la casa, pertenece a la servidumbre de los Vélez Montoya, Ana Marina Vélez, Pedro Antonio Paz, Alfonso Camayo y Francisco Ramos, quienes no estuvieron presentes para ver los hechos sino a partir del primer disparo. La anterior fue una percepción auditiva".

Agrega el señor representante de la parte civil:

"Fuera de estas tres apreciaciones que he separado para atender mejor a su esclarecimiento, no hay nada más. Menciónase, sin embargo, un antecedente remoto: dos meses antes del 26 de octubre de 1958, en una calle céntrica de Cali, el doctor Jiménez reclamó ácremente a Vélez Montoya por su omisión en entregar los implementos depositados en la hacienda, pero la prudencia del reclamado impidió un lance de consecuencias mayores. Con este antecedente se quiere comprobar la animosidad del doctor Jiménez Murillo y su costumbre de arreglar los problemas por las vías de hecho. Y trátase de demostrar igualmente el estado de alerta en que se había colocado el señor Vélez Montoya, ante tan violento enemigo".

Advierte en seguida el señor apoderado que como después sólo se referirá tangencialmente a tal episodio, ya que, en su concepto, "carece de toda fuerza en el desarrollo de la tragedia del 26 de octubre", de una vez le objeta a su presentación como parte del proceso sicológico de los dos actores:

a) Vélez Montoya y el doctor Jiménez Murillo no quedaron enemistados después del aludido incidente;

b) James Llanos niega la actitud airada que el declarante Luis Alberto Ramírez (fs. 23 y 112) le atribuye a Jiménez Murillo cuando éste se bajó de la camioneta en la puerta del corral. "La puerta estaba sola". Este exceso del declarante Ramírez es una de las aberraciones específicas del servilismo doméstico;

c) "Numerosos testigos abonan las cualidades del doctor Jiménez Murillo: hombre de disciplinas universitarias, controlado en sus actos, cumplidor de sus compromisos, excelente esposo, buen padre de familia, buen hijo, sin nada que pudiera deslustrar esta honesta trayectoria de 46 años". Sobre el particular cita los testimonios de los señores León Corkidi, Evangelista Mora, Octavio Roldán Abadía, Heliodoro Pérez, Evangelista Quintana, Oscar Zamorano, Alejandro Martínez Crespo y Claudio Borrero.

Sintetiza luégo el personero judicial de la parcivil los cargos formulados por el actor al fallo recurrido y los argumentos que para refutarlos ofrece la Procuraduría.

Su respuesta a los primeros puede compendiarse así:

1) *Análisis del primer cargo: La confesión del sindicado.*

Como la primera de las tachas formuladas por el actor al fallo recurrido consiste en no reconocer a la confesión del procesado su necesaria unidad, sino que, por el contrario, la divide, es preciso conocer el texto pertinente de la misma:

"No habían transcurrido cinco minutos de mi llegada a la hacienda cuando llegó una camioneta de color azul que paró en una de las puertas de acceso a la casa de la hacienda, descendió de ella el señor Juan Nepomuceno Jiménez. Una vez estuvo en el interior del patio principal de la casa, me dijo que venía a ver los implementos de agricultura que él tenía allí en la hacienda, a lo cual respondí yo que hacía días lo esperaba para entregarle tales implementos; él me respondió que sí porque yo los había usado, que era un abusivo, que éramos unos bellacos los Vélez; yo le dije que no me ultrajara, a lo cual respondió que no se retractaba, que éramos unos bellacos, unos infelices, unos hijueputas y se me fue encima a darme de golpes, y yo rapelí la agresión aquí en la cara me dio con un revólver que tenía en la mano (aquí presenta el sindicado una equimosis sobre el párpado derecho). Entonces se llevó la mano derecha atrás, entonces a mí me dio miedo por lo cual yo disparé mi revólver contra él hasta que cayó a tierra".

Anota el señor apoderado que posteriormente el indagado rectifica: Jiménez Murillo no le dio con revólver, sino con la mano.

Observa la Sala que sobre este punto concreto, el actor sostiene en la demanda que lo que el indagado quiso decir y efectivamente dijo, fue lo siguiente: "... y yo repelí la agresión, aquí en la cara me dio, con un revólver que tenía en la mano...", "frase ésta —prosigue el demandante— que cambia completamente de sentido si se suprime la coma (,) que debe ir en seguida de la palabra "dio". A su juicio, "Este error de interpretación de las palabras expresadas por el señor Vélez Montoya en su indagatoria no tiene otra explicación distinta que una muy natural cual es el defecto de redacción y puntuación en que incurriera la persona que dicha diligencia recibiera, defecto que queda de inmediato eliminado haciendo una correcta colocación de las comas..." (f. 27, cuaderno de la Corte).

Según el representante de la parte civil, en el transcrito pasaje de la indagatoria "se reconocen distintos momentos sucesivos que conviene separar para reconstruírlos lógicamente:

"*Primer momento:* Jiménez Murillo entró y simplemente *dijo* al señor Vélez que iba por sus aparatos.

"*Segundo momento:* apenas entró Jiménez al patio ultrajó de palabra a Vélez Montoya y éste pidió el retiro de las injurias.

"*Tercer momento:* Jiménez Murillo no sólo no rectificó sino que usó las vías de hecho, dándole puñetazos.

"*Cuarto momento:* Vélez Montoya rechazó la agresión golpeando a Jiménez en la cabeza con las cachas de su revólver. Hasta este momento conservó lucidez mental para medir su defensa con medios proporcionales a los del adversario.

"*Quinto momento:* Jiménez se llevó la mano atrás y Vélez Montoya, lleno de temor o angustia, dominado por la creencia de que su agresor iba a sacar revólver, disparó contra éste hasta que cayó a tierra. Los disparos fueron seguidos, sin solución de continuidad entre ellos".

Fuera de argumentos oponibles derivados de otras fuentes probatorias, este relato es inverosímil, por las siguientes razones:

a) El ingreso del doctor Jiménez Murillo al patio fue tranquilo, "porque nadie oyó gritos, ni siquiera el tono alto típico de provocaciones como las que refiere el indagado". La servidumbre sólo afirma haber oído *conversar* a don Alfonso con otra persona. "Es, pues, el propio sindicado quien abona el espíritu pacifista con que llegó a su casa el doctor Jiménez Murillo.

b) "Es inadmisible desde el punto de vista de las previsiones humanas que el visitante provocara al dueño de la casa en su propio terreno, sabiéndose inerme y solo, pues deliberadamente dejó a su acompañante en la camioneta, habiendo tenido que caminar más de cincuenta metros a pie, como lo acreditan las mediciones en el croquis especialmente hecho a petición de la parte civil. Repugna a la lógica de los sentimientos y al recto sentido de la defensa personal el que alguien, habiéndose encontrado con su adversario media hora antes, sin hacerle un reclamo, espere que éste llegue a su domicilio para ingresar a él desarmado y en actitud desafiante".

c) "Tan desprevenido era el ánimo del doctor Jiménez Murillo que dejó la camioneta a la entrada pero con el motor prendido, como para reanudar la marcha hacia el paraje donde se encontrahan rastrillo y arado. Nadie que va a una probable reyerta se comporta con tanta inocencia. Este hecho, acreditado por el propietario y conductor de la camioneta, James Llanos, indica que el visitante había previsto repetir la noticia de que iba por sus aparatos, empleando el menor tiempo posible".

d) "El hecho de seguir Jiménez Murillo a don Alfonso Vélez dio tiempo suficiente a éste para comprender que su adversario estaba desarmado. Pudo calcular que sus condiciones de agresión eran superiores a las del visitante".

e) Es difícil concebir que una persona armada, en su propia casa, rodeado de servidumbre y acompañada de un pariente cercano, Pedro Isaías Vélez, "sienta tan invencible terror ante quien va a buscarlo con buenas maneras".

f) "El gesto de sacar el arma del bolsillo trasero del pantalón es menos creíble si se recuerdan estos datos: Jiménez Murillo no tenía otra indumentaria que una camisa de color claro, un pantalón de paño café, calcetines y botas de media caña. No vestía saco o chaqueta, de modo que a simple vista podía ser observada su indefensión. Un revólver es ostensible en quien anda con vestimenta tan simple, apropiada para el clima tórrido de Puerto Tejada y la labor material en que iba empeñado; sacar sus fierros, como él mismo decía. Esta situación está plenamente demostrada con la diligencia de levantamiento del cadáver (fs. 1 y 2), practicada poco después del sacrificio, sin que nadie antes hubiera siquiera tocado el cadáver".

g) "El terror por la agresión se acentúa naturalmente cuando quien la ejecuta es desproporcionadamente más alto y fuerte que el agredido. Pero está demostrado que la estatura del doctor

Jiménez era menos que mediana, 1 metro con 66 centímetros, según la necropsia (f. 26). Y si se observan las fotografías de don Alfonso Vélez en las dos inspecciones practicadas durante la instructiva, se deduce que es tanto y aún más corpulento que su contrincante. James Llanos identifica al señor Vélez Montoya con el calificativo de 'el grueso', tal como se ve en la prueba gráfica. Y, realmente, en seguida se le nota suficientemente dotado desde el punto de vista físico como para no inhibirse terroríficamente ante una estructura igual a la suya pero de edad mayor en más de un lustro".

Al exponer algunas consideraciones generales sobre la verosimilitud de la confesión, anota el señor apoderado de la parte civil que es "principio ya tradicional, vertido en casi todas las legislaciones, el de admitir presuntivamente los hechos perjudiciales y las modalidades que hayan rodeado el evento, sin tratar de dividir lo que el confesante dice, porque eso sería tanto como desnaturalizar su verdad".

"Pero —agrega—, para que la confesión se presuma verídica, aceptando íntegramente cuanto expresa su autor, debe reunir requisitos de fondo y forma que la doctrina ha inspirado, la ley recogido y la jurisprudencia comentado. Tales exigencias son las que describe el artículo 255 de nuestra ley procesal, que el demandante considera violado por el juzgador de instancia. Esos requisitos de fondo y forma podríamos denominarlos mejor *intrínsecos* y *extrínsecos*, esto es, los que se refieren a la índole del declarante y los concernientes al tiempo y objetividad con que se produce".

Requisitos intrínsecos:

"a) Que la confesión sea *libre*, lo cual significa que se comunique sin mediar influencias extrañas, cualquiera fuere la naturaleza de éstas: amenazas de mal futuro, abusos de autoridad, constreñimiento físico actual, ofrecimientos comprometedores, convenios, determinativos.

"b) Que sea *espontánea* y no meramente voluntaria, es decir, que emane del propio sujeto, por ímpetu de su conciencia moral, y que no sea sugerida por razonamientos o consejos ajenos. La espontaneidad es prenda legal de la sinceridad, porque nace de la vida interior y fluye sin interferencias hacia la explación de un acontecer irregular".

Requisitos extrínsecos:

"1º Que la confesión se haga ante los funcionarios judiciales, instructores o jueces de la causa, y sus secretarios".

"2º Que el cuerpo del delito esté comprobado con plenitud, base indispensable que pone presentes las condiciones de criminosidad a que la confesión accede".

"3º Que el proceso no allegue prueba contraria a la versión del agente. Si esto ocurre, es preciso romper la unidad del relato y contrastar sus distintas partes con los aportes de los otros medios de convicción. La presunción de verosimilitud se destruye en presencia de versiones distintas provenientes de documentos, testigos o indicios válidamente soldados al proceso ejecutivo".

A juicio del señor apoderado, en el caso sub judice no se reúnen las condiciones que la norma procesal exige para aceptar como verosímil la confesión del procesado, y, consecuentemente, para admitir la existencia del error por "angustia" o "miedo", que le hiciera disparar tres veces seguidas contra Jiménez Murillo. Y no se reúnen, porque:

"*Primero.* Como quedó demostrado al examinar el texto de la indagatoria, el señor Vélez Montoya reconoció la prudencia y el ánimo desprevenido con que se presentó el doctor Jiménez Murillo a su casa de campo. Apenas le dijo que iba por los aparatos, sin gritos ni ultrajes. Lo que después ocurrió evidencia menos la provocación de Jiménez que el reclamo y acometimiento del propio Vélez Montoya, ...".

"*Segundo.* Si fue libre, es dudoso que haya sido espontánea, ya que la presentación del infractor ocurrió más de veinticuatro horas de haber causado la muerte, habiendo dejado el cadáver en la arena soleada del patio, sin preocuparse de dar o hacer dar aviso a las autoridades, antes bien, rehuyéndolas... Sobrado tiempo tuvo, pues, para meditar las explicaciones, planear su defensa, consultar abogados y vislumbrar las consecuencias favorables de la confesión".

"*Tercero.* Tiene prueba en contrario. Y prueba válida, que por sí sola, aún sin los datos anteriormente destacados, destruiría la versión del procesado. Supongamos la confesión coherente, sin vacilaciones, sincera, proveniente de un hombre acompañado de otros que se deja amedrentar en su propia casa por un igual hasta perder el equilibrio psíquico. Aún así sería inevitable dividirla porque hay hechos que la infirman y estos hechos son los percibidos por los trabajadores de la hacienda y el testigo James Llanos, imparcial hasta la exageración, a quien se pretendió oscurecer en una diligencia llamada de 'reconstrucción' (f. 30), con observaciones ambiguas sobre si pudo ver o no los sucesos de que

da cuenta. Sin embargo, posteriormente, en declaración rendida sobre el terreno, en presencia de los funcionarios y del apoderado del sindicado, demostró cómo estando sentado dentro de la camioneta podía darse cuenta de lo que ocurría en el patio de la casa, con la portada abierta o cerrada (fs. 149 a 152)".

Prosiguiendo el orden lógico de su argumentación, sostiene el señor apoderado que existen en el proceso pruebas opuestas a la confesión, pruebas constituídas por los testimonios de James Llanos, Pedro Antonio Paz, Alfonso Camayo Zambrano y Francisco Ramos.

Examina en primer término la versión del testigo Llanos, y extrae de ella, en suma, las siguientes consecuencias:

Primera: Vélez Montoya no estaba sólo en el patio de la casa de campo: allí también se encontraba su primo hermano Pedro Isaías Vélez.

Segunda. "No fue el doctor Jiménez Murillo quien primero reclamara, sino don Alfonso Vélez; ni fue aquel primero quien se lanzara a las vías de hecho, sino el dueño de la casa; naturalmente, Jiménez, cuando fue provocado con el puñetazo de Vélez Montoya, se arrojó sobre éste, quien retrocedió un poco, y fue cuando sonaron los disparos".

Tercera: "El acometimiento del doctor Jiménez Murillo vino después de que don Alfonso Vélez le hiciera el primer reclamo y comenzara la primera agresión por las vías de hecho. Es decir, que fue él quien provocó la escena trágica de que da cuenta el expediente. El mató, pero después de haber comenzado una riña a puñetazos. Posición antijurídica que destroza la tesis de la legítima defensa, auspiciada por el juzgador de segundo grado, pero contra la cual no es posible hacer nada en el actual estado del juicio. De modo que es imprescindible inclinarse ante el exceso en la justificante, porque alguna sanción debe quedar en firme contra quien fue causa inicial del delito".

Cuarta: "La equimosis sobre el ojo derecho, observada por el funcionario que recibió la declaración del sindicado, el 28 de octubre, en Puerto Tejada, demuestra la riña a puñetazos comenzada por el señor Vélez Montoya. Hubo una acción recíproca pero sucesiva: Vélez reclamó, luégo se arrojó sobre el visitante en actitud de darle un bofetón, el visitante lo devolvió, Vélez Montoya retrocedió un poco, sacó su revólver y disparó. La pequeña lesión facial, que no viera ninguna persona distinta del primer instructor, cosa bastante rara, ya que si algo se nota es lo que allera en esa forma la fisonomía, no implica, como pretende el actor, agresión inicial del doctor Jiménez Murillo, sino que confirma el testimonio de Llanos.

La segunda prueba opuesta a la confesión, —afirma el señor apoderado—, está integrada por las declaraciones de los trabajadores de 'La Suiza' Pedro Antonio Paz, Alfonso Camayo y Francisco Ramos, imposibilitados para ver lo que ocurría en el patio, pero con nítida capacidad auditiva".

Del examen de estos testimonios concluye que difieren de la versión suministrada por el procesado en su indagatoria, porque mientras aquéllos afirman que hubo un primer disparo, seguido de un intermedio, durante el cual Vélez Montoya retrocedía, acometido por Jiménez, y luégo los otros dos, el confesante niega ese paréntesis o interregno, pues, según Vélez, apenas golpeó con las cachas del revólver a su adversario y retrocedió, pero, al sentirse perseguido, hizo ininterrumpidamente los tres disparos.

"Lo anterior significa que cuando el señor Vélez Montoya retrocedía, ya el doctor Jiménez había recibido un impacto, que debió ser el de la oreja, ya que cualquiera de los otros dos lo habría derribado de inmediato".

Concluye así este aspecto del examen probatorio:

"Si las versiones suministradas por el sindicado tienen en contra las dos pruebas antes analizadas, es claro que la confesión no es presuntivamente verosímil, lo que obliga a descomponerla y rechazar la obnubilación determinante del error de hecho. Así lo hizo el fallo recurrido, y de allí el que sea invulnerable por este aspecto. De modo que el cargo dirigido contra la apreciación de la confesión (art. 255 del C. de P. P.), queda invalidado".

2) *Análisis del segundo cargo: El testimonio de Isaías Vélez.*

Bajo este rótulo emprende el representante de la parte civil la tarea de refutar el segundo de los cargos fundamentales formulados por la demanda a la sentencia impugnada, el cual consiste, como se recordará, en que ésta no reconoció al testimonio de Pedro Isaías Vélez su valor demostrativo en cuanto respecta a la situación de legítima defensa subjetiva en que actuó el procesado.

La Sala estima útil reproducir textualmente el contenido de la aludida respuesta, no sólo por la importancia de la crítica probatoria en ella contenida, sino porque allí se controvierte, además, el criterio que sobre tal testimonio se ha formado el señor Agente del Ministerio Público. Se expresa así el apoderado:

"En primer lugar es preciso convenir, apartándose del concepto del señor Procurador, que el testigo estuvo presente cuando se desarrollaron los acontecimientos, pues, aunque no aparezca nitidamente su reconocimiento en la declaración de James Llanos, lo cierto es que en la casa de la finca no estaban sino él y el sindicado, fuera de la oculta servidumbre. El sujeto delgado, que salió con 'el grueso' al encuentro del doctor Jiménez, no pudo ser sino Pedro Isaías debido a la imposibilidad de que otra saliera al patio en esos instantes. Por lo demás, Luz Marina Vélez antes de los disparos vió a Pedro Isaías en el corredor de la casa (f. 95).

"El empecinamiento del sindicado en repetir que en el patio de la finca se encontraba solo, busca encarecer sus temores frente a Jiménez, recurso muy natural dada la forma como sustenta su posición jurídica. La confesión falla también por ese aspecto, ya que enfática y reiteradamente afirman la presencia del primo el propio Pedro Isaías, Luz Marina Vélez y James Llanos.

"¿Cuál es, pues, el texto y el valor de este testimonio? Veamos cómo se limita a reafirmar la versión ya desechada del sindicado, y cómo prosperan sobre su declaración las mismas observaciones. Hay que anotar que la crítica del Tribunal no se sustenta exclusivamente sobre la parcialidad por el parentesco, cuestión que el sentenciador toma muy al sesgo, como la toma ahora la parte civil. Interesa menos su consanguinidad que su verdad, y ésta no va más lejos que la verdad del confesante. Partiendo del momento en que llegó la camioneta al primer corral, dice:

'Cuando yo subí al balcón pude ver que llegaba la misma camioneta de que hablé antes, habiendo visto que el doctor Jiménez desmontaba de ella y se dirigió hacia el patio de la casa, dejando la camioneta en la primera puerta de entrada a la casa. Oí cuando Jiménez le dijo a Alfonso: 'vengo por mis fierros antes de que los acaben, pues ustedes son una parranda de abusivos'; cuando oí tales frases salí hacia abajo. Cuando salí al portón de la casa, oí cuando Jiménez le dijo a Alfonso: 'No me retracto de lo que antes dije'. Entonces Alfonso le dijo: 'vuelve usted a ofenderme con sus palabras ofensivas, doctor'. Y le dijo, 'sí, porque ustedes son unos infelices, hijos de púta'; y pasadas tales palabras, el doctor Jiménez se le avalanzó a Alfonso y pude ver cuando le tiró con la mano, alcazándole en la frente, dándole el golpe sobre un ojo. En vista de la agresión Alfonso se armó de su revólver y le tiró con la cacha, dándole el golpe sobre una oreja. Yo me acerqué y le dije: ¿Qué es lo que pasa, Alfonso? Cuando ví que el doctor Jiménez se le siguió detrás de Alfonso, haciendo un ademán como para sacar alguna cosa del pantalón, y Alfonso le dijo: 'no me siga, doctor'. Como insistió él la persecución, Alfonso disparó por tres ocasiones, en cosa de segundo y ví cuando Jiménez cayó al suelo'. (f. 21).

"Ulteriormente, vuelve a declarar lo mismo (fs. 150 ss.), *sin retractarse* de lo que había dicho la primera vez. La no retractación es palabra del declarante, a pesar de que nadie le pedía que lo hiciera. Simplemente, averiguaban los hechos (Subrayó el apoderado).

"No es posible saber con certeza por qué el testimonio de Pedro Isaías contrasta con el de los trabajadores Pedro Antonio Paz, Alonso Camayo y Francisco Ramos, quienes, repetimos, se encontraban dentro del comedor, pero en condiciones físicas aptas para escuchar los *rumores* (palabra empleada por uno de ellos) del patio. Me atrevo a suscribir la opinión del distinguido penalista que acusa la sentencia, según lo cual no obró en Pedro Isaías el sentimiento familiar ni el de solidaridad laboral. Pero cómo explicar entonces que testigos tan fuera de toda prevención como Paz, Camayo y Ramos, hasta el momento en que sonó el primer disparo, estén en desacuerdo con don Isaías; y cómo entender que aquéllos y no éste sean quienes hacen una reconstrucción homogénea de sus percepciones con el testigo Llanos?

"De todas maneras, puestos ante una crítica sana, la mente se inclina del lado de los trabajadores, porque ellos no tienen antecedentes de ninguna clase en las relaciones de Jiménez con Vélez Montoya; porque apenas vieron llegar al uno y después al otro, sin saber a qué venía éste; porque siguieron en sus ocupaciones anteriores; porque, con el ánimo menos interesado en desfigurar los hechos, oyeron conversar en el patio a los dos interlocutores, cuando en esas les sorprendió la primera detonación; porque salieron a ver qué ocurría y encontraron a don Alfonso a la defensiva, mas después de haber disparado una vez.

"En cambio, Pedro Isaías Vélez dice que los tres disparos fueron seguidos, en cuanto Jiménez no se contuvo con el golpe dado con las cachas del revólver. Y esta diferencia con aquellos testigos es sustancial para el fenómeno que trata de configurarse.

"También dice que cuando Jiménez avanzaba, él gritó, tratando de intervenir. Fue sin duda un grito en el vacío, o una ilusión característica de los momentos conflictivos, porque absolutamente nadie oyó el grito: ni el sindicado, ni los

trabajadores ubicados en el comedor, pero a muy escasos metros de distancia.

"Del mismo modo, colocada la versión de Pedro Isaías ante la del testigo Llanos, se demerita hasta perder todo su vigor: porque Llanos sostiene que fue don Alfonso quien hizo el primer reclamo, al paso que Pedro Isaías invierte la acción; porque Llanos presencia una riña, y el primo Vélez sólo ve persecución del visitante. La sinceridad, llaneza, precisión y desinterés de Llanos priman sobre las razones que hayan asistido a Pedro Isaías para dar otro informe sobre los hechos.

"Siendo esto así, no es errónea la apreciación que el Tribunal hace de esta segunda prueba, sino que conjuga con la evidencia de los autos, como puede comprobarlo la honorable Corte".

3) *Los cargos 3º, 4º y 5º*

Se recordará que estos tres reproches de orden probatorio, formulados por el actor a la sentencia acusada, son, en su orden, los siguientes:

3º Los trabajadores Luz Marina Vélez, Pedro A. Paz, Alfonso Camayo y Francisco Ramos no infirman la confesión del procesado, respaldada por la declaración de Pedro Isaías Vélez, sino que, por el contrario, la confirman;

4º El fallador de segunda instancia admitió la declaración de James Llanos como un relato completo de los hechos, cuando éste sólo pudo apreciar una parte de los mismos;

5º La sentencia recurrida no tuvo en cuenta el testimonio de Luis Alberto Ramírez, quien da cuenta de la ira con que el doctor Jiménez llegó a la puerta del corral de la hacienda.

Las respuestas del representante de la parte civil a los anteriores cargos son, en el mismo orden, del siguiente tenor:

Al primero: "Sí infirman la parte más importante, desde el punto de vista jurídico, que es la iniciación de la tragedia. Están de acuerdo con el sindicado y Pedro Isaías sólo en la segunda parte: cuando don Alfonso había provocado la riña y, sucesivamente golpeador y golpeado, retrocedía con el revólver amenazante, luego del primer disparo. Pero este segundo momento es una consecuencia del primero".

Al segundo: "Esta observación es inexacta, porque fue tomada en aquello que constaba al testigo: la iniciación de los incidentes, no el acto de la muerte. El análisis anterior conduce a dar al testigo toda la verosimilitud que merece, dados sus antecedentes, su desvinculación con las partes, el ánimo desprevenido, facilidad de captación visual y acústica, concretado a cuanto le consta".

Al tercero: "No tenía por qué considerar este testimonio inválido ante el de James Llanos, quien no vio que nadie anduviera por las puertas, ni que persona alguna les llamara la atención".

SEXTO Y ULTIMO CARGO

Considera el representante de la parte civil que el último de los cargos esgrimidos contra la sentencia se resuelve en una consideración jurídica: "haber confundido la 'legítima defensa subjetiva o putativa' en que se encontró el procesado, y que constituye una 'eximente' o 'justificante', a título de error de hecho, protegido por la impunidad del artículo 23, con el exceso de legítima defensa".

Anota que varias veces la demanda critica al Tribunal por no haber asignado todo su valor a las declaraciones de Isaías Vélez y de los trabajadores de "La Suiza", así como la propia confesión del procesado, pruebas que inequívocamente afirman la legítima defensa subjetiva. En su sentir, el cargo no responde a la realidad procesal, "porque la sentencia sí admite la justificante, pero descubriendo en ella una forma excesiva".

Adelanta luego algunas consideraciones enderezadas a demostrar la naturaleza intencional del exceso en la legítima defensa, y resume así su pensamiento:

"La entraña del exceso es, pues, una de las tantas variaciones que ofrece el error en derecho penal. Error que no es esencial; que puede ser aclarado o vencido con un poco de diligencia; que se refiere a los medios empleados, es decir, a una circunstancia, y que, por eso mismo, difiere del error inimputable descrito en el artículo 23, pues no elimina la actividad mental sino que apenas la desvía. Es uno de los tantos errores accidentales, de los que es forzoso responder. Si se sanciona la culpa, que ordinariamente es un puro no prever, ¿cómo no va a sancionarse el error de apreciación de una realidad susceptible de modificarse con medios jurídicos?".

Cita a continuación el siguiente controvertido concepto del fallador de segundo grado:

"Así las cosas, la Sala está en presencia de un caso de exceso en la defensa, a consecuencia de una *aberración culposa*, si bien sancionable como hecho doloso, pues no existe artículo expreso que lo haga reprimir como culposo, como sí ocurre con el artículo 55 del actual Código Penal italiano y el 34 del argentino. Con todo, su

esencia es culposa". (f. 340). Y lo comenta así:

"Si, como quedó expuesto, todo error de cálculo es intelectual, debemos apartarnos de la esencia culposa dada al elemento moral en el exceso. Pero esto no tiene mayor trascendencia porque, situado en nuestro sistema y no en el argentino o el italiano, el Tribunal rechaza la imputabilidad a título de culpa. Lo que interesa es destacar en el fallo las siguientes cuestiones: a) admite la legítima defensa; b) reconoce que esa legitimación de la conducta está excedida.

"Al admitir la legítima defensa se aparta de la versión suministrada por James Llanos, como lo quiere el demandante, porque el citado testigo acredita la doble provocación sucesiva de don Alfonso Vélez Monzoya, circunstancia que no permite justificar su conducta.

"De otra parte, esa posición jurídica del Tribunal está en un todo de acuerdo con la confesión del sindicado y el testimonio de Isaías Vélez, tal como lo pide el recurrente. Ambos hablan de legítima defensa, y legítima defensa es la calificación del juzgador. Sólo que Isaías Vélez no podía abonar el error de cálculo en don Alfonso, su primo, pues estos son datos del propio confesante al decir lo que sintió internamente. La sentencia, pues, niega de antemano los cargos, dándole ancho respaldo a las versiones favorables y desechando la de Llanos, conforme a la cual es jurídico sostener la plena responsabilidad homicida, sin la atenuación del artículo 27.

"La figura reconocida por el Tribunal no es la que más certeza suscita, ya que da entera validez a pruebas inconsistentes, como son las que provienen del procesado y su consanguíneo. Pero, como antes observé, no es éste el momento de reconstruir una nueva. Ante la urgencia de impedir una clamorosa impunidad, tenemos que inclinarnos ante el fallo y pedir que se mantenga íntegramente".

Ofrece en seguida el apoderado de la parte civil una disertación sobre la *defensa putativa atribuible a error esencial de hecho*, cuya naturaleza jurídica, conforme a la doctrina ecuménica, halla una mejor ubicación dentro de los presupuestos del artículo 23 del Código Penal Colombiano, lo que permite diferenciarla de la legítima defensa propiamente tal, prevista como justificante en el artículo 25 de la misma obra.

En desarrollo de estos conceptos, sostiene que, tratándose de la defensa, el error esencial de hecho, inculpable o inimputable, porque no proviene de negligencia, esto es, el que se produce no obstante haber puesto el agente un mediano cuidado en evitarlo, conforme al texto del ordinal 2º del citado artículo 23, debe consistir:

"Primero. En la creencia del peligro inminente e injusto. Bien puede prescindirse del requisito de la *gravedad*, ya que, de una parte, éste no figura entre los requeridos para configurar la justificante por legítima defensa, y, de otra, puede no hacerse eco el supuestamente agredido de esa gravedad, limitándose a una acción proporcionada a la de que se cree víctima.

"Segundo. Que la convicción sea tan intensa que determine el error de hallarse ante un ataque. Lo subjetivo en caso de defensa putativa, se repite insistentemente por los maestros, no es la *necesidad* sino *la creencia en el ataque*. Pero la convicción sincera se destruye con la duda, o con la provocación de parte del actor, o siquiera con el cómputo de eventualidades entre sí será víctima o no. Por eso, la ley exige que la falsa convicción no provenga de negligencia. Si ha habido tiempo para detenerse a contemplar la naturaleza del ataque; si, debido a ello, el equivocado se dio cuenta de que el ataque era irreal o de proporciones menores; si pudo salir de su error y persistió en él hasta llegar a la consumación delictiva, aparece el dolo con su comprometedora prestancia.

"Tercero. Que el peligro imaginado afecte un bien de los que pertenecen a la persona, ser social y jurídico, especialmente aquellos que, como la integridad corporal, son indispensables para el goce de todos los demás derechos. De allí el que las supuestas vías de hecho que persiguen lesionar o matar, son más importantes para el agente que el ataque ficticio a cualquier otro bien subalterno, como el de propiedad.

"Cuarto. Que haya proporción entre la violencia supuesta y la reacción defensiva. El adulto sano y fuerte no podría alegar el error esencial contra la supuesta acometida de un niño, a quien se ha visto antes en la misma habitación. Sin embargo, este requisito es muy relativo porque pueden presentarse eventos ficticios en que el pensamiento del actor rebosa todo cálculo y cae en un campo de retorcidas y monstruosas imágenes determinadas precisamente por la sinceridad con que ve desencadenarse la agresión".

Concluye su respuesta el apoderado de la parte civil recapitulando los argumentos expuestos, los cuales, en su concepto, demuestran que la causa de inimputabilidad alegada carece de fundamento y que sólo queda en pie la responsabilidad del procesado. Consecuentemente, pide a la Corte que así lo reconozca, "al no invalidar el fallo materia del recurso".

Finalmente, con respecto a la causal primera, adhiere a las razones sobre el particular expuestas por el Procurador, ya que a éstas nada cabe agregar.

ALEGATO DEL RECURRENTE

Aunque las partes no concurrieron a la audiencia pública, el demandante presentó el escrito visible a folios 150 y siguientes, cuaderno de la Corte. En él controvierte algunos aspectos de la crítica probatoria llevada a término por el Ministerio Público y el representante de la parte civil, insiste en los cargos formulados en la demanda al fallo recurrido y reitera su solicitud de que éste sea invalidado.

SE CONSIDERA:

1º Ya se conocen en lo pertinente, de manera textual, la confesión del procesado y el testimonio de Pedro Isaías Vélez. Conviene ahora examinar los demás elementos de juicio en cuyo estudio se fundó el Tribunal para afirmar la responsabilidad penal del procesado.

James Llanos suministra la siguiente versión de los hechos:

"Salí el día veintiséis de octubre del corriente año en asocio del señor Juan Nepomuceno Jiménez Murillo como a las nueve y media de la mañana con dirección al Hormiguero con el objeto de mostrarme unas máquinas, arado y rastrillo, para que se las ayudara a vender. Cuando veníamos cerca de la plaza de toros de Cali, el doctor Jiménez me dijo que acelerara la camioneta para alcanzar a un señor que venía en dirección a Puerto Tejada, al darle alcance al carro el doctor Jiménez le dijo al señor, que venía en el 'jeep', que venía a ver un arado, sin que oyera qué contestación le diera dicho señor a Jiménez... Continuamos el viaje y varias ocasiones le pregunté al doctor Jiménez el sitio donde se encontrahan los implementos, hasta llegar a una portada que está situada en la carretera nueva donde el doctor Jiménez me dijo 'por aquí entremos' siguiendo hasta llegar a esta casa de la hacienda, (el testigo declara en la hacienda 'La Suiza' y en la primera puerta de entrada a los corrales de la casa detuve la marcha, habiéndome quedado en mi vehículo, y después de preguntarle al doctor Jiménez si había que entrar a pie, a lo que me dijo 'aguárdese aquí'. El doctor Jiménez entró al corral dirigiéndose a la casa. Pude ver desde el punto donde me quedé que en el patio de la casa habían (sic) dos señores, uno grueso y el otro delgado. Oí que el señor grueso le dijo a Jiménez 'vos dizque andas diciendo esto' (siéndome imposible precisar las palabras de reclamo por la distancia que mediaba entre el lugar donde me hallaba y donde dicha persona hablaba). Ví cuando los dos señores, Jiménez y el señor grueso, se encontraron cerca el uno del otro, y otro señor también se acercó, el que acompañaba al grueso. Alcancé a ver que el señor grueso le tiró a Jiménez como un puño, y retrocedió un poco, y casi acto seguido sonaron tres detonaciones de arma de fuego. Como antes dije, de la conversación que ellos hayan tenido sólo pude percibir las frases que antes expuse. Ví cuando el señor Jiménez como que se doblaba, e inmediatamente salí en el vehículo que lo tenía encendido. (fs. 28 y vto.).

Más adelante, interrogado por el apoderado del señor Vélez Montoya, responde:

"Preguntado: Cuando usted vio al señor delgadito ya habían principiado la discusión entre el señor grueso y el doctor Jiménez? Contestó: El señor delgadito apareció casi simultáneamente cuando el grueso hacía el reclamo al doctor Jiménez... Preguntado: ¿Sírvase decir, si le es posible, qué tramo de terreno dentro del corral o del patio de la casa avanzaron los dos hombres, el grueso y el delgado, y si ambos llegaron a encontrarse con el doctor Jiménez, o cuál avanzó más? Contestó: Como antes lo dije, el señor grueso iba adelante, avanzando a unos cinco metros, más o menos y el delgado quedaba atrás... Preguntado: ¿Sírvase decir, qué actitud asumió el doctor Jiménez cuando el señor grueso le tiró el puño de que nos ha hablado anteriormente? Contestó: Cuando el señor grueso le tiró al doctor Jiménez, con el puño, éste retrocedió y el doctor Jiménez avanzó sobre el señor grueso quien retrocedió y fue cuando oí los disparos". (fl. 29).

James Llanos ratifica lo aquí expuesto en su nueva declaración rendida ante el Juez Treinta de Instrucción Criminal y su Secretario, en presencia del apoderado del procesado. Dicha diligencia se llevó a término en dos etapas, la primera en Cali y la segunda en el teatro mismo de los acontecimientos, y de ella se desprenden tres datos importantes: a) que el testigo estuvo en capacidad de apreciar los hechos, desde el sitio en que estacionó la camioneta el día de autos; b) que hubo una pausa entre el primer disparo y los otros dos, y c) que "el señor gordo" a quien se refirió en su primera declaración era Vélez Montoya. (fs. 144 y ss., Cuaderno Nº 2).

Luz Marina Vélez, ayudante en la cocina de la hacienda "La Suiza", sólo salió al patio de la casa de campo cuando ya habían sonado los disparos. En ese momento —dice— únicamente vio allí a don Alfonso Vélez Montoya, a una distancia aproximada de cinco metros del sitio en que yacía Jiménez Murillo, y a don Isaías, "que es-

taba en el corredorcito". (fs. 5 y 14, Cuad. Nº 1, y 92, Cuad. 2).

Pedro Antonio Paz relata en su primera declaración:

"Ayer 26 de los corrientes a eso de las diez de la mañana poco más o menos me encontraba en la hacienda de Suiza de propiedad del señor Salomón Vélez como empleado en varios oficios, en esos momentos llegó don Alfonso Vélez en su carro y dentro (sic) a la hacienda, más atrás venía una camioneta que se quedó en la primer puerta y el otro señor se desmontó y dentro (sic) hasta el patio de la hacienda, ya allí oí que conversaban y al rato oímos un disparo, salí y pude ver y oír que don Alfonso le dice al occiso no me siga, el occiso antes se le avanzaba más al señor Vélez, entonces fue cuando le hizo dos disparos más..." (f. 5 v., Cuad. 1º).

En posteriores declaraciones, visibles a folios 15, cuaderno 1º, y 115 del 2º, confirma fundamentalmente esta versión.

Alonso Camayo Zambrano suministra el siguiente relato:

"El día 26 del presente mes, día domingo, (Declara el 30 de octubre de 1958), a eso de las diez (10) de la mañana poco más o menos me encontraba en el comedor de la casa de la hacienda La Suiza en compañía de otros trabajadores de la hacienda tratando sobre diferentes temas. Ví que don Alfonso Vélez entró en su carro como era su costumbre al patio de la casa y a pocos minutos llegó una camioneta de color azul claro y la estacionó a la primera puerta de entrada de la casa, o sea en la puerta de zinc, pero no sé decir qué personas vendrían en dicha camioneta. Cuando llegó la camioneta yo y los demás seguimos conversando y pude oír que en el patio de la casa don Alfonso y otra persona que yo no sé quien sería (sic), cuando oí un disparo salimos inmediatamente hacia el patio y ví que don Alfonso retrocedía con el revólver en la mano y le decía a un hombre: 'no me siga' y el hombre avanzaba sobre él con ira, y en eso don Alfonso le hizo dos disparos estando a una distancia de dos o tres metros más o menos. Después ví que el hombre que peleaba con don Alfonso cayó al suelo y la persona que había quedado en la camioneta echó reversa y arrancó, sin saber decir hacia dónde. Después don Alfonso prendió su carro y salió, sin saber para dónde".

Un poco más adelante le pregunta el instructor: "Vio usted que don Alfonso Vélez se defendía con un revólver y qué tiempo transcurrió entre el momento en que usted salió al patio de los dos disparos"? Contestó: "Cuando salí ví la casa y el momento en que usted oyó y vio don Alfonso tenía un revólver en la mano y que retrocedía diciéndole al hombre 'no me siga, no me siga', entonces el hombre atacante se le acercó más a don Alfonso como para pegarle y don Alfonso le disparó al mismo tiempo dos veces. En ese momento el hombre cayó boca abajo". (fl. 17 y vto., Cuad. 1º). Al cumplir su declaración, al folio 118, repite la versión anterior, y agrega que el sujeto que peleaba con Vélez Montoya avanzaba con la mano derecha doblada hacia atrás y la otra adelante en posición "medio levantada".

Francisco Ramos: Después de referir que el día de los hechos, aproximadamente a las diez de la mañana, vio llegar a don Alfonso Vélez en su vehículo al patio de la casa de campo, y, minutos después, la camioneta azul, que se estacionó en la primera puerta, agrega: "Cuando llegó la camioneta yo y los demás seguimos conversando en el comedor y estábamos conversando cuando oímos que conversaban afuera en el patio de la casa don Alfonso con otra persona que yo no sé quien sería, cuando en eso oímos un disparo, salimos inmediatamente hacia el patio y vimos que don Alfonso retrocedía con el revólver en la mano y le decía al señor o a un hombre que no me siga y el hombre avanzaba sobre él con ira y en eso don Alfonso le hizo dos disparos, estos disparos se los hizo don Alfonso como a una distancia de dos o tres metros, después ví que el hombre que peleaba con don Alfonso cayó al suelo y cuando el hombre cayó la persona que había quedado en la camioneta echó reversa y arrancó en ésta sin saber decir hacia dónde". (Esta versión la sustenta el testigo a través de sus tres declaraciones: fs. 6, 18 y 112).

Aludiendo a los antecedentes remotos de los hechos de autos, el Tribunal reproduce el siguiente pasaje del fallo de primer grado, no sin anotar que la explicación en él contenida tiene respaldo en las probanzas que obran entre folios 128 y 138 del cuaderno número 2:

"Entonces tenemos que entre la familia Vélez Montoya, representada para el caso por Bernardo y Alfonso, existían con el doctor Jiménez Murillo cordiales relaciones de amistad y de comercio, que tuvieron manifestación expresa en los distintos trabajos que el ingeniero ejecutó en la hacienda de La Suiza. Desafortunadamente tales relaciones se enfriaron a raíz de un negocio realizado por el doctor Jiménez con la firma Aristizábal de Cali, y en el cual los Vélez Montoya sirvieron como fiadores. Al no cumplir el occiso la obligación contraída, tuvieron que can-

celarla los Vélez Montoya y ordenar que mientras Jiménez Murillo les reconocía el importe, retuvieran en la finca los implementos agrícolas que allí había dejado el ingeniero. Al darse cuenta éste de que ni era posible llegar a un arreglo para la entrega del arado y del rastrillo, y de que éstos habían sufrido desperfectos, abandonó las gestiones amistosas y dio paso a los reclamos airados y fuertes a los Vélez Montoya. Fue así como el doctor Jiménez protagonizó en el centro de Cali un serio y grave incidente con el sindicado, en el cual aquél tuvo frases injuriosas y adjetivos ultrajantes para el otro, según lo narra el presencial Luis E. Rivera".

El episodio que acaba de mencionarse, según el señor Luis E. Rivera, se desarrolló en la siguiente forma:

"Hace unos dos meses, más o menos (Rivera declara el 31 de octubre de 1958), me encontraba con el señor Alfonso Vélez, en la calle 12 con la carrera 3ª conversando para el arreglo de un molino, cuando de repente apareció allí el señor Jiménez y le dijo: 'Don Alfonso, ¿qué hay de los aros?' Contestándole don Alfonso, allá están puede ir por ellos. Jiménez le dijo: Qué voy a ir por ellos, si los dañaron, a lo cual le dijo don Alfonso, no tienen por qué estar dañados, ya que están donde usted los dejó. Entonces le dijo el doctor Jiménez, lo que pasa es que ustedes son unos atrevidos, abusivos, pícaros que están enseñados a abusar. En esos momentos se aglomeró allí mucha gente y entonces don Alfonso le dijo a Jiménez, camine doctor vamos siguiendo, a lo que Jiménez le dijo: Camine que yo no he nacido para semilla. Entonces don Alfonso le dijo: doctor, si usted considera que están dañados puede mandarlos a arreglar que nosotros pagamos el arreglo. Jiménez volvió a repetirle las palabras de abusivos, pícaros. Don Alfonso le dijo: mire doctor rectifique el modo de hacer sus reclamos. Jiménez le dijo: qué van a pagar ustedes alzando la mano, como para pegarle a don Alfonso. En esos momentos el señor Jiménez se fue del lugar donde trataba con el señor Vélez".

2º Los anteriores elementos de juicio permitieron al fallador de segundo grado adquirir la convicción de que los hechos de autos ocurrieron, en síntesis, de la siguiente manera: Jiménez Murillo llegó al antecorral de la casa de campo de la hacienda "La Suiza" en la camioneta manejada por James Llanos. Se apeó del vehículo y entró al patio, adonde salió a su encuentro Vélez Montoya, seguido por su primo Pedro Isaías Vélez. Vélez Montoya hizo a Jiménez Murillo el reclamo de "por qué dice eso", o "por qué andaba diciendo eso" y, acto seguido, se lanzó sobre éste en actitud de darle un puñetazo, que Jiménez devolvió, "siendo esta la causa para que el señor Vélez se armase de su revólver e hiciese a Jiménez el primer disparo que no le derribó, desde luego que el doctor Jiménez alcanzó a avanzar unos pasos hacia Vélez, según lo declara Llanos a folios 117". Vélez Montoya retrocedió un poco, diciéndole a Jiménez: "No me siga, no me siga". Al continuar éste avanzando, Vélez le hizo los otros dos disparos, uno de los cuales, conforme a la prueba idónea, fue mortal.

"Así las cosas —continúa el Tribunal—, hubo dos instantes en la sucesión de los hechos trágicos. El primero va hasta el primer disparo que hizo Vélez Montoya a Jiménez Murillo, lesionándole simplemente el pabellón de la oreja izquierda y sin mayores consecuencias. Si las otras heridas hubiesen sido causadas antes que ésta, no habría podido avanzar Jiménez hacia Vélez, por las razones que dieron los legistas de Cali a folios 25 del Cuaderno número 1. (Concepto de diciembre 29 de 1958, antes transcrito). El segundo instante comienza a partir del momento en que Jiménez es herido en el pabellón de la oreja izquierda y avanza hacia Vélez Montoya, quien, a su vez, caminaba hacia atrás".

La necropsia practicada al cadáver del doctor Juan Nepomuceno Jiménez Murillo el mismo día de su muerte arroja los siguientes datos en relación con los impactos por él recibidos.

"Presenta herida de proyectil de arma de fuego, situada en la parte media del pabellón de la oreja izquierda, que destrozó el borde de la misma. Herida de proyectil de arma de fuego, orificio de entrada, situado en la región orbitaria izquierda, sobre el párpado inferior, de ocho milímetros de diámetro. Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego, situado en la región supra-clavicular derecha, de cinco milímetros de diámetro; este proyectil se dirigió hacia atrás y salió a siete centímetros de distancia del orificio de entrada. El proyectil que penetró a la altura del párpado inferior izquierdo, se dirigió hacia atrás y penetró a la cavidad craneana por el lado izquierdo de la apófisis basilar del occipital, lesionando mortalmente el encéfalo, proyectil que fue hallado extra dural en la tienda del cerebelo; ... Las lesiones descritas en la cabeza, causadas con proyectil de arma de fuego, ocasionaron la muerte de Juan Nepomuceno Jiménez Murillo". (f. 26, Cuad. Nº 1).

Y el informe médico-legal citado en la sentencia acusada, expresa:

"Dada la naturaleza de los órganos lesionados, Juan N. Jiménez Murillo, en nuestro concepto, perdió la conciencia y toda aptitud orgánica, in-

mediatamente recibió la acción violenta que lesionó el encéfalo, localizada en el párpado inferior izquierdo..." (f. 25, Cuad. Nº 4).

3º Cabe observar —y así lo entendió el Tribunal— que los elementos de juicio reseñados, lejos de repelerse o anularse, se complementan y armonizan, estructurando un haz probatorio que, por su concatenación lógica, explican suficientemente el criterio que orientó al juzgador de segunda instancia para reconstruír los hechos del proceso.

En efecto, el testimonio de James Llanos formó en el ánimo del Tribunal la convicción de que Vélez Montoya fue el autor de la doble provocación inicial, al increparle a Jiménez Murillo, cuando se encontró con éste en el patio de la casa de campo, que "por qué andaba diciendo eso", o cosa parecida, y al lanzarse seguidamente a las vías de hecho, tratando de darle un puñetazo, el cual, repelido por Jiménez, obligó a Vélez a retroceder un poco, haciendo el primer disparo, que tuvo que ser el lesionante de la oreja izquierda, como juiciosamente lo apunta el *ad quem* con fundamento en el concepto médico-legal, disparo al que siguieron los dos últimos, tras breve pausa.

Razonando sin quebrantar la lógica, el fallo impugnado considera que la agresión inicial por parte de Vélez Montoya, de la cual da cuenta Llanos, se torna más verosímil si no se olvida el anterior incidente ocurrido en una calle central de Cali entre Vélez Montoya y el doctor Jiménez, conforme al testimonio de Luis E. Rivera. Habiendo sido objeto Vélez de las fuertes alusiones verbales del doctor Jiménez en aquella ocasión, es explicable que diera pábulo a su resentimiento el día de autos, cobrando así mayor fuerza lo aseverado por Llanos.

Tampoco existe incongruencia entre la versión de Llanos y la de los trabajadores Pedro A. Paz, Camayo y Ramos. Por el contrario, se complementan. Estos confirman de manera enfática la solución de continuidad que hubo entre el primer disparo y los otros dos, pausa que fue apreciada en forma más vehemente por los referidos trabajadores, sin duda porque al hallarse desprevenidos en conversaciones intrascendentes cuando sonó el primer disparo, la detonación naturalmente debía producir mayor impresión en su ánimo que en el de Llanos, embargado ya por el curso de los acontecimientos. Al salir alarmados a ver qué ocurría, tuvieron tiempo de advertir que mientras Vélez Montoya retrocedía diciéndole a Jiménez que no lo siguiera, éste avanzaba hacia aquél, inerme. No obstante lo cual Vélez le hizo los dos últimos disparos. En todo caso, antes de los dos disparos finales, de los cuales uno necesariamente fue el mortal, ya Jiménez Murillo había recibido el impacto menos grave.

4º Se recordará que conforme a la versión suministrada por el procesado y su primo y subalterno Pedro Isaías Vélez, el doctor Jiménez Murillo, al entrar al patio de la casa campestre, no sólo le dijo a Alfonso Vélez que iba por sus implementos agrícolas, sino que se expresó ásperamente contra los Vélez Montoya, calificándolos de "bellacos", "infelices" e "hijueputas". Reclamó don Alfonso contra los insultos, habiendo obtenido como respuesta un puñetazo de Jiménez Murillo. Retrocedió Vélez Montoya, y en vista de que Jiménez avanzaba hacia él, le manifestó varias veces que no lo siguiera, mas como Jiménez hiciera el ademán de llevarse la mano al bolsillo del pantalón, donde ordinariamente se portan armas de fuego, Vélez Montoya disparó tres veces seguidas, hasta que cayó el agresor.

Como se ve, estas dos versiones son antagónicas, especialmente en el aspecto fundamental de la provocación: conforme a la primera, ésta parte de Vélez Montoya, y no de cualquier manera, sino con reclamos verbales seguidos del primer disparo, que sin duda, por lo ya expuesto, debió ser el que hizo el impacto en la oreja izquierda de Jiménez; al tenor de la segunda, fue éste el provocador al proferir duros vocablos contra la dignidad de los Vélez Montoya y lanzarle a don Alfonso un puñetazo.

5º El Tribunal, al examinar y sopesar los diferentes elementos de juicio, halló más consistencia probatoria en aquéllos que, en su conjunto, respaldan la primera de las dos ameritadas versiones. De allí el por qué, al considerar desvirtuada la confesión calificada del procesado, se sintiera legalmente autorizado para descomponerla o dividirla. Y la Corte no advierte en ese proceso de confrontación y análisis una arbitraria apreciación de los hechos, o siquiera un yerro ostensible, protuberante o manifiesto al valorar la prueba.

Al estudiar la causal segunda de casación, esta Sala ha expresado en numerosas oportunidades el criterio de que la finalidad de aquélla consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero que en manera alguna se endereza a producir un replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas por el *ad quem* con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituír académicamente un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por

tanto, para que dicha causal prospere, es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, manifiesto, pero no el que se pretenda construir sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

Como se recordará, a esa abundante y uniforme jurisprudencia sobre el particular pertenecen los siguientes conceptos:

"La causal segunda de casación no se encamina a que la Corte, en un caso concreto, emprenda el estudio de todas las pruebas del proceso para decidir si está o no demostrado el cuerpo del delito, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hayan influído en la individualización de la pena. Ello es tarea de los juzgadores de instancia. Lo que dicha causal permite en este recurso extraordinario es examinar si el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en un yerro extremo y evidente que lo llevó a dar por establecido un hecho que no sucedió, o a negar la existencia del que sí aconteció, o a no tomar en cuenta otro que se halla acreditado en autos; o también cuando a los elementos de convicción les atribuyó un valor probatorio que la ley no les da, o les desconoció el que ésta les asigna". (Casación, 21 de mayo, 1956, G. J., LXXXII, Nº 2167).

"La invalidación de la sentencia acusada con fundamento en la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, 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 aquélla se sustenta". (Casación, 10 de febrero, 1961. Extracto publicado en la Revista "Derecho Positivo", T. III, Nº 4, abril, 1961) [1].

"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 dejar sin bases la prudente y necesaria autonomía de los jueces en su función juzgadora (art. 567, numeral 2º, del C. de P. P.)". (Casación, 15 de febrero, 1961. Revista citada, T. III, Nº 1, abril, 1961) [2].

6º No obstante que de los hechos que el *ad quem* encontró probados lo que surge es un homicidio simplemente voluntario, aquél estimó que se hallaba "en presencia de un caso de exceso en la defensa, a consecuencia de una 'aberración culposa', si bien sancionable como hecho doloso, pues no existe artículo expreso que lo haga reprimir como culposo, como sí ocurre con el artículo 55 del actual Código Penal Italiano y 34 del Argentino. Con todo, su esencia es culposa".

Y en aparte anterior del fallo acusado se anota que "se está, cuando menos, ante un exceso de defensa subjetiva por error esencial de hecho debido a su imprudencia (de Vélez Montoya) que aun cuando no vale como causa eximente, sí atempera la imputación".

Se suscita aquí, pues, de nuevo, el tema de la legítima defensa propiamente tal y el de la denominada legítima defensa putativa o subjetiva, largamente discutidos por la doctrina y la jurisprudencia.

"La legítima defensa es una de las nociones jurídicas de más remota alcurnia en el derecho, y son muchas y variadas las concepciones teóricas que a través del tiempo se han expuesto para fundarla. Sin embargo, es preciso convenir en que su base más aceptable es la que se condensa en el siguiente enunciado: *Feci, sed jure feci, non contra jus*. De ahí que sobre el particular expresara el doctor Carlos Lozano y Lozano:

"Todas estas últimas explicaciones pueden reducirse al concepto de que el que se defiende contra una agresión injusta obra conforme al derecho y a la utilidad común, porque la sociedad tiene mayor interés en la protección del inocente que en la del culpable, y porque sería antijurídico maniatar al que es víctima de una injusticia y reacciona contra una violación inicial del derecho. *Feci, sed jure feci, non contra jus*. Obré, pero de acuerdo con el derecho, no contra el derecho, puede afirmar el que ejercita la defensa". (*Elementos de Derecho Penal*, Segunda Edición, pág. 242).

El doctor Luis Zafra, delineando los elementos esenciales de la legítima defensa y concretando la diferencia que media entre ésta y la provoca-

---

[1] **Gaceta Judicial.** Tomo XCIV, páginas 613 y siguientes.

[2] **Gaceta Judicial.** Tomo XCIV, páginas 640 y siguientes.

ción, expuso en cierta ocasión, muy acertadamente, los siguientes conceptos:

"La legítima defensa responde al derecho de conservación de la persona, puesto en acto de una manera especial y jurídica. Consiste, en esencia, en repeler una agresión actual e injusta para poner a salvo un bien legítimamente protegido que se halla en peligro. La legítima defensa se ejerce, pues, ante una situación de angustia, de necesidad y urgencia, en que hay que recurrir al empleo de la fuerza individual para rechazar al injusto atacante. Si la violencia ya se realizó, o el peligro sólo es futuro, la causal de justificación desaparece, porque, en el primer caso, el sujeto nada defiende y su reacción es apenas el resultado de la ira o el dolor moral intenso causado por la ofensa; y en el segundo evento, el peligro deja de ser actual y puede, por lo mismo, evitarlo recurriendo a la autoridad o a otro medio lícito.

"De ahí que se distinga la legítima defensa de la provocación. En la una, el acto defensivo se actualiza cuando aún no se ha consumado el daño que pretende el agresor, y todo el interés y la conciencia del atacado injustamente se concentra en un móvil de elevadísimo interés social y humano, el de la conservación de la vida y los bienes tutelados por el derecho. En la otra —la provocación— se reacciona ante una ofensa ya cumplida, y el espíritu que anima al sujeto ofendido es el de la venganza, el del resentimiento, el del orgullo contrariado.

"Son elementos sustanciales de la legítima defensa:

"a) Que haya una violencia actual, esto es, una amenaza presente, un ataque en acción;

"b) Que la violencia sea injusta, lo que vale decir, que se ejecute sin razón, derecho o ley.

"La injusticia desaparece cuando el que se defiende ha provocado, con ofensas graves o suficientes, la agresión de que es víctima;

"c) Que la violencia ponga en peligro un bien jurídicamente protegido, y

"d) Que haya proporción entre el ataque y la defensa, en el sentido de que exista una relativa equivalencia entre el daño que amenaza y el perjuicio que se causa al agresor". (*Doctrinas Penales de la Procuraduría*, 1952, pág. 178).

Como se sabe, la legítima defensa subjetiva o putativa es una construcción jurídica más reciente, aunque ya Carrara, con su perspicacia característica, la había esbozado:

"Si el enemigo corre hacia mí apuntando una escopeta contra mi pecho, y yo —dice el maestro—, más previsor, disparo mi revólver contra él y le mato, habré obrado legítimamente, aunque después se averigüe que la escopeta estaba descargada. Existirá, entonces, una legitimidad opinativa, que cuando es razonable se equipara a la verdadera. He caído en un error de hecho impolítico y no he tenido conciencia de violar la ley". (*Programa, nota al Nº 208*).

Los tratadistas y la jurisprudencia modernos están acordes en que la defensa putativa consiste esencialmente en la repulsa necesaria determinada por la creencia razonable, fundada en circunstancias objetivas, de un peligro actual, grave e injusto que en realidad no existe. El peligro es ilusorio o imaginario, sólo surge en la mente de quien putativamente se defiende. Sin embargo, esa creencia en el peligro inexistente debe ser razonable, vale decir, fundado en un estímulo real, con fuerza suficiente para producir en el ánimo de quien reacciona la certeza de que es necesario defenderse. El mismo jurista citado, doctor Zafra, ha dilucidado este punto con admirable claridad: "En sentido jurídico, la legítima defensa putativa requiere algo más: que la falsa creencia de hallarse ante una violencia —peligro imaginario— provenga de circunstancias objetivas tales, que racionalmente determinen en el criterio perturbado del sujeto una convicción sincera de que es necesario defenderse. Por eso, no podrá decirse que ejerce la legítima defensa putativa quien, a causa de su personalidad psicopática y durante un fenómeno de alucinación, se siente víctima de un ataque, que ningún fundamento tiene en la realidad objetiva, y da muerte o hiere a una persona. En este caso, habría que enfocar el hecho por el aspecto de la enfermedad mental del sindicado, pero nunca en consideración a una legítima defensa". (Obra citada, página 183).

La mayoría de los autores modernos sostienen la tesis de que el error de hecho constituye la causa por la cual lo objetivamente inexistente, lo putativo, se transforma en realidad subjetiva en la mente de quien reacciona. Así lo había sostenido ya entre nosotros el doctor Angel Martín Vásquez Abad:

"Es evidente, pues, que el error de hecho tiene sus concomitancias muy cercanas con la legítima defensa putativa, pues no son pocas las ocasiones en que puede presentarse el fenómeno de una legítima defensa subjetiva, o como otros autores la llaman, putativa (del latín *putativus*, que significa aparente), en la cual se ofrece la contingencia de que el agente reaccione no ya contra una agresión objetiva, material o formal, sino contra una agresión de mera apariencia. Es entonces cuando lo subjetivo de la cuestión es lo que domina el problema... Ello porque en esta clase de legítima defensa podría decirse que uno de los supuestos de la legítima defensa estricta

o de la legítima defensa objetiva falta, cual es la agresión del derecho. Es por esto por lo que tal circunstancia hace que se le dé el nombre de putativa, toda vez que el agente obra en virtud de un error, gracias a la falsa creencia de que se encuentra injustamente agredido, error de hecho ese que cuando no proviene de negligencia culpable, puede llevar a la aplicación del artículo 23, numeral 2º; o ser, por lo menos, esta disposición la que ofrezca la mejor manera de solucionar fenómenos como los que pueden presentarse en esta materia, y en los cuales los hechos permitan, para un caso dado, la discriminación exacta de contingencias que sean susceptibles de una interpretación acorde con los principios que informan la norma antes mencionada". (Tratado de Derecho Penal Colombiano. Parte General. Ed. 1949, páginas 117 y 118).

7º Doctrinariamente puede afirmarse que el Código Penal Colombiano consagra dos grupos o categorías de excepciones al principio de la responsabilidad legal para personas normales previsto en el artículo 11: Causas de inimputabilidad (art. 23), y Causas de justificación (art. 25). El artículo 27 prevé la responsabilidad por el exceso en el ejercicio de una causal de justificación; el 28, la atenuante por provocación.

El referido estatuto no construye especialmente la figura de la legítima defensa putativa. Sólo establece la legítima defensa *objetiva* o *estricta*, cuando dice:

"Artículo 25. El hecho se justifica cuando se comete:

"1º.....

"2º Por la necesidad de defenderse o de defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

Como se desprende de la simple lectura del precepto, la *necesidad de defenderse* surge como consecuencia de presupuestos que tienen una realidad objetiva, o, dicho de otra manera, responde a una situación fáctica, no ficticia o creada por un juicio falso del agente, lo cual permite afirmar, lógicamente, que sobre tales bases no es posible edificar la defensa putativa. No debe olvidarse que, en verdad, la diferencia fundamental entre la legítima defensa objetiva y la putativa radica en que la primera obedece a una agresión real, y la segunda, a una apenas aparente. Por lo demás, sobra recordar que la segunda parte del citado numeral 2º tampoco consagra la defensa putativa, sino una presunción de legítima defensa objetiva, enderezada exclusivamente a tutelar la seguridad del hogar, como lo expresó la Comisión redactora del Código: "Este precepto está consagrado en los códigos argentino y mejicano, y tiende a justificar el hecho de repeler los asaltos y agresiones de los delincuentes a los hogares y casa de habitación" (Trabajos Preparatorios. Acta número 57, pág. 135). Presunción ésta que, como tal, incide en el problema de la prueba, pero que no desplaza las situaciones presumidas hacia el ámbito del error esencial del hecho.

Por estas razones la Corte ha reconocido, acorde en ello con el criterio de notables tratadistas nacionales y extranjeros, que la figura de la defensa putativa constituye una especie del error esencial de hecho, y que, en consecuencia su más adecuada ubicación se halla dentro de las causas o motivos de inimputabilidad previstos por el artículo 23 del Código Penal. Concretamente, en el numeral 2º de dicha norma.

8º En el caso de autos, la provocación suficiente del procesado, aceptada por el Tribunal después de un examen probatorio en el cual, se repite, no se advierte un yerro ostensible o manifiesto, hace inoperante la tesis de la legítima defensa putativa, tenazmente sostenida por el actor. Y esta misma razón se opondría a la benévola solución del exceso, adoptada en último término por el fallador de segunda instancia.

Por lo demás, comparte la Sala el criterio expuesto por el señor Procurador en los siguientes apartes de su respuesta a la demanda:

"Ese supuesto ademán de sacar la víctima un arma que no tenía en ninguno de sus bolsillos, por no haber sido acreditada su ejecución, no era posible considerarlo a modo de espejismo o como equivalente a una amenaza contra la vida del acusado. Y al ser desacreditado definitivamente, no le quedaba otro camino al fallador que valorar el hecho imputado, conforme a las circunstancias que verdaderamente lo rodearon. El hecho vale por sus circunstancias y nada más que por ellas. Las circunstancias que rodearon al de autos, nunca pudieron infundir en el justiciable la razonable creencia de que perdería la vida ante el ataque o la acometida de su contrincante Jiménez Murillo, porque éste actuaba en la pendencia absolutamente inerme y en cambio Vélez Montoya obraba sobreseguro, armado de un revólver suficientemente idóneo y que al empuñarlo le servía para repeler cualquier nuevo pescozón que le diera su rival.

"Sobre la misma cuestión se ha observado atrás que la calificación dada a la actividad antijurídica y culpable del reo, es de por sí benévola. Ahora se agrega, que no es propiamente el

caso de hacer ver de manera minuciosa que el criterio del Juez *ad quem* fue harto benigno, sencillamente porque el recurso de casación no puede dar motivo a que la situación del acusado se agrave por haber impugnado la condena que se le puso en las instancias".

En efecto, la Sala no podría en el presente caso condenar al reo por homicidio voluntario con oportunidad de un recurso de casación interpuesto por él, que excluye, por lo mismo, la *reformatio in pejus*. De todo lo expuesto se desprende, en consecuencia, que no prospera la causal segunda.

9º No habiéndose demostrado que la sentencia acusada incurriese en ostensible error en la apreciación de los hechos, con detrimento de la situación del reo, se impone la lógica conclusión de que la causal primera, invocada como consecuencia de aquélla, carece asimismo de fundamento, y cabe mantener, por tanto, el vigor del fallo impugnado.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, no invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Popayán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

TRAFICO DE INFLUENCIAS

Trátase de un negociado, gravemente inmoral, celebrado por un Cónsul de Colombia en un país extranjero. El hecho, no obstante, no constituyó estafa, concusión, cohecho, ni delito alguno.

1. El ofrecimiento de interponer una influencia que no se tiene, con el fin de obtener un provecho ilícito con perjuicio de terceros, da lugar al delito de estafa, porque en tal supuesto la utilidad ilegítima se consigue a través del error creado en la víctima. El caso es diferente cuando se vende una influencia que efectivamente se tiene y se la pone en juego eficazmente en orden a lo prometido.

2. El delito de concusión se comete no sólo cuando el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, abusando de su cargo o de su función constriñe a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquiera otra utilidad, sino cuando el agente induce a la víctima a hacer tal entrega o a realizar dicha promesa.

3. El delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable. En consecuencia, si el comportamiento de acción u omisión no se ajusta a una definición de la ley penal, no existe infracción punible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo diez de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a calificar el mérito de la averiguación adelantada en virtud de los hechos denunciados por el Ministerio de Relaciones Exteriores al señor Procurador General de la Nación en oficio de 22 de diciembre de 1960 (f. 1 a 3 del Cdno. Nº 1), relacionados con las funciones de Cónsul de Colombia en la ciudad de Gotemburgo, del señor Pedro Ignacio Sánchez, cargo que éste desempeñó desde el 22 de junio de 1956 hasta el 21 de abril de 1960.

Anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "durante el lapso mencionado, precisamente con fecha 22 de noviembre de 1958 y por medio de la Resolución Ministerial número 631, el Ministerio de Relaciones Exteriores designó al señor Kjell Billner como Vicecónsul *ad honorem* de Colombia en la citada ciudad de Gotemburgo.

"Según los autos...", agrega el señor Agente del Ministerio Público..., "esta designación tuvo por causa (siendo esta la materia de la presente investigación) las influencias ejercidas por el mencionado Cónsul de Primera Categoría ante la Embajada de Colombia en Suecia y ante el Ministerio de Relaciones Exteriores en esta capital, previo el pago que obtuvo del citado Billner de la suma de treinta y cinco mil coronas suecas (Kr. 35.000.00), que el mismo Billner le hizo a nuestro Cónsul de Primera Categoría, señor Sánchez, a petición de éste y según consta en recibo que obran a los folios 17 a 20".

Expresa a continuación el señor Procurador lo que pasa a transcribirse:

"Para lograr tal cosa, Sánchez, sagaz y vivamente se aprovechó de la costumbre practicada por nuestra Cancillería, la cual ésta describe en la siguiente forma:

'Como es de rigor en estos casos por elementales normas de prudencia para obtener el mayor acierto en los nombramientos de cónsules honorarios que recaigan en personas de nacionalidad extranjera, el Ministerio procede con conocimiento de causa y mediante la información que suministran y la recomendación que hagan los jefes de las Misiones Diplomáticas y Consulares de Colombia, en el respectivo país.

'Fue así como el mencionado nombramiento fue hecho siguiendo la práctica anotada, previa la información y recomendación del Embajador de Colombia en Estocolmo, Suecia, Contralmirante Julio C. Ayala y la del Cónsul de Colombia en Gotemburgo, señor Pedro Ignacio Sánchez'.

"No hay duda alguna...", afirma el Ministerio Público..., "de que los hechos ocurrieron en la forma antes descrita y que, por lo mismo, constituyen un descarado, vergonzoso y anti-patriótico procedimiento de venta de influencias, realizado por el Cónsul de Primera Categoría, señor Pedro Ignacio Sánchez y cuya existencia la acreditan las siguientes pruebas:

"a) Declaraciones del señor Billner, sobre la manera como se llevó a cabo su nombramiento como Vice-Cónsul *ad honorem* de Colombia en Gotemburgo (fs. 13 a 16).

"b) Antecedentes de dicho nombramiento, compilados por el Ministerio de Relaciones Exteriores (fs. 21 y 22).

"c) Informe del señor Alberto Cardona Jaramillo, el cual contiene las declaraciones que en su presencia rindió el señor Billner, aunque no firmó, pero que sustancialmente están de acuerdo con las enumeradas en el punto a), precedente (f. 112).

"ch) Declaración de la señora Eva Hallber de Sánchez (f. 143).

"d) Declaración del señor Martín Bratt (f. 173).

"e) Nueva declaración del señor Billner, confirmatoria y acorde en un todo con las atrás reseñadas (f. 183).

"f) Lo pertinente de la segunda declaración de la señora Eva Hallber, muy acorde con la anterior (f. 211)".

Y para fundamentar su petición de sobreseimiento definitivo en favor del procesado Pedro Ignacio Sánchez, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal hace las siguientes consideraciones, que resultan ajustadas a los elementos de convicción traídos al informativo:

"Si bien es cierto que el señor Billner, por abrigar la creencia de que los cargos diplomáticos *ad honorem*, en repúblicas como la de Colombia, se podían adquirir o 'comprar' (lo que había hecho su señor padre en el Consulado *ad honorem* de un país centroamericano) fue víctima de la falta de escrúpulos del Cónsul Pedro Ignacio Sánchez, es igualmente evidente que la conducta atribuída a este último, a pesar de constituir una inmoral especulación de influencias, no es constitutiva de delito expresamente previsto por el Código Penal vigente.

"No puede considerarse esa conducta configurativa de una estafa hecha al señor Billner, porque es lo cierto que este obtuvo lo que se le había prometido y lo que en verdad esperaba. Mala fe sí hubo para con el mismo Billner, al inducirlo a participar de una actividad u operación vergonzosa, de la cual se le hizo creer que era auspiciada por el Gobierno colombiano, y a la cual seguramente no habría contribuído, de haber tenido conocimiento que no era, decorosamente hablando, bien vista en el medio social colombiano.

"Tampoco es dable hablar de que por parte del sindicado se cometió una concusión, pues si bien es cierto que Sánchez abusó del cargo que ejercía, y a nombre del Gobierno de Colombia se atrevió a ofrecer sus influencias para obtener la designación de Billner, es también evidente que en tal proceder no se distingue ninguna clase de imposición, presión exigencia o violencia como hecha por Sánchez sobre Billner, para poder realizar el aprovechamiento económico que a la postre aquél obtuvo.

"Se repite que es indecorosa la conducta del señor Sánchez y que esa falta de decoro es de una gravedad extrema, por tratarse de un funcionario de categoría; pero con todo, no pasa de ser una causal de mala conducta, que como tal no equivale a delito alguno.

"En consecuencia, el suscrito Procurador 1º Delegado en lo Penal solicita atentamente a la honorable Corte que profiera un auto de sobreseimiento definitivo a favor del señor Pedro Ignacio Sánchez, en la calidad que éste tuvo de Cónsul de Primera Categoría en Gotemburgo (Suecia), y por razón de los hechos a que se refiere este sumario".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Comparte la Sala las consideraciones del señor Agente del Ministerio Público, con respecto a la inexistencia de delito en los hechos averiguados.

En efecto, el "negocio" cumplido entre los señores Sánchez y Billner sólo alcanza a constituír una inmoral venta de influencias, la cual en sí misma, no está tipificada en la legislación penal colombiana como delito.

El ofrecimiento de interponer una influencia que no se tiene, con el fin de obtener un provecho ilícito con perjuicio de tercero, sí da lugar al delito de estafa, porque en este supuesto la utilidad ilegítima se consigue a través del error

creado en la víctima. Pero en el caso *sub judice*, el procesado "vendió" una influencia que sí tenía y que efectivamente puso en juego para satisfacer la aspiración del nombrado señor Billner, de ser designado Vicecónsul de Colombia en la ciudad de Gotemburgo, cargo que le fue discernido por Resolución número 631, de 22 de noviembre de 1958 y del cual tomó posesión el día ocho de diciembre del mismo año.

De otra parte, es cierto que el delito de *concusión* se comete, no sólo cuando el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o aun tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, sino cuando el agente *induce* a la víctima a hacer tal entrega o a realizar dicha promesa (art. 156 del Código Penal).

Esos *actos de inducción*, como formas de *instigar* o de *persuadir*, implican un fraude originado en las maniobras engañosas o en los medios sutiles de que se sirve el agente para determinar a la víctima a que entregue o a que haga la oferta.

Esta Sala, en providencia de 14 de febrero de 1957 (G. J., t. LXXXIV, p. 452), dijo que "la concusión puede lograrse violentamente, usando de la fuerza física o moral que compele y obliga; o fraudulentamente, usando artificios o medios sutiles para persuadir al sujeto pasivo a que haga la entrega o la oferta".

Según Giuseppe Maggiore, la concusión, en sus dos formas típicas, "constituye la extorsión o la estafa del funcionario público" (*"Derecho Penal"*, Edit.: "Temis", Bogotá, 1955, t. III —parte especial— p. 180).

Asimismo anota este tratadista que "inducir (el *allicere* de los latinos) significa persuadir, seducir, convencer, esto es, dirigir el entendimiento e inclinar la voluntad. Este acto supone todo un clímax que va desde la simple persuasión hasta la sugestión, el engaño y el fraude más o menos capcioso...". Agrega que "lo importante, en todo caso, es que la inducción represente un abuso de las calidades y funciones de parte del agente. Por cierto que en la inducción la voluntad del paciente, aunque no se sienta coartada, no debe tampoco sentirse libre. Pero cuando adhiere espontáneamente a la persuasión del funcionario infiel, no habrá concusión, sino corrupción" (ob. cit., t. III —parte especial—, p. 185 a 186).

Según la jurisprudencia de Italia (citada por Maggiore, p. 181 a 182 de la misma obra, t. III —parte especial—), "es necesario, para que haya delito de concusión, que el funcionario público se haga parte activa y apremie al sujeto pasivo constriñéndole o induciéndolo, para arrancarle una cosa indebida" (C. S., 23 de mayo de 1935, "Giust. Pen", 1936, II, p. 56).

Ahora bien: si se tiene en cuenta que en el oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores, antes citado, se dice que "el señor Billner obró de buena fe al comprar su nombramiento de Vicecónsul, porque ese proceder es de uso en algunos países europeos", y si se toma en consideración el hecho de que su padre también había obtenido, mediante el pago de determinada suma, el nombramiento de Cónsul de un país centroamericano, es dable aceptar que ninguna labor de persuasión era indispensable de parte del procesado para determinar al señor Billner a que "comprara" su nombramiento de Vicecónsul *ad honorem* de Colombia en Gotemburgo (actos de inducción que ciertamente no existieron), pues el interés que éste tenía en adquirir ese cargo y el convencimiento que le asistía de que podía obtenerse mediante "compra", lo colocaban, respecto al procesado, con voluntad enteramente libre, vale decir, sin que éste necesitara inducirlo.

Por último, tampoco se configura el delito de *cohecho*, pues éste requiere que "el funcionario o empleado público, o la persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas, reciba indebidamente para sí o para un tercero dinero o dádivas, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones" (art. 160 del Código Penal). En efecto, el señor Sánchez, al "vender" sus influencias para buscar que el señor Billner fuera designado para desempeñar el varias veces referido cargo, no estaba cumpliendo acto alguno de sus funciones de Cónsul de Colombia en Gotemburgo.

El delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable. En consecuencia, si el comportamiento de acción u omisión no se ajusta a una definición de la ley penal, no existe infracción punible. "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella" (Art. 1º del Código Penal).

En consecuencia, en armonía con lo que solicita el señor Agente del Ministerio Público, corresponde sobreseer definitivamente en favor del señor Pedro Ignacio Sánchez, de acuerdo con lo previsto en la segunda parte del ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo

con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, sobresee definitivamente en favor del señor Pedro Ignacio Sánchez, con respecto a los hechos averiguados en este proceso y por los cuales se le recibió declaración de inquirir.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL.

Carácter civil de la Institución, conforme al Decreto 1705 de 1960, y consecuencias relacionadas con la competencia y el procedimiento. En el caso de autos no se cumplieron las formas propias del juicio y la Justicia Militar no era la competente.

1. Conforme a los preceptos del Decreto 1705 de 18 de julio de 1960, los miembros de la Policía Nacional carecen en la actualidad de fuero castrense, lo que hace que cuando se les juzga por delitos cometidos en calidad de tales, sea la justicia ordinaria la que conozca de esos procesos y no la justicia militar.

2. Es doctrina de esta Sala de la Corte que las normas de procedimiento, entre las cuales se cuentan las relativas a competencia, son de aplicación inmediata, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, salvo en aquellos eventos en que "visiblemente resulten perjudiciales para el acusado".

3. Ha advertido la Corte que en relación con las leyes procesales para entrar en vigencia de inmediato, ello tiene que operarse con la salvedad en materia criminal, de que sean permisivas o favorables, desde luego que rige la norma de que se aplicarán de preferencia a las restrictivas o desfavorables.

4. Si el hecho incriminado a un miembro de la Policía tuvo ocurrencia luégo de entrar en vigencia el Decreto legislativo 1705 de 1960, su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, puesto que no hay conflicto de competencias. Pero si fue cometido antes de la fecha de este Decreto, cabe distinguir estas dos situaciones: si ya se había, por lo menos, proferido el auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, dado que el Juez competente ya estaba determinado, precluye la exclusión del fuero castrense y, por tanto, el juzgamiento corresponde a la justicia penal militar. Pero si en el negocio no se había dictado dicho auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal (que es el más análogo al auto de proceder), el negocio debe ser conocido por la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Por sentencia fechada el 13 de diciembre de 1960, la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra condenó al Agente de la Policía Nacional, señor Pedro Luis Velásquez Restrepo, perteneciente a la División del Departamento del Valle, a la pena principal de quince (15) años de presidio e incorporales anexas, como autor responsable del delito de homicidio en la persona del agente Laurentino Muñoz Samboni.

Interpuesto oportunamente el recurso de apelación contra dicho fallo, el Tribunal Superior Militar, con fecha 21 de abril de 1961, reformó la sentencia de primer grado y en su lugar condenó a Velásquez Restrepo a la pena de once (11) años de presidio, con modificación consecuencial de las penas accesorias.

Contra esta decisión el propio procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual le fue concedido por auto de 14 de julio del mismo año (fls. 108 a 110 del cuaderno 2º). Admitido por la Corte en auto de 25 de octubre y presentada la demanda por medio de apoderado especial, como también producido el concepto del señor Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas y de Policía, se procede a decidirlo.

La demanda reúne todos los requisitos de fondo y forma que son propios del recurso.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los autos traen como la más acertada narración de los hechos, la siguiente:

"En la Inspección Departamental de Zaragoza del Municipio de Cartago, se hallaban prestando el servicio de Policía entre otros los agentes Pedro Luis Velásquez Restrepo y Laurentino Muñoz Samboni B., y como el último (31) de diciembre de 1957 Velásquez se hubiera dedicado a tomar licor se acostó, pero a eso de las cinco de la madrugada del primero de enero llegó al alojamiento el agente Laurentino Muñoz S. y según dice el sindicado, le sacó la suma de ciento cuarenta pesos que tenía, no obstante que le dijo que no se llevara esa plata que era la única que tenía, Muñoz salió con el dinero. Momentos después se levantó Velásquez y armado de su fusil salió en busca de Muñoz a quien encontró en la pensión-tienda de Jaime Betancourt donde tomaban alimentación los agentes y sin proferir palabra alguna le disparó a Muñoz causándole lesiones que determinaron su fallecimiento" (Fl. 227 del cuaderno 1º).

Llevada a cabo la investigación tendiente a establecer las circunstancias del delito, reunida la prueba pertinente, completa la instrucción de los hechos y puestos los autos a disposición del señor Auditor de Guerra, este funcionario con fecha 23 de noviembre de 1960, solicitó del señor Mayor Comandante del Departamento de Policía del Valle, que en su calidad de Juez de Primera Instancia, profiriera la correspondiente Resolución convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal, para que por los trámites señalados en el Código de Justicia Penal Militar, juzgara al procesado Velásquez Restrepo, por el delito de homicidio que trata y sanciona el Título V, Capítulo II, de dicho estatuto y demás que lo adicionan y reforman (fls. 192 a 202 del cuaderno principal).

Por Resolución número 00089, de fecha 29 de noviembre de 1960, el Comando del Departamento de Policía "Valle", dispuso convocar el Consejo de Guerra Verbal, diligencia en la que también se hizo la designación del personal que debía integrar dicho Consejo (Fl. 205 ibídem).

Los señores Vocales del citado Tribunal de Guerra dieron respuesta a los cuestionarios que les fueron sometidos en sentido afirmativo, de conformidad con el escrutinio de los votos emitidos, diligencia en la que, según constancias de autos, no aparece voto alguno negativo.

Con fundamento en tal veredicto, fueron pronunciadas las sentencias de primero y segundo grado a que ya antes se hizo referencia y contra la última fue propuesto el recurso de casación que se estudia.

DEMANDA:

El recurrente plantea varios cargos contra la sentencia impugnada con fundamento en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, causal cuarta, uno de los cuales —sin duda el principal— se refiere a que en el juzgamiento del procesado se incurrió en una nulidad supralegal, en razón de haberse seguido un procedimiento más desfavorable al derecho de defensa, contrariando en tal virtud tanto la Constitución, en su artículo 26, como las disposiciones que acogen ese mismo principio en los Códigos formal y sustantivo.

Los demás motivos de impugnación de la demanda, cuatro en total, con base en la misma causal, dicen referencia a otros planteamientos, cuyo resumen hace el libelo, en cada uno de los capítulos en que los divide, junto con el resumen y petición final que los acompaña. Se refieren, en general, a vicios procesales que el recurrente pretende haberse cometido en el juzgamiento del procesado, todos los cuales inciden, en su sentir, en la violación de preceptos legales del Código de Procedimiento que cita. También ataca la sentencia con base en las causales segunda y primera de casación y presenta los fundamentos en que apoya su pretensión de que el recurso prospere por alguna de estas causales.

Mas, como quiera que la forma de plantear el primer motivo de impugnación, en caso de prosperar dejaría sin base jurídica el proceso, ya que al producirse la nulidad constitucional alegada, se desconocerían todos los fundamentos que sustentan la decisión adoptada, pues al estar viciada de nulidad la premisa general de la competencia para fallar por los trámites del Consejo de Guerra Verbal, ésta circunstancia incidiría de manera fundamental sobre todos los demás planteamientos, que quedarían así sin soporte alguno en orden a la finalidad perseguida por el actor, la Corte estudiará de manera preferencial este primer aspecto de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Este funcionario, que lo es el señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y de Policía, en su concepto de fondo sobre el recur-

so, se pronuncia en el sentido de oponerse a las pretensiones de la demanda y después de hacer algunas consideraciones, entre las que se destaca que esta Sala de la Corte ha hecho doctrina en el sentido de que el Decreto 1705 de 1960, que suprimió el fuero castrense a los miembros de la Policía Nacional, rige para el futuro, es decir, no tiene efecto retroactivo, concluye manifestando que no se case el fallo recurrido.

LA CORTE CONSIDERA:

En los planteamientos de la demanda, con base en la causal cuarta de casación, hace el recurrente en el primer cargo que formula a la sentencia, las siguientes consideraciones:

"En el juzgamiento del agente de policía - Unidad Valle - señor Pedro Luis Velásquez Restrepo se observó el procedimiento más desfavorable a los intereses de su defensa. Por tal motivo, se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional y la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por este aspecto.

"...El procedimiento señalado por el Código de Justicia Penal Militar (Decreto 0250 de 1958) es desfavorable a los intereses del procesado por cuanto que el sorteo de los vocales integrantes del Consejo de Guerra se sacan de una reducida lista de Oficiales de la Unidad Militar a la cual pertenece el sindicado, y son nombrados por el Comandante de la mencionada Unidad, sin sujeción a las normas que para elección de Jurados de Conciencia prescribe el Código de Procedimiento Penal común. Entre una lista de doscientos nombres que son los llamados a integrar los Tribunales de Conciencia en cada Juzgado Superior de Distrito Judicial, y una reducida lista de oficiales que son nombrados por el Comandante de la Unidad con sujeción a su personal voluntad y capricho, lógicamente que los derechos del procesado están mejor garantizados por el procedimiento ordinario, ya que allí se determina que la elección deberá ser hecha a la suerte por medio de fichas que están dentro de una bolsa que es insaculada por el Juez del conocimiento en presencia del procesado, claro está que la defensa tiene más ámbito y está mejor garantizada con el procedimiento ordinario. En tal virtud, el procedimiento empleado para el juzgamiento de Pedro Velásquez Restrepo quebrantó lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por ser más desfavorable al procesado, ya que la norma invocada ordena que el juzgamiento deberá hacerse observando el procedimiento más favorable al sindicado para que sus derechos estén mejor garantizados por este aspecto".

Hace en seguida otras afirmaciones, tendientes a demostrar por qué es más desfavorable para el procesado el procedimiento que siguió el proceso, aún después de entrar a regir el Decreto que suprimió el fuero castrense para los miembros de la Policía Nacional, recalcando como muy sugestivo y propio de ese juzgamiento el hecho de que quienes toman parte en él como vocales del Consejo de Guerra Verbal, pueden ser oficiales de esmerada preparación técnica en la milicia, pero carentes de conocimientos jurídicos que les permitan estudiar toda la gama de sentimientos, motivaciones y circunstancias en que un hombre delinque, por lo cual no resultan apropiados para dar a la justicia la sensación de que en el juzgamiento en que toman parte, cumplen su cometido con ese grado de conocimiento de ciertos factores humanos, que por dejar de tenerlos en cuenta la justicia que de tal manera se imparte, aparece revestida de rigor e inhumanidad.

Anota como ejemplo de lo que afirma, que el señor Fiscal del Consejo de Guerra, en representación de la sociedad, no paró mientes en insultar al procesado al afirmar que había dado muerte a Muñoz Samboni sin otro motivo para ello "que un hecho baladí, como era el haber tomado del bolsillo de la camisa esa insignificante suma de dinero, hecho que es muy frecuente en las fuerzas armadas en donde los compañeros se tratan como hermanos, siendo muy común que cuando necesitan de dinero u objetos de su uso personal, el uno toma lo de su compañero y a la inversa". (Fl. 221 del cuaderno 1º).

Critica esta forma de apreciar los hechos por parte del Ministerio Público, la que dice no puede aceptarse en forma alguna, porque ese análisis del verdadero motivo por el cual obró el procesado en la comisión del hecho que motivó su juzgamiento, "no es un análisis sereno e imparcial del verdadero móvil de su acción antijurídica".

"El señor Fiscal —agrega— analiza el motivo determinante en forma completamente alejada de la realidad procesal. Mi defendido obró al suprimir la vida de Muñoz Samboni bajo el influjo de un descontrol de los frenos inhibitorios de su personalidad, determinado por el dolor que le causó a su espíritu el hecho de haber sido víctima de un delito contra la propiedad por parte del agente Muñoz Samboni...".

Al hacer el resumen del cargo, concluye así la demanda:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior Militar por haberse incurrido en el

juzgamiento de Pedro Luis Velásquez Restrepo en una nulidad supralegal, en razón de haberse seguido el procedimiento más desfavorable al derecho de defensa del procesado, contrariando en tal virtud el mandato contenido en el artículo 6º del Código de Justicia Penal Militar y 8º del Código de las Penas, violaciones estas que indican el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Esta Sala de la Corte, en muy recientes y repetidas oportunidades, ha estudiado con minucioso y prolijo cuidado las consecuencias y alcance del Decreto 1705 del 18 de julio de 1960 y ha llegado a la conclusión de que conforme a sus preceptos los miembros de la Policía Nacional carecen en la actualidad de fuero castrense, lo que hace que cuando se los juzga por delitos cometidos en calidad de tales, sea la justicia ordinaria la que conozca de esos procesos y no la justicia militar.

Desde que el mentado decreto entró en vigencia y una vez perdido el fuero militar, los procesos en trámite deben ser conocidos por los jueces ordinarios, en atención a que el fuero de que gozaban ya no existe, y principalmente, porque aunque dicho fuero se considere erróneamente como un privilegio, ello no puede conducir hasta el extremo de que no existiendo por voluntad del legislador, se quiera someter a quienes no los ampara a un tratamiento de excepción procesal notoriamente más gravoso y desfavorable del que les otorga el régimen de ritualidad ordinaria para el juzgamiento y el goce de los derechos de defensa inherentes al procedimiento ordinario, como con fundamentos sólidos y jurídicos lo sustenta la demanda.

El fuero militar respecto de los miembros de la Policía fue, sin duda, la consecuencia lógica de la incorporación de ese cuerpo a las Fuerzas Armadas. De esta suerte, desincorporada la Policía de las citadas Fuerzas, por medio del Decreto 1705, y recobrado su carácter de institución civil, necesariamente tenía que desaparecer aquel fuero en relación con sus miembros, tesis que es la misma que ha venido sosteniendo la Corte y que aparece consignada en varios fallos, de manera especial, en el de fecha 27 de julio de 1961, donde se dijo sobre la base de un estudio cuidadoso y a fondo de la materia, lo que sigue, que se transcribe con el epígrafe contenido en el numeral 4º de las consideraciones del fallo:

"El Decreto-ley desincorporó a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares y, de consiguiente, como institución de carácter civil, dejaron sus miembros de estar vinculados al fuero penal castrense.

"Siendo evidente que el artículo 40 del Decreto-ley 1705 de 18 de julio de 1960, hace de la Policía Nacional una institución de carácter civil, es lógico que sus miembros, salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional, son civiles y no militares, así por su disciplina u organización especiales se les clasifique entre agentes, suboficiales y oficiales.

"No puede suponerse que la institución sea la que únicamente tenga el carácter de civil, y que sus miembros sean militares, porque se trataría, entonces, de una fuerza militar, denominada Policía Nacional, que no podría estar por fuera de la organización militar; ni excluída del Comando General de las Fuerzas Militares; ni sometida a un régimen y disciplina especiales, distinto del militar; ni tener el carácter de civil.

"Y como el fuero penal castrense, como se dejó examinado, no puede ser extendido por la ley a los civiles, esto es, a las personas no militares y sin vinculación alguna con las fuerzas militares, es incuestionable que el Decreto 1705 de 1960, al darle a la Policía Nacional el carácter de institución civil, y desincorporarla, en consecuencia, de las fuerzas militares, derogó tácitamente las disposiciones que le daban a la justicia penal castrense la facultad de juzgar a sus miembros.

"Esa incorporación de las Fuerzas de la Policía Nacional a las fuerzas militares, ya se anotó, fue lo que hizo que sus miembros quedaran cobijados con el fuero penal castrense, de acuerdo con lo previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pues sus agentes, suboficiales y oficiales dejaron de pertenecer a una institución civil para adquirir el carácter de militares, como que quedaron sometidos al régimen militar, bajo el Comando General de las Fuerzas Militares, y haciendo parte, al lado del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, como cuarto componente, de las fuerzas militares.

"De igual manera, la desincorporación de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, llevada a cabo mediante el Decreto 1705 de 1960, que hizo de la 'Policía Nacional una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Guerra...' (art. 40), pero sin que forme parte ya, como cuarto componente, de las fuerzas militares, las que ahora solo constituyen el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (arts. 36 a 39 del mismo Decreto 1705 de 1960), ni se encuentra sujeta al Comando General de las Fuerzas Militares, le ha quitado a sus miembros el carácter de militares (salvo los que lo sean y presten sus servicios en comisión en la Policía

Nacional), y, por tanto, los ha desvinculado del fuero penal castrense.

"En fin: si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense, porque se la incorporó a las fuerzas militares y éstos dejaron de ser funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada) para tomar el carácter de militares, es lógico que al ser desincorporada de las fuerzas militares para hacer una institución de carácter civil, sus miembros dejaron de estar sometidos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada)". (Auto de fecha 13 de abril de 1962 y sentencia de 27 de julio de 1961).

Es también doctrina de esta Sala de la Corte que las normas de procedimiento, entre las cuales se encuentran las relativas a competencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, son de aplicación inmediata, salvo en aquellos eventos en que "visiblemente resulten perjudiciales para el sindicado".

Siendo esto así, no es que al Decreto 1705 de 1960 se le de carácter retroactivo, como lo sustenta el señor Procurador, Delegado de las Fuerzas Militares y de Policía, en su concepto rendido en este proceso sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto, en el que transcribe algunos apartes de un proveído de la Corte, cuya fecha no cita, en el cual, según la transcripción, esta Entidad, de modo ciertamente incidental, dice que aquel decreto en cuanto a la desvinculación de la Policía Nacional del fuero castrense, no tiene efecto retroactivo y que dicha exclusión del fuero militar contenida en el Decreto, sólo tiene efectos para el futuro.

Mas conviene advertir que si de tal suerte hizo esas afirmaciones la Corte, tuvo para ello como consideración primordial en el caso que decidía, que ya había sido juzgado de conformidad con las leyes preexistentes al hecho y con la observancia de la plenitud de las normas que rigen el procedimiento que se siguió en ese proceso, por lo cual no se estaba en el evento de una nulidad supralegal, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, que entonces se invocaba.

Advirtió también la Corte en aquella oportunidad que en relación con las leyes procesales para entrar en vigencia de inmediato, ello tiene que operarse con la salvedad en materia criminal, de que sean permisivas o favorables, desde luego que rige la norma de que se aplicarán de preferencia a las restrictivas o desfavorables. Esta salvedad indica que es a este concepto y no al de la retroactividad al que es necesario atender en estos casos. Siendo esto así, no cabe duda de que resulta al procesado más favorable que se le juzgue por el procedimiento ordinario y no por el riguroso y excepcional del Consejo de Guerra Verbal. A este respecto la Sala toma en consideración las razones de la demanda, que encuentra ajustadas a una sana hermenéutica para comprender la diferencia que existe entre uno y otro procedimiento.

Si, pues, al tiempo de dictar la resolución para convocar al Consejo de Guerra Verbal, ya regía el Decreto-ley 1705, era del caso suspender el procedimiento hasta allí concluído y pasar a la justicia ordinaria el proceso, porque suprimido el fuero por virtud de la desvinculación operada de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, no gozando de él por tal motivo el procesado Velásquez Restrepo, su causa debía tramitarse de conformidad con las normas que rigen en el Código Procesal Penal vigente y con sujeción a ellas conducir todo el procedimiento hasta ponerlo en condiciones de que la justicia ordinaria dictase la correspondiente sentencia, no sin antes calificar el mérito de la investigación con el auto de proceder respectivo y la audiencia pública con la intervención del jurado, si no había óbice legal alguno que dispusiera lo contrario.

Esta solución, como se ha dicho, no pugna con lo sostenido en la sentencia de 27 de julio del año próximo pasado, tantas veces citada, puesto que en el proceso que a ella dio lugar se encontraba en la etapa de juzgamiento, esto es, que ya se había convocado el Consejo de Guerra Verbal. Y como es obvio, dicho estado de causa en el proceso preclúía la adopción de una competencia distinta a la que ya queda en firme con la iniciación del juicio, ante las autoridades militares y conforme a las disposiciones de procedimiento que regían antes de la expedición del Decreto 1705. Esto porque la segunda parte del invocado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que "las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", y es evidente que en este negocio el juicio propiamente dicho se inició a raíz de la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, la que por cierto tuvo lugar ya suprimido el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional.

Recuérdese que esta Sala ha dicho que el auto que más se asemeja en el procedimiento castrense a la providencia por la cual se llama a juicio, es la resolución que convoca al procesado a Consejo de Guerra Verbal. Proferida ésta cuando el sindicado no gozaba de fuero, no existía juicio propiamente tal y consecuencialmente no había

precluído la adopción de una competencia distinta, por lo que al señalar otra el procedimiento seguido contra el procesado, se incurrió en nulidad supralegal.

Todo lo anterior indica que al sindicado no se le juzgó con la plenitud de las normas propias del juicio ni tampoco ante la autoridad competente, lo que conlleva un vicio de nulidad constitucional, que es necesario reparar, retrotrayendo el proceso al estado en que se encontraba en el momento en que éste se produjo, o sea, desde la resolución de fecha 29 de noviembre de 1960, marcada con el número 00039, en virtud de la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal para juzgar al procesado, que consta de folios 204 a 205 del cuaderno principal.

Por lo demás, del alcance de la sentencia del 27 de julio de 1961 y de lo expuesto en la providencia de 13 de abril del corriente año, antes citada y de lo que se dice en este fallo, se desprende, como norma general relacionada con el trámite de procedimiento y competencia para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, lo siguiente: Si el hecho incriminado tuvo ocurrencia luégo de entrar en vigencia el Decreto legislativo 1705 de 1960, su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, puesto que no hay conflicto de competencias. Pero si fue cometido antes de la fecha de este decreto, cabe distinguir estas dos situaciones: si ya se había, por lo menos, proferido el auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, dado que el juez competente ya estaba determinado, precluye la exclusión del fuero castrense y, por tanto, el juzgamiento corresponde a la justicia penal militar. Pero si en el negocio no se había dictado, por lo menos, dicho auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal (que como se dijo, es el más análogo al auto de proceder), el negocio debe ser conocido por la justicia ordinaria.

Pero aún suponiendo por simple hipótesis que el procesado fuera juzgable por la justicia castrense, porque gozare de fuero, éste no tendría efecto alguno para la competencia, pues basta sólo considerar que no delinquió en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, y mal puede acogerse a una jurisdicción que exige ese requisito, a fin de que pueda ejercitarse. Si no fueran bastantes, como lo son, las otras consideraciones en que la Corte ha abundado y que ha mantenido desde la vigencia del Decreto 1705 de 1960, la última complementaria, suficientemente la decisión que se toma en este caso.

Prospera, en consecuencia, el primer motivo de impugnación formulado en la demanda, y por tanto la nulidad alegada con base en él, lo que hace que corresponda dar aplicación al ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, esto es, devolver el proceso por conducto del Tribunal Superior Militar al Juez Superior (reparto) para que se reponga el procedimiento.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, invalida el fallo recurrido y dispone devolver el proceso, por conducto del Tribunal Superior Militar al Juez Superior (reparto) del Distrito Judicial correspondiente, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de fecha 29 de noviembre de 1960, visible al folio 205 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pisquicho León L., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Elementos objetivos y subjetivos del delito. Colisión de deberes. En el caso de autos, las circunstancias subjetivas eximen de culpabilidad al Gobernador acusado, no obstante que objetivamente hubo infracción de la ley.

1. En el delito de abuso de autoridad y en el evento sancionado en el artículo 171 del Código Penal, lo arbitrario de que allí se habla es lo que no tiene apoyo en la ley y se realiza sólo por el capricho del agente, lo injusto, lo que contradice la ley y la razón con desmedro de la equidad.

2. No todo hecho objetivamente antijurídico constituye delito, pues es menester que de su autor pueda predicarse la culpabilidad o imputación subjetiva de la conducta reprimida por la ley penal.

3. Ya dijo esta Sala que "la intención puede ser relativa a la producción de los efectos del hecho voluntario o a la conciencia que el actor tenga del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su acción". En fin, el dolo es la orientación de la voluntad a un fin ilícito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario adelantado contra el Gobernador del Departamento del Huila, doctor José Domingo Liévano, en razón de los cargos que le fueron hechos por el señor Alberto Abdala en su denuncia de 31 de agosto de 1961, en la cual dice lo siguiente:

"Por sentencia dictada por el señor Juez 1º del Circuito Civil de Neiva, deben restituírseme en tenencia los locales 8-53 y 8-57 de la carrera 5ª de Neiva. El Juzgado 2º Municipal de Neiva, por auto de 18 de agosto del presente año, comisionó al señor Inspector del Permanente para que repusiera a los favorecidos en la sentencia, en la tenencia de tales locales. El día 22 de agosto del presente año, el señor Inspector se trasladó a los locales mencionados con el objeto de hacerlos desocupar y cumplir lo ordenado en la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Neiva. Al comenzar la diligencia se presentaron varios agentes de la Policía Nacional, División Huila, al recinto de tales locales, al mando de un Teniente y de un Sargento y manifestaron que llevaban orden de la Comandancia, de acuerdo con el Gobernador del Departamento de impedir la realización de la diligencia y la ejecución de la sentencia. En efecto, el señor Inspector, ante la categórica conminación de la fuerza armada, suspendió la diligencia y se abstuvo de ejecutar la sentencia, dejando constancia de que estaba en imposibilidad física de cumplir el fallo, y anotando que la Gobernación del Departamento lo había llamado momentos antes de iniciar la diligencia para exigirle que no ejecutara el fallo.

"El señor Gerente de la Compañía Telefónica del Huila S. A., con domicilio en Neiva, manifestó, además, que tenía orden del señor Gobernador de no dejarse despojar de los locales en relación con los cuales se iba a ejecutar la sentencia.

"Como estos hechos constituyen infracciones definidas por la ley penal colombiana, y del acta cuya copia autenticada acompaño a este escrito aparecen gravísimos cargos contra el señor Gobernador del Departamento, señor José

Domingo Liévano, quien es mayor y vecino de Neiva, solicito de esa honorable Corte que ordene abrir la correspondiente investigación...".

RESULTADO DE LA AVERIGUACION

Los hechos anteriores resultaron acreditados con las pruebas traídas al informativo y con la aceptación que de ellos hace el doctor José Domingo Liévano en su declaración de inquirir. En efecto, dan cuenta de lo ocurrido las siguientes diligencias y documentos:

a) Copia del acta de la diligencia practicada por el Inspector Permanente Central de Policía (fs. 1 a 3 del expediente).

b) Declaraciones del doctor Eliécer Pinilla Rodríguez (fs. 24 a 25 v.); del señor Alberto Abdala (f. 31 y 31 v.); del señor Hernando Correa (fs. 33 a 33 v.); del señor Agustín Chavarro Fernández (fs. 34 a 35), y del Mayor Filipo Alonso Villarreal Revelo, Comandante de la Policía Nacional —División Huila— (fs. 138 a 138 v.).

c) Copias del juicio de lanzamiento aludido en la denuncia (fs. 50 a 122).

d) Copias del decreto de nombramiento del doctor José Domingo Liévano, como Gobernador del Departamento del Huila, y del acta de su posesión (fs. 41 y 26 v., respectivamente).

Con respecto a los motivos que tuviera el acusado para cumplir los hechos de que se le sindica, dice lo siguiente (fs. 44 a 46):

"Encontrándome en desempeño de mis funciones como Gobernador del Huila, se presentó la diligencia de desahucio de la Compañía Telefónica del Huila, en virtud de auto proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de esta ciudad, de los locales de propiedad de la misma Telefónica, en donde funcionan la planta y oficinas de dicha empresa. Como este acto significaba la suspensión del servicio de dos mil líneas telefónicas que sirven a la ciudad, implicando como es natural el trastorno de las comunicaciones urbanas y por lo tanto el control de las comunicaciones de las dependencias oficiales, y teniendo en cuenta que el Huila ha venido soportando desde hace algunos años la intranquilidad y la zozobra por actos de violencia en las distintas regiones del Departamento, y considerando que esto podría traer graves trastornos para el orden público, resolví solicitar del Comandante de la Policía Nacional (Unidad Huila), en nota del veintidós de agosto del presente año, los servicios de cuatro agentes para que impidieran el lanzamiento que se tenía proyectado, o no que se impidiera, sino que se suspendiera por el momento. Además de las circunstancias anotadas anteriormente, el Gobierno Departamental había tenido una información, suministrada el 19 de agosto por el señor Arturo Rodríguez, en el sentido de que en esos días algunos elementos antisociales al parecer, se preparaban en esos días para llevar a cabo actos de terrorismo consistentes en atentados contra elementos salientes de la política del Departamento. Como esa información podía tener algún fundamento, desde luego que toda la ciudadanía del Huila sabe el estado de zozobra y de intranquilidad en que se ha vivido desde hace algunos años. Por esas circunstancias, el Gobierno ha tenido que mantenerse de manera permanente en estado de alerta y no podía por omisión dejar de tomar las medidas que tomó, previniendo cualquier acto que pudiera tener una repercusión de orden público en esta Sección de la República. Sobre este particular, quiero acompañar un recorte del periódico 'El Espectador', en donde hago algunas declaraciones con respecto a estos hechos. Debo explicar por qué al lanzar a la Telefónica, de sus propios locales, quedaban suspendidos los servicios de dos mil líneas telefónicas. Además del cargo de Gobernador de que me encontraba investido, era al mismo tiempo Presidente de la Junta Directiva de la Compañía Telefónica del Huila y conocía en detalle su organización y su manera de funcionar. La compañía tiene un edificio propio y ha ampliado sus servicios en dos mil líneas más, fuera de las mil quinientas iniciales. Las dos mil líneas nuevas, no se encuentran registradas en el Directorio Telefónico y se sirven desde el teléfono 01, para comunicar a esas dos mil líneas. El desahucio, pues, implicaba la ocupación del local en donde funciona este servicio, quedando por lo tanto suspendido como puede comprobarse con la visita ocular que se haga en los mencionados locales y con la información que al respecto puedan suministrar, tanto la Gerencia de la Compañía, como la Compañía Ericson, que ha sido la encargada de la instalación del servicio telefónico en esta ciudad. En estas condiciones, sería técnicamente imposible mantener el servicio telefónico en la ciudad, tan necesario para mantener el orden público, y en cualquier momento podrían ocurrir hechos desagradables de incalculable gravedad. Por todas estas circunstancias, tomé las medidas que el Gobierno consideraba prudentes tomar, para evitar cualquier trastorno que pudiera sobrevenir en cuanto al orden público. Por vía de información, acompaño para que sea agregada a las diligencias, otra corresponsalía fechada el veintisiete (27) de septiembre, así como también un número del semanario 'Presente' del once de

noviembre último, en donde se reproduce un artículo aparecido en el número 6113 de 'Informe', publicación de 'La Internacional Servis, of Information Fundation Inc. ISI', en donde puede apreciarse cuál es y ha sido la situación de orden público, especialmente en el Departamento del Huila. Sobra decir que esta situación la conocen especialmente el señor Presidente de la República, el señor Procurador General de la Nación, el Comandante del Batallón 'Tenerife', acantonado en el Huila, el señor Comandante de la Policía (Unidad Huila), y el actual Gobernador, señor Julio Bahamón. Eso me relevaba de mayores informaciones al respecto".

En respuesta al interrogatorio que le hizo el funcionario de instrucción, dice:

1º Que de acuerdo con los estatutos de la Compañía Telefónica del Huila, el Gobernador del Departamento que esté desempeñando el cargo, es el Presidente de aquélla entidad.

2º Que en los hechos averiguados, actuó como Gobernador del Departamento del Huila.

Y en cuanto a las razones aducidas por el doctor José Domingo Liévano para explicar su conducta, se tienen las siguientes pruebas que las respaldan:

a) *Declaración del Gerente de la "Compañía Telefónica del Huila S. A.", señor Luis Andrés Tobar Rojas* (fs. 31 a 32 v.):

Dice lo que pasa a transcribirse:

"... La Junta Directiva de la compañía, que la componen el señor Gobernador del Departamento, el señor Personero Municipal y un representante de los accionistas, cuyos nombres en esa fecha corresponden a los señores José Domingo Liévano, Alfredo Cabrera y el doctor Luis Díaz Rivera, respectivamente, fue informada de que en esa fecha (veintidós de agosto) se cumpliría la diligencia por medio de la cual se daría cumplimiento a la sentencia de autoridad competente que ordenaba restituir unos locales de la Compañía Telefónica a la firma Emma de Abdala y Alberto Abdala, antiguos inquilinos de los locales ocupados con las oficinas de caja de la empresa y elementos de almacén. El suscrito Gerente informó a la honorable Junta Directiva y en especial al señor Gobernador, José Domingo Liévano, la dificultad que teníamos para hacer entrega de los mencionados locales, por la absoluta falta de espacio en las otras dependencias del local de la Compañía, pues tendríamos que ocupar el lugar en donde funciona el conmutador de información 01, o dejar los muebles y enseres en la calle pública, lo que constituiría en primer término el grave daño a la ciudadanía de Neiva, por cuanto que se suspendería ese servicio, en esa fecha, afectado por la circunstancia de que había cerca de dos mil teléfonos fuera del directorio telefónico y todos los suscriptores quedarían privados del servicio de información que se presta tanto de día como en la noche. Y, en segundo lugar, porque al quedar los muebles y enseres en la calle, provocaría la reacción de los suscriptores y el pueblo en general contra la firma Abdala y consecuencialmente con el comercio sirio-libanés de la localidad, por haberlo oído comentar en la calle. Dada esta circunstancia, el señor Gobernador Liévano, Presidente de la Junta Directiva como ya se dijo, manifestó que para evitar un alzamiento del pueblo y los graves perjuicios a la ciudadanía, porque prácticamente quedaban afectadas las comunicaciones telefónicas de la ciudad, ordenó la suspensión transitoria de dicha diligencia, para lo cual puso al servicio unos agentes de la policía, a quienes ví en el acto de la diligencia".

Agrega que los locales objeto de la diligencia a que se refiere pertenecen a la compañía que gerencia, la cual "los tenía arrendados a la firma Abdala, pero el contrato de arrendamiento hacía mucho tiempo había vencido y cuando la sociedad los necesitó con suma urgencia, los exigió por las vías legales".

Expresa, a una pregunta del funcionario de instrucción, que "al momento de practicarse la diligencia todos los locales y oficinas del edificio se encontraban ocupados con sus instalaciones correspondientes".

A otra pregunta del investigador, dice que "el señor Gobernador manifestó telefónicamente al suscrito que como el Departamento estaba en estado de sitio y que el teléfono era un servicio público y que la desocupación del local que se iba a entregar, en donde se hallaba funcionando la Caja, ocasionaría graves perjuicios, era necesario se aplazara como diere lugar la entrega de los locales".

b) *Declaración del señor Arturo Rodríguez Cachaya* (fs. 126 a 126 v.):

Refiere este testigo que "sin recordar la fecha precisa, pero sí en uno de los días de la segunda quincena del mes de agosto, cuando transitaba por la calle octava de occidente a oriente, me detuve en la esquina del café 'Rancho Grande', para cruzar la carrera tercera, debido a que en ese momento había unos carros estacionados, mientras se normalizaba el tránsito, y yo me encontraba allí parado, oí que unos sujetos con-

versaban en una de las mesas del establecimiento citado, y oí que decían que había que tumbar este Gobierno que los tenía jodidos, pero tumbando gente grandecita en este Departamento para hacer sentir la cosa. Yo los volví a mirar y pude observar que eran tres sujetos desconocidos y sospechosos, por lo cual hube de retirarme, siguiendo mi marcha hacia donde iba. Al día siguiente o a los dos días, me acerqué a la Gobernación a saludar a don José Domingo Liévano y le conté lo que he dejado relatado, dada la amistad que he cultivado y cultivo con él. Eso es todo".

e) *Declaración del Mayor Filipo Alonso Villarreal Revelo* (fs. 135 y 136 v.).

Luégo de referir que el señor Gobernador del Departamento del Huila, doctor José Domingo Liévano, le solicitó "el servicio de unos agentes de la Policía... con el fin específico de impedir un lanzamiento ordenado por autoridad jurisdiccional, arguyendo el Gobernador que como se trataba de un servicio público en un Departamento en estado de sitio, podía acarrear perturbaciones en el orden público", orden que le fue enviada, además, por escrito, según "oficio número 515, de fecha 22 de agosto del año en curso, firmada por el señor José Domingo Liévano en su calidad de Gobernador y que reposa en los archivos de este Comando", expresa, a una pregunta del funcionario de instrucción, que "considera que sí se hubiera alterado el orden público, en el caso de haberse llevado a cabo el lanzamiento..., puesto que al prescindirse de un servicio de primera necesidad en un Departamento afectado por el estado de sitio, en donde vienen sucediéndose hechos que perturban la paz social en forma continua, es de presumir que en faltándole al Gobierno y a las autoridades en general el medio de enlace, como es el teléfono, hubiera repercutido en el orden público".

Ahora bien:

En cuanto a las perturbaciones que la diligencia de lanzamiento de que se ha hecho mérito hubieran podido ocasionar al servicio de teléfonos de la ciudad de Neiva, se tiene lo siguiente, según aparece de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado 103 de Instrucción Criminal, y de las conclusiones presentadas por los peritos que intervinieron en la misma:

1º La citada empresa de teléfonos ocupa un edificio de dos plantas, situado en la carrera 5ª, entre las calles 8ª y 9ª de la ciudad de Neiva, totalmente utilizado en sus dos plantas. "Los dos locales de la parte baja..." se dice en el acta de la diligencia de inspección ocular... "se encuentran ocupados, uno por la oficina de caja y el otro con elementos pertenecientes a la compañía y que hacen parte del almacén o depósito. Se hace constar que estos dos últimos locales..." son... "los relacionados con el litigio o pleito entre la Compañía Telefónica y Alberto Abdala y Emma de Abdala." (fs. 135 y 136 v.).

2º Los señores Oscar Tamayo y Virgilio Uribe, en su condición de peritos y para responder al cuestionario que les fue propuesto por el funcionario instructor, dicen lo que pasa a transcribirse: (f. 137).

"En consecuencia de lo anteriormente detallado, pudimos constatar que al haberse efectuado la diligencia de lanzamiento, se hubiera interrumpido el servicio telefónico, y por consiguiente, se hubiera afectado el orden público por las siguientes razones:

"Primera. La Cía. Telefónica S. A. hubiera tenido que suprimir el servicio de Caja, porque el único local apropiado para esta destinación es el de Información o 01, por el fácil acceso del público y por la seguridad que presenta.

"Segunda. Al pasar el servicio de Caja al salón anteriormente mencionado, la Telefónica hubiera tenido que suprimir el servicio de información al público, ya que en las actuales circunstancias no existen medios de información al público en general, puesto que al ensanche de la planta en mil números más y el frecuente cambio de suscriptores que se ha operado desde 1959, fecha del último directorio telefónico, desactualizaron por completo el único medio de información al público".

Por último, el señor Alberto Abdala, en su declaración del día 8 de noviembre de 1961, informa que él y su esposa "desistimos del lanzamiento y en nota enviada a la Corte Suprema de Justicia..." (que fue devuelta por el Secretario de la Sala Penal, por no reunir "requisitos legales pertinentes sobre desistimiento", según aparece del telegrama que obra al f. 39 del expediente)..., "retiramos la denuncia que contra el señor Gobernador, señor José Domingo Liévano, había sido elevada.

En relación con el desistimiento del juicio de lanzamiento a que se refiere el declarante Abdala, se tiene en el informativo la siguiente constancia, dejada por el Secretario del Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Neiva: "Al juicio de lanzamiento propuesto por la Telefónica del Huila S. A., contra los señores Alberto Abdala y

Emma de Abdala, no se ha presentado ningún memorial de desistimiento, pues se desistió en forma verbal por los señores Abdala y por el apoderado de la Telefónica, en el acto de la diligencia que este Despacho iba a practicar, con el fin de reponer a los demandados de los locales de que habían sido lanzados, desistimiento que hicieron tanto del juicio como de la diligencia a verificarse, como así consta en ella, fechada el 26 de septiembre anterior" (fs. 38 y 38 v.). Explica el señor Alberto Abdala que este desistimiento fue posterior al día de los hechos que denunció.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal solicita que se profiera en favor del doctor José Domingo Liévano un sobreseimiento de carácter definitivo, con fundamento en lo previsto en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, esto es, porque "el hecho no es constitutivo de delito".

Como fundamento de su petición, el señor Agente del Ministerio Público dice lo siguiente:

"Del estudio probatorio del presente caso se hace evidente que el evento criminoso denunciado, objetivamente, habrán de ubicarlo dentro del delito de abuso de autoridad que sanciona el artículo 171 del Código Penal; ninguna otra se trata de configurar en las probanzas del proceso. Pues bien: dicho lo anterior, se procede a analizar el presunto delito atribuído al doctor José Domingo Liévano, en su carácter de Gobernador del Departamento del Huila.

"En el caso *sub judice* se está en presencia de una cuestión indiscutible, la cual cuenta con el respaldo pleno de los elementos de juicio aportados al proceso: el móvil que determinó la decisión del Gobernador del Huila, doctor Liévano, de impedir el lanzamiento decretado por el juez competente no fue otro que el de procurar que no se fuera a interrumpir la prestación de un servicio público, cuya necesidad era primordial para la conservación del orden público en dicha sección del país, la que por entonces se encontraba en estado de sitio, bajo el influjo de permanente zozobra, con la amenaza constante de actos de terrorismo que pudieran perturbar el orden social. No hay duda: el servicio telefónico es un medio idóneo y fundamental para lograr oportunamente estar enterado de diversos acontecimientos, de los cuales se tendría noticia tardía si no se contara con tan eficaz medio de comunicaciones: por lo anterior y por la calidad de servicio público que tiene la prestación de este medio de comunicación era imprescindible impedir que se interrumpiera tal servicio público.

"Si, por mandato de la Constitución y de las normas legales, al Gobernador corresponde —como representante del ejecutivo— conservar fundamentalmente el orden público en la sección que se le encomienda a su dirección y responsabilidad, es obvio que debe contar con los medios razonables y útiles para cumplir su mandato. Esto significa que su conducta en cada caso se precisa examinarla no simplemente en forma objetiva, sino también habida consideración de las condiciones subjetivas que influyan en su determinación, y si el móvil de su conducta es justificado, la finalidad que se obtiene no será reprochable. En este proceso es donde más se hace manifiesto lo anterior: la conducta del Gobernador doctor Liévano no implica un actuar doloso o malicioso y, por el contrario, los hechos del proceso lo revelan como los de un funcionario cuyo sentido de responsabilidad lo condujo a adoptar medidas no sólo prudentes, sino respaldadas en el estricto cumplimiento de sus deberes, señalados por la Constitución y las leyes. No se encuentra en estas diligencias la comprobación del evento delictuoso".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

El delito de abuso de autoridad, en el evento sancionado en el artículo 171 del Código Penal, implica que un funcionario o empleado público, con ocasión de sus funciones o excediéndose en ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad.

Lo *arbitrario* es lo que no tiene apoyo en la ley y se realiza sólo por el capricho del agente. Lo *injusto* es lo que contradice la ley y la razón, con desmedro de la equidad.

En el alcance meramente objetivo del delito que se examina, es indudable que los hechos cometidos por el doctor José Domingo Liévano, como Gobernador del Departamento del Huila, se ajustan a las condiciones típicas *objetivas* y normativas señaladas en el citado artículo 171 del Código Penal. Resulta, en efecto, el comportamiento de un funcionario de la rama administrativa que lleva a impedir el cumplimiento de una sentencia de un juez no sólo violatorio de la separación de funciones de las tres ramas del Poder Público (art. 55 de la Carta), sino contrario a los preceptos de la misma Constitución Nacional que señalan el deber de las autoridades administrativas de prestar a las judiciales los

auxilios necesarios para hacer efectivas las resoluciones de éstas (arts. 119, ord. 2º, y 194, atribución 4ª, ibídem, en cuanto al Presidente de la República y los Gobernadores, respectivamente).

De otra parte, los Gobernadores, como agentes del Gobierno y Jefes de la Administración Seccional (art. 181 de la Carta), tienen a su cargo la conservación del orden público y el deber de restablecerlo, donde fuere turbado.

Es claro, entonces, que en los hechos imputados al señor Gobernador del Departamento del Huila aparece una clara *colisión de deberes*, como que, de un lado, tenía la obligación de prestar ayuda a las autoridades judiciales en el cumplimiento de sus resoluciones, en vez de impedir su efectividad, y, de otro, necesitaba buscar que la diligencia de lanzamiento en las locales de la "Empresa de Teléfonos del Huila S. A." por lo menos se aplazara, al entender, de buena fe, que las dificultades que ella traería para el servicio de comunicaciones telefónicas en la ciudad de Neiva perturbarían el orden público no sólo allí, sino en todo el Departamento, bastante afectado por la situación de zozobra entonces existente.

Pues bien: No todo hecho objetivamente antijurídico constituye delito, pues es menester que de su autor pueda predicarse la *culpabilidad* o imputación subjetiva de la conducta reprimida en la ley penal.

Dice el tratadista Hans Welzel (*"Derecho penal"*, Edit.: "Depalma", Buenos Aires, 1956, p. 148 a 149), que "la naturaleza de la culpabilidad se deja caracterizar lo más acertadamente posible por la palabra, idiomáticamente no muy elegante, 'reprochabilidad'. Es aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido...". Agrega más adelante que "el elemento constitutivo de la culpabilidad, que convierte una acción y una voluntad de acción en culpable, es solamente la reprochabilidad. Es el elemento nuevo decisivo que se agrega a la acción y le da la calidad de culpable".

Expresa este mismo autor (p. 153), que "el reproche de culpabilidad presupone, por lo tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que hubiera podido hacer un hombre cualquiera, en lugar del autor, sino, y muy concretamente, de que ese hombre, en esa situación, hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma".

Y anota Edmund Mezger (*"Derecho Penal"*, "Editorial Bibliográfica Argentina", traducción de la 6ª edición, 1955, publicada en 1958, p. 272), con respecto a la *"colisión de deberes que excluye la culpabilidad"*, lo siguiente: "En determinadas circunstancias no procede culpablemente quien, en el caso de una colisión de deberes, no actúa de acuerdo con el deber más alto o equivalente, sino de conformidad con el deber que le corresponde".

De consiguiente, atendido el conflicto de deberes que se presentaba para el señor Gobernador del Departamento del Huila, en el cual, de buena fe, consideró, como es apenas lógico, más imperioso el atañadero a la preservación del orden público, es del caso excluir la culpabilidad en los hechos de que se le sindica y los cuales, como se dejó dicho, por el aspecto meramente objetivo se acomodan al precepto del artículo 171 del Código Penal.

Su conducta no tuvo como móvil el daño a una persona o a una propiedad, sino el cumplimiento de algo que consideró indispensable al interés colectivo: garantizar el orden público.

Al entender el acusado que su intervención oficial para impedir el lanzamiento de que se ha hecho referencia era reclamada por el interés público, deja su comportamiento de ser *culpable*, esto es, *doloso*, sin que ello permita, en cambio, afirmar que sea jurídico.

El hecho penalmente delictuoso, se sabe, consiste en una conducta humana de acción u omisión, típicamente antijurídica y culpable. Sin culpabilidad no hay delito, así el comportamiento se acomode formalmente a una definición penal y sea contrario a derecho.

Ahora bien: El artículo 12 del Código Penal señala que "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas".

Y esta Sala, en auto de 23 de octubre de 1942 (G. J., t. LV, p. 77), dice que "la intención puede ser relativa a la producción de los efectos del hecho voluntario o a la conciencia que el autor tenga del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su acción". En fin, que el dolo es la orientación de la voluntad a un fin ilícito.

En el delito de Abuso de Autoridad, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto, que perjudique a una persona o a una propiedad.

Ante el conflicto de deberes en que actuó el procesado, de que se ha hecho ya mención, es dable admitir que no tuvo conciencia del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su conducta. Antes bien, estimó de buena fe, sin que su criterio ofrezca motivos válidos de rechazo, que en el encuentro del in-

terés privado con el interés público ocurrido en los hechos objeto de la averiguación, le correspondía intervenir oficialmente en favor de este último, luégo de suponer que la diligencia de lanzamiento aludida daba lugar a serias dificultades al Gobierno para mantener el orden público en el Departamento del Huila.

Dada, entonces, la ausencia de responsabilidad penal, por inexistencia de dolo en los hechos imputados al doctor José Domingo Liévano, es pertinente sobreseer definitivamente en su favor, con apoyo en lo previsto en el ordinal 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, sobresee definitivamente en favor del doctor José Domingo Liévano, con respecto a los cargos que le fueron hechos en este proceso como Gobernador del Departamento del Huila.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pisquindo León L., Secretario.

VIOLENCIA CARNAL

La sentencia condenatoria acusada no incurrió en nulidades supralegales ni en errores evidentes en la estimación probatoria. Cuáles son las nulidades constitucionales. Causal segunda de casación y su técnica.

1. Las nulidades constitucionales o supralegales que la doctrina de la Corte ha elaborado en materia criminal en amparo de las garantías y derechos de que da cuenta el artículo 26 de la Carta, no son precisamente las irregularidades de simple actuación procesal en el curso del sumario, y ni siquiera las nulidades de tipo legal, taxativamente señaladas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Aluden de modo esencial y particular el quebrantamiento por el Juez de normas y principios tutelares de la legitimidad del juicio y del derecho de defensa del acusado, intereses ambos puestos bajo el amparo de la Constitución Nacional.

2. Cuando se ataca la prueba de cargo, de fondo o circunstancialmente, con base en la causal segunda de casación, compete al impugnador demostrar el error del sentenciador. No se trata de enfrentar un criterio personal de apreciación sobre el caudal probatorio, con sentido unilateral de ordinario, a otro criterio. El error o desvío en materia de prueba debe ponerse en evidencia en forma razonada y lógica.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Contra la sentencia de 18 de julio de 1961, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, José Antonio Pinto Merchán, quien fue condenado, entre otros procesados, a la pena principal de treinta (30) meses de prisión y correspondientes accesorias, interpuso, por medio de su defensor, el recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito procede la Sala *a decidir*, agotados los trámites de rigor.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Dio origen a la investigación la denuncia presentada por la ofendida, primero ante la Alcaldía de Mongua (15 de noviembre de 1955) y posteriormente ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soganoso, diligencias que contienen un relato pormenorizado del delito de violencia carnal a que fue sometida el 13 del mes y año nombrados, y sobre cuyas circunstancias hace la vista del señor Fiscal del Tribunal, al pronunciarse sobre el auto de proceder (Fls. 103 y 104, Cuad. 1º) el siguiente relato:

"Cuentan los autos que los hechos sucedieron en el Municipio de Mongua, en la noche del trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco. La muchacha Dioselina Díaz, viajaba por la carretera que conduce de Soganoso a Mongua, cuando fue alcanzada por el camión conducido por Carlos Tapias, en él iba su dueño Epimenio Manosalva y el ayudante Salvador Medina. La muchacha exigió el favor de que la transportaran y fue atendida en la cabina. A eso de las siete de la noche estaban llegando a Mongua y como el camión llevaba como carga principal un cupo de cerveza, don Epimenio con sus ayudantes se procuparon de distribuirla en las tiendas de la localidad. Horas más tarde y cuando Dioselina esperaba a don Epime-

nio para aceptarle la posada que según ella le había ofrecido por el camino, llegó Juan de Jesús Manosalva, hijo de Epimenio, inició conversación con ella y con el pretexto de que su padre estaba ocupado, la invitó para su casa. Parece que a este momento fue cuando llegó José A. Pinto, primero pretextando estado de embriaguez y luégo aparentando ser autoridad. Lo cierto es que este sujeto con cualquier pretexto, llevó a la muchacha a parajes deshabitados, a donde también acudieron Juan Manosalva, Carlos Tapias, Víctor Montañez, Salvador Medina y Marco Fidel Angel y luégo de incidentes de no mucha importancia para relatar, la accedieron carnalmente por la fuerza, en el siguiente orden: primero, claro está, José Antonio Pinto, luégo Carlos Tapias, después Víctor Montañez, Manosalva, Salvador Medina y por último Marco Fidel Angel.

"La materialidad de la infracción perseguida, está demostrada así:

"1º El dictamen pericial, o mejor, el rendido por el señor médico legista de Sogamoso el diez y seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, es decir, tres días después de los hechos, refiere que Dioselina presenta su himen desgarrado sin cicatrizar y aún sangrante y además señales de fuerza y violencia.

"2º La exposición de la muchacha, recién pasados los hechos y su afirmación categórica de que para el acceso carnal acusado medió la violencia física.

"3º El dicho del sindicado Manosalva, quien no obstante de afirmar en principio que ese acceso carnal había sido consentido, a una pregunta del investigador sobre los responsables del delito, dijo: 'en ese caso el principal autor material es José Antonio Pinto porque fue él quien se *la llevó* y también la muchacha por no haber querido entrar para la casa mía a donde yo la llevaba y los que hicimos uso de ella fuimos Pinto, Carlos Tapias, Víctor Montañez, mi persona, Salvador Medina y Marco Fidel Angel '...' (Fl. 26 v.). El mismo sindicado, en la diligencia de careo (fl. 29) dice: '... Tampoco es cierto lo que dice que todos la agarrábamos y la teníamos en el momento de hacer uso de ella, pues *serían algunos los que la tuvieron* y no todos...' (Lo notable es de la Fiscalía).

"No cabe duda pues, de que Dioselina Díaz Pinto, fue accedida carnalmente en la noche del trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, mediante violencia física. Las manifestaciones de los sindicados hasta ahora oídos, Juan Manosalva y Carlos Tapias, de que la muchacha prestó su consentimiento, quedan desamparadas, con el dictamen médico legal sobre la existencia de serias manifestaciones de violencia".

Por providencia de 1º de agosto de 1956, el Juzgado del conocimiento, después de la debida ejecutoria de la que declaró cerrada la investigación, reseñó en juicio a José Antonio Pinto Merchán, Carlos A. Tapias, Salvador Medina, Víctor Manuel Montañez y a Marco Fidel Angel, "por el delito de violencia carnal en la persona de la menor Dioselina Díaz Pinto, hecho ocurrido en los alrededores de la población de Mongua en la noche del día trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, delito que define y castiga el Código Penal en el Título XII, Capítulo I, Libro 2º".

Antes de surtirse la apelación interpuesta contra el auto de proceder, recurso del cual desistió expresamente el defensor de los procesados Pinto y Tapias, el Juzgado dio curso al memorial que aparece a folios 93 (cuad. 1º), suscrito por la ofendida y los acusados Pinto Merchán y Tapias Tangua, cuyo texto expresa:

"...Nosotros Dioselina Díaz Pinto, mujer soltera, mayor de edad, vecina de Mongua, José Antonio Pinto Merchán y Carlos Tapias Tangua, la primera mayor de diez y ocho años, y los segundos mayores de edad y vecinos de Tangua, actualmente detenidos por su orden en las cárceles circuitales de Sogamoso, por el delito de violencia carnal, a usted respetuosamente manifestamos que desistimos expresa e incondicionalmente del denuncio en lo penal que la primera *sí* (sic) contra los dos últimos por el delito de violencia carnal, es decir por delitos contra el honor y la libertad, pues como nos arreglamos amigablemente le manifestamos al señor Juez, que desistimos expresa e incondicionalmente del denuncio, por haber recibido la primera o sea la agredida una suma de dinero de poder de los dos últimos, por lo cual le pedimos que dé por terminada la causa sumaria, y sea archivado el sumario..."

El Juzgado, por proveído de 10 de octubre de 1956, a pesar de reconocer que el desistimiento no era admisible "porque los sindicados eran seis y sólo se desistía en relación a dos" y porque "el detrimento de la virginidad no podía cambiarse por dinero", en razón de que la ofendida le manifestó al Juzgado (de esto no hay otra referencia que la contenida en el auto) "que en realidad Pinto y Tapias sí habían intentado violarla carnalmente esa noche, pero que por el estado de beodez en que se encontraban no habían sido capaces de consumar el acceso, es decir que ellos no la habían desflorado y que de seguro a los demás les había pasado lo mismo porque no había resultado embarazada..." optó, contra

derecho, en decretar la libertad incondicional de los acusados Pinto y Tapias, simplemente por lo que la ofendida expresó en el memorial de desistimiento en cuanto a la no consumación del delito. "Y si no lo consumaron —razona el Juzgado— no hay responsabilidad y no existiendo debe cesar su detención por este motivo".

Al desatarse la apelación del auto de proceder, tanto el fiscal colaborador como la Sala de Decisión, criticaron la resolución del Juzgado frente al llamado desistimiento, para concluir confirmando la vocación a juicio, con base en valedera prueba allegada al proceso en la etapa de instrucción.

Surtido el plenario de la causa, fue dictada la sentencia de primer grado (14 de noviembre de 1960), en la que se absolvió a los acusados en consideración de que no estaba demostrado en los autos la falta de consentimiento de la ofendida para los repetidos accesos carnales.

La sentencia del Tribunal, con todo acierto, revocó la del inferior para sancionar a los responsables en la forma ya indicada.

DEMANDA DE CASACION

Tres son las causales alegadas por el recurrente en su libelo de demanda, de cuyo estudio se ocupará la Sala por reunir las exigencias legales.

En el orden que previene el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, los motivos de impugnación son los señalados en los numerales 4º, 2º y 1º.

1º Alega, en primer término, que "la sentencia proferida por el honorable Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, fechada el 18 de julio del presente año (1961) se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional, puesto que al no aplicarse el inciso segundo del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, y al aplicarse indebidamente los artículos 365 y 433 de la misma obra, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional".

La supuesta violación de los artículos 365 y 433 consistió, en concepto del demandante, en que el emplazamiento de los procesados ordenado dentro del sumario por auto de 2 de febrero de 1956 (Fls. 66) no se rituó en debida forma, pues en cumplimiento de dicho proveído apenas se fijaron "edictos emplazatorios en lugares públicos de la Secretaría y se enviaron copias al Alcalde de Mongua para su fijación en lugares públicos, de los individuos arriba mencionados", según reza la constancia de folios 73, sin que haya certificación "de que se hubieran fijado los edictos en la población de Mongua y menos de que hubieran sido devueltos, con la constancia de su fijación, por el señor Alcalde de esa localidad".

"Esta falta de emplazamiento en legal forma, agrega la demanda, violó el artículo 26 de la Constitución, al impedir, con un cierre prematuro de la investigación, que mi defendido José Antonio Pinto Mechán se presentara oportunamente ante la autoridad a rendir su declaración indagatoria y se dictara el auto de proceder sin tener en cuenta este medio de defensa".

El otro soporte de la nulidad supralegal, por falta de aplicación del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, aparece de la siguiente argumentación del señor apoderado:

"Ordena el inciso segundo del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, que la diligencia de indagatoria debe practicarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquélla en que se hubiere verificado la captura o comparencia del procesado.

"Ya vimos que por auto de 21 de mayo de 1956 se declaró cerrada la investigación; con fecha 13 de julio del mismo año (folio 83 v.), se presentó voluntariamente ante el Juzgado mi defendido José Antonio Pinto Mechán, y el 13 de agosto del mismo año, después de haber transcurrido más de quince días sin recibir la indagatoria, se dictó el auto de proceder. Aún más, mi defendido permaneció a órdenes del Juzgado hasta el 11 de octubre del mismo año, fecha en que fue puesto en libertad, sin que se le hubiera recibido la declaración indagatoria.

"Al dictar el auto de proceder, hallándose detenido y a órdenes del Juzgado mi defendido, por más de quince días, se violó el inciso segundo del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal y, de consiguiente, el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que, se le llamó a juicio sin habérsele recibido indagatoria y hallándose detenido.

"Tanto el emplazamiento deficiente como la falta de recepción de indagatoria hallándose detenido, son nulidades constitucionales que repercuten en el cierre prematuro de la investigación y nulidad correspondiente".

2º A través de la causal segunda de casación, el recurrente acusa el fallo por dos aspectos, a saber:

a) Porque "no tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, el desistimiento presentado por la ofendida Dioselina Díaz Pinto y declaración, en lo pertinente, del señor Carlos A. Tapias, con lo cual se violaron por falta de aplicación, los artículos 102 y 321 del Código Penal".

Argumente el señor apoderado que la ofendida estaba en capacidad de desistir y que al hacerlo aceptaba, para los efectos de la última disposición citada, que era prostituta o mujer pública, concepto no incompatible con la virginidad de que gozaba la víctima antes de los repetidos atropellos sexuales a que fue sometida por los acusados.

b) El segundo cargo, más ajustado al contenido y alcance de la causal segunda, lo afianza el demandante en el error de atribuírles la sentencia un valor probatorio que no tienen "a las declaraciones de Juan de Jesús Manosalva y Carlos A. Tapias", y haberle desconocido el mérito que sí tiene a la versión de la ofendida rendida al folio 125. "Esto llevó al honorable Tribunal, dice el señor apoderado, a considerar probada una coacción moral y la violencia física que, lógicamente lo condujeron a aplicar indebidamente los artículos 316 y 317 del Código Penal, con la sentencia condenatoria a mi defendido".

De otro lado el recurrente cree encontrar en los testimonios de Manosalva y Tapias la prueba de que el acceso carnal cumplido entre Pinto y la Díaz fue un hecho voluntario y consentido, sin mediar violación física o moral.

3º La causal primera la refiere el impugnador a la indebida aplicación de los artículos 102, 316 y 321 del Código Penal, con fundamento en las mismas razones expuestas para sustentar la causal segunda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal, quien estima debe desecharse el recurso, refuta los cargos hechos por el actor a la sentencia del *ad quem* con argumentos jurídicamente apreciables y fundados en la realidad del proceso.

A los dos motivos de impugnación que la demanda contiene, basados en la causal cuarta, por supuesta nulidad constitucional, el Ministerio Público responde:

"Es cierto que el 21 de mayo se declaró cerrada la investigación (fl. 22) y que el auto de proceder es de fecha primero de agosto (f. 83), es decir, posterior al 13 de julio, día en que el sindicado Pinto Merchán se presentó ante la autoridad voluntariamente y se le notificó el auto de detención preventiva que aparece al folio 83 vuelto.

"Pero antes de realizarse todas estas actuaciones procesales y por lo que hace a lo previsto en los artículos 365 y 433 a que se refiere el demandante, se cumplieron estrictamente todas las exigencias impuestas por dichos textos legales (tales como la fijación del edicto y publicación de éste por medio de carteles de que tratan los folios 73, 75 y 76) siendo de advertir que no constituye requisito esencial, para los efectos de la declaratoria de reo ausente, mediante previo emplazamiento, el hecho de fijar el correspondiente edicto en lugar distinto de la sede del Juzgado del conocimiento, como tampoco es preciso que el mismo edicto, si se fija en otro u otros lugares, tenga que ser devuelto al Juzgado de origen, como lo pretende el demandante.

"Pero, de otra parte, cabe subrayar que por haberse presentado el sindicado y haber sido notificado legalmente del auto de detención preventiva, las diligencias relativas a su emplazamiento, ciertamente que sobraban, quedando vigentes las que tenían que ver con los demás sindicados declarados reos ausentes.

"Y en lo que dice referencia al artículo 365, debe aquí anotarse que la simple lectura de su texto, demuestra que la práctica de indagatoria no es indispensable para proseguir la investigación o el proceso, y su definitiva falta no impide que se profiera la sentencia, háyase o no capturado al responsable. Y si a tales cosas no se opone, mucho menos impide, como es obvio, que se declare cerrada la investigación.

"Por lo que atañe a la falta de aplicación del inciso 2º del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, que se denuncia en la demanda, este Despacho observa que la cuestión carece de significación, pues la circunstancia de que la indagatoria no se lleve a efecto dentro del plazo que la ley indica, vale decir, que ella *o sus ampliaciones* (arts. 347 y 359 del C. de P. P.) se efectúen después de transcurrido dicho término, no da lugar a que se configure nulidad de ninguna clase y mucho menos constituye violación del derecho de defensa del procesado. Cuando más, puede corresponder a una irregularidad, tal vez censurable, según sea que existan o no motivos especiales que expliquen esa demora.

"Lo anterior se afirma con base en lo ya comentado con respecto al artículo 365 del Código de Procedimiento Penal y con base también en lo adoctrinado sobre el particular por esa Superioridad, debiendo traerse a cuento la siguiente jurisprudencia citada por Ortega Torres en su compilación del Código mencionado, a continuación del citado artículo:

" 'La recepción de la indagatoria no es diligencia esencial del proceso, según lo enseña claramente el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal y lo ha sostenido la Corte, pues nadie está obligado a acusarse a sí mismo (arts. 25,

Const.; 192, C. P. y 225 a 228, C. de P. P.). La indagatoria tiende más bien a proporcionarle al culpado una manera de probar sus descargos o de ejercitar su derecho de defensa (art. 354, C. de P. P.)'. (Sentencia del 14 de mayo de 1947 *Gaceta Judicial*, Tomo 63, pág. 180)".

En cuanto a los planteamientos de error de hecho, propios de la causal segunda, dice el señor Procurador Delegado:

"El Juzgado del conocimiento dijo al folio 96 vuelto del cuaderno principal, con relación al desistimiento de que se habla, lo siguiente que comparte sin reservas esta Procuraduría:

'El día que presentaron el memorial transcrito los tres, la agredida y los presuntos responsables, se les hizo saber que no era posible decretar el desistimiento pedido porque los sindicados eran seis y solamente se desistía en relación a dos, Pinto Merchán y Tapias y que no podía dividirse la causa; aparte de que el detrimento de la virginidad no podía cambiarse por dinero'.

"Y el honorable Tribunal, al confirmar el llamamiento a juicio, expresó esto al folio 112, reproduciendo así la opinión de lo expuesto por su Fiscal colaborador, en la Vista respectiva:

'Como es sabido, el desistimiento en esta clase de delitos, no lleva a la evidencia, ni que los hechos no sucedieron, ni la inocencia de los sindicados'.

"De modo pues, que los juzgadores sí se pronunciaron sobre la inoperancia del sendodesistimiento hecho por la víctima, una campesina incapaz de discernir o entender las argucias jurídicas que son propias del memorial que firmó. Ese desistimiento, de por sí no es válido, como honestamente lo reconoció uno de los defensores, en el curso de las audiencias (fls. 136 y 138).

"En cuanto al hecho de que no se hubiera investigado 'la conducta, costumbres y honestidad de la ofendida', debe anotarse que esto es otra afirmación gratuita del recurrente, pues lo cierto es que leyendo las declaraciones de Alejandro Núñez Niño (fl. 62, cuad. 1º); Sara Pinto (fl. 62 vto., id.); Heliodoro Pérez (fl. 63 vto., id.); José M. Pinto P. (fl. 64 vto., id.); José Expedito Rojas (fl. 68 vto., id.) y Luis Alejandro Pinto (fl. 70, id.), no queda la menor duda sobre la corrección de la víctima y de su madre y hermanos, quienes habitaban todos juntos, separados eso sí de su padre, pero por otro lugar.

"Entre tales declaraciones se destacan las rendidas por Heliodoro Pérez y José M. Pinto P., quienes hablan del estado físico en que se encontraba Dioselina Díaz, cuando ante ellos se presentó en las primeras horas de la mañana del lunes catorce (14) de noviembre, habiéndose visto obligada a guardar cama como consecuencia del brutal atropello sexual de que fue objeto, todo lo cual contribuye a demostrar la defensa seria que hizo la muchacha de su libertad sexual, antes de ser reducida a la impotencia por los seis jayanes que la violaron.

"Esos mismos testigos ponen de manifiesto que lo declarado por el chofer sindicado, Tapias Rincón, no es más que una vulgaridad, muy propia del relajamiento moral de este individuo, por cuyo motivo no merece prestársele atención a su dicho.

"No tiene, pues, el menor fundamento legal, jurídico, o moral, este primer cargo hecho al tratar de la causal segunda.

"El segundo cargo o motivo, es enunciado de esta manera:

"'Por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se atribuyó un valor probatorio que no tienen a las declaraciones de Juan de Jesús Manosalva y Carlos A. Tapias, y se le negó el valor que tienen a la versión de la ofendida Dioselina Díaz rendida al folio 125. Esto llevó al honorable Tribunal a considerar probada una coacción moral y la violencia física que, lógicamente lo condujeron a aplicar indebidamente los artículos 316 y 317 del Código Penal, con la sentencia condenatoria a mi defendido'.

"Este personal parecer del actor, que es expuesto de conformidad a los fines que se propone en beneficio de su defendido, se contrapone indudablemente con el propio del honorable Tribunal, que se transcribe por aquél.

"Y para demostrar su aserto, el impugnador se apoya en una de las respuestas dadas por la perjudicada a una de las preguntas hechas por la defensa cuando aquélla fue sometida a careo con el acusado.

"'Al principio sí pensé pero después ya no' que Pinto Merchán era agente de la Policía, es lo que dice Dioselina Díaz, en vista de que en tal carácter se le había presentado el mismo Pinto, simulándole que pretendía amparala de sus violadores. Pero es claro que esa creencia inicial que tuvo la muchacha, que la llevó a confiar en Pinto hasta el punto de seguirlo más o menos voluntariamente al principio, siendo luégo llevada a la fuerza, como ella misma lo dice ('no me soltaba', son sus palabras), tenía que desaparecer al fin de cuentas. Sin embargo, para entonces fue tardía su suspicacia porque no le sirvió para evitarse el mal que le ocasionaron los acusados.

"Es decir, que el dicho de los sindicados Manosalva y Tapias Rincón, no desvirtúa en forma alguna lo manifestado por la víctima, quien, co-

me ya se dijo, fue siempre constante en sus acusaciones, no obstante que al ser interrogada por la defensa, se pretendió confundirla.

"Por lo demás, es el caso de observar que el señor demandante incurre al razonar en grave contradicción, pues unas veces pide que se le de crédito (en lo que le conviene) a la declaración de Tapias Rincón, y otras pretende que se desestime.

"Se le da término a esta segunda glosa hecha a la sentencia afirmando el actor que las lesiones que presentaba Dioselina Díaz no fueron causadas por Pinto Merchán, 'sino por las otras personas que hicieron uso carnal de ella'.

"Con respecto a esto se observa que nadie ha afirmado que *todas* las lesiones que presentaba la muchacha atropellada fueran causadas por el sujeto que en primer lugar abusó de ella y que fue Pinto Merchán. Tampoco se ha dicho quién o quiénes causaron estas o aquellas lesiones en la víctima, y por eso mismo se explica que la condenación de los acusados se hiciera considerándolos a todos coautores y no cómplices o auxiliares a algunos de ellos".

Por último, la invocación de la causal primera, no tiene para el representante fiscal contenido alguno, "sino que constituye una repetición de los temas ya tratados por el demandante" al pretender sustentar la nulidad del juicio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Las nulidades constitucionales o supralegales que la doctrina de la Corte ha elaborado en materia criminal, en amparo de las garantías y derechos de que da cuenta el artículo 26 de la Carta, no son precisamente las irregularidades de simple actuación procesal en el curso del sumario, y ni siquiera las nulidades de tipo legal, taxativamente señaladas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Aluden de modo esencial y particular al quebrantamiento por el juez de normas y principios tutelares de la legitimidad del juicio y del derecho de defensa del acusado, intereses ambos puestos bajo el amparo de la Constitución Nacional.

Pretender, como lo hace el recurrente, que en el caso de autos se incurrió en nulidad supralegal porque se aplicaron indebidamente los artículos 865 y 433 del Código de Procedimiento Penal y porque no se dio cumplimiento al inciso segundo del artículo 346 ibídem, no pasa de ser una gratuita afirmación o un mal entendimiento de los textos invocados.

Es obvio que la última disposición previene que la declaración indagatoria "se llevará a efecto dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que se hubiere verificado la captura o comparecencia del procesado, pero tal ordenamiento presupone que el sindicado ha sido aprehendido por las autoridades o que ante éstas se ha presentado para el efecto.

"La indagatoria del procesado que no fuere posible encontrar", cuando se llenan los trámites a que hace referencia el artículo 433, no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito de éste (artículo 364), y bien claro aparece en el caso *sub judice* que José Pinto Merchán fue emplazado por edicto que permaneció fijado durante veinte días en la Secretaría del Juzgado, como lo reconoce el demandante, y que del edicto "se enviaron copias al Alcalde de Mongua para su fijación en lugares públicos" (fls. 73). Si la certificación no expresa que efectivamente fueron fijados "y menos de que hubieran sido devueltos", no de ahí cabe deducir que se incumplió la ritualidad exigida por el acotado artículo 433 (inciso 2º).

Fue, pues, el procesado, sometido al emplazamiento para efectos de la indagatoria, y ninguna facultad de defensa le fue acortada por no rendirla en el curso de la investigación, cuya clausura podía perfectamente decretar el juez del conocimiento.

2ª Es un hecho cierto (fls. 83 vto., cuaderno 1º) que el acusado Pinto Merchán, con fecha 13 de julio de 1956, se presentó al Juzgado "voluntariamente y manifestó que le fuera retirada del país la orden de captura que contra él y otros hay", y que en dicha oportunidad el Secretario "le notificó el auto de detención de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco". Luego si contra el procesado había ya auto de detención preventiva y la investigación estaba cerrada, no se ve cómo el señor apoderado habla de violación del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal.

3ª Proferido el llamamiento a juicio (agosto primero de mil novecientos cincuenta y seis) y confirmado por el Superior, dentro del término legal de pruebas, se recibió indagatoria al acusado, a petición de la defensa, y del mismo modo se llevaron a término otras diligencias del plenario. Era ésta la oportunidad de oírlo, pues la presentación suya al Juzgado ocurrió cuando estaba ejecutoriado el auto de cierre de la investigación.

No se descubre en este proceder del Juzgado violación del artículo 26 de la Constitución, y sí un exacto sometimiento de la actuación a los mandatos del Código de Procedimiento Penal.

4ª En lo que toca con los cargos fundados en la causal segunda, puede argüirse:

a) El desistimiento de la parte agraviada, cuyo texto quedó consignado en esta providencia, no tiene jurídica y legalmente mérito para dar aplicación al artículo 102 del Código Penal.

Haber desistido "por haber recibido la primera o sea la agredida una suma de dinero de poder de los dos últimos (Pinto Merchán y Tapias Tangua)" no transforma un ilícito (violencia carnal) de obligada investigación oficiosa, en delito que requiera querella de parte, ni tiene la virtud de convertir a la ofendida en prostituta o mujer pública, condición demandada por el artículo 321 del Código Penal para que haya lugar a querella o petición de parte en infracciones contra la libertad y el honor sexuales.

Mal puede ser prostituta o mujer pública quien resulta desflorada, según el dictamen médico legal, por razón y con ocasión de los hechos a que el proceso se contrae. Y al suponer gratuitamente que a pesar de su virginidad no era de vida honesta, a nada conduce, porque una cosa es ser prostituta o mujer pública, que presupone el trato carnal como comercio o profesión, y otra atribuírle a la persona falta de honestidad o de extremo pundonor, aunque por lo que a Dioselina Díaz se refiere la situación que quiere explotarse es improcedente, como que el proceso da cuenta de su buena conducta y pulcritud.

Si el Juzgado del conocimiento, erróneamente desde luego, tomó el mentado desistimiento como una declaración de la ofendida para argumentar que no se había cometido el delito de violencia carnal, el auto que dispuso libertar a Pinto y Tapias, expresamente declaró que no era admisible la solicitud.

Cabría agregar que la acusación contra la sentencia por este aspecto, de tener alguna consistencia y revestir seriedad, no podría técnicamente debatirse a través de la causal segunda, cuya función frente a las normas que rigen el recurso extraordinario de casación, es confrontar el error de hecho por parte del sentenciador.

b) No ha demostrado el demandante que el Tribunal haya atribuído un valor probatorio que no tienen a las declaraciones de Juan de Jesús Manosalva y Carlos A. Tapias, y que a la vez hubiera desconocido el mérito de la versión dada por la ofendida a folio 125 (diligencia de careo entre el procesado Pinto Merchán y Dioselina Díaz), pues dentro de un análisis amplio y sereno de todos los elementos de juicio, lo que resulta evidente es que el Tribunal, con el arbitrio que la ley reconoce a los jueces de derecho, halló sobrados fundamentos para la condenación.

Cuando se ataca la prueba de cargo, de fondo o circunstancialmente, con base en la causal segunda, compete al impugnador demostrar el error del sentenciador. No se trata, lo ha dicho y repetido esta Sala, de enfrentar un criterio personal de apreciación sobre el caudal probatorio, con sentido unilateral de ordinario, a otro criterio. El error o desvío en materia de prueba debe ponerse en evidencia en forma razonada y lógica. Las declaraciones a que se alude y que se dicen indebidamente apreciadas, son exposiciones de dos de los encausados, que han pretendido oscurecer los hechos y enmarañarlos con el manifiesto propósito de asegurar la impunidad para algunos de los comprometidos en el grave delito. Y lo que la ofendida ha dicho en sus declaraciones, propiamente tales y en la diligencia de careo, está indicando a las claras cómo contra su voluntad, bajo amenaza y con el natural pánico que impone la pluralidad de delincuentes, fue sometida por todos ellos al acceso carnal.

No cabría, entonces, dar por bien invocada la causal segunda en este punto, por falta de demostración del cargo.

5º El error de derecho (causal primera) no requiere examen por parte de la Sala. No la invoca el recurrente como consecuencia de la indebida apreciación de los hechos, pero la sustenta con las mismas argumentaciones expuestas, referidas a los artículos 102, 316 y 321 del Código Penal, por la no aceptación del desistimiento.

No estando demostrados los cargos, según lo dicho en esta providencia, compete a la Corte dar aplicación al artículo 562 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásques A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.

En relación con el sorteo y reemplazo de jurados de conciencia. Nulidades legales y nulidades supralegales. Oportunidad de pedir y practicar pruebas en los procesos penales.

1. Conforme a uno de los cargos que hace la demanda de casación, pretende elevarse al carácter de nulidad constitucional el reemplazo supuestamente ilegal de uno de los jurados, cuando la verdad es que de esa materia se ocupa el ordinal 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, para disciplinarla apenas como modesta nulidad legal, por cierto en la condición de relativa, puesto que desaparece si no se hace oportunamente el reclamo del caso.

2. Las pruebas, de acuerdo con las normas que gobiernan el proceso penal, deben solicitarse y, si es el caso, ordenarse y practicarse, en primer lugar, en la etapa del sumario, luégo en el término señalado al efecto dentro del juicio y, por último, según lo dispuesto en el artículo 473 del Código Penal, con dos días de anticipación a la audiencia a fin de que se lleven a cabo en el curso de ésta. Sólo en esas oportunidades, absolutamente determinadas, las partes disponen de facultad legal para formular peticiones de la naturaleza indicada y, por tanto, pueden exigir, con justificado derecho, que haya expreso pronunciamiento en torno a las pruebas objeto de la solicitud.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 11 de julio del año pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó al señor Abraham Fernández Ramírez, como responsable del delito de homicidio en el señor Manuel Salvador Correa, a la pena de quince (15) años de presidio y accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION

En la tarde del 24 de agosto de 1958 el señor Abraham Fernández Ramírez, dentro de la casa de la señora Carmen Ladino, ubicada en el barrio de tolerancia de la ciudad de Santuario, en el Departamento de Caldas, dio muerte de varias cuchilladas al señor Manuel Salvador Correa.

De estos hechos conoció el Juzgado 1º Superior de Pereira, el cual, en auto del 25 de noviembre del mismo año de su consumación, entendiéndolos como constitutivos del delito de homicidio en la modalidad de asesinato, llamó a juicio a su autor señor Fernández Ramírez, medida que al ser apelada, la confirmó el Tribunal de la predicha ciudad en su providencia del 28 de octubre de 1959.

El sorteo del jurado que debía decidir de la responsabilidad de Fernández Ramírez se llevó a cabo, conforme auto del 8 de febrero de 1960, el 15 del mismo mes, y quedó integrado, entre otros, con el señor Jesús Vélez, quien fue sustituído, en orden a lo dispuesto en el auto del 3 de mayo del mismo año, por el señor Antonio Martínez Arias, de acuerdo con diligencia de sorteo parcial que tuvo cumplimiento el 10. Ese jurado en donde se reemplazó, además, otro de sus integrantes, cumplió su misión en la vista pública de la causa, celebrada el 26 del dicho mayo, acto en el cual, por mayoría, emitió veredicto así: "Sí lo mató, pero no es responsable

porque obró en legítima defensa subjetiva de la vida". Ese veredicto lo declaró el Juzgado contrario a la evidencia de los hechos en auto del 10 de junio, determinación que el Tribunal de Pereira confirmó en el suyo del 23 de septiembre del año a que se alude.

El sorteo del nuevo jurado, de acuerdo con auto del 6 de octubre, se llevó a término en diligencia del 11 del mismo mes, y quedó integrado por los señores Alfonso López A., Germán Restrepo D. y Emilio Rendón B. Ese jurado, en la audiencia en que le tocó actuar, celebrada el 26 del mes citado, emitió veredicto, por unanimidad, así: "Sí es responsable". En presencia de este veredicto de plena responsabilidad del procesado con respecto al homicidio en la modalidad de asesinato que le fue planteado al jurado, el defensor rápidamente solicitó del Juzgado declarara nulo lo actuado a partir del auto en que se dispuso reemplazar al jurado señor Jesús Vélez. A ese efecto adujo las siguientes razones:

"1º Consta en el expediente al folio 69 vuelto la elección de jurados de conciencia, los cuales debieron intervenir en la primera audiencia pública, habiendo sido sorteados en febrero 15 del presente año, los señores Jesús Isaza, Guillermo Alvarez y Jesús Vélez, a quienes al folio 69 vuelto se les notificó dicho nombramiento.

"Al folio 72 vuelto el señor Jesús Isaza fue reemplazado ya que dijo no residir en esta ciudad, habiendo sido electo el señor Lisandro Cardona y luego de notificados ya el jurado completo se fijó por el Juzgado fecha para la audiencia pública, habiéndose fijado fecha para el 7 de abril del presente año, la cual por demás no se realizó tal como consta en el informe. A consecuencia de ello se fijó nueva fecha, habiéndose elegido el 22 de abril del presente año, pero tampoco se realizó por la ausencia del jurado Jesús Vélez, quien por demás fue multado como lo exige la ley en estos casos con la suma de cien pesos a favor del Tesoro Nacional (fl. 78 fte.).

"2º Después de todas estas incidencias, el señor Secretario informa al señor Juez, (fl. 79 fte.) que la audiencia no se verificó por la causa anterior, y fue así, como irregularmente el señor Jesús Vélez fue reemplazado, pues ha debido fijarse nueva fecha la celebración del juicio, lo que claramente indica que quien debía intervenir en él era el señor Jesús Vélez y no el señor Antonio Martínez, y aunque el fallo favoreció a mi defendido en esta vista pública, ello no me inhibe para solicitar la nulidad de la actuación vistas las consideraciones y el rumbo que habrá de tomar el proceso con la condena hecha ahora por el nuevo jurado popular. Afirmo entonces que contra la norma constitucional se siguió un procedimiento viciado de nulidad".

Sostuvo, además, el señor defensor que concurría otra nulidad, referida al segundo jurado, de acuerdo con las razones que se copian:

"4º Fijada la fecha para ese nuevo sorteo, salieron electos los señores Alfonso López A., Germán Restrepo y Emilio Rendón, quienes después de estar notificados fueron citados para la nueva vista pública, y quienes después de oír a las partes contestaron afirmativamente el cuestionario propuesto.

"5º Pero estimo señor Juez, que aquí se ha presentado otra nulidad igualmente de carácter constitucional, ya que no sabemos si se citó al verdadero jurado que responde al nombre de Alfonso López A., pues con la prueba que le acompaño le demuestro que en la ciudad existen otros ciudadanos que se llaman igualmente Alfonso López A., lo que claramente quiere decir que mi defendido no fue juzgado por quien debía actuar en la última audiencia, con violación no solamente de la ley que exije imparcialidad, sino de la misma Constitución Nacional.

"Porque si existen dos o más personas que llevan el mismo nombre, ¿cómo es posible creer señor Juez, que el señor Alfonso López sí era el llamado a presidir este último jurado popular? ¿Y por qué no se notificó más bien al señor Alfonso López A., quien tiene su negocio central en la ciudad y es persona tan honorable como la anterior?

El Juzgado, mediante auto del 7 de noviembre, negó la declaratoria de estas dos nulidades que se le adujeron, determinación que, apelada, la confirmó el Tribunal en su providencia del 22 de marzo del año pasado.

De manera que el Juzgado, con fundamento en el veredicto del segundo jurado, en sentencia del 10 de abril del año pasado, condenó a Fernández Ramírez a la pena de quince años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal de Pereira confirmó en el suyo del predicho 11 de julio.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente Fernández Ramírez, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ordinales 4º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Con apoyo en aquélla formula al fallo acusado los siguientes específicos cargos:

a) La sentencia es violatoria de la ley procedimental en fuerza de haberse proferido en un juicio "viciado de nulidad" por quebrantamiento "del artículo 26 de la Constitución Nacional".

En la fundamentación de este cargo se plantea de nuevo el tema, debatido en las instancias, con relación al jurado de nombre Alfonso López A., para sostener, como en aquéllas, que como en Pereira existen dos personas más del mismo nombre y apellido, no se sabe si el Jurado elegido para juzgar a Fernández Ramírez "fue el señor Alfonso López Alzate, o el señor Alfonso López Arias, o el señor Alfonso López simplemente", hecho que hace surgir "en forma nítida la nulidad constitucional, prevista en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto que en el juzgamiento del señor Abraham Fernández Ramírez no se observaron la 'plenitud de formas propias de cada juicio', esto es, que no hubiera lugar a duda en cuanto al verdadero ciudadano que resultó elegido para el cargo de jurado de conciencia";

b) El reemplazo del señor Jesús Vélez, sorteado para integrar el primer jurado, por el señor Lisandro Cardona, fue ilegal y "quebrantó el sistema procesal" hasta el punto de incidir "en el quebrantamiento del artículo 26 de dc la Constitución Nacional", y

c) El derecho de defensa, con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, "fue desconocido por el Tribunal Superior al no resolver el memorial presentado por el propio sindicado visible a folios 56 del primer cuaderno, en que solicitaba la práctica de pruebas, especialmente la diligencia de reconstrucción de los hechos".

La causal 1ª, aducida como subsidiaria de la 4ª, se sustenta en la consideración de que las "fallas procedimentales" que viciaron el procedimiento y cuyo planteamiento se dejó reseñado, tienen "proyecciones en la ley penal sustantiva" la cual, en esta suerte, resulta quebrantada en sus artículos 362 y 363 del Código Penal por "indebida aplicación".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en el concepto de respuesta a la demanda de casación, hace un cuidadoso estudio de ella en orden a las dos causales que se invocan y de este modo concluye en que ninguna prospera, por cuya razón solicita se deseche el recurso.

SE CONSIDERA:

Se transcribieron atrás los términos en que fue propuesta, dentro de la instancias, la nulidad que de nuevo se plantea como base para la formulación del primer cargo, que con apoyo en la causal 4ª, se hace al fallo acusado y cuya reseña se recogió en el literal a) de esta providencia. Importa ahora reproducir las razones en que se fundó el Juzgado de conocimiento para negar la declaratoria de esa nulidad y, de otra parte, las que adujo el Tribunal para confirmar esa determinación. Las del Juzgado aparecen condensadas en los siguientes apartes del respectivo auto:

"El 11 de octubre del presente año se verificó el sorteo general de los jurados que debían de actuar en la segunda audiencia. Por el suscrito Juez se extrajeron las 3 fichas correspondientes, entre las cuales salió la número ciento once (111), que confrontada con la lista elaborada por el honorable Tribunal Superior, corresponde al siguiente nombre: "López A. Alfonso", persona, que en la misma lista, tiene la siguiente dirección: Calle 25 número 6-34... En la lista de Jurados y bajo el número 111 se encuentra el nombre: Alfonso López A., apenas con la inicial del segundo apellido, mas no el segundo apellido completo. Pero la elección del jurado se le notificó precisamente al "Alfonso López A." que está indicando el honorable Tribunal Superior, por la dirección de su casa. "Alfonso López A." que tiene su residencia en la calle 25 número 6-34, fue el que salió electo y el que como Jurado actuó en la causa. Y a no dudarlo, este ciudadano, el que vive en aquella dirección, fue el que inscribió el honorable Tribunal en la lista correspondiente, explicando su dirección para que no se confundiera con otra persona que llevara el mismo nombre y apellido. El Juzgado se guió pues, por la lista del Tribunal".

Estas razones, cuya solidez es absoluta, las acogió el Tribunal en el auto mediante el cual confirmó la determinación del inferior, donde expuso, además las siguientes:

"En la providencia ahora recurrida destaca el *a quo* el hecho de que en la lista de Jurados que el Tribunal elaboró, aparece la dirección del señor Alfonso López A., dirección en la cual fue hallado un señor de ese nombre, fue notificado de la elección, intervino en la vista pública y dio su veredicto, luego no podía ser otro que el que figura en dicha lista y salió elegido a la suerte.

"La copia de la providencia del Tribunal allegada al proceso por el recurrente, en vez de sustentar sus pretensiones, sirve para darle la razón a la providencia en alzada, porque es lógico

que si en la lista de jurados aparece la dirección del jurado electo y se le localiza precisamente en la allí indicada, no hay duda alguna acerca de la identidad del elegido.

"Lo anterior significa que el auto en alzada es inobjetable, pues está ajustado a derecho y a la realidad procesal".

Las razones que se dejan reproducidas, tomándolas de las dos providencias de instancia, hacen ver, con la más absoluta sencillez, que la tesis de nulidad, por el aspecto a que ellas se refieren, carece del más mínimo asidero, lo que indica que el cargo reseñado en el literal a) no puede prosperar.

En el planteamiento del cargo relacionado en el literal b), con base sólo en un enunciado caprichoso, se eleva al carácter de nulidad constitucional el reemplazo ilegal de un jurado, cuando la verdad es que de esa materia se ocupa el ordinal 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, para disciplinarla apenas como modesta nulidad legal, por cierto en la condición de relativa, puesto que desaparece si no se hace el reclamo del caso "en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes", fenómeno que fue el que ocurrió en el evento de autos en orden a que no se reclamó el reemplazo del señor Jesús Vélez en el acto del sorteo del señor Lisandro Cardona con aquel objetivo, ni dentro de los cinco días siguientes a ese sorteo. Por lo demás, el reemplazo del señor Vélez se impuso como una necesidad encaminada a tutelar el derecho del procesado a que se le definiera su situación jurídica, según se explica en el auto de que se valió el Juzgado de instancia para negar la declaratoria de nulidad que, por ese aspecto, también se le solicitó. Aparece allí, en efecto, lo siguiente:

"Sobre ese primer problema planteado por la defensa a raíz de ese sorteo parcial, es evidente que mediante sorteo general de jurados, verificado una vez vencido el término probatorio de la causa, folios 69, salió electo, entre otros, el doctor Jesús Vélez, quien recibió notificación personal de su elección. En auto de folios 77 se señaló fecha y hora para la celebración del juicio público, y todos los jurados, incluso el doctor Vélez, recibieron notificación personal de ese auto, pero el citado doctor Vélez, amén de la notificación que suscribió, no compareció el día en que debía iniciarse la audiencia. De allí la resolución de folio 78, en virtud de la cual se le declaró incurso en multa de cien pesos, por violación del Decreto número 242 de 1951, y vino entonces la constancia de la Secretaría de folios 79 frente, en donde, con conocimiento de causa, se hizo relievar la desidia, la negligencia, el poco interés del dicho jurado en actuar en estos actos judiciales como Juez de hecho; además, muy difícil de localizarlo, en su oficina se lo negaban al empleado del Juzgado, y en fin, por todos los medios posibles trataba de eludir cualquier notificación. En consecuencia, esa actitud de dicho jurado, innegablemente desembocaba en graves perjuicios para el reo, porque entonces quedaba indefinida, pudiera decirse, la realización del juicio público".

El cargo reseñado en el literal b), correspondiente al segundo de los tres que se formulan al fallo acusado con fundamento en la causal 4ª, tampoco puede prosperar.

El procesado, en la misma fecha en que el expediente se remitió al Tribunal para que se surtiera el recurso de apelación que interpuso su defensor contra el auto de proceder, dirigió al Juzgado un memorial en el que solicitó se le ampliara su indagatoria, se le sometiera a careo con todos los testigos "que existen en el proceso declarando a mi contra" y se practicara la diligencia de reconstrucción de los sucesos, el cual, en vista del hecho anotado, se envió a la predicha entidad, donde, en acto de Secretaría, lo único que se hizo fue agregarlo a los autos, lo que tanto quiere decir que nada se resolvió en orden a lo allí expresado, circunstancia que en el planteamiento del cargo reseñado en el literal c) se toma como fundamento para sostener que, con violación del artículo 26 de la Carta, se desconoció el derecho de defensa del acusado.

Las pruebas, de acuerdo con las normas que gobiernan el proceso penal, deben solicitarse y, si es el caso, ordenarse y practicarse, en primer término, en la etapa del sumario, y luégo en el término señalado al efecto dentro del juicio y, por último, según lo dispuesto en el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, con dos días de anticipación a la audiencia a fin de que se lleven a cabo en el curso de ésta. Sólo en esas oportunidades, absolutamente determinadas, las partes disponen de facultad legal para formular peticiones de la naturaleza indicada y, por lo tanto, pueden exigir, con justificado derecho, que haya expreso pronunciamiento en torno a las pruebas objeto de la solicitud.

El memorial de pruebas del procesado Fernández Ramírez se introdujo, como quedó advertido, cuando se surtía y comenzaba a tramitarse el recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder. En estas condiciones bien fácil se comprende que el hecho de que el Tribunal nada hubiera resuelto con respecto a ese escrito, en modo alguno pudo afectar los derechos de defensa, propios del acusado y garantizados en el artículo 26 de la Constitución Nacional. El

cargo del literal c), formulado con apoyo en la causal 4ª, carece, por consiguiente, de fundamento.

La causal 1ª, aducida como subsidiaria de la 4ª, según se anotó, se sustenta haciéndola depender del éxito que pueda tener esa causal 4ª, la cual de acuerdo con las razones expuestas, no prospera y entonces, lógicamente, tampoco puede prosperar la otra.

En virtud de las razones consignadas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 11 de julio del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira respecto del procesado Abraham Fernández Ramírez y de que se hace expreso mérito en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS.

Entre la jurisdicción ordinaria y la castrense frente al delito de rebelión. La competencia, cuestión de orden público. Principios que rigen el proceso penal. Rebelión y conexidad de delitos. Estructuración legal del delito de rebelión.

1. Aunque es de toda evidencia que el Código de Justicia Penal Militar (artículo 121) define y sanciona el delito de rebelión en iguales términos que lo hizo el Código ordinario de las penas (artículo 199), no es cierto que aquél haya derogado las previsiones de la ley común al respecto, pues la jurisdicción castrense con relación a los particulares sólo se extiende a los delitos previstos especialmente para ellos en el Código de Justicia Penal Militar (artículo 307, ordinal 6º).

2. La jurisdicción y competencia para el juzgamiento de los delitos son cuestiones de orden público inmanentes al orden institucional del cual derivan y que la ley reglamenta u organiza con sujeción a los preceptos constitucionales, sin que le sea dado excederlos o violarlos.

3. Si la Carta Fundamental previó la separación de las ramas del poder público, garantizó la igualdad de las personas ante la ley, consagró las garantías individuales en materia de juzgamiento, y si, por último, constriñó el fuero castrense a los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (artículo 170), resulta claro que los particulares no pueden ser sometidos a procedimientos de excepción, y menos por hechos que la ley penal ordinaria ha previsto como delitos y asignado su competencia a funcionarios propios de la rama jurisdiccional.

4. El delito de rebelión, clasificado por la doctrina penal como de tipo esencial y típicamente político, cuando es cometido por particulares se integra como una entidad compleja, en la cual quedan subsumidas toda suerte de infracciones, lo que determina en derecho la imposibilidad del concurso formal o material de delitos y, en consecuencia, de la conexidad, salvo los eventos indicados en el artículo 141 del Código Penal.

5. No obstante las vaguedades e incongruencias manifiestas del Decreto 250 de 1958, en especial en aquellos artículos que tocan con la jurisdicción y competencia, la Corte entiende que la normación sobre el particular tiene que amoldarse a dos preceptos constitucionales fundamentales, cuales son: el que establece un específico y limitado fuero castrense y el que consagra para la relación procesal penal las garantías de la persona humana.

6. Ser posterior el Código de Justicia Penal Militar y haber previsto en sus disposiciones los delitos de rebelión, que el legislador estructuró antes en el Código Penal, no significa la tácita derogación de éste en la materia, sino la previsión en la propia órbita de los delitos militares del mismo evento criminal para ser juzgados cuando lo cometen personas susceptibles de ser procesadas, en razón de su calidad, por los trámites y con aplicación del Código de Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procedente del Comando de la Séptima Brigada, radicado en Villavicencio, Departamento del

Meta, ha llegado a la Corte —Sala Penal— "el proceso adelantado contra los particulares Tulio Bayer Jaramillo, Rosendo Colmenares, Flavio Barney, Julio Calderón Barney y otros, por los delitos de rebelión, homicidio, lesiones personales, porte ilegal de armas y otros" (Fls. 1 del Cuad. 9), a efecto de que esta Corporación dirima la colisión de competencias positiva, suscitada entre el aludido Comando y el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, según los proveídos de 26 de abril y siete de mayo último, incorporados al cuaderno número 8 del informativo.

Compete a la Corte dirimir el incidente de acuerdo con los artículos 42 (ordinal 4º) del Código de Procedimiento Penal y 320 (atribución 7ª) del Código de Justicia Penal Militar.

ORIGEN Y FUNDAMENTOS DEL INCIDENTE

1. A solicitud del doctor Guillermo León Linares, apoderado del doctor Tulio Bayer Jaramillo, el Juzgado Segundo Superior de Villavicencio, en armonía con el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, provocó mediante providencia de 26 de abril competencia de orden positivo al Comando de la Séptima Brigada del Ejército Nacional para conocer del negocio de la referencia, en estos términos:

"1º Declárase que el conocimiento del proceso que por el delito de 'rebelión', cometido en territorio del Vichada de la comprensión de este Distrito Judicial, se adelanta contra el doctor Tulio Bayer Jaramillo y otros, por el Comando de la Séptima Brigada del Ejército Nacional, con sede en esta ciudad, corresponde a este Despacho, por haberle correspondido en reparto el memorial que se resuelve, y por las razones contenidas en el cuerpo de esta providencia.

"2º En consecuencia, solicítese del señor Comandante de la Séptima Brigada, el inmediato envío a este Despacho del proceso a que se ha hecho mención, poniendo al detenido o detenidos que en razón de él existan, a órdenes de este Despacho.

"3º Para el caso de negativa por parte del señor Comandante de la 7ª Brigada a acceder al envío a que se refiere la resolución anterior, *provócasele colisión positiva de competencias* en torno al proceso mencionado..."

El comando, por auto de 7 de mayo, previas las consideraciones que estimó oportunas para refutar los planteamientos del juez ordinario, resolvió:

"1º Declarar que sí es competente para conocer del proceso. Y en consecuencia, negar el pedimento del señor Juez Segundo Superior de este Distrito Judicial de enviar a ese Despacho el expediente.

"2º Dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 400 del Código de Justicia Penal Militar ya citado y ordenar que el expediente sea remitido original a la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia para que se sirva dirimir la colisión planteada..."

2. Para fundar su competencia en el caso a estudio, el juez ordinario desarrolla dos aspectos del problema jurisdiccional, uno atinente a las normas generales sobre la materia, y otro, a aquéllas "excepcionales que rigen cuando el país se halla en estado de guerra externa, conmoción interior o turbación del orden público".

La cuestión en el orden general la desenvuelve el auto del Juzgado Superior con base en la organización constitucional del Estado colombiano y teniendo en cuenta los principios que fundamentalmente la informan.

Si "los poderes públicos" han de ejercerse en los términos que la Constitución establece (artículo 2º) y si, por otra parte, "El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas" como ramas del Poder Público en su sentido unitario (artículo 55), al razonar el Juzgado en torno al alcance de otros textos de la Carta (artículos 58 y 147 a 165), necesariamente encuentra que, con las excepciones a que hay lugar, la administración de justicia la ejercen las autoridades a que se refiere el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal.

3. En cuanto al fuero militar, estatuído por la Carta en su artículo 170, el funcionario que provocó la competencia, dice "que se justifica plenamente, en las circunstancias de personas, modo y lugar establecidos en la misma norma", restringida a los militares en servicio activo.

4. Ya en relación con el caso concreto y viabilidad del incidente de colisión provocado a la justicia castrense, conviene transcribir los fundamentos que a su providencia da el señor Juez Superior, omisión hecha del factor territorial que no es susceptible de discusión:

"En el caso de autos, dice el memorialista que se trata de un delito de 'rebelión' del que se sindica al médico Tulio Bayer Jaramillo. El Juzgado tiene conocimiento de que se sindica de ese delito no solo al doctor Bayer sino también a otras personas. Como que el delito de 'rebelión' no lo podría cometer una sola persona.

"El artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar establece:

"'La jurisdicción penal militar conoce: 1º De los delitos definidos y sancionados en el presente Código;

"'2º 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, turbación del orden público o conmoción interior;

"'3º De los delitos establecidos en este Código o en leyes comunes, cuando se cometan en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la armada o de aeronaves militares colombianas o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República'.

"Y el artículo 121 de la misma obra define y sanciona el delito militar de rebelión en los siguientes términos:

"'Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar el Gobierno Nacional legalmente constituído o para cambiar o suspender en todo o en parte el Régimen Constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos u órganos de la Soberanía, incurrirán en prisión de dos a cinco años y en multa de mil a cinco mil pesos. Los que simplemente tomen parte en la rebelión como empleados de ella con mando o jurisdicción militar, política o judicial quedarán sujetos a las sanciones indicadas en el inciso anterior disminuídas de una tercera parte a la mitad. Los demás comprometidos en la rebelión incurrirán en las sanciones del inciso primero disminuídas hasta en dos terceras partes'.

"Por su parte el Código Penal en el Título II del libro II y entre los delitos 'contra el régimen constitucional y contra la seguridad del estado' en el Capítulo I, trata del delito de rebelión el que tipifica en el artículo 139 con las mismas palabras que usa el Código de Justicia Penal Militar ya que éste fue copiado literalmente de aquél. Lo único que cambia es la pena imponible, ciertamente y con sobrada razón más benigna en el caso de rebelión política.

"Entonces tenemos: Tanto el Código Penal como el de justicia penal militar tipifica el delito de rebelión y exactamente con las mismas palabras.

"La pregunta obvia es ¿quiénes cometen uno y quiénes cometen el otro? La respuesta también obvia y sacada de las premisas sentadas en la primera parte de esta providencia; los militares en servicio activo cometen el delito de rebelión militar y los civiles el contemplado en el Código Penal. —Esto como principio general el que luego se complementará al estudiar la competencia por razón de las personas. Sobre este tópico volveremos, pues, al estudiar el tercer elemento que sirve para fijar la competencia en un negocio determinado.

"POR RAZON DE LA PERSONA:

"El tercer elemento que sirve para fijar la competencia en cabeza de un Juez determinado es la persona sindicada de la infracción de la norma penal.

"El espíritu democrático que predomina en nuestra legislación consagra el principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, la misma Constitución Nacional establece la excepción al otorgar al Senado de la República el que de por sí pertenece a la Rama Legislativa del Poder Público las funciones de Juez (art. 96) en determinados casos y para determinadas personas: Presidente de la República, Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Para ellos pues existe un fuero especial o Tribunal especial que ha de juzgar los delitos por ellos cometidos.

"En igual forma, la Ley ha establecido Tribunales especiales para los delitos cometidos por otros funcionarios públicos (Gobernadores, Magistrados de Tribunales, Jueces, etc.).

"Fuera de estos fueros especiales y del Militar de que antes se habló, impera el principio general de igualdad ante la ley.

"El artículo 4º del Código Penal establece a quiénes cobija la norma penal:

"'La ley penal colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional'.

"Igual afirmación encontramos en el artículo 7º del Código de Justicia Penal Militar o sea que 'la ley penal militar colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional'.

"Y el artículo 307 de la misma obra nos enseña:

"Están sometidos a la jurisdicción penal militar:

"'1º Todos los militares en servicio activo.

"'2º Los militares en situación de reserva o de retiro, en los casos de delitos contra la disciplina de las Fuerzas Armadas o de los delitos en que los particulares puedan ser juzgados según este Código.

"'3º Los militares extranjeros al servicio de las Fuerzas Armadas de Colombia;

"'4º Los prisioneros de guerra y los espías;

"'5º Los civiles que forman parte de las Fuerzas Armadas;

"'6º Los particulares, esto es los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, que cometan delitos previstos específicamente en este Código para ellos'.

"Si hacemos un pequeño parangón entre la norma constitucional contenida en el artículo 170 de la Carta Fundamental y el artículo antes transcrito, veremos a las claras que la jurisdicción militar, por razón de las personas, se extiende única y exclusivamente a los militares como norma general y solamente por excepción están sometidos a la justicia militar los civiles, ya sea por su vinculación a las Fuerzas Armadas, o cuando cometan delitos 'previstos específicamente en el Código de Justicia Penal Militar para ellos'.

"Desgraciadamente este último acápite quedó muy a oscuras en el Código de Justicia Penal Militar, pues se puede decir que no hay un solo delito expresa y específicamente previsto en la norma legal, que pueda ser cometido por civiles. En efecto, el Código de Justicia Penal Militar no es más que una copia fiel, en términos generales del Código Penal y en lo único que se aparta es al establecer los delitos típicamente militares. De tal suerte que se puede afirmar que los 'únicos delitos' previstos específicamente en el Código de Justicia Penal Militar, para los civiles, son aquellos hechos considerados por el Código de Justicia Penal Militar como delitos y que no están contemplados en el Código Penal.

"La pregunta que debe resolver pues el Juzgado es si el delito de rebelión de que se sindica a Tulio Bayer es un delito que caiga bajo las normas del Código Penal o bajo las del Código de Justicia Penal Militar.

"Dijimos antes que dado que tanto en uno como en otro estatuto penal se halla tipificado el delito de rebelión, se podía afirmar en términos generales que uno es el delito de rebelión política, susceptible de ser cometido por particulares y otro el delito de rebelión militar, el que solo pueden cometer los militares ya sea en servicio o en retiro y los civiles al servicio de las Fuerzas Armadas.

"En efecto, considera el Juzgado que el particular o civil que atente contra el régimen constitucional o contra la seguridad del estado, promoviendo, encabezando o dirigiendo un alzamiento en armas para derrocar el Gobierno legítimamente constituído o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos u órganos de la soberanía están cometiendo un delito típicamente político, muy distinto del que puedan cometer los militares ejecutando los mismos actos, como que los segundos juraron en forma especial, ya sea al jurar bandera, o recibir sus grados militares, defender la Constitución y el gobierno legítimamente constituído y para ello es que existen.

"La función primordial del Ejército no es otra que defender las Instituciones constitucionales contra los enemigos internos y la patria contra los enemigos externos. Las armas que se han puesto en sus manos tienen esa finalidad, las que al cometer el delito de rebelión emplearían en todo lo contrario de aquella para lo que les han sido confiadas.

"Y no se diga que el Código de Justicia Penal Militar prevé específicamente para los civiles la comisibilidad del delito de rebelión militar, al decir en el artículo 124:

"'Si los rebeldes fueren militares en servicio activo, las penas señaladas en este capítulo se aumentarán hasta el doble' ya que como se vio, este delito a más de los militares en servicio activo lo pueden cometer también los militares en uso de retiro, los militares extranjeros al servicio de las Fuerzas Armadas de Colombia, los prisioneros de guerra y los espías y los civiles que formen parte de las Fuerzas Armadas. Por ende no son los simples civiles quienes lo pueden cometer.

"Ni se diga que el artículo 589 del Código de Justicia Penal Militar da competencia para conocer a la justicia castrense de determinados delitos cometidos por los civiles, cuando dice:

"'No hallándose el país en estado de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior, serán juzgados por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales los siguientes delitos:

"'a) Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado;

"'b) Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del estado;

"'c) Delitos contra el Derecho Internacional' como que estos delitos son militares, cometidos por militares o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, pero no por el común de los civiles.

Por otra parte, y aún en caso de que estos delitos fueran de la competencia de la justicia militar, nos encontraríamos ante un clásico caso

de incompatibilidad entre una norma legal y una constitucional, ya que como se vio, la Constitución Nacional es más que clara al respecto. Por consiguiente, fuerza sería darle aplicación a lo establecido por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, el que establece:

"'Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla'.

"Y habría también incompatibilidad entre la norma del Código Penal y la del Código de Justicia Penal Militar y también habría que preferir al Código Penal, de acuerdo con lo preceptuado en el ordinal 2º del mismo artículo, el que establece:

"'... Si estuvieren en diversos Códigos, preferirá por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública'.

"En resumen de lo hasta aquí expuesto hemos de concluir:

"Bajo el imperio de las normas legales ordinarias - del delito de rebelión de que se sindica al señor Tulio Bayer Jaramillo— conoce la justicia ordinaria y más concretamente este Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, por haberle correspondido en reparto la solicitud que se resuelve, por razón del lugar en que se dice fue cometido —Santa Rita, Vichada— de la comprensión de este Distrito Judicial; por razón del delito mismo de que se les sindica: Rebelión, que como vimos, es rebelión política y no militar y está tipificada y sancionada en el artículo 139 del Código Penal; y por razón de las personas sindicadas —simples civiles—. El doctor Tulio Bayer y sus compañeros de aventura no son militares en servicio activo, ni en uso de retiro, ni militares extranjeros al servicio de las Fuerzas Armadas de Colombia, ni prisioneros de guerra ni espías, ni civiles al servicio de las Fuerzas Armadas y por consiguiente, en primer lugar no podían cometer el delito de rebelión militar, y en segundo lugar, como simples civiles no están sometidos a la jurisdicción penal militar".

---

5. El auto emanado del Comando de la Séptima Brigada (fls. 26 y ss. del cuaderno Nº 8) para no aceptar la colisión, arguye que si bien el Código Penal común define y sanciona el delito de rebelión (art. 139) "como un ilícito ordinario, el Código de Justicia Penal Militar lo define y sanciona también en el artículo 121, para todos los que incurren en él, sin hacer distinciones entre militares y particulares". Y como es el "Código Castrense una norma especial y posterior al Estatuto Común, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 45 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 2º de la Ley 153 del mismo año, prevalece en su aplicación sobre el Código Penal Común".

Estima, para concluir, "que, en el presente caso, los particulares sí están sometidos a la jurisdicción penal militar, toda vez que el artículo 121 del Código de Justicia Penal Militar, que tipifica el delito de rebelión imputado a los sindicados, preceptúa que incurren en él no solamente los militares y civiles al servicio de la Fuerza Armada, sino todos los que ejecuten tales actos, esto es, también los particulares", aunque reconoce que esta Corporación "en algunas providencias dictadas en casos semejantes al presente en que se le ha pedido definir colisiones de competencias entre la Justicia Penal Militar y la Ordinaria, ha decidido en favor de la justicia ordinaria".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1º Las dislocadas investigaciones a que se refieren los distintos cuadernos y que fueron convertidas de modo no ceñido a la ley en un sólo proceso, a virtud del auto de 3 de mayo del año en curso (fls. 448 a 454 del cuaderno Nº 2) en que se dispuso "Decretar... la acumulación bajo una misma cuerda" de seis informativos en estado de *sumarios*, sin tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 406 y 493 del Decreto 0250 de 1958, contemplan hechos ocurridos dentro de la misma jurisdicción, en lugares y fechas no coincidentes y atribuídos a grupos armados de civiles, que, se supone obraban de común acuerdo.

La providencia que ordenó la acumulación denomina delito de rebelión cada una de las acciones allí historiadas y les atribuye conexidad con otros ilícitos, teniendo en cuenta los fines y resultados obtenidos por los agentes, como puede entenderse de lo que a continuación se transcribe:

"El señor Teniente Coronel de Infantería de Marina Eduardo Barriga Giordano recibió del Gobierno, por medio del Estado Mayor Naval del Comando de la Armada, la orden de instalar un Puesto Militar en Santa Rita (Vichada).

"En el momento de iniciar la instalación del Puesto, aparecieron hombres armados, con el fin de impedir su instalación e imponer condiciones restrictivas para el cumplimiento de su

misión. Una vez instalado el Puesto de Infamar inicialmente con 12 soldados y posteriormente con 17, fue vigilado con centinelas permanentes en todas direcciones. El personal militar fue alojado en una casa alta e imposibilitado para salir de ella armado. Una o dos noches posteriores a la instalación del Puesto, se reunieron gran cantidad de hombres armados, con carabinas 'Cristóbal', revólveres y escopetas, en número superior a 100. Figuraban como Comandantes de este grupo Tulio Bayer, Rosendo Colmenares, Flavio Barney y otros. Estos cabecillas invitaron una noche al Teniente Morales a una reunión amigable. Al tercer día rodearon el Puesto gran cantidad de hombres armados; los cabecillas con esta demostración le intimidaron ordenándole al Teniente que autorizara la entrega del armamento de los soldados a ellos y que éste quedaba en depósito hasta cuando se presentara el Coronel Barriga, que tenía un plazo para que se presentara y en caso negativo serían pasados por las armas. Unicamente le dejaron el radio, que fue empleado por el Teniente Morales transmitiendo y recibiendo mensajes al respectivo Comando.

"En estas condiciones el Puesto fue evacuado sin sus armas en un avión de una empresa privada.

"Tal síntesis es la historia del primer episodio de una rebelión que se incubaba desde hacía tiempo en la región del Vichada, la cual con sus principales detalles es motivo de la primera investigación a que nos referimos, la cual consta en el expediente contra Tulio Bayer y otros, por rebelión, radicado en esta Brigada bajo el número 593.

"La segunda trata del ataque perpetrado por una banda dirigida por los mismos responsables de los hechos anteriores y con los mismos propósitos subversivos, a un vehículo del Ejército con saldo de un homicidio y algunas lesiones personales y la síntesis de su historia es la siguiente:

"El día 17 de noviembre de 1961 salió de Santa Rita hacia Santa Teresita del Tuparro una patrulla motorizada en tres vehículos, compuesta por el señor Capitán Hugo Páez Angarita, Teniente Guillermo Carrillo P., doctor Ernesto Pabón Martínez, un suboficial, 24 soldados y 3 civiles empleados de la Campaña Antimalárica. La marcha la iniciaron más o menos a las 13 horas, llegando a su destino más o menos a las 19:00 horas. El día siguiente en las primeras horas el señor Capitán Páez ordenó al señor Teniente Carrillo alistar una patrulla de 5 hombres con el fin de ir a la casa de un indígena a llevarle panela y otros elementos y luégo continuar hacia la casa de un tal Nicolino Mutta; así se hizo y cuando se dirigían a la casa del último de los nombrados fueron sorprendidos por una cuadrilla de bandoleros calculada en número aproximado de 30 hombres.

"La primera ráfaga fue dirigida a la cabina dando de baja en forma instantánea al doctor Ernesto Pabón Martínez y heridos el señor Capitán Hugo Páez Angarita y los soldados Díaz Beltrán Carlos y Hugo Eladio Mora; el vehículo sufrió en una llanta izquierda, salió de la vía y continuó a campo traviesa en dirección a un pequeño monte donde se bajaron e hicieron trabajos para cambiar la llanta que había estallado, pero no fue posible debido a la falta de herramientas adecuadas, por la cual el señor Capitán Páez resolvió dejar el vehículo, cubrió el cadáver del médico con una cobija y lo colocó en la cabina del camión dirigiéndose con el resto del personal hacia Santa Teresa.

"Y que los responsables de este hecho fueron algunos de los que habían actuado en Santa Rita, se deduce de lo siguiente: dicho por Jesús María Guerrero en su indagatoria (fl. 50) '... ahí llegaron Eduardo Barney y la gente de él por la noche y nos quedamos todos esa noche ahí, es decir, la gente de don Alfredo Marín, la gente de don Rosendo Colmenares, la gente de Flavio y yo no sé si la gente del doctor Bayer porque yo no sabía cómo andaba él... que Flavio salió y me dijo camine y le pregunté a dónde y me dijo que a conseguir un carro que había por ahí abajo. Ahí había un camión verde que era en el cual habían cargado la gente de don Alfredo, don Rosendo y el doctor Bayer. En el camión verde nos llevaron a buscar un camión el cual encontró Flavio en Ajujuare y le dijo Flavio a Cuevas necesito el camión, yo lo saludé a Alfonso Cuevas también y seguimos para la casa de Ajujuare. Entonces le dijo Flavio: Esto no es asunto mío, es para que arregle con Alfredo Marín... Alfonso mismo cuadró el camión para que lo descargaran y no había niñio quien lo descargara y yo lo descargué. Después de descargado lo prendí y lo moví como a una media cuadra lo apagué ahí y Alfonso Cuevas me dijo tenga mucho cuidado con el carro porque la caja está botando el aceite. Yo le dije yo no lo voy a manejar pero en toda forma si yo veo que le falla algo, yo lo reviso si estoy por ahí. Enseguida subió al camión de Cuevas, Alberto Ospina y Flavio Barney manejándolo el primero y yo me subí en el camión verde quien iba manejado por un chofer que no conozco... y ahí quedamos Flavio, mi persona y Eduardo, Julio Marín y Alfredo Marín (fl. 51) ... Alfredo Marín se quedó con su gente en el monte, en el monte cerca

a la casa de Barabaca y nosotros nos estuvimos cerca a la casa de Julio Marín; Alberto Ospina salió en el camión de Cuevas y por ahí se demoró un rato y había subido ya una comisión del Ejército... Alfredo sacó la gente de él y la de don Rosendo también hacia la carretera en el camión de Cuevas. Con Eduardo y Flavio Barney no habimos (sic) sino como unas diez y la gente de don Rosendo, don Alfredo Marín y la del doctor según se decía eran más o menos unos cuarenta entre los que habían ahí porque yo creo que había más gente... Al otro día a la madrugada Alfredo Marín ordenó a toda la gente que se levantara y todo el mundo nos levantamos y recogimos las camas y me dio orden de pasar de guardia allá a la loma porque la tropa había dormido arriba en Cumaribo. Quedé ahí de guarda y todo el mundo salió a la carretera. Cuando amaneció Flavio volvió y me dijo camine a la cocina a ver si hay algún tinto y nos fuimos para allá. Le pregunté a Flavio que qué pensaba hacer y me contestó que Alfredo pensaba atacar la tropa y entonces dijo que no estaba de acuerdo con él ni con eso de atacar la tropa de ninguna manera... Nosotros empezábamos a planear cómo capturábamos a Castañeda y cuando fuimos a salir y a retirar la gente de Flavio bajaba una camioneta, le dispararon en la punta del monte según dice el que disparó sobre la misma fue Alfredo Marín con un F. A. y la gente de él como en número de cuarenta. Después de los disparos que según parece fueron del F. A. de Alfredo Marín y una carabina San Cristóbal salieron del monte Julio Marín, Alfredo Ospina, Alfredo Marín y unas diez personas más y se subieron al camión de Cuevas, parece que con el fin de seguir la camioneta que se desvió de la carretera y siguió por la sabana. Cuando se bajaron del camión éste se devolvió y siguió arriba hacia Cumaribo. Después la gente que atacó la camioneta se devolvió para atrás corriendo hacia el monte entonces llegó Alfredo Marín solo a donde estábamos Flavio y yo. Llegó con el F. A. y en esto le dijo Flavio a Alfredo Marín: 'si quiere hacer guerra tiene que ir a un pueblo a pelear allá si quiere, pero aquí no venga a joder ni a dañar la región...' Ahí hubo otra vez alegato entre ellos... Más adelante preguntado... sobre los diez que acompañaban a Alfredo Marín, Julio Marín, Alberto Ospina, que subieron al camión de Cuevas con el fin de seguir la camioneta que se desvió de la carretera y siguió por la sabana dice: 'Por nombres no conozco quiénes fueran esas diez personas pero sí sé que estaban los apodados 'El Cucaracho',' Cusiana', uno que apodan 'Tormento', 'Napoleón Barrera'... .Estos iban entre los diez que subieron al camión para seguir la camioneta...' Preguntado: ¿Fuera de las personas que usted ha nombrado no sabe quiénes fueran cómplices o auxiliadores del hecho realizado en las inmediaciones de Santa Teresa del Tuparro (Comisaría del Vichada) realizado el diez y ocho de noviembre pasado, de un ataque armado que se realizó contra una camioneta del Ejército y en el que perdió la vida el Oficial de Sanidad del Batallón 'Colombia', doctor Ernesto Pabón Martínez y sufrieron heridas el señor Capitán Hugo Páez Angarita y los soldados y quiénes fueran encubridores de esos mismos hechos? Contestó: 'Fuera de los que ya he nombrado no sé quiénes sean responsables del hecho porque se me pregunta ni quiénes cómplices, auxiliadores o encubridores. De personas y sobrenombres sólo sé de los que he dicho...' (Fl. 156).

"El tercer expediente relata cómo en cumplimiento de la orden emanada del Jefe de la Policía Judicial, para localizar el camión marca Ford F-600 W-77 y establecer un seguimiento a fin de comprobar los lugares donde recogiera carga y en el momento de su salida de la localidad hacia Puerto López se efectuara la retención del vehículo y de sus ocupantes, éstos eran Alvaro Latorre Calle, Gonzalo Latorre Calle, Luis Cardoso Varón, Jorge Enrique Mejía Gil y otros, con respecto a los cuales se halló que estaban en íntima relación con los integrantes de la cuadrilla responsable de los hechos de Santa Rita y Santa Teresita del Tuparro y por consiguiente presuntos cómplices y auxiliadores del delito de rebelión de la misma cuadrilla.

"El cuarto expediente investiga los hechos delictuosos de que se considera responsable a Saúl Díaz (a. 'Carcero') quien el día 18 de diciembre formaba parte en su condición de centinela de la misma cuadrilla de antisociales.

"El quinto expediente se sigue contra Jorge Enrique Barrera Barrera, como integrante de la misma cuadrilla.

"Por último, en la misma época de los hechos de que se ha hecho mención y que fueron objeto de las investigaciones cuya histórica síntesis queda hecha, se presentó en Miraflores, Corregimiento de la Comisaría del Vaupés un conato de rebelión, íntimamente ligada en sus finalidades y conexiones con los del Vichada.

"Se trata de José Herney Betancourt quien organizó, exigiendo la colaboración de otros, un Comando rebelde con la finalidad de subvertir el orden constitucional imperante en la República. Se puede deducir la conexidad de este hecho con la rebelión del Vichada de que Betancourt reconocía como su Jefe a Rosendo Colme-

nares a quien se considera como uno de los principales si nó el principal de los cabecillas del Vichada. Betancourt reconocía además el Código Revolucionario del Vichada, y obraba en general de acuerdo con los alzados de aquélla región, a lo cual se puede agregar la simultaneidad de los dos movimientos. Por último en esta investigación hay constancias de que Betancourt manifestó en Miraflores que pensaba ir a unirse a las Guerrillas que operaban por los lados de Santa Rita, al mando de Colmenares, Barney y Bayer con el fin de subvertir el orden constitucional".

2º Acertada o no la calificación provisional contenida en el auto copiado, cuestión que la Sala prudentemente se abstiene de elucidar ahora, por no incidir en la colisión, para determinar y definir la competencia en favor del Juzgado Segundo Superior, debe tenerse en cuenta:

A. Es de toda evidencia que el Código de Justicia Penal Militar (artículo 121) define y sanciona el delito de rebelión en iguales términos que lo hizo el Código ordinario de las penas (artículo 139), pero no es cierto que aquél haya derogado las previsiones de la ley común al respecto, pues la jurisdicción castrense con relación a los particulares, "esto es, los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas" sólo se extiende a los "delitos previstos especialmente en este Código para ellos" (artículo 207, ord. 6º), lo que equivale a decir, dentro del rigor del derecho procesal, para las infracciones que tocan con el orden jurídico militar.

B. La jurisdicción y competencia para el juzgamiento de los delitos son cuestiones de orden público inmanentes al orden institucional del cual derivan y que la ley reglamenta u organiza con sujeción a los preceptos constitucionales, sin que le sea dado excederlos o violarlos.

Si la Carta Fundamental del Estado Colombiano previó, en primer término, la separación de las ramas del poder público; garantizó, de otro lado, la igualdad de las personas ante la ley; si consagró, además, las garantías individuales en materia de juzgamiento (entre ellas la de *nulla poena sine iudicio*), y si, por último, constriñó el fuero castrense a "los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", sometidos a "las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar" (artículo 170), resulta claro que los particulares no pueden ser sometidos a procedimientos de excepción, y menos por hechos que la ley penal ordinaria ha previsto como delitos y asignado su competencia a funcionarios propios de la rama jurisdiccional.

Al estudiar el ordenamiento jurídico-penal, el profesor y tratadista Alfredo Vélez Mariconde ("Estudios de Derecho Procesal Penal", Tomo II, Edición de 1956. Imprenta de la Universidad. Córdoba (R. A.), apunta con todo acierto:

"...

"En segundo término, el derecho procesal penal establece las condiciones necesarias para actuar la ley sustantiva, pues instituye los *órganos públicos* que deben intervenir, prefija los *actos* que ellos deben ejecutar y las *formas* que han de observar, de modo que el proceso constituye un instrumento jurídico indispensable y fundamentalmente inalterable de la justicia penal.

"Pero si el proceso es entonces un *medio esencial* de investigar la *verdad* y actuar la ley penal, por lo cual tutela el interés represivo de la sociedad, también resulta una *garantía individual* puesto que necesariamente se interpone entre el delito y la pena, dando ocasión a la defensa del imputado. En otros términos, también protege la libertad personal.

"En conclusión, el ordenamiento jurídico-penal establece el marco de la justicia *y* constituye un *sistema de garantías* para la sociedad y el individuo, en cuanto determina la órbita (ley penal) y la forma (proceso) de cumplir la función represiva. Para la sociedad, porque permite individualizar al *verdadero* culpable de un hecho que vulnera sus bienes fundamentales y hacer efectiva la responsabilidad del mismo; para el individuo, porque traza la órbita dentro y no fuera de la cual puede restringirse su libertad, y porque le da oportunidad para defenderse, vale decir, para demostrar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de atenuar su responsabilidad".

"...

"b) Desde un punto de vista objetivo, el *juicio* que impone la Constitución o *proceso penal* (ésta resulta ahora la expresión apropiada) es una *entidad jurídica* prefijada o un *tipo legal abstractamente definido* por el derecho procesal, que establece las formas de los actos que lo integran y el orden (procedimiento) que debe observarse al cumplirlos.

"Como sucesión de actos que están disciplinados individual y colectivamente por el derecho, en consecuencia, el proceso penal se interpone necesariamente entre el delito y la pena inicialmente presuntos, siendo así el único medio de descubrir la verdad y actuar efectivamente la ley penal..

"En otros términos, la Constitución hace del proceso penal un instrumento esencial de la justicia represiva, el que sólo tiene eficacia jurídica cuando se observan concretamente las formalidades prescritas por el derecho que le da vida.

"Para usar palabras de Beling, nuestra ley fundamental exige 'una regulación fija de la clase y forma' de la actividad represiva, a fin de que la ley procesal precise la admisibilidad y pertinencia de los actos a cumplir, perfile previamente los poderes y deberes de los sujetos del proceso y proscriba la arbitrariedad o el oportunismo. No basta la sustanciación de un "procedimiento policial', en que la autoridad pueda proceder a su criterio; *es indispensable un 'procedimiento jurídico'* previo a la ejecución de la pena.

"Para que el proceso sea, pues, un instrumento tutelar del derecho, un marco de la justicia penal, es preciso que esté consagrado como un medio regular, como un medio fundamentalmente extraño a la voluntad del juzgador. La previsión constitucional no tendría sentido si quedara a su arbitrio la elección de los actos y de las formas idóneas para investigar la verdad. Un proceso sin ley que lo regule no constituye una garantía de justicia porque no es inalterable. Para que la sentencia sea 'un acto de razón presuntivamente conforme a la verdad —escribe Carrara— es necesario que, el legislador prescriba un procedimiento que no pueda ser preterido por los hombres destinados a juzgar, y que los juzgadores se uniformen escrupulosamente a ese rito'.

" 'Siendo todo proceso penal —dice Beling— un trozo de vida humana con muchas culas y poca alegría, compréndese que el interés de la seguridad jurídica aspire hacia una reglamentación legal cuidadosa, a un 'legismo procesal' (Ihering). Un proceso penal caótico, en que rija el libre arbitrio de las autoridades, exagerado hasta la arbitrariedad, es insoportable, amarga la vida y llega a producir la descomposición del Estado'.

"Si alguna vez fue posible que el Juez modificara el procedimiento establecido por la ley, adoptando uno puramente sumario, por la abreviación de los términos o la sencillez de las formas, no hay duda que el principio constitucional de que tratamos ha querido prohibir esa alteración".

C. En el supuesto de que pudiera imputarse a los sindicados a que aluden las varias instrucciones sumarias, como lo entiende el Comando de la Séptima Brigada, el delito de rebelión, este hecho, clasificado por la doctrina penal como de tipo esencial y típicamente político, cuando es cometido por particulares se integra como una entidad compleja en la cual quedan subsumidas toda suerte de infracciones, lo que determina en derecho la imposibilidad del concurso formal o material de delitos, y, en consecuencia, de la conexidad, salvo los eventos indicados en el artículo 141 del Código Penal.

Esto, que vale para la rebelión como delito político, lo mismo que para la rebelión de tipo militar, lo destaca la Corte a efecto de dejar a salvo lo que estatuye el Código de Procedimiento Penal en materia de conexidad y lo que preceptúa el de Justicia Penal Militar en sus artículos 310, 311, 313 y 314.

d) Es indudable que el Decreto 0250 no es modelo de claridad y de técnica jurídica en sus ordenamientos, pero no empece sus vaguedades e incongruencias manifiestas, en especial en aquellos artículos que tocan con la jurisdicción y competencia, la Corte entiende que la normación sobre el particular tiene que amoldarse a dos preceptos constitucionales fundamentales, cuales son: el que establece un específico y limitado fuero castrense y el que consagra para la relación procesal-penal las garantías de la persona humana, textos ya citados en el cuerpo de esta providencia.

e) El argumento central del Comando de la Séptima Brigada para afirmar su exclusiva competencia en el conocimiento de los autos no corresponde a una interpretación hermenéutica adecuada. Ser posterior el Código de Justicia Penal Militar y haber previsto en sus disposiciones el delito de rebelión, que el legislador estructuró antes en el Código Penal no significa la tácita derogación de éste en la materia, sino la previsión en la propia órbita de los delitos militares del mismo evento criminal para ser juzgado cuando lo cometen personas susceptibles de procesar, en razón de su calidad, por los trámites y con aplicación del Código de Justicia Penal Militar.

f) Por último, admitiendo que dicho Código, con fuerza de ley, hubiera incluído sanciones y procedimientos para la rebelión cometida por particulares, privaría para desatar la colisión, la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Carta.

DECISION

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime el incidente de colisión de competencias positivas

a que se ha hecho mérito, en favor del Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, a quien se enviarán los procesos para su conocimiento.

Comuníquese al Comando de la Séptima Brigada (Villavicencio) lo aquí resuelto.

Notifíquese y cumplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásques A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL. GRADUACION DE LA PENA.

La sentencia acusada profirió condena por los delitos de asesinato y robo. Nulidades constitucionales y nulidades legales. La graduación de la pena frente a las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.

1. En varias oportunidades anteriores ha sostenido la Corte que no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica una nulidad constitucional, pues para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir la garantía del procesado o de la parte legítima se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional.

2. La nulidad constitucional se origina en la violación de un precepto de superior jerarquía consagrado especialmente en el artículo 26 de la Carta, en cuanto éste establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio y que la ley favorable o permisiva, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. En dicha norma constitucional se resumen las garantías esenciales del proceso penal.

3. Como interpretación y aplicación del artículo 26 de la Constitución la Jurisprudencia de la Corte ha aceptado la procedencia en casación de las llamadas nulidades constitucionales, distintas y de superior categoría de las nulidades legales taxativamente previstas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, pero para admitir aquéllas en el proceso penal la Sala ha procedido siempre con especial cautela limitándolas a casos excepcionales y extremos en que se comprueba que el vicio procesal alegado quebranta las bases mismas de la organización judicial o desconoce en modo grave el ejercicio del derecho de defensa del procesado.

4. Cuando habiendo un sindicado detenido, no ha sido posible descubrir al otro infractor o compañero del reo, ésta circunstancia basta por sí sola, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, para que puedan hacerse las ampliaciones del sumario que sean necesarias y por el tiempo que se considere conveniente, para el completo esclarecimiento de los autores o partícipes de los delitos.

5. El recurso extraordinario de casación exige que los cargos que se propongan contra la sentencia acusada sean claros, lógicos y de algún valor de convicción, para que puedan ser considerados y analizados, lo que no se consigue con simples afirmaciones, carentes de respaldo y de toda significación demostrativa.

6. Con toda razón esta Sala sostuvo en otra oportunidad: "La circunstancia prevista en el numeral 11 del artículo 38 del Código Penal es muy difícil de admitirla en los delitos de sangre, porque hasta el más ignorante entiende que la vida humana es un supremo bien que no puede suprimirse sin causar irreparable daño y sin incurrir en tremendo delito".

7. En relación con el alcance del artículo 39 del Código Penal, la Corte ha dicho: "El artículo

39 del Código Penal no señala de una manera rígida y matemática para aplicar las sanciones, sino que da una pauta para fijarlas en tratándose de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Agotado el trámite propio del recurso de casación, procede la Sala a resolver el propuesto por el reo Augusto de Jesús Castaño Yepes contra la sentencia proferida el catorce de diciembre de mil novecientos sesenta, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmó en todas sus partes, la de primera instancia dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, en la que se impuso a dicho reo la pena principal de veinticuatro años de presidio, más las accesorias correspondientes, y la condena al pago de perjuicios como responsable de los delitos de homicidio y robo en la persona y bienes de Isabel Vargas v. de Rodríguez, y de robo en la persona de Roberto Ortega.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El Tribunal al revisar el auto calificatorio del sumario y proferir la sentencia recurrida sintetizó los hechos que dieron origen al proceso en la forma siguiente:

"Roberto Ortega - boticario y vendedor ambulante de drogas— trajo de Barranca dos meses antes del suceso, a su tía Isabel Vargas v. de Rodríguez para acompañarlo en su casa y atender los oficios hogareños; con ella vino también el menor Humberto Uribe, muchacho de unos trece años de edad, quien ayudaba a Ortega en la fabricación de especies farmacéuticas.

"Roberto Ortega conoció en los cuarteles del ejército a Jesús Castaño Yepes, y su hermana, dos años antes, cuando éste cumplía en el batallón 'Ricaurte' de esta ciudad su servicio militar.

"Ortega Díaz se ausentó de la ciudad el cinco de octubre de 1957 para la población boyacense de Chiquinquirá con el objeto de vender allí varios productos farmacéuticos, dejando en su casa de habitación —carrera 18 número 20-10— a su tía Isabel, al muchacho Humberto Uribe y al inquilino Gonzalo Moreno quien trabajaba en la carretera de esta ciudad a Girón.

"Se sabe que más o menos a las nueve de la mañana, cuando el menor Uribe regresó de la plaza con el mercado, encontró en la casa a Jesús Castaño Yepes a quien conocía de tiempo antes y a otro sujeto, charlando animadamente con doña Isabel; poco después la dueña de casa mandó al muchacho a llamar a una parienta y ésta habló un rato con doña Isabel y salió; al medio día, Castaño Yepes mandó al muchacho a la plaza de mercado a comprar unas frutas para que le hicieran un 'picado'; al regreso el chino se dio cuenta que el inquilino Gonzalo Moreno se estaba bañando y cuando éste salió de la casa, Castaño le dijo que se encontrarían en el 'Café Caribe' para jugar un chico de billar.

"Castaño Yepes salió con el pretexto de informarse del arreglo de un camión que lo había traído a la ciudad y regresó como a las cinco de la tarde; comió un poco de arroz que doña Isabel había preparado; Castaño Yepes mandó al muchacho a comprar el 'Independiente' pero como el chino no encontrara el periódico, regresó a la casa; Yepes le pidió permiso a doña Isabel para que dejara ir al chino a cine al teatro 'Garnica' diciéndole que daban una buena película y al efecto le dio dos pesos para que se fuera adelante, a comprar las boletas y lo esperara en la puerta del teatro; allí estuvo esperándolos como hasta las diez de la noche cuando regresó a la casa, donde halló gran cantidad de gentes que comentaban el asesinato de doña Isabel.

"Gonzalo Moreno, quien había convenido en encontrarse con Castaño a las ocho de la noche en el 'Café Caribe', acudió a la cita y en vista de que no le cumplió, resolvió ir hasta la casa; al tocar a la puerta le abrió el compañero de Castaño Yepes quien le dijo que éste se había ido hasta el café a cumplir la cita, pero Moreno no le creyó porque alcanzó a verlo que asomaba la cabeza por una de las puertas de la habitación; entró y pasó a la pieza de doña Isabel donde encontró todas las cosas en desorden; siguió hasta la cocina en busca de la anciana y allí la encontró tendida en el pavimento en medio de una charca de sangre; en vista del macabro espectáculo resolvió salir de la casa para ir hasta un teléfono vecino a dar aviso a la policía y a don Benito Chacón, y pudo ver cuando Castaño Yepes abandonó a toda prisa la casa por la puerta que da al 'Boulevar Santander', mientras que su compañero salía precipitadamente por la puerta que da acceso a la carrera 18.

"Telefónicamente avisó a Benito Chacón, amigo de la casa, sobre el suceso y éste a su vez dio pronto aviso a la policía que se presentó momentos después, para constatar los resultados del tremendo delito de homicidio y el saqueo en baúles y cómodas, pues hasta en la cocina encontraron una alacena violentada.

"Aquella misma noche se avisó telefónicamente a Roberto Ortega a la población de Chiquinquirá y éste regresó al día siguiente a la ciudad, donde constató el trágico fin de su pariente y dio a las autoridades los informes necesarios para la investigación".

Las sentencias de primera y segunda instancia se dictaron con fundamento en el veredicto pronunciado por el Tribunal de conciencia, el que respondió afirmativamente los cuestionarios relacionados con los delitos de homicidio-asesinato y robo, cuestionarios que a su vez fueron elaborados de conformidad con el auto de proceder, en el que se hizo un estudio detenido de la prueba recogida en la etapa sumarial.

El Tribunal al revisar, en virtud de apelación, el auto de enjuiciamiento proferido contra Castaño Yepes, confirmó dicho enjuiciamiento y dispuso, además, revocar el sobreseimiento temporal decretado a favor del desconocido compañero de Castaño Yepes, y en su lugar dispuso sacar copias de las pruebas conducentes para proseguir separadamente la correspondiente investigación.

En el auto de proceder se analizaron con detenimiento las pruebas que demuestran la autoría y responsabilidad del reo Castaño Yepes, especialmente los testimonios de: Roberto Ortega Díaz (f. 22, 92 y 107), sobrino de la víctima del asesinato, Gonzalo Moreno (f. 3) inquilino de la casa en donde ésta vivía, Humberto Uribe Criado (fls. 12 y 112) menor que acompañaba a la occisa y a su sobrino Ortega en la casa, Benito Chacón (f. 6) y Paulina Ortiz Roa (fls. 33 y 88) amiga de la anciana Isabel Vargas.

Con fundamento en estos testimonios, el Tribunal concluyó que: "resulta probada la presencia de Castaño Yepes y su compañero en casa de Ortega, durante todo el día de los acontecimientos trágicos, las maniobras desarrolladas por éstos para alejar a Gonzalo Moreno y al menor Uribe, de la casa, con el fin de quedarse solos con la anciana y poder así consumar sus designios criminosos, sin testigo alguno.

"Se comprobó la fuga o desaparición inmediata de Castaño Yepes y su compañero cuando fueron sorprendidos dentro de la casa por el inquilino Gonzalo Moreno, quien regresó como a las ocho de la noche, después de esperar en vano a Castaño Yepes en un café en donde lo había citado para jugar billar.

"Este declarante constató el desorden y saqueo de que habían sido objeto los baúles y cómoda de la casa y al pasar a la cocina a buscar a doña Isabel, la encontró tirada y muerta en medio de un charco de sangre; al regresar de allí con el fin de avisar a alguien sobre lo ocurrido, vio salir en fuga a Castaño Yepes y su compañero, cada uno por puertas distintas de la casa y en distinta dirección".

Habiendo sido detenido Castaño Yepes en Manizales y llevado a Bucaramanga, negó en su indagatoria su participación en los hechos criminosos que dieron origen a esta causa, y para tratar de establecer su inocencia explicó que el día de la consumación de los delitos que se le imputaban se encontraba en Bogotá, concurriendo a la celebración del matrimonio de un amigo, en compañía de su cónyuge Mariela Alarcón de Castaño. La coartada propuesta resultó completamente desmentida por el dicho de su misma esposa y por el testimonio de Alfonso Suárez (C. 1º, f. 96) y de Alfonso Henao (C. 1º, f. 97), a quienes el procesado citó en su indagatoria para respaldar lo afirmado por él respecto de su permanencia en Bogotá, en la fecha en que fue asesinada la anciana Isabel Vargas en Bucaramanga.

DEMANDA DE CASACION

El abogado doctor Carlos E. Camacho E., obrando como apoderado especial de Castaño Yepes, oportunamente presentó demanda de casación. En esta demanda, que se ciñe en cuanto a los requisitos de forma exigidos por la ley, propone como principal la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y como subsidiaria la causal primera señalada en dicho artículo.

Con invocación de la causal cuarta de casación, o sea, "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", el demandante propone cuatro cargos, que en su concepto, corresponden a otras tantas violaciones de normas procedimentales que inciden en el desconocimiento del artículo 26 de la Constitución Nacional "que manda que en el proceso penal se observen todas las formas propias del juicio".

Los cargos que el demandante propone con fundamento en la causal cuarta pueden resumirse así:

Primer cargo. Lo hace consistir, en que el Juez del conocimiento al dictar una nueva comi-

que ello significaría darle a la ley penal interpretación demasiado drástica que no se compadece con las normas que regulan nuestro sistema punitivo.

"Por manera que, en el caso de autos, tenemos que siendo norma más favorable al sindicado, el artículo 31 del Código Penal, por errónea interpretación de esta norma legal, no fue aplicada en el caso de autos, por el honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, en el caso personal de Augusto Castaño Yepes, factor que determinó, como anteriormente dijimos, indebida aplicación del artículo 33 del Código Penal en lugar del artículo 31 de la misma obra.

"b) El señor Juez *ad quem* usó indebidamente de la facultad discrecional que el fallador otorga el artículo 36 del Código Penal, al imponer al procesado la pena máxima que la ley permite, puesto que las circunstancias agravantes quedan absorbidas por la entidad jurídica del artículo 363 del Código Penal puesto que precisamente por concurrir circunstancias de agravación en el hecho delictuoso, es que toma la categoría de asesinato. Si esto no fuera así, el delito sería simplemente voluntario o de propósito.

"c) El honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, aplicó indebidamente el artículo 39 del Código Penal al graduar la pena impuesta a Augusto Castaño Yepes, por cuanto la ley permite la aplicación del máximo de la sanción, solamente cuando concurren circunstancias de mayor peligrosidad, puesto que a favor de Castaño Yepes existen varias de menor peligrosidad consagradas en el artículo 38 del Código Penal que no fueron tenidas en cuenta por el honorable Tribunal Superior, tales como su buena conducta anterior, el precario medio social en que se formó su vida. No se puede tomar como base para agravar la pena el fallo de las autoridades militares, visible a folios 120 del cuaderno principal, por cuanto es un fallo de arresto por un delito típicamente militar, que no encaja dentro del Código de las Penas. Luego no era procedente la aplicación del máximo de la sanción fijada por el artículo 363 del Código Penal puesto que a favor del procesado militan circunstancias de menor peligrosidad que constituyen una valla jurídica para la aplicación del máximo de la sanción.

"e) El Tribunal aplicó indebidamente el artículo 363 del Código Penal al sancionar con 24 años a Augusto Castaño Yepes, puesto que desde el auto de proceder, se omitió la aplicación del principio *'in dubio pro reo'* expresamente consagrado en el artículo 3º del Código Penal que dice: 'artículo 3º La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

"La demostración de este cargo, la hago consistir en que estando plenamente demostrado en el expediente que en la comisión del delito investigado tomaron parte dos sujetos, cuya existencia real y física, está plenamente demostrada en el expediente, y solamente se sancionó a uno de ellos y el otro se le dejó completamente libre, por desidia de los instructores y juzgadores, estamos ante la figura jurídica de la 'complicidad correlativa' consagrada en el artículo 385 del Código Penal que no fue aplicada en el caso de autos, estando plenamente demostrada en el proceso, tenemos que el Tribunal violó por este aspecto la ley sustantiva en sus artículos 3º y 385 del Código Penal puesto que era de rigurosa aplicación por ser más favorable al procesado. También ha debido darse aplicación en el caso de mi defendido, al artículo 44 de la Ley 153 de 1887 que es una norma sustantiva cuya alegación es viable en la causal primera de casación, tal como lo tiene establecido la honorable Corte Suprema de Justicia, al sentar jurisprudencia en el caso de Felipe Hurtado Ibarbuen, aplicando el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

"f) Igualmente el honorable Tribunal Superior dio indebida aplicación al artículo 363 y 38 del Código Penal al graduar la pena impuesta a Augusto Castaño Yepes, por cuanto desconoció el precepto consagrado en el artículo 203, en armonía con el 204 del Código de Procedimiento Penal, al proferir el fallo condenatorio contra Augusto Castaño Yepes, por cuanto no resolvió todas las dudas que están demostradas dentro del expediente, lo que implica que las pruebas tomadas en cuenta para la condena, no 'están legalmente producidas'. Como esta causal, la presento al estudio de la honorable Corte, como subsidiaria de la 4ª, este cargo contra la sentencia lo doy por reproducido dentro del marco de la causal cuarta, alegada como principal".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar la demanda de casación, y después de hacer las observaciones generales sobre los requisitos de forma de dicha pieza, que considera se ajusta a la técnica procesal exigida por la ley, principia por estudiar separadamente cada uno de los cargos propuestos con invocación de la causal cuarta, haciendo una réplica juiciosa a dichos cargos y llegando a la conclusión de que "no caben considerarse como demos-

tenidos", solicitando el consecuente pronunciamiento de la Sala.

Como síntesis de las réplicas de este aspecto de la demanda, el señor Agente del Ministerio Público concluye:

"A manera de común denominador considera la parte demandante que los cargos formulados se orientan todos a demostrar la violación en que incurriera el Tribunal, de las garantías de defensa para el sindicado y procesado, que contempla el artículo 26 de la Constitución Nacional. Ninguna formalidad sustancial que interfiriera el legítimo derecho de defensa de éste se produjo ni constata a través del proceso en comentario. La plenitud de formas que ordena el constituyente fue observada en la tramitación del caso *sub judice* y nada de arbitrario ni de obstaculizante se promovió o permitió contra el interés de Castaño Yépes. En oportunidades anteriores esa honorable Corte ha llamado la atención sobre la calidad de sustanciales que deben tener las formas cuya plenitud ordena la Carta, porque '... una interpretación científica no puede conducir al simple formulismo procesal, es decir a la fórmula por fórmula, con desconocimiento de su trascendencia o aspecto teleológico' ".

En relación con la causal primera, propuesta subsidiariamente en la demanda, la Procuraduría anota lo siguiente:

"Manifiesta el impugnador que la sentencia es violatoria de la ley penal sustantiva por errónea interpretación de los artículos 20, 31, 33, 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del Código Penal.

"A tal efecto divide la demostración del cargo en numerales que copan desde la letra a) hasta la m).

"Las afirmaciones que hace, en cada uno de los numerales dichos, son esencialmente arbitrarias y no contienen la demostración dialéctica y jurídica que podría llevar adelante su pretensión. Solamente cabe detenerse a considerar el aspecto propiciado en el punto c), sobre la graduación de la pena impuesta a Castaño Yepes, en frente de las disposiciones del artículo 39 del Código Penal.

"Dice esta norma:

'... Solo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente, circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad'.

"Dentro del proceso sólo se evidencia al folio 120 y en contra de Castaño Yepes, un fallo de arresto por el delito de hurto militar pronunciado en 1ª instancia por el Comando de la Quinta Brigada y reformado por el Tribunal Superior Militar el 29 de noviembre de 1956. El artículo 38 del Código Penal pregona la circunstancia de menor peligrosidad, algunas de las cuales no fueron tenidas en consideración por el honorable Tribunal Superior para el caso de Castaño y con el objeto de graduar la pena imponible. Las circunstancias 1ª —buena conducta anterior— y 11, no fueron tenidas en consideración. Siendo estas circunstancias de menor peligrosidad, tales como las contempla el Código Penal, meramente enumerativas o ejemplares, las amplias facultades de los funcionarios de derecho para apreciar la peligrosidad del delincuente, y proceder a individualizar la pena están cortapisadas o reprimidas por ellas. No concurriendo solamente para el caso de autos circunstancias de mayor peligrosidad ha debido darse aplicación al artículo 39 del Código Penal y, en consecuencia, no aplicarse el máximo de la sanción, tal como se hizo".

Como consecuencia de la conclusión a que llega el señor colaborador Fiscal al estudiar la causal primera de casación en lo que se relaciona con la graduación de la pena fijada en la sentencia acusada, la que impuso el máximo que autoriza el artículo 363 del Código Penal, termina por solicitar que la Corte proceda de acuerdo con el numeral a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, o sea, que se invalide el fallo y se dicte el que debe reemplazarlo, en el sentido de rebajar el máximo de 24 años de presidio pues, estima que se violó por el Tribunal el artículo 39 del Código Penal al no tomar en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad, previstas en los numerales 1º y 11 del artículo 38 ibidem.

SE CONSIDERA

Como se vio anteriormente, la demanda de casación invoca las causales cuarta y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la primera como principal y la segunda como subsidiaria, por estimar el impugnador que la sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad y por ser violatoria de la ley penal, por equivocada interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Causal cuarta

Con fundamento en esta causal el recurrente formula cuatro cargos que corresponden a otras tantas irregularidades procesales, cada una de las cuales en su concepto tienen el efecto de

producir, a su vez, nulidades de carácter supralegal o constitucional.

La Sala procederá a estudiar el contenido y eficacia de dichos cargos, según el orden en que fueron propuestos en la demanda, pero antes debe tenerse presente, con respecto a las llamadas nulidades sustanciales, constitucionales o supralegales, lo que en otras oportunidades ha sostenido la Corte, o sea:

Que "no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica una nulidad constitucional. No; para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al sér o a la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir la garantía del procesado o de la parte legítima se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional" (Casación Penal. Julio 19 de 1956; G. J., Nº 2170).

La nulidad constitucional se origina en la violación de un precepto de superior jerarquía consagrado especialmente en el artículo 26 de la Carta, en cuanto éste establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio y que la ley favorable o permisiva, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. En dicha norma constitucional se resumen las garantías esenciales del proceso penal.

Como interpretación y aplicación del artículo 26 de la Constitución la jurisprudencia de la Corte ha aceptado la procedencia en casación de las llamadas nulidades constitucionales, distintas y de superior categoría de las nulidades legales taxativamente previstas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, pero para admitir aquéllas en el proceso penal la Sala ha procedido siempre con especial cautela, limitándolas a casos excepcionales y extremos en que se compruebe que el vicio procesal alegado quebranta las bases mismas de la organización judicial o desconoce de modo grave el ejercicio del derecho de defensa del procesado.

Primer cargo. La irregularidad que el impugnador alega para sustentar este cargo carece de toda consistencia y significación procesal, pues al dictar el juez del conocimiento el auto visible al folio 103 del cuaderno principal, o sea la providencia de fecha 11 de agosto de 1958, no se violó ningún principio que atañe la esencia misma del juicio ni las garantías del procesado.

Para apreciar lo infundado de este cargo basta tener en cuenta que la aludida providencia se limitó a comisionar a un investigador criminal para que practicara "la totalidad de las diligencias decretadas" por auto de fecha 19 de febrero del mismo año, que no se habían practicado aún en su totalidad y que eran de importancia para el buen éxito de la investigación, como los careos ordenados en esta providencia y la verificación de las citas que el sindicado hizo en su indagatoria, con el propósito de establecer su coartada.

Pero aún en el caso de que se considerara el auto comisorio del 11 de agosto de 1958 como una nueva ampliación del sumario, con ello no se violó el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, pues aunque ya había un sindicado detenido, como no había sido posible descubrir al otro infractor, o sea al compañero del reo Castaño Yepes, por esta sola circunstancia, y de acuerdo con esta disposición hubieran podido hacerse las ampliaciones necesarias, y por el tiempo que se hubiera considerado conveniente, para el completo descubrimiento de todos los autores o partícipes de los delitos.

Segundo cargo. Como se ha visto, este cargo lo hace consistir el demandante en que se violó el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, en atención a que los Instructores y juzgadores no verificaron, con la urgencia requerida, las citas que el procesado Castaño Yepes hizo en su diligencia de indagatoria y que no se practicaron las pruebas ordenadas por el Tribunal Superior en la providencia en que se confirmó el auto de proceder.

Con relación a este cargo y con respecto al aspecto de las citas que el sindicado hizo en su indagatoria, el señor Agente del Ministerio Público hace la siguiente atinada réplica:

"Es un hecho indudable que el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, en salvaguardia de los fueros de defensa del procesado, exige la verificación con carácter de urgencia de las citas que éste produjere dentro de las diligencias que rinda ante la justicia a objeto de comprobar sus aseveraciones. En el caso de autos al proporcionar Castaño Yepes la versión de coartada de encontrarse ausente de la ciudad de Bucaramanga, cuando se perpetró el ilícito de homicidio y el de robo en la persona de la señora Isabel Vargas v. de Rodríguez, obligaba, ciertamente, a los funcionarios que adelantaban la investigación, a demostrar el fundamento o no, de su aserto. Debe reconocerse que no se evacuaron las citas que ocasionaba su relación ante la justicia con la celeridad deseada, pero, que al

ser realizadas las diligencias pertinentes, se comprobó que el alibi o coartada de Castaño Yepes, carecía de toda verdad. Fue así como su propia señora, y las personas a quienes citara como enteradas de su presencia en la ciudad de Bogotá, le niegan en forma rotunda y desconocen hasta el pretexto central de un presunto matrimonio para dar cabida a la posibilidad de que Castaño, estuviera en esta ciudad al momento de producirse los ilícitos por los cuales se le procesó".

Las pruebas que el Tribunal dispuso practicar en el auto de enjuiciamiento y que no se verificaron son las siguientes:

"En el término probatorio de la causa, deberá el Juez solicitar al Comando de la Quinta Brigada, copia completa de las sentencias de primera y segunda instancia a que se refiere el pliego atrás citado (f. 120-121) para que se tenga en cuenta para los efectos del artículo 34 del Código Penal al tiempo de dictar sentencia; igualmente la hoja completa de vida especialmente para saber por qué lo dieron de baja.

"Deberá pedirse a la Oficina de telégrafos de esta ciudad, el original del telegrama que según Ortega, puso a Bogotá por instrucciones de Castaño Yepes, en uno de los días de septiembre de 1957 más o menos entre el 20 y el 23 del citado mes, dirigido a una persona que estaba en una pensión en Bogotá, para que le reclamara la maleta y una libreta militar.

"Deberá averiguarse por conducto del detectivismo o de una autoridad judicial de Bogotá, si en la 'Pensión Ibagué' de aquella ciudad estuvo alojado Castaño Yepes y con quién; si allí dejó a guardar algún equipaje en qué fecha y quién lo reclamó y en fin todos los detalles que puedan orientar la investigación para identificar a su compañero de delito.

"Ortega afirmó también en la diligencia de careo con Castaño Yepes, que éste regresó a la ciudad en los primeros días de octubre de 1957 y fue a su residencia acompañado de otro sujeto, de unos diez y ocho años de edad, cuyo nombre ignora y que describe así: moreno, de regular estatura; que Castaño le dijo que ese muchacho era primo hermano del dueño del camión que había venido cargado de papa desde Bogotá.

"Benito Chacón (f. 8v.) también dice que Castaño, doce días después de irse de Bucaramanga, volvió aquí, lo llamó al teléfono y estuvo en su droguería y así lo confirma Ortega (f. 23 v.).

"Es probable que cuando Castaño y el tal muchacho fueron a la casa de Ortega, allí estuviera Gonzalo Moreno; por lo tanto, deberá interrogársele para que diga si en esos primeros días de octubre inmediatamente anteriores al cinco, Castaño y el muchacho estuvieron en la casa de Ortega y si ese mismo muchacho fue el que estuvo en compañía de Castaño Yepes el día cinco dentro de la casa.

"El menor Humberto Uribe sí afirma en su declaración inicial y en el careo con Castaño Yepes que conocía al compañero antes de aquel día y en eso confirma a Ortega.

"Dentro del proceso no aparece el papel de que habla Ortega en la diligencia de careo (f. 102) que entregó al Investigador Segundo Criminal de Santander y que contiene la dirección del 'Hotel Ibagué' en Bogotá.

"Según el telegrama que aparece al folio 130 del expediente, Castaño Yepes fue detenido en Manizales por cuenta de la Inspección Segunda de Permanencia de aquella ciudad, sindicado de hurto (diciembre 21 de 1957). El Juez del conocimiento deberá pedir a dicha Oficina y al detectivismo y a las autoridades judiciales de aquella ciudad, informe completo sobre esta sindicación para saber qué calificación tuvo esa investigación y si en ella aparece complicada otra persona amiga o conocida de Castaño Yepes.

"Que se llame a Hugo Cardozo, pagador de la zona de carreteras, citado por Ortega y por el mismo Castaño Yepes como pariente suyo y quien trabaja en el "Banco de Bogotá" oficina número 406, 407 y vive en la carrera 17, número 13-37".

Como puede verse del contenido del auto transcrito, las pruebas que el Tibunal decretó y que no se practicaron dentro del término probatorio de la causa, lo que ciertamente constituye una irregularidad procesal, no tienen la "vital importancia para el esclarecimiento del hecho investigado y para la total exclusión de la responsabilidad de Castaño Yepes", ni ellas tendían a destruír o desvirtuar las pruebas que el juez del conocimiento y el mismo Tribunal tuvieron en cuenta para calificar la responsabilidad de este procesado. Al contrario, la falta de la práctica de alguna de estas pruebas, como es la relacionada de la no traída al proceso de las copias completas de las sentencias dictadas por la autoridad militar, por medio de las cuales se condenó a Castaño Yepes a la pena de arresto por el delito de hurto militar, según constancias que obran a folios 120 a 121 del cuaderno 1º, favoreció a este procesado, pues impidió que al fijarse la pena se le aplicara el artículo 34 del Código Penal, considerándolo como reincidente.

De lo anterior se deduce que este cargo también carece de fundamento y de la trascendencia que le atribuye el demandante, ya que la irregularidad en que se incurrió al no practicarse las pruebas ordenadas por el Tribunal en el

auto confirmatorio del auto de proceder, no incidieron en el menoscabo de los derechos de defensa del procesado en el sentido que los consagra el artículo 26 de la Carta.

Tercer cargo. La afirmación que hace el actor para demostrar este cargo, que lo hace consistir en el hecho de que "al procesado Castaño Yepes se le condenó sin que hubiera disfrutado de adecuados medios de defensa", carece de adecuado respaldo en las constancias procesales, siendo al respecto acertada la réplica que a dicho cargo hace el señor Procurador Delegado en lo Penal, cuando en la contestación de la demanda observa lo siguiente:

"El hecho de que el sindicado hubiera rendido indagatoria, asistido por un apoderado de oficio, no es posible hacerlo derivar hasta el extremo a que lo conduce el señor apoderado de que por no estar asistido Castaño Yepes por un profesional que tuviera mayor interés personal para con su cliente, careció en absoluto de medios de defensa. Esta es una afirmación ligera, e irreflexiva. Por lo demás, consultando todo el proceso se puede evidenciar que Castaño gozó a lo largo del mismo de la asistencia de profesionales del derecho que atendieran sus intereses, ya como sindicado, ora como procesado, ya como condenado. En la diligencia de audiencia pública, su apoderado, ciertamente de oficio, hizo por él cuanto le era dable y a su nombre solicitó determinadas respuestas al jurado popular. El hecho de que no hubiera abogado dentro de la audiencia por segunda vez, no puede calificarse como ausencia de defensa, pues esta posición era legalmente optable para el profesional que asumió por imperio de la ley la defensa de Castaño Yepes. La jurisprudencia traída al servicio de su interés, por el distinguido profesional demandante no cabe adecuarse a la situación que plantea".

Cuarto cargo. Como se examinó al estudiar la demanda, al través de este cargo el impugnador pretende que la Sala, con base en la causal cuarta, entre a revisar nuevamente los indicios y pruebas, diferentes, coherentes y graves, que sirvieron de fundamento al auto de llamamiento a juicio, proferido contra Castaño Yepes y al veredicto condenatorio pronunciado en esta causa, lo cual es antitécnico, pues dicho cargo no podía aducirse sino con fundamento en la causal segunda del artículo 567 de Código de Procedimiento Penal; pero como el recurrente mismo reconoce que esto último no lo podía intentar con éxito, por impedírselo la reiterada jurisprudencia de la Corte, en la que se ha sostenido que "en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal 2ª de casación", acudió al habilidoso recurso de proponer esta cuestión, con invocación de la causal cuarta, que no da asidero a la Sala para proceder a un nuevo examen probatorio de los elementos de juicio que sirvieron al jurado para proferir el veredicto que en este juicio fue el fundamento de la sentencia recurrida.

Por lo tanto, la Sala ni siquiera puede en este caso entrar a hacer un estudio de fondo de los argumentos o afirmaciones propuestas por el demandante, con los cuales pretende demostrar que se violaron los artículos 217, 222 y 223 del Código de Procedimiento Penal que establecen ciertas normas para la apreciación de la prueba de indicios.

Causal primera de casación

Con relación a esta causal primera de casación, que el recurrente invoca subsidiariamente con el propósito de que se reduzca la pena fijada en la sentencia acusada, la que impugna por estimar que es violatoria de los artículos 20, 31, 33, 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del Código Penal, lo cual intenta demostrar con los argumentos reproducidos al estudiar la demanda de casación, cabe observar lo siguiente:

Los argumentos con los que el actor intenta demostrar la violación, por parte de la sentencia acusada, de las disposiciones legales citadas, son simples afirmaciones carentes de toda "demostración dialectiva y jurídica," como acertadamente lo expresa el señor colaborador Fiscal. Además, dichas afirmaciones, aparte de ser arbitrarias, pues se fundan en supuestas situaciones que no se demuestran ni pretende demostrar, y que están en desacuerdo con la realidad procesal revelan un completo desconocimiento del verdadero significado y alcance jurídico de las normas penales que el actor supone fueron quebrantadas en la sentencia recurrida.

Por las razones dichas, la Sala considera que no es necesario entrar en una crítica pormenorizada de los argumentos con que el impugnador pretende demostrar o fundar esta causal, pues el recurso extraordinario de casación exige que los cargos que se propongan contra la sentencia acusada sean claros, lógicos y de algún valor de convicción, para que puedan ser considerados y analizados, pero esto no se consigue con simples afirmaciones, carentes de respaldo y de toda significación demostrativa, como ocurre en el presente caso, con relación a la pretendida demostración de la causal que ahora se estudia.

La única argumentación que merece estudiarse es la que se propone para establecer que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 39 al fijar a Augusto Castaño Yepes el máximo de la sanción prevista en el artículo 363 del Código Penal, que sanciona el delito más grave, ya que el Agente del Ministerio acoge, aunque sin mayor análisis, la tesis sostenida por el demandante de que el Tribunal sentenciador no tuvo en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad previstas en los numerales 1º y 11 del artículo 38 del Código Penal, por cuanto la disposición que se estima mal aplicada o violada sólo permite imponer el máximo de la sanción cuando únicamente concurran circunstancias de mayor peligrosidad.

El fallo acusado al estudiar el aspecto de la dosificación de la pena consideró lo siguiente:

"Ya se dijo que los delitos imputados a Castaño Yepes fueron los de 'homicidio' agravados con las características de asesinato, como 'la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos'; la de haber consumado el homicidio para preparar o facilitar la comisión de otro delito —'robo'— y las de la *insidia* y la *alevosía*, circunstancias intensificadoras del dolo que se estudiaron detenidamente en el auto de proceder, y finalmente el delito de 'robo' consistente en la apropiación violenta de dineros, y haberes de propiedad de la anciana Isabel Vargas y de su sobrino Roberto Ortega, lo cual se comprobó por la autoridad investigadora con las correspondientes diligencias de inspección ocular.

"El Juzgado considera que no existe demostrada en favor de Castaño Yepes, circunstancia alguna de menor peligrosidad y en cambio sí pueden deducírsele las previstas en los numerales 5º y 9º del artículo 37 del Código Penal como demostrativas de mayor peligrosidad.

"No es posible computar la primera —preparación ponderada del delito— porque ya se tuvo en cuenta como circunstancia modificadora de la responsabilidad, que caracterizó 'la premeditación acompañada de motivos innobles'; pero sí la novena —"el obrar con la complicidad de otro, previamente concertada'—, porque está demostrado que Castaño Yepes concurrió desde la mañana del día trágico a la casa de su víctima en compañía de otro sujeto y que éste lo acompañó en todos los pasos de su itinerario delictuoso, hasta la fuga, cuando se presentó en la casa Gonzalo Moreno y los sorprendió allí, cuando acababan de realizar el horrendo delito de homicidio y el inmediato del robo.

"De acuerdo con el artículo 363 del Código Penal que fija para el homicidio consumado con características de asesinato, de quince a veinticuatro años de presidio, el Juzgado aplicó la pena máxima —veinticuatro años—, no sólo por la concurrencia de varias circunstancias modificadoras, sino por el concurso de delitos, pues además de la muerte violenta de Isabel Vargas, los delincuentes cometieron también en sus bienes y en los de propiedad de Ortega el de 'robo'.

"La Sala no encuentra objeción alguna que hacerle a la sanción principal impuesta al sentenciado y lo mismo respecto de las sanciones accesorias y la condena en abstracto al pago de los daños y perjuicios ocasionados con esos delitos".

Como se ve, el Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, conceptuó que no existe demostrada circunstancia alguna de menor peligrosidad, pero sí la de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, o sea, el obrar en complicidad de otro previamente concertada, situación ésta que aparece plenamente establecida en autos y que el mismo demandante acepta.

La Sala estima que en esto no se equivocó el *ad quem* porque no pueden abonársele al reo las circunstancias de menor peligrosidad de la buena conducta anterior, ni la de la indigencia y falta de ilustración, cuando hayan influído en la ejecución del hecho, pues para aceptar la primera se opone el fallo de arresto por el delito de hurto militar, a que fue condenado Castaño Yepes, cometido con anterioridad a los hechos delictuosos porque ahora se le juzga, condena que se comprueba con las copias de la parte resolutiva de los fallos que obran a folios 120 y 121 del cuaderno 1º. La segunda circunstancia de menor peligrosidad, o sea la prevista en el ordinal 11 del artículo 38 del Código Penal, no puede en el presente caso aceptarse tampoco, dada la tremenda gravedad del homicidio consumado en la persona de la anciana Isabel Vargas, pues el reo Castaño Yepes aunque fuera un hombre sin ninguna ilustración, perfectamente debió darse cuenta de la atrocidad del delito que cometía contra la vida de dicha anciana, a quien ultimó de varias puñaladas, en asocio de otro sujeto, aprovechando el momento en que la inerme y desprevenida víctima se había quedado sola, con el innoble fin de apoderarse de sus pocos bienes.

Por esto, en otra oportunidad, y con toda razón esta Sala sostuvo que: "La circunstancia prevista en el inmeral 11 del artículo 38 del Código Penal es muy difícil de admitirla en los delitos de sangre, porque hasta el más ignorante entiende que la vida humana es un supremo bien que no puede suprimirse sin causar irreparable daño y sin incurrir en tremendo delito" (Cas. 21 de mayo, 1948).

En relación con el alcance del artículo 39 del Código Penal la Corte ha dicho:

"El artículo 39 del Código Penal no señala una manera rígida y matemática para aplicar las sanciones, sino que da una pauta para fijarlas, en tratándose de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad: puede fijarse el máximo cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, pero no es forzoso hacerlo siempre; y puede fijarse el mínimo cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad, pero tampoco es forzoso hacerlo siempre que así se presenten las cosas.

"Dicho de otro modo, los términos del artículo 39 no quieren significar que cuando haya varias circunstancias de mayor peligrosidad y ninguna de menor, el juez tenga que aplicar el máximo, así como si no hay ninguna de mayor peligrosidad y sí una o varias de menor, tenga que aplicar el mínimo. El juez tiene el arbitrio o facultad de señalar la cuantía de las penas justipreciando según su prudente criterio las dichas circunstancias ('podrá', dice el Código), pero sin olvidar los demás factores que indica la norma general para el señalamiento de las penas, que es el artículo 36 del Código, esto es, la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente" (Sent., 1º septiembre 1950, LXVIII, 197).

De lo dicho hay que concluir que no existiendo fundamento para reconocerle al reo Castaño Yepes ninguna circunstancia de menor peligrosidad, pero sí de mayor peligrosidad, al habérsele impuesto en el fallo recurrido la pena máxima privativa de la libertad que autoriza la disposición legal que sanciona el delito más grave por el cual se lo juzgó, o sea el artículo 363 del Código Penal, no se violó con ello el artículo 39 del Código Penal, como lo afirma el recurrente. Por lo tanto, el cargo formulado en casación con invocación de la causal primera tampoco es admisible y no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no invalida la sentencia condenatoria a que se ha hecho referencia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinio León L., Secretario.

CORRECCION DE LA DEMANDA DE CASACION

No aparecen los evidentes errores de hecho imputados a la sentencia condenatoria del Tribunal, por delito de homicidio. Una de las causales aducidas fue alegada extemporáneamente, motivo por el cual la Corte no la considera.

El recurso de casación se sustenta con una verdadera demanda, como con toda propiedad la denominan los artículos 563, inciso 2º, y 564 del Código de Procedimiento Penal, la que, por tanto, debe consultar todos los requisitos que exige el artículo 531 del Código Judicial, cuya aplicación en materia criminal autoriza el 2º de aquél estatuto. Esa demanda debe ser presentada ante la Corte dentro del término de quince días, según lo prescribe la primera de las disposiciones que acaban de citarse, sin que, pasado dicho término, sea susceptible de enmienda o corrección, dadas las características propias del recurso. El ámbito de la controversia sobre la legalidad de la sentencia acusada queda delimitado en la demanda, y sólo sobre esas bases inmodificables podrá la Corte avocar su estudio y pronunciar su fallo. Significa lo anterior que el recurrente no puede prevalerse de la audiencia para interponer o hacer valer causales distintas de las que se propusieron en el libelo de casación. La audiencia tiene por especial objeto proporcionar a las partes la oportunidad de ampliar o desarrollar sus conceptos sobre las causales de casación que de manera clara y precisa debieron invocarse y sustentarse en la demanda.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, primero de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Agotados los trámites de rigor, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Gumersindo Garay contra la sentencia del veintisiete (27) de julio de mil novecientos sesenta, mediante la cual el Tribunal Superior de Pereira lo condenó a la pena principal de veintidós (22) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable, en calidad de coautor, de "los delitos de homicidio agravado, homicidio imperfecto, incendio y robo".

ANTECEDENTES

En términos que la Sala comparte, los hechos del proceso han sido expuestos en el fallo acusado así:

"La finca 'Las Delicias' situada en el paraje de 'Cañaveral' de la comprensión Municipal de Pijao, fue asaltada por una banda de forajidos en las primeras horas de la madrugada del día doce de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco. En la casa de la finca se encontraban los señores Ramón Aguirre, su esposa Lucila Arango, Angel María Neira, Luis Teodoro Arango, Darío Cárdenas, Rosalba Serna de Quintero, Enoy Bedoya de Ramírez y algunos niños. Los asaltantes en número aproximado de quince vestían prendas militares y llegaron anunciándose como representantes de la autoridad y exigiendo a los moradores que les abrieran. Como no consiguieran su objetivo procedieron a disparar sus armas hacia adentro y a regar gasolina por debajo de las puertas, prendiéndole fuego, sin lograr su propósito. Por último se subieron al techado de la cocina y por un hueco que abrieron, desde allí dispararon sus armas, causando la muerte a Ramón Aguirre y Angel María Neira y lesionando a Luis Teodoro Aran-

go, quien quiso huir junto con Darío Cárdenas, pero al salir, fueron igualmente ultimados a bala y machete. También resultaron heridos Rosalba Quintero, Enoy Bedoya y su hijo de seis meses. Luego los malhechores se dieron a la tarea de requisar la casa, sustrayéndose tres relojes y un carriel de propiedad de las víctimas.

"Consumado ese ataque, los delincuentes pasaron a la finca vecina 'La Esmeralda', cuya casa estaba habitada por José Manuel Aguirre, Nepomuceno Vargas, Darío Rengifo, Isabel Valdés de Vargas, Rita Suárez y Walter Cantor y allí igualmente exigieron que les abrieran las puertas, diciéndose gentes del Tolima, sin ser complacidos. Entonces procedieron a disparar sus armas y con unas guaduas derribaron una puerta, penetrando en esa forma al interior de la casa, donde dieron muerte a Darío Rengifo, Nepomuceno Vargas y José Manuel Aguirre a bala y machete. También procedieron a requisar la casa después de los asesinatos y se llevaron una alcancía con cuarenta pesos, una monedera con un peso y un anillo de oro con las iniciales de Walter Cantor. Luego huyeron a los gritos de 'la bandera, la bandera'.".

Las diligencias iniciales de la investigación correspondieron a la Inspección Departamental de Policía de Barragán, y fueron continuadas luego por la Alcaldía Municipal de Pijao. Posteriormente la etapa instructiva estuvo a cargo del Juez 18 de Instrucción Criminal, funcionario que con fecha veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, visible de folios 130 a 142 del cuaderno primero, profirió auto de detención contra varios de los sindicados, entre los cuales aparece el hoy recurrente, Gumersindo Garay Pardo.

Al dilatado y prolijo proceso imprimiósele el trámite previsto en el Decreto 0012 de 1959 mediante auto del once de junio de mismo año. Finalizó la primera instancia con proveído del 30 de enero de mil novecientos sesenta, mediante el cual el Juez Superior de Armenia condenó a uno de los procesados, absolvió a otros y sobreseyó temporalmente en favor de Gumersindo Garay, entre otros.

El Tribunal Superior de Pereira, al revisar en grado de consulta la providencia del *a quo*, la confirmó sólo en parte, hallándose entre las distintas modificaciones introducidas por el *ad quem* al proveído consultado, la revocatoria del sobreseimiento temporal en favor de Gumersindo Garay, quien, en su lugar, fue condenado a la pena principal de veintidós años de presidio, como ya se dijo, pena a la cual también fueron condenados Azael Ramírez y José Abel o José Aníbal Terán, conocido igualmente por los apellidos Ictivi, Verástegui y Reátegui.

DEMANDA DE CASACION

El escrito que sustenta el recurso, redactado por distinguido jurista, ofrece, sin embargo, en el fondo y en la forma, las características de un alegato de instancia.

Prescindiendo del requisito de presentar a la Corte un resumen de los hechos, el actor, después de expresar que impugna la sentencia recurrida con fundamento en las causales primera y segunda de casación, emprende una crítica a las diversas y multifacéticas versiones ofrecidas a lo largo de la investigación por el procesado Omar Julio Dávila también condenado por el Tribunal, en la categoría de "cómplice no necesario", a la pena de seis años de presidio, crítica probatoria que concluye con la siguiente frase explicativa: "Me he detenido en el análisis minucioso de los testimonios de Omar Julio Dávila, para demostrar que, por falaces, no valen ni siquiera contra sí mismo, porque sobre esa base endeble se edificó, en muy notoria proporción, la prueba de cargo para mi poderdante y la equivocada sentencia que lo condena a sufrir los rigores de veintidós años de oprobioso e injusto presidio".

Luego, en aparte intitulado "Los testimonios de las viudas", el impugnante dedica amplio espacio de su escrito a examinar los testimonios de las señoras María Lucila Arango, Cecilia e Isabel Valdés, examen que, en substancia, se halla destinado a destacar los criterios discrepantes con que los falladores de instancia apreciaron tales elementos de juicio. En efecto, la finalidad de la referida confrontación se evidencia en el siguiente pasaje del libelo:

"En el curso de la prolija, pero equivocada e incompleta investigación, lo mismo que en la calificación del sumario, jugó papel principalísimo el testimonio de las viudas de los señores Ramón y José Manuel Aguirre y Nepomuceno Vargas, señoras María Lucila Arango, Cecilia e Isabel Valdés, respectivamente. También en relación con estos testimonios hubo disparidad de apreciación entre el señor Juez Superior y el Tribunal Superior de Pereira, de donde resulta necesario establecer comparación entre las dos encontradas tesis, para dilucidar cuál de ellas se ajusta mejor a los dictados de la recta justicia".

A lo cual agrega más adelante:

"Enfrentadas como están las dos tesis de los falladores en cuestión tan importante, como lo es la credibilidad que merezcan las viudas frente

a Gumersindo Garay, ¿cuál será la exacta realidad, desde el punto de vista probatorio, de la culpabilidad o la inocencia del incriminado? A demostrar que el señor Juez acertó y que se equivocó el honorable Tribunal están encaminadas las siguientes consideraciones:

"Las tres viudas conocían de antemano a Gumersindo Garay, según dicen: Lucila (folio 76) porque 'él cada rato iba a la casa allá, pues como era como vecino y amigo de Ramón, hace por ahí dos años, de lo que hace que estábamos allí viviendo'; Cecilia (folio 79), porque lo había visto en la vereda de 'Cañaveral', en donde la mamá de Gumersindo tiene una finquita; Isabel (folio 80), porque unos dos meses atrás lo vio en la fonda de los Calderones y su hermana le dijo que se llamaba Gumersindo Garay, no obstante lo cual, tuvieron que mostrárselo en la cárcel previamente.

"Por su parte, Gumersindo, conocía a Lucila porque la había visto en su casa de Cañaveral; no conocía a Cecilia ni a Isabel, aunque ellas afirmen haberlo visto y saber su nombre, lo cual nada tiene de extraño, pues a todos nos ocurre que muchas personas nos hayan visto y sepan cómo nos llamamos, sin que de nuestra parte suceda lo mismo con ellas. Sin embargo al folio 80 del primer cuaderno y en careo sostenido con Isabel, dijo Gumersindo sin que nadie lo haya desmentido: 'En primer lugar, esta señora por qué conociéndome demasiado, por qué en dos reconocimientos no me reconoció aquí en el patio de la cárcel, hasta que las otras señoras le dijeron...'

"Sentadas estas premisas, veamos cuál fue el origen real de las tremendas acusaciones que se hicieron a mi poderdante, cuestión no muy sencilla porque el Inspector de Policía de Barragán se abstuvo de dejar alguna constancia que permitiera saber por qué detuvo a Gumersindo antes de que se hubiera allegado al expediente algún cargo contra él, y, en cambio, sí le hizo conocer a las viudas, antes de que declararan, que lo tenía detenido, según puede verificarse al folio 8. También es muy importante para el caso determinar a qué hora se produjo la detención y en qué momento se recepcionaron las declaraciones de las señoras dichas.

"En folio 5 del primer cuaderno aparece el acta del levantamiento del cadáver de Angel María Neira, y allí se lee: 'En esta fecha (agosto 12), siendo las 10 de la mañana, el suscrito Inspector Departamental de Policía, encontrándose en la región de Cañaveral, etc.' Al folio siguiente está la diligencia correspondiente al levantamiento del cadáver de Ramón Aguirre, la última que se verificó, y aunque en ella no hay constancia de la hora que se efectuó, cabe presumir que fue hacia las 10 y media de la mañana, según el tiempo empleado en las anteriores, el que sí consta en autos. Para ir de Cañaveral a Barragán se requiere 'por ahí una hora y media', dice Lucila Arango al folio 72 del primer cuaderno, y al mismo folio, en su parte baja, Leonardo Quintero estima que 'una hora aproximadamente', el tiempo necesario para trasladarse a pie entre los dos lugares dichos. De suerte que los cadáveres pudieron haber sido transportados hasta Barragán hacia el medio día y las tres viudas debieron rendir sus declaraciones en las horas de la tarde, como que sus exposiciones fueron las últimas diligencias de la fecha, y todas tres señoras comparecieron en el despacho del inspector, según aparece del encabezamiento.

"¿Dónde estaba entonces Gumersindo Garay? Detenido en la cárcel desde las horas de la mañana, como lo refiere Alberto Marulanda al folio 148 del primer cuaderno. Suyas son estas palabras.

'Esa mañana nos fuimos para Cañaveral a traer un viaje de guadua por la carretera a Génova como dos kilómetros arriba de Barragán, en el mismo camión iba don Alonso, iba mi hermano Hernán Marulanda que ayudaba a trabajar en el camión, iba Eudesioco (sic) Garay, por irse a andar conmigo, pues él no trabaja en el carro, se fue de pato y cuando bajamos a Barragán de regreso ya había policía y detuvieron a Gumersindo Garay y a mí también me detuvieron como unas dos horas pero luego me dejaron ir con el camión'.

"En la madrugada del 12 de agosto se cometieron siete asesinatos en la Vereda de Cañaveral; horas más tarde, se captura a Gumersindo como sospechoso del crimen, cuando volvía hacia Caicedonia con el cargamento de guadua que portaba Alberto Marulanda. ¿Qué más se necesita en un medio rural para que a un hombre se le califique desde ese mismo momento como criminal? Es preciso hacer una composición mental de los comentarios que desde ese instante se escucharon en Barragán y lugares adyacentes. Si Gumersindo Garay fue detenido, diríam las gentes, ¿cuál duda cabe respecto de su responsabilidad en los delitos? Otros comentarían: 'ya cayó el asesino: es Gumersindo Garay'. Y por este estilo decires sin cuenta, suspicacias, consejas, de las cuales no podría librarse, porque el rumor crece como la bola de nieve, sin que nadie pueda detenerlo, controlarlo, ni disolverlo.

"Así tuvieron origen las desventuras de Gumersindo, que se prolongan por más de cinco años. Aherrojado en la cárcel, sobre él cayeron

las viudas adoloridas para sumarse al corro de los acusadores, autosugestionándose de haberlo visto entre los asesinos de la madrugada; o, quizás, se prestaron a satisfacer los deseos de vindicta de don Leonardo Quintero, que asumió el papel de director de farsa para llevar a la cárcel a todos los adversarios políticos que tenía en la vereda.

"Pero si la malévola y mendaz declaración de Omar Julio Dávila sólo se produjo el día 13, ¿cómo y por qué fue tomado por sospechoso Gumersindo desde la mañana del 12? No parece fácil encontrar una respuesta adecuada a este interrogante, pero por fin la hallé en la parte inferior del folio 79 del primer cuaderno, carco entre Cecilia y Gumersindo. Se lee allí:

'Preguntado el sindicado: ¿Usted qué dice ante la declaración que acaba de oír? (los cargos que le formulaba Cecilia). Contestó: que eso no es verdad. Yo me encontraba en el pueblo durmiendo en compañía de la señora y de los hijos. (Le dice en este momento la testigo: y si estaba en el pueblo entonces por qué iba usted el día que bajaron los cadáveres de un camión de la boca de monte para Caicedonia, esos muertos los bajaron como a las 10 de la mañana). Continúa el sindicado: en el camión sí iba, porque había venido de Caicedonia y ya habíamos ido a Montecristo a alzar un viaje de guadua y regresábamos para el pueblo y ahí nos atajaron. Los dos mismos muchachos del mismo camión pueden declarar que ellos el jueves en la noche me llevaron a la casa y ahí mismo el viernes por la mañana me trajeron a alzar la guadua. Nada más'.

"De suerte que las sospechas recayeron sobre Gumersindo sólo por el hecho de haber transitado por los lados de Cañaveral y Barragán en un camión cargado con guadua, a la misma hora que bajaban con los cadáveres. Si en esa infortunada mañana no hubiese tenido la ocurrencia de viajar, estaría libre, pues nadie habría sospechado de él y conservaría su merecida fama de hombre honrado. De nada le valió que Alberto Marulanda confirmase su coartada —a pesar del Juez Instructor— porque el honorable Tribunal dijo que no estaba probada.

"¿Veis, señores Magistrados, qué detalle tan casual y tan insignificante dio origen a la sospecha, a la detención sorpresiva, a las ligeras acusaciones de las viudas y a la infamante condena? Vosotros diréis si, conocidas y analizadas estas circunstancias procesales, puede tenerse el dicho de las viudas como prueba para condenar a Gumersindo Garay, y si la declaración de Enoy Bedoya, sirvienta en casa de don Leonardo y quien fue la única persona que la visitó en el hospital, reúne los atributos de las firmes y buenas pruebas en materia penal".

En apartes posteriores de la demanda el actor manifiesta que los funcionarios a cuyo cargo estuvo la etapa instructiva del proceso olvidaron el precepto legal que les "imponía practicar con igual celo las pruebas que comprometieran y las que favorecieran a Gumersindo". "De las primeras —agrega— se evacuaron todas y de las últimas apenas dos, y eso las de menor importancia: las declaraciones de Juan de Jesús Sabogal, ya citada, y la de Gildardo Zapata (Folio 105 del primer cuaderno). Pero de las fundamentales, de las que servían para demostrar su inocencia, de ésas, ninguna".

"Concretamente —dice— en cuanto concierne a mi poderdante, básteme citar las peticiones contenidas en escritos de los folios 274 y vuelto, 286 y vuelto, 311 y 312, todos del segundo cuaderno, en los cuales suplicaba la recepción de los testimonios de las personas con quienes estuvo en las primeras horas de la noche del 11 de agosto y en la mañana del 12, así como las que se relacionaran con su conducta..."

"En atención a estas fallas procesales, que no son imputables a Gumersindo Garay sino a sus jueces, —prosigue el actor— debo pediros que aceptéis como pruebas las declaraciones extrajuicio que obran a los folios 204 a 207 vuelto, del segundo cuaderno, con las cuales se demuestra que mi poderdante permaneció en su casa de habitación durante la noche del 11 de agosto de 1955, lo cual hacía físicamente imposible su presencia en la vereda de Cañaveral".

Estima el impugnador que la declaración de Alberto Marulanda es fundamental para demostrar la coartada de su poderdante, y al efecto destaca de la misma los siguientes pasajes:

"...Preguntado: ¿En qué momento se reunió con ustedes Gumersindo Garay en qué sitio y usted supo lo que dicho sujeto hubiere ejecutado la noche anterior entre las 8 de la noche y las 5 y media de la mañana? Contestó: Gumersindo Garay es mi vecino y recuerdo que la noche anterior yendo en el camión con mi hermano Heráin por la carrera 14 de esta población, como a las siete de la noche, dijo mi hermano: mire allí está Gumersindo. Entonces se subió con nosotros y lo llevamos hasta su casa donde lo dejamos, pero yo no supe qué se haría Gumersindo (no lo podía saber porque no durmieron juntos, comento yo), desde ese momento hasta las siete u ocho de la mañana del día siguiente, día en que lo encontré en la puerta de la casa y se fue de pato con nosotros para Barragán a traer el viaje de guadua, como antes lo dije.... Preguntado: ¿En el viaje que hicieron esa mañana

ustedes a traer el viaje de guadua qué les comentó Gumersindo sobre los muertos de Cañaveral? Contestó: lo único que recuerdo fue que dijo: que no vaya a haber sido en mi casa porque yo no he sido malo, pero hay sí me vuelvo malo. En todo caso él sí iba a informarse cómo estaban las cosas por allá".

Testimonio éste que el actor comenta en los siguientes términos:

"Esta declaración sobre la actividad de Gumersindo, no pedida por el instructor, sino espontánea y desprevenidamente producida, vale por todo el proceso.

"La coartada de mi poderdante habría quedado irrefutablemente probada si el señor Juez, hubiese sabido cumplir sus deberes en forma total e imparcial. No lo hizo, por desventura para Gumersindo, pero tampoco pudo ocultar del todo la inocencia del perseguido. Qué fácil es decir como lo dijo (sic) el honorable Tribunal que la coartada no estaba probada, sin entrar a estudiar por qué no lo estuvo en forma más completa.

"La circunstancia de que en la vereda de Cañaveral viven la madre y abuela de Garay, según consta de autos, explica su preocupación cuando se enteró de los hechos y esa amarga frase, mezcla de temor y de resolución: 'Que no vaya a haber sido en mi casa'.".

A continuación el demandante se refiere a los antecedentes personales y sociales del procesado, afirmando que éstos, según datos del proceso, han sido siempre buenos, de lo cual deduce que un hombre de vida honesta "no se convierte repentinamente en vulgar asesino".

Formula luego algunos planteamientos de carácter general, encaminados a suscitar la duda sobre los verdaderos autores de los delitos de autos, y, en seguida, bajo el epígrafe de "Las causales alegadas. Cuestiones jurídicas", expresa: "Conforme dije al principio de este escrito, invoco, como causales de casación, la primera y la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia 'es violatoria de la Ley Penal, por indebida aplicación de la misma', y 'por errada apreciación de los hechos, siendo éstos determinantes de la responsabilidad'.

En desarrollo de esta invocación final, arguye que para proferir el fallo acusado, "fue preciso violar la ley penal y específicamente el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, porque sólo negándose sistemáticamente, como lo hicieron los instructores, a investigar los hechos y circunstancias que eximen al procesado de toda responsabilidad, era posible atreverse a dictar sentencia condenatoria contra Gumersindo Garay, después de declarar en la parte motiva 'que la coartada le resultó fallida a este inriminado' (folios 173 del tercer cuaderno)". Y añade:

"Por otra parte, según lo he dejado demostrado, de manera prolija y completa, en la sentencia recurrida se incurre en errada apreciación de los hechos, atribuyéndoseles un valor probatorio que no tienen, pues a los testimonios de inriminación, no obstante su inconsistencia se les asigna el valor de plena prueba, mientras se les niega o desconoce el que sí tienen a los testimonios, hechos y circunstancias demostrativos de la inocencia del señor Garay Pardo.

"Desde ambos aspectos la sentencia es violatoria del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, pues se dictó sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de que el procesado Gumersindo Garay sea responsable de la infracción de que trata el proceso. Más aún, atribuyéndosele, en el grado de coautor, infracciones, como la de 'robo' que en el caso de autos no se cometió cuyo cuerpo del delito en ninguna forma está probado".

Concluye el demandante solicitando a la Corte que invalide el fallo impugnado y, en su lugar, absuelva al procesado Gumersindo Garay de los cargos que se le formularon en el proceso.

Con oportunidad de la audiencia pública, el actor propuso la causal cuarta, en función del artículo 26 de la Constitución, fundándose en el hecho de que no obstante haberse cometido los delitos del proceso con anterioridad a la vigencia del Decreto 0012 de 1959, se le imprimió el trámite previsto en este estatuto, cuyas normas, frente al procedimiento ordinario, son restrictivas o desfavorables.

El pensamiento del demandante sobre el particular fue recogido en el acta respectiva, de la cual se transcriben los siguientes apartes fundamentales: "Que en su alegato o demanda de casación pidió invalidar el fallo que es materia del recurso de casación, y ha querido dejar para esta etapa de la audiencia pública la alegación que formula de la causal 4ª de casación con la petición de que se case la sentencia y se declare nulo lo actuado ya que se desvió el procedimiento ordinario por el del Decreto 0012 de 1959 con el que se dio efecto retroactivo para aplicarlo a un hecho ocurrido en el año de 1956" ... "Que solicita invalidación de lo actuado en el proceso desde cuando el Fiscal del Juzgado Superior declaró que no se siguiera el procedimiento ordinario, sino el del Decreto 0012 que

no es favorable al procesado Garay y por cuanto no es dable la retroactividad de este Decreto, siendo el caso de invocar recientes doctrinas de la Corte, de fechas 14 y 15 de marzo del corriente año (1961) donde se lee: '... El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido en nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera que sea la naturaleza de ésta. No se necesita hacer un gran esfuerzo comparativo para concluir que el procedimiento establecido por el Decreto 0012, aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia...'."

Complementa el actor la argumentación transcribiendo textualmente el artículo 26 de la Constitución, y agrega que "Insisto en reclamar la nulidad de lo actuado de acuerdo con la causal 4ª de modo principal, y como secundarias las causales a que alude en la demanda..."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Al dar respuesta a la demanda, el señor Procurador Segundo empieza por anotar que ésta no se ciñe a los requisitos previstos en su artículo 531 del Código Judicial, aplicable a la casación penal, no sólo por ausencia de claridad en la estructura general del libelo, sino porque además, entre otras imperfecciones, éste no ofrece un resumen de los hechos materia de la controversia, ni se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una de las causales invocadas, razón por la cual la Sala, con apoyo en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, tendría facultad para declarar desierto el recurso.

No es ésta, sin embargo, la solución que la Procuraduría propone, "para no incurrir así en un exceso de drasticidad", y, en consecuencia, se ocupa ampliamente de las razones que en forma indiscriminada expone el impugnador para sustentar las causales primera y segunda, pero invirtiendo el orden de las mismas, conforme a la técnica propia del recurso.

Dentro de este orden de ideas y después de examinar los elementos de juicio en que se fundó el fallador de segunda instancia para afirmar la responsabilidad penal del procesado Gumersindo Garay en relación con los delitos de autos, el señor Procurador "no encuentra en la evaluación dada por el Tribunal a las pruebas error protuberante alguno..." Por el contrario, el *ad quem* las apreció lógicamente, con justeza y equidad, dentro del necesario y conveniente arbitrio que la ley le reconoce al juzgador.

"Este principio de libertad de apreciación de la prueba —expresa— fue expertamente conducido y aplicado por el honorable Tribunal para el caso. Formada en él la certeza legal que le producían los elementos probatorios aducidos a autos, y examinados ellos en la forma y manera como atrás se comentó, nada puede conducir a la conclusión de que obró con error evidente que hiciera imprimir al fallo una pena o una sanción injusta, inequitativa, exagerada o ilegal". A lo cual añade:

"Los razonamientos que sobre el particular perfecciona la demanda son puras objeciones subjetivas, puntos de vista y de apreciación, respetables pero en ninguna manera suficientes para demostrar el error en que incurriera el Tribunal. Se fundan especialmente en una especie de cotejo o verificación entre los argumentos dados por el fallador de primera instancia, desechados luégo por el *ad quem*, y los que este último mantiene, inclinándose a concederle la razón a los primeros. La convicción a que llegare el Tribunal para producir su providencia condenatoria sobre Gumersindo Garay la comparte este Despacho luego de un cuidadoso estudio de las pruebas".

Tal es, en substancia, el concepto del señor Agente del Ministerio Público sobre los argumentos ofrecidos por el personero judicial del recurrente para combatir la sentencia acusada con apoyo en la causal segunda. En cuanto a las razones aducidas para sustentar la prevista en el numeral primero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el criterio fiscal es del siguiente tenor:

"En lo que hace referencia a la causal 1ª ha dicho la Corte que ella debe acogerse siempre como consecuencial y que solamente se la puede alegar como principal cuando se ha aplicado una disposición penal por otra, o cuando hay —por mala apreciación de las circunstancias del delito y de la personalidad del delincuente— exceso en la fijación de la pena. Ninguno de estos dos supuestos se contempla dentro del caso de autos, y es más, tal como se anotó desde el comienzo de esta respuesta, la causal primera se ha dejado huérfana de demostración especial como lo solicita el Código de Procedimiento Penal y se ha involucrado, con total ausencia de

técnica en la de la causal segunda. Hasta tal punto es anárquica la demanda en su esfuerzo demostrativo, que bien puede ella ser sancionada con la deserción que consagra el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, pero este Despacho optó en un esfuerzo generoso por tratar de desentrañar lo argumental de lo meramente subjetivo y dar respuesta, con algún orden, a los cargos del demandante.

"No es posible, como lo pretende el impugnador, proceder a dar aplicación al ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, y, por ende, absolver a Gumersindo Garay de los cargos que se le formularon en este proceso".

Concluye expresando que en manera alguna se ha demostrado la violación de los preceptos contenidos en los artículos 203 y 295 del citado estatuto procesal. Consecuentemente, pide a la Corte que dé aplicación al artículo 569 ibídem, desechando el recurso propuesto y ordenando la devolución del expediente al Tribunal de origen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de ocuparse la Sala de las causales segunda y primera, es preciso dilucidar lo atinente a la causal cuarta, no invocada ni sustentada en la demanda y sólo propuesta como se ha visto, con oportunidad de la audiencia pública.

Es frecuente el error de asimilar el recurso extraordinario de casación a una tercera instancia, aunque la Corte ha sido incansable, a través de copiosa jurisprudencia, en señalar sus fundamentales diferencias. El recurso de casación se sustenta con una verdadera *demanda*, como con toda propiedad la denominan los artículos 563, inciso 2º, y 564 del Código de Procedimiento Penal, la que, por tanto, debe consultar todos los requisitos que exige el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, cuya aplicación en materia criminal autoriza el 7º de aquel estatuto. Esa demanda debe ser presentada ante la Corte dentro del término de quince días, según lo prescribe la primera de las disposiciones que acaban de citarse, sin que, pasado dicho término, sea susceptible de enmienda o corrección, dadas las características propias del recurso. El ámbito de la controversia sobre la legalidad de la sentencia acusada queda delimitado en la demanda, y sólo sobre esas bases inmodificables podrá la Corte avocar su estudio y pronunciar su fallo. Significa lo anterior que el recurrente no puede prevalerse de la audiencia para interponer o hacer valer causales distintas de las que se propusieron en el libelo de casación. La audiencia tiene por especial objeto proporcionar a las partes la oportunidad de ampliar o desarrollar sus conceptos sobre las causales de casación que de manera clara y precisa debieron invocarse y sustentarse en la demanda.

Conviene recordar lo que sobre el particular ha dicho esta Sala:

"Las características del recurso de casación no admiten que la demanda pueda ser modificada o corregida. En él no se enfrenta la situación del acusado a las conclusiones deducidas del fallo, sino que se abre un juicio contra la sentencia tendiente a definir si ésta se ajusta a los preceptos de ley. De ahí que la demanda de casación deba ceñirse estrictamente a los requisitos que impone el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al juicio criminal en virtud del 7º del Código de Procedimiento Penal, sin que sea admisible aclararla o reformarla como si se tratara de una tercera instancia. Ninguna disposición legal lo autoriza.

"En tales circunstancias, ni lo dicho en la audiencia, ni la síntesis escrita presentada en ella, son lo que ha de servir a la Corte como demanda de casación para avocar su estudio. La indagación de si se cumplen los requisitos del artículo 531 del Código Judicial habrá de referirse al escrito presentado dentro del perentorio término que indica el inciso 2º del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal.

"El objeto y fin de la audiencia no es el de reemplazar o el de enmendar la demanda, sino aquel que le compete de acuerdo con el artículo 566" (Auto, 3 diciembre 1956, LXXXIII, 1036)".

Estas razones conducen a la conclusión de que la Corte carece de facultad para estudiar el fondo de la causal cuarta, extemporáneamente propuesta.

Causal segunda. Como lo observa la Procuraduría delegada, es evidente que en el presente caso el libelo ha sido formulado sin sujeción a las reglas previstas en el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente dice: "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

Constante ha sido también la doctrina de esta Sala en el sentido de que la Corte tiene facultad de declarar desierto el recurso cuando la

demanda no se ajusta a las normas citadas. Sin embargo, como en el caso de autos no existe una preterm1sión absoluta de aquellas reglas, la Sala, con un criterio de amplitud, estudiará de fondo la causal enunciada.

Los apartes fundamentales en que el extenso fallo recurrido examina el extremo relativo a la responsabilidad penal del procesado Gumersindo Garay Pardo, son del siguiente tenor:

"De los otros reconocidos entre el número de atacantes por las señoras Valdez, Arango y Bedoya, rindió injurada Gumersindo Garay, quien negó toda participación en los ilícitos, dijo haberse encontrado en la noche del martes anterior a los crímenes, en el retén de las rentas de Barragán, en compañía de Ernesto Arenas —quien en ese momento lo asistía como apoderado en la indagatoria— durmiendo; porque lo cogió la noche y le dio miedo irse para la finca; que en la noche comprendida entre el jueves y el viernes siguientes, se encontraba durmiendo en la población de Caicedonia, en su casa de habitación, en compañía de su esposa Leonelia Valderrama y de sus hijos; manifestó conocer a Omar Avila e Israel Moreno, pero no a Aníbal Terán.

"Sometido a diligencia de careo con la testigo Lucila Arango, ella sostuvo que sí lo había visto entre los participantes en el asalto pero que no le observó movención de ninguna clase; agregó que lo conocía desde unos dos años antes y que su esposo le había dicho que le daba dinero para que lo dejara vivir tranquilo. A esto replicó Garay que el esposo de su careada le había prestado cincuenta pesos en presencia de Juancho Sabogal y ante él mismo se los devolvió, hecho que corroboró el citado.

"También se le carcó con la señora Cecilia Valdez, quien igualmente le sostuvo haberlo visto cuando perpetraron el ataque a su casa, siendo afirmativa al sostener que no tenía duda al respecto. En esa diligencia le preguntó a Garay el instructor, por qué el martes anterior a los hechos había dormido en el retén de Rentas de Barragán, teniendo su casa tan cerca de Caicedonia, a lo cual contestó:

'Porque iba para la finca, venía de Caicedonia y me cogió la tarde y no encontré ningún amigo para irme para la finca y me quedé más bien allí. Me quedé allí porque estaban tomando y bailando y era tarde y me pareció mejor quedarme allí y cuando el Arenas se fue a dormir me invitó a que nos fuéramos a dormir a la misma pieza donde él duerme' (F. 79 v.).

"La señora Isabel Valdez, también le sostuvo en careo que lo había visto la noche del asalto cuando entró con otros hombres a la pieza en donde ella se encontraba.

"A todas les replicó el inculpado que eso era falso y que él demostraba con los testigos Hernán y Alberto Marulanda que había pasado esa noche en su casa de habitación. Aunque ambos declararon, sólo el último dijo al respecto, que había recogido en su camión a Gumersindo a eso de las siete de esa noche en Caicedonia y lo había dejado en su casa pero que ignoraba qué habría hecho desde esa hora hasta las siete u ocho de la mañana del día siguiente, cuando lo encontró en la puerta de su casa y lo llevó a Barragán a traer un viaje de guadua. De tal suerte que la coartada le resultó fallida a este inculpado".

Para una mejor comprensión de los hechos criminosos de autos conviene conocer ampliamente el testimonio de la señora Lucila Arango vda. de Aguirre, reproducido en la sentencia acusada al folio 157 del cuaderno tercero:

"Vivo en la finca Llamada 'Las Delicias' ubicada en la vereda de Cañaveral, en esta jurisdicción. Resulta que al amanecer de hoy, a eso de las dos de la mañana, me encontraba yo con mi esposo en la casa, en compañía además de las siguientes personas: Angel María Neira, Luis Teodoro Arango, hermano mío, Darío Cárdenas, Rosalba Quintero y Enoy Bedoya de Ramírez. A la hora antes mencionada y encontrándonos durmiendo, llegaron (sic) varios individuos quienes tocaron las puertas y dijeron que abrieran que era la autoridad; nosotros ahí mismo nos despertamos y mi marido o sea Ramón Aguirre se levantó dizque a abrir la puerta, pero no la abrió porque no lo dejamos nosotros; los atacantes, en vista de que no abríamos las puertas se pusieron a hacer disparos desde afuera hacia adentro, pero sin resultar heridos; de ahí nos pasamos a otra pieza, para juntarnos todos los que allí estábamos, en una misma pieza; los asaltantes, en vista de que no abríamos y después de haber hecho bastantes disparos, echaron gasolina por debajo de la puerta de la pieza donde estábamos primero y le prendieron candela en vista de lo cual nos pasamos para la sala, lo que motivó que los asaltantes también echaran gasolina a la sala, prendiéndole fuego después; nosotros en vista de estos hechos, nos pusimos fue a gritar y a bregar a pagar el incendio; los atacantes, seguramente viendo que ninguno de los de la casa salía ni abríamos la puerta resolvieron subirse al entejado de la cocina la cual la desentejaron y como encima de la alcoba hay un pedazo sin cielorraso desde allí se pusieron a disparar, causando la muerte de mi esposo y del trabajador Angel María Neira; otro trabajador o sea Darío Cárdenas, quien había logrado resguardarse destras (sic) de una puerta, salió a

la carrera, detrás de mí a favorecerme, pues mi esposo cuando cayó le gritó que me cuidara a mí y a mis hijos; los atacantes, cuando se dieron cuenta de la salida de Darío, nos atajaron el paso y le hicieron varios disparos y después de que cayó al suelo lo remataron a machete; a mí me cogieron y me hicieron sentar a un lado de Darío y tres de los asaltantes se sentaron al pie mío para impedir que yo hiciera escándalo; mi hermano, Luis Teodoro Arango cuando se sintió herido logró salir de la casa pero también lo atajaron y lo remataron detrás de la casa, a punto (sic) de machete. En momentos en que los tres atacantes me tenían a mí encerrada o sentada en el corredor, observé la presencia de dos individuos muy conocidos en la región y quienes estaba (sic) también participando en el ataque; esto (sic) individuos corresponden a los nombres de Gumersindo Garay y Omar Avila; en cuanto a los demás también los reconozco, pero ignoro sus nombres, pero viéndolos los puedo señalar. Los asaltantes vestían uniformes de Agentes de la Policía o de los soldados y portaban toda clase de armas de fuego y me di cuenta que uno de ellos lo llamaban "Toche" y había otro a quien le decían Capitán; también reconozco a un individuo de nombre Azael, cuyo apellido me parece que es Jaramillo, quien hace unos dos meses y medio hizo que mi padre, llamado Eliodoro Arango, abandonara la región de La Leona, que era donde habitaba, en finca de don Juan Baena; el citado Azael fue uno de los que se entraron a la casa y darles (sic) machete a los que se encontraban en el suelo heridos o muertos. El Omar Avila y el Gumersindo Garay se pusieron dizque a apagar el incendio que ellos mismos o sean los atacantes habían provocado; también reconocimos a un individuos (sic) de nombre José Aníbal, dueño de una cantina en Caicedonia, pero sube con mucha frecuencia por esta región" (f. 7 f. y v.).

Es igualmente útil conocer el testimonio de la señora Cecilia Valdés vda. de Aguirre, también reproducido por el Tribunal en el fallo acusado:

"Soy viuda de José Manuel Aguirre, y resido en la finca llamada La Esmeral (sic), de propiedad de Dimas Cantor, finca situada en la región de Cañaveral. Anoche estuvimos durmiendo en la casa las siguientes personas: Ana Rita Suárez, Walter Cantor, mi esposo José Manuel Aguirre, Nepomuceno Vargas, con la señora Isabel Valdés de Vargas. A eso de las tres de la mañana sentimos que tocaban la puerta y decían que abrieran que era gente del Tolima; inmediatamente todos nos tiramos al suelo y los atacantes, en vista de que no abríamos las puertas se pusieron a atacarnos y con unas guaduas que hay en el patio tumbaron la puerta; antes de los atacantes tumbar la puerta oí que decían: 'Primera, Segunda, arriba Capitán Gustavo'; cuando ya hubieron tumbado la puerta, se metieron adentro y a punto (sic) de bala mataron a don Darío Rengifo, un amigo que estaba hacía pocos días trabajando allí y dormía en una pieza contigua a la de nosotros; luego mataron a mi esposo, en momentos en que éste emprendía la fuga, llevando una niñita hija de nosotros y cayó al suelo en una zanja y allí lo remataron a machete; luego procedieron a matar a Nepomuceno Vargas, en las mismas condiciones de los anteriores o sea primero a bala y después a machete. A la casa entraron como cuatro individuos, entre los cuales reconocí a uno que llama José Aníbal, que tiene una cantina en Caicedonia, y que para mayores señales tiene ambas manos cicatrizadas por una quemadura; también pude reconocer al muchacho de nombre Omar Avila, como uno de los atacantes; también reconocí al señor Gumersindo Garay..." (fs. 8 v. y 9).

La señora Isabel Valdés vda. de Vargas, al deponer sobre los hechos ocurridos en la finca "La Esmeralda", afirma haber reconocido entre los asaltantes a Gumersindo Garay. Su versión, armónica con la anterior, dice en lo pertinente: "A la casa entraron cuatro individuos de los cuales reconocí y a quienes sindico como participantes en este crimen, a los individuos de nombre Omar Avila, joven, regular de estatura, blanco, Gumersindo Garay y un individuo que se llama José Aníbal, pero cuyo apellido ignoro, pero que sé que es dueño de una cantina en la zona de tolerancia en Caicedonia (V.) pero que sube con frecuencia a esta región" (Fl. 10, cuaderno 1º).

Con respaldo en las pruebas correspondientes, anota la sentencia impugnada: "En sendas diligencias de reconocimiento en rueda de presos, las señoras María Cecilia Valdez v. de Aguirre (f. 40), Lucila Arango v. de Aguirre (f. 40 v.) e Isabel Valdez v. de Vargas (f. 41) reconocieron a Omar Julio Dávila, José Aníbal Terán y Gumersindo Garay, como a los sujetos incriminados por ellas en sus respectivas declaraciones" (f. 162, Cuad. 3º).

Es cierto, por otra parte, como lo expresa la sentencia acusada, que las señoras María Lucila Arango vda. de Aguirre, María Cecilia Valdés e Isabel Valdés, en sus respectivos careos con Gumersindo Garay, le sostuvieron a éste con toda firmeza el haberlo visto la noche de autos entre los asaltantes a las fincas "La Esmeralda" y "Las Delicias", cargos a los cuales el proce-

sado se limitó a responder, en sustancia, que se trataba de aseveraciones gratuitas, agregando que él podía demostrar con los testimonios de Hernán y Alberto Marulanda que había permanecido la referida noche en su casa de habitación, en compañía de sus familiares (fs. 76, 79 y 80, Cuad. 1º).

Otro de los elementos de juicio en los cuales se apoyó el sentenciador de segundo grado para proferir el fallo condenatorio recurrido es el testimonio de Enoy Bedoya de Ramírez, como se advierte en los siguientes pasos de la citada sentencia:

"La señora Enoy Bedoya de Ramírez, quien también fue herida en la finca 'Las Delicias' junto con su hijo de seis meses de nacido, pero que vivía en la casa de Leonardo Quintero con su esposo Agustín Ramírez, hizo una relación semejante a la de Rosalba de Quintero, pero fue afirmativa al manifestar que entre los atacantes había reconocido a Gustavo Barragán, a quien había conocido antes en la finca 'Los Mangos' de Alfonso Barragán; a don Gumersindo a quien también conoció antes, cargando unos adobes para donde Ramón Aguirre; a José Aníbal, a quien conoció una vez que pasó por el patio de la casa donde vivía, preguntando por Luis Camacho; y a un muchacho Omar, en cuya casa ella estuvo trabajando. Como declaró en el Hospital, dijo que allí había ido a visitarla don Leonardo 'un día un ratico' que estuvo en compañía de otros señores a quien ella no conocía (fs. 93 a 95)".

Las versiones multifacéticas y contradictorias de Omar Julio Dávila o Avila, otro de los condenados en la sentencia acusada, fueron objeto de extenso y minucioso examen por parte del *ad quem*. Este procesado en algunas de sus declaraciones acusó a Gumersindo Garay de haber participado en los hechos criminosos que investigó el proceso, retractándose posteriormente de los cargos que le había formulado.

Importa transcribir algunos pasajes de la crítica probatoria que el Tribunal hace al respecto:

"Como el proceso pasó al Juzgado 18 de Instrucción Criminal, allí se le llamó a ampliar injurada y nuevamente hizo una relación más pormenorizada de los hechos, agregando como nuevos elementos de información que entre los atacantes había uno a quien nombraban 'El Capitán Gustavo' a quien no pudo identificar bien; que en cuanto a las causas, en su concepto el ataque a los Aguirre se efectuó por política, pues eran de familia liberal, lo mismo que don Leonardo Quintero y la familia de don Evaristo Ruiz y que los atacantes todos eran de familias conservadoras. Y además oyó en la casa de Ramón Aguirre que uno de los que mandaba dijo recio: 'Deles machete a esos hijueputas rojos que así pagan las que han hecho con nosotros'.

"Al preguntarle el funcionario si había sido presionado en alguna forma por cualquier autoridad para declarar o lo había espontáneamente, contestó:

'Estando detenido en Barragán una noche me sacó un cabo del ejército o de la policía, no me dí cuenta bien, me llevó como a una hora de camino por la carretera a Génova, o bien cerca a la Inspección de Barragán, y me amarró con una soga del cuello y con las manos atrás y luego me acostaron sobre una camilla en las que habían cargado los muertos, diciéndome que tenía que contarle muchas cosas, que me mataba, que ese era mi último momento, pero lo que me metieron al fin y al cabo fue ese susto tan grande. Aquí en la Alcaldía de Pijao y ahora en este Juzgado me han tratado completamente bien, he declarado espontáneamente, se me ha tratado bien, para qué lo voy a negar'. Preguntado: ¿Usted ha recibido insinuaciones o amenazas de los sindicados que ha referido en sus indagatorias, para que calle o declare en determinada forma? Contestó: 'Estando aquí en la cárcel de Pijao, me llamaron José Aníbal Terán y Gumersindo Garay, para decirme que por qué los había metido en estas cosas y les respondí que para decir la verdad; entonces me dijeron que tendríamos que ponernos de acuerdo para que los sacara en limpio a ellos, porque saliendo ellos de la cárcel dizque me hacían algún favor. Amenazas no me han hecho, pero conociendo a esos tipos ahora les tengo miedo. Todos esos otros detenidos no me han dicho nada, aun cuando saben que yo los (sic) acusé porque les dije en el mismo patio que los había conocido esa noche y que no negaba ante la autoridad'. Preguntado: ¿Por qué usted en las distintas declaraciones que ha dado, inclusive cuando se le ha tomado juramento dentro de sus indagatorias dio versiones distintas? Contestó: 'En Barragán cuando rendí mi indagatoria tenía mucho miedo de esa gente y por eso no declaré en la forma que lo he hecho ahora. Aquí les tenía miedo también de que cometieran conmigo algún atropello en la cárcel, por eso no declaré todo inmediatamente' (f. 54).

"No obstante que en esa indagatoria rendida el 20 de agosto de 1955, manifestó que en la Alcaldía de Pijao y en ese Juzgado —18 de Instrucción Criminal— lo habían tratado bien y declaraba espontáneamente, a los cuatro años solicitó nueva ampliación de injurada al Alcalde de Pijao, en la cual ya echó pie atrás, cuando al preguntarle ese funcionario en qué sentido quería ampliarla, contestó:

'En el sentido de que lo que he dicho en contra de los señores José Aníbal Terán y Gumersindo Garay, no es cierto, porque a mí me obligaron torturado y presionado física y moralmente a que tenía que acusar a esos señores y acusarme yo mismo, porque de lo contrario sería muerto...' (F. 52 fte. y vto.).

"Esa retractación de última hora —prosigue el Tribunal—, no obedeció quizás a las exigencias que Terán y Gumersindo le habían hecho y accedió a ellas por el miedo que les tiene? Lo cierto es que la coacción moral y física denunciada por el inculpado no tiene ningún respaldo probatorio en los autos y por el contrario, manifestó que en las indagatorias rendidas el 19 y el 20 de agosto de 1955, ante los señores Alcalde de Pijao (fs. 47 a 49) y el Juez 18 de Instrucción Criminal, en las cuales hace una relación completa de los hechos y señala por sus nombres a diversos implicados, fueron espontáneas y que dichos funcionarios lo habían tratado muy bien (fs. 52 a 55).

"Por ese motivo no es racional desechar íntegramente las versiones que dio Avila, como lo hizo el *a quo* concluyendo que todas eran mendaces y de contera el dicho de los otros presenciales era falso. De esas injuradas se debe aceptar como cierto lo que tenga respaldo en otros declarantes, cuyos dichos tornan verosímil lo aseverado por el justiciable, para determinar su posición ante la justicia" (fs. 168 a 170).

Como se ve, el sentenciador adoptó aquí, conforme lo aconsejan los autores de pruebas judiciales, un proceso de confrontación y análisis, no de eliminación. Sobre el particular expresa Mittermaier: "Si la confesión sumarial se halla debidamente comprobada y convence el ánimo del juzgador la certeza de sus dichos, la posterior, de nada habrá de servir, puesto que la verdad es una, y posesionada de nuestra conciencia, fuera absurdo sustituírla por la duda o por el error, obedeciendo únicamente a formulismos opuestos a la realidad de las cosas".

Razonando sin romper la lógica, el Tribunal se apoyó en los elementos de juicio reseñados para deducir de ellos la responsabilidad penal del procesado Gumersindo Garay, a título de coautor, con respecto a los ilícitos concurrentes del proceso. Y, ciertamente, la Corte no encuentra error manifiesto o extremo en la apreciación de la prueba, condición indispensable para que se pueda invalidar un fallo con fundamento en la causal segunda de casación, siempre que, como es obvio, el patente error de hecho sea demostrado por el impugnador.

La doctrina de la Corte ha sido constante en sostener el criterio de que el objeto y finalidad de la causal segunda de casación reside esencialmente en subsanar los ostensibles errores de hecho en que haya podido incurrir el fallador de segunda instancia en el fallo acusado, pero que en modo alguno se dirige a obtener un replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas y sopesadas por el *ad quem* con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituir un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del sentenciador de segundo grado. Para que dicha causal prospere es necesario, por tanto, que el error en la apreciación de la prueba sea manifiesto o prominente; no aquel que se pretende edificar sobre simples diferencias de apreciación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

Son numerosas —se repite— las oportunidades en que la Corte ha expuesto la doctrina anterior. Así, en sentencia del 15 de febrero de 1961, dijo esta Corporación sobre el particular: "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 dejar sin bases la prudente y necesaria autonomía de los jueces en su función juzgadora".

Con el objeto de demeritar el valor incriminativo de los cargos que el reo Omar Julio Dávila o Avila formuló a Gumersindo Garay, el impugnador pretende sostener que aquél, Dávila, ni siquiera participó en los asaltos y asesinatos de autos, pero ya se vio cómo el Tribunal, sin quebrantar las normas del recto discurrir, examinó esos testimonios, valorándolos con acierto.

Sostiene el demandante "que las sospechas recayeron sobre Gumersindo Garay sólo por el hecho de haber transitado por los lados de Cañaveral y Barragán en un camión cargado de guadua, a la misma hora en que bajaban con los cadáveres". Y agrega: "Si en esa infortunada mañana no hubiese tenido la ocurrencia de viajar, estaría libre, pues nadie habría sospechado de él y conservaría su merecida fama de hombre honrado". Estos conceptos implican la afirmación, reiteradamente sostenida por el impugnador, de que las señoras María Lucila Arango vda. de Aguirre, María Cecilia Valdés e Isabel Valdés en realidad no vieron a Gumersindo Garay Pardo entre los sujetos que perpetraron los asesinatos y demás ilícitos concurrentes en las casas de las fincas "Las Delicias" y "La Esmeralda" en la madrugada del 12 de agosto de 1955, y que sólo por aquella "infortunada"

ocurrencia las sobrevivientes de la tragedia, cuyo ánimo se hallaba embargado por el dolor, dieron en formularle a Garay tan grave cargo.

Este planteamiento lo extrae el recurrente de los siguientes pasos del careo sostenido entre Gumersindo Garay y la señora María Cecilia Valdés, citados por el impugnador:

"Preguntado el sindicado: ¿Usted qué dice ante la declaración que acaba de oír? (los cargos que le formulaba Cecilia). Contestó: que eso no es verdad. Yo me encontraba en el pueblo durmiendo en compañía de la señora y de los hijos. (Le dice en este momento la testigo: Y si estaba en el pueblo entonces por qué iba usted el día que bajaron los cadáveres en un camión en la boca de monte para Caicedonia, esos muertos los bajaron como a las 10 de la mañana). Continúa el sindicado: en el camión sí iba, porque había venido de Caicedonia y ya habíamos ido a Montecristo a alzar un viaje de guadua y regresábamos para el pueblo y ahí nos atajaron. Los mismos muchachos del mismo camión pueden declarar que ellos el jueves en la noche me llevaron a la casa y ahí mismo el viernes por la mañana me trajeron a alzar la guadua. Nada más".

Es, ciertamente, delegnable el argumento. La réplica de la testigo no puede interpretarse de manera caprichosa en el sentido de que los cargos que había hecho a Garay se basaban únicamente en la circunstancia de haberlo visto en el mencionado camión en la mañana a que ella y el procesado se refieren. Fue, sin duda, una repentina manera de contraargüir, y, en cierto modo, una reafirmación de sus aseveraciones. No se le puede exigir a una mujer de vida campesina que utilice, para expresar sus ideas, un léxico perfecto, y menos que en una diligencia de careo se comporte con la habilidad dialéctica de la persona avezada en el arte de razonar, sobre todo si no se olvida el estado sicológico en que la testigo se hallaba, profundamente conturbada por los episodios trágicos que le había tocado presenciar y sufrir pocos días antes, ya que el aludido careo tuvo lugar el 25 de agosto de 1955, y los asesinatos de autos se realizaron en la madrugada del día 12 de dicho mes. Por lo demás, es evidente que la sentencia condenatoria recurrida no se sustenta exclusivamente en el testimonio aludido, sino en un haz probatorio, como ya se ha visto.

Lo expuesto es suficiente para encontrar lógico que el Tribunal hubiese descartado la cuartada propuesta por Garay Pardo. En efecto, se trató de comprobarla con los testimonios de Hernán y Alberto Marulanda. Este último, después de expresar que como a las siete de la noche anterior a la madrugada en que se perpetraron los delitos de autos, él y su hermano Hernán recogieron a Gumersindo Garay y lo dejaron poco después en la casa de éste, agrega: "... pero yo no supe qué se haría Gumersindo desde ese momento hasta las siete u ocho de la mañana del siguiente día en que lo encontré en la puerta de la casa y se fue de pato con nosotros para Barragán a traer el viaje de guadua, como antes lo dije. De manera que yo no sé qué haría esa noche, si permaneceria allí, si saldría y a qué horas vendría a acostarse. Y advierto que mi casa está pared de por medio con la de él". (Fs. 148 v. y 149, Cuad. 1º).

Es cierto que a Hernán Marulanda no le preguntó el instructor por las actividades de Garay durante la noche anterior a los asaltos, pero también es evidente que el mismo procesado sólo afirmó que los hermanos Marulanda podían dar fe de sus actividades durante las primeras horas de la noche del 11 de agosto de 1955 y durante la mañana del día siguiente. Por tanto, es apenas obvio que aún en el supuesto de que Hernán Marulanda hubiera declarado confirmando el dicho de su hermano Alberto, tal declaración hubiera dejado también en blanco el paréntesis cronológico más importante, o sea aquel durante el cuál se perpetraron los delitos. En efecto, se recordará que sobre tal extremo dijo Gumersindo Garay en el careo que sostuvo con la señora María Cecilia Valdés, citado por el demandante: "Los mismos muchachos del mismo camión pueden declarar que ellos el jueves en la noche me llevaron a la casa y ahí mismo el viernes por la mañana me trajeron a alzar la guadua. Nada más".

Significa lo anterior que no se ha demostrado la cuartada, como con todo fundamento lo consideró el sentenciador de segunda instancia, y como en cierta forma lo acepta el propio recurrente, en pasaje ya transcrito de la demanda, cuando expresa: "La cuartada de mi poderdante habría quedado irrefutablemente probada si el señor Juez, hubiese sabido cumplir sus deberes en forma total e imparcial".

Se repite que el *ad quem* no incurrió en error al apreciar las pruebas del proceso. Grave yerro habría constituído, por el contrario, el aceptar la validez de las declaraciones extra-juicio que obran de folios 204 a 207 del informativo. Por lo demás, aun en la hipótesis de que se hubiesen dejado de practicar pruebas fundamentales para la defensa del procesado, ello habría podido aducirse y demostrarse a través de la causal cuarta, en función de una presunta violación del artículo 26 de la Carta, pero nunca con apoyo en

la causal segunda. No prospera, en consecuencia, la causal estudiada.

Causal 1ª No habiéndose demostrado que la sentencia impugnada incurriese en ostensible error en la apreciación de los hechos, el resultado adverso de la causal segunda se refleja necesariamente en la primera, invocada como consecuencia de aquélla. Por tanto, nada cabe agregar a lo que con todo acierto expuso sobre el particular el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en el aparte ya reproducido de su respuesta a la demanda.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, desecha el recurso de casación que ha sido objeto de estudio en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

COMPETENCIA PARA LA INSTRUCCION DE SUMARIOS CONTRA ALTOS FUNCIONARIOS

La competencia de la Corte Suprema de Justicia para adelantar el procesamiento de los altos funcionarios del Estado a que se refiere el Código de Procedimiento Penal en los artículos 43 y 42, ordinal 5º, está sujeta a la condición de procedibilidad consistente en la previa intervención del Congreso en la forma prevista en la Carta Fundamental, en consonancia con el Código de Procedimiento Penal y el Código Judicial. En estos eventos, el sumario no puede instruirse sin la previa acusación ante el Senado de la República del alto funcionario del Estado por la Cámara de Representantes y sin que aquella Corporación Legislativa haya admitido tal acusación.

El juzgamiento de los funcionarios públicos cuya acusación no corresponde a la Cámara de Representantes hacer ante el Senado de la República, ni a éste autorizar su procesamiento, vale decir, los que mencionan los ordinales 6º y 1º de los artículos 42 y 44, respectivamente, del Código de Procedimiento Penal, así como las personas citadas en los ordinales 7º y 2º de los mismos artículos, en su orden, e igualmente el Registrador Nacional del Estado Civil (artículo 35 de la Ley 89 de 1948), se adelanta ante las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, siempre que se trate de delitos oficiales. En estos casos, de acuerdo con el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, "el Magistrado ponente será el funcionario instructor".

Pero del precepto contenido en el artículo 61 citado, no se desprende que el fuero, en tales hipótesis, a más de comprender esa especial competencia para el juzgamiento, abarque asimismo lo atinente al sumario, esto es, que privativamente corresponda la instrucción al Magistrado ponente, sin que pueda delegar esa facultad mediante comisión que, al efecto, confiere a otro funcionario de instrucción. De los términos de dicha norma se deduce claramente que su objetivo propio es determinar que el Magistrado sustanciador tenga la dirección del sumario, y no la Sala en su conjunto, como sería de interpretarse si no existiera esa disposición.

Además, de tal dirección del sumario por el Magistrado sustanciador no se desprende que el diligenciamiento que sin comisión previa suya lleve a cabo un funcionario de instrucción resulte inválido, con fundamento en una supuesta incompetencia de jurisdicción para adelantarlo, cuando se trata de las personas mencionadas en los artículos 42 (ordinales 6º y 7º) y 44 (ordinales 1º y 2º) del Código de Procedimiento Penal, y 35 de la Ley 89 de 1948, pues en estos casos la competencia del instructor está determinada, de acuerdo con el artículo 62 del Código antes citado, por razón del territorio únicamente. La validez del sumario en la hipótesis antes indicada es indudable si se tiene en cuenta el precepto contenido en el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

En este negocio, seguido contra el doctor Jorge Asaf Payares por el delito de abuso de autoridad, con respecto al ejercicio del cargo de Fiscal del Juzgado 1º Superior de Barranquilla, el Tribunal Superior de esta misma ciudad profirió el siguiente auto:

"El abogado doctor Julio Salgado Vásquez, en su carácter de defensor del procesado doctor Jorge Asaf P., en escrito presentado a la Secretaría el 29 de octubre de 1960, solicita que sea declarado nulo el proceso por incompetencia de jurisdicción en el funcionario que inició la

investigación que lo fue el Juzgado 8º Penal Municipal, de esta ciudad, al cual correspondió por reparto efectuado el 21 de noviembre de 1959.

"El peticionario fundamenta su solicitud en que teniendo los funcionarios del Ministerio Público la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen sus cargos, los Fiscales de los Juzgados Superiores gozan del mismo fuero especial de éstos, estando sometidas sus causas de responsabilidad al conocimiento en primera instancia de la Sala Penal de los Tribunales Superiores, por lo tanto, no pueden los jueces de instrucción iniciar investigaciones en su contra, sino solamente pueden hacerlo aquellos funcionarios a quienes la ley indica como los competentes para el conocimiento de la acción penal, en fuero especial.

"La Sala no comparte las apreciaciones del peticionario, porque en términos generales los funcionarios de instrucción, sin distingos de ninguna naturaleza, están instituídos por la ley para investigar todas aquellas infracciones que de alguna manera lleguen a su conocimiento y que hayan tenido lugar en el territorio dentro del cual ejercen sus funciones, como lo establece el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, el 69 ibídem estatuye que si la colisión de competencias se provoca durante la investigación sumaria, no se suspenderá ésta mientras se decide el incidente, ni se anulará lo actuado".

. . . . . .

"En mérito de las razones expuestas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no decreta la nulidad alegada".

Pues bien:

Habiendo sido negado por el *a quo* el recurso de reposición que el doctor Julio Salgado Vásquez interpuso contra la aludida providencia, procede la Sala a resolver con respecto al de apelación, propuesto en subsidio por el señor apoderado del doctor Asaf.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Expresa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "en cuanto..." a la solución... "del asunto planteado, la Procuraduría se inclina a favor de las tesis del señor abogado defensor, por encontrar ellas su fundamento en lo que dispone el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, el cual a la letra dice:

'Cuando se trate de delitos cuyo conocimiento en primera instancia esté atribuído a la Corte Suprema de Justicia o al Tribunal Superior de Distrito Judicial, el Magistrado ponente será el funcionario instructor'.

"Disposición ésta sabia y previsora, que, por consagrar el llamado 'fuero especial' a modo de excepción drástica a la normalidad de los procedimientos jurisdiccionales, excluye totalmente la intromisión o actuación espontánea de cualquier otro funcionario del orden jurisdiccional, a no ser que sea previa y debidamente comisionado, bien por la honorable Corte o bien por el honorable Tribunal competente.

"Además, el 'fuero especial' viene a constituír de por sí la denominada 'jurisdicción privativa' que es la que se conoce como aquella que no puede ser ejercida sino por un determinado Juez, con inhibición de otro cualquiera.

"En tales términos, constituye una garantía constitucional que es preciso hacer efectiva en toda su extensión y capacidad, so pena de incurrir en violación de lo establecido en el artículo 26 de la Carta, pues una es la jurisdicción ordinaria y otra la especial; cada una de ellas con su órbita especial de acción que no puede mezclarse ni confundirse.

"Ahora bien: se dijo atrás, o mejor, se transcribió la expresión empleada por el honorable Tribunal al asumir el conocimiento del negocio y al ordenar su prosecución, disponiendo la práctica de todas las diligencias conducentes a la clarificación del ílicito denunciado. Esto en sustancia, corresponde simplemente al dictado de un auto cabeza de proceso, según lo ordenado por el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, el cual no consagra una fórmula sacramental que sirve para identificar esta clase de providencias, puesto que lo que a la postre interesa es que se proceda conforme a los artículos 293 y 294 del mismo Código, que fue lo que hizo el honorable Tribunal Superior de Barranquilla, pudiendo así afirmarse que las anteriores diligencias cumplidas, le sirvieron al mismo Tribunal de 'noticia criminis', que, como tal, daba lugar a ordenar que se adelantara la consiguiente investigación.

"En tal virtud, la nulidad cuya declaratoria reclama el señor defensor del acusado, es obvio que apenas se refiere a la actuación que hubo de cumplirse con anterioridad a la del honorable Tribunal, por cuya circunstancia, la que éste ordenó y generó debe quedar en pie por ser totalmente válida.

"Así las cosas, el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal, atentamente solicita a la honorable Corte que revoque la providencia apelada..., decretando la consiguiente nulidad que se refiere a lo actuado con anterioridad al conocimiento que de los autos asumió el honorable Tribunal Superior de Barranquilla".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Al ocuparse el Código de Procedimiento Penal de la competencia en el procesamiento de los altos funcionarios del Estado, como el Presidente de la República, el Encargado del Poder Ejecutivo, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado (arts. 43 y 42 —ordinal 5º—), alude a "los casos señalados en el artículo 97 de la Constitución Nacional", esto es, a cuando el Senado de la República, luego de la acusación que presente la Cámara de Representantes y en relación con delitos comunes u oficiales, dispone el envío del proceso penal a la Corte Suprema de Justicia, por considerar que debe seguirse causa criminal al sindicado.

La competencia de la Corte Suprema de Justicia para adelantar el proceso penal en estos casos, está sujeta a la condición de procedibilidad consistente en la previa intervención del Congreso, en la forma prevista en los artículos 96 y 102 —ordinal 5º— de la Carta, en concordancia con los artículos 33 —ordinal 5º— del Código Judicial y 42 y 579 a 618 del Código de Procedimiento Penal. El sumario, en estos eventos, no puede instruirse sin la previa acusación ante el Senado de la República del alto funcionario del Estado por la Cámara de Representantes y sin que aquella Corporación Legislativa haya admitido tal acusación.

Ahora bien:

El juzgamiento de los funcionarios públicos cuya acusación no corresponde a la Cámara de Representantes hacer ante el Senado de la República, ni a éste autorizar su procesamiento, vale decir, los que mencionan los ordinales 6º y 1º de los artículos 42 y 44, respectivamente, del Código de Procedimiento Penal, así como las personas citadas en los ordinales 7º y 2º de los mismos artículos, en su orden, e igualmente el Registrador Nacional del Estado Civil (art. 35 de la Ley 89 de 1948), se adelanta ante las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, siempre que se trate de delitos oficiales. En estos casos, de acuerdo con el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, "el Magistrado ponente será el funcionario instructor".

Pero de este último precepto no se desprende que el fuero en tales hipótesis, a más de comprender esa especial competencia para el juzgamiento, abarque asimismo lo atinente al sumario, esto es, que privativamente corresponda la instrucción al Magistrado ponente, sin que pueda delegar esa facultad mediante comisión que, al efecto, confiere a otro funcionario de instrucción. De los términos de dicha norma se deduce claramente que su objetivo propio es determinar que el Magistrado sustanciador tenga la dirección del sumario, y no la Sala en su conjunto, como sería de interpretarse si no existiera esa disposición.

Además, de tal dirección del sumario por el Magistrado sustanciador no se desprende que el diligenciamiento que sin comisión previa suya lleve a cabo un funcionario de instrucción resulte inválido, con fundamento en una supuesta incompetencia de jurisdicción para adelantarlo, cuando se trata de las personas mencionadas en los artículos 42 (ordinales 6º y 7º) y 44 (ordinales 1º y 2º) del Código de Procedimiento Penal y 35 de la Ley 89 de 1948, pues en estos casos la competencia del instructor está determinada, de acuerdo con el artículo 62 del Código antes citado, por razón del territorio únicamente.

La validez del sumario en la hipótesis antes indicada es indudable, si se tiene en cuenta el precepto contenido en el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

"Si en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo anterior..." (la disposición aludida dice: "Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa el juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave")..., "alguna o algunas de las personas justiciables estuvieren sometidas a fuero especial, conocerá del proceso con respecto a estas exclusivamente la autoridad encargada de tal fuero, para lo cual el funcionario instructor sacará copia de lo actuado, la enviará a la autoridad competente y pondrá a disposición de los jueces ordinarios el proceso original".

En efecto, en la hipótesis antes reglamentada, el funcionario de instrucción adelanta el sumario sin que reciba comisión alguna del magistrado sustanciador, con respecto a la persona sometida a fuero especial, lo cual no invalida el diligenciamiento. Antes bien, en este caso el proceso se sigue ante la respectiva Sala de la Corte o del

Tribunal Superior de Distrito Judicial mediante las copias que envíe el instructor.

En sentencia de 26 de enero de 1960 (causa contra el Cónsul General de Colombia en Los Angeles, California, Estados Unidos, señor Pablo Alberto Borrero Olano), dijo la Sala lo que pasa a transcribirse:

Los "fines del fuero no se perturban, ni se alteran, ni se modifican, y ni siquiera se tocan con aquella labor que es propia del sumario, encaminada a reunir diligencias para probar el delito, descubrir los autores, conocer su personalidad y establecer la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por el mismo, diligencias que se recogen para que luégo sirvan al juzgador de base a su misión. En esta suerte resulta sin ningún fundamento la tesis del señor defensor en el sentido de que el fuero comprende, a más de la etapa del juzgamiento, también la del sumario.

"Ciertos funcionarios que corresponden a la más elevada jerarquía dentro de la dirección del Estado, por razón de fuero, son juzgados por el Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes en su carácter de cabeza del Ministerio Público. Este tipo de fuero tiene como objetivo principal, a diferencia del que pertenece al común de los altos funcionarios, que es el de velar por su alta jerarquía, salvaguardiar el prestigio y la respetabilidad de las posiciones oficiales. De ahí que en sus alcances cubra el mismo ejercicio de la acción penal, el cual, en general, es oficioso, precisamente para quitarle ese carácter e imponer como condición que la Cámara la impulse con acusación y el Senado le dé forma y permita su desarrollo mediante el hecho de aceptar aquella acusación de que se hace mérito. En estas circunstancias la acción penal deja de ser oficiosa como consecuencia del fuero, fenómeno que a su vez se refleja en el sumario para determinar, como excepción a la regla general y en forma expresa, que debe ser diligenciado por el mismo Senado por una comisión de su seno...".

Es innecesario decir que los Fiscales de los Juzgados Superiores no están en el caso señalado en lo que acaba de transcribirse, pues con respecto a los delitos oficiales de que se les sindique, son juzgables por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial —Sala Penal—, sin que sea menester acusación especial, ni que el sumario sea instruído en forma que se aparte de de las reglas ordinarias.

Lo expuesto es suficiente para estimar como jurídica la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, objeto del recurso de apelación.

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, confirma la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al citado Tribunal.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

ERRADA APRECIACION DE PRUEBAS

El Tribunal le atribuyó a unas pruebas un valor que evidentemente no tienen y les negó a otras el que sí tienen. Crítica del testimonio. Prueba del indicio. La capacidad de delinquir. Peligrosidad y prueba del delito. Fuga de presos. Reconocimiento en rueda de presos.

1. Las constancias referentes a simples sindicaciones del procesado no pueden acogerse como pruebas del indicio de "la capacidad de delinquir" de que tratan algunos autores, puesto que ser sujeto pasivo de un sumario, como lo ha dicho la Corte, no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para averiguar si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención. Haber sido detenido tampoco es prueba de haber sido condenado.

2. La persona indicada, por razón de su cargo, para dar cuenta, con exactitud y precisión, de la evasión o fuga de uno o varios presos, es el Director de la Cárcel, quien, en eventos de esta índole, está obligado a informar al respecto, por medio del debido oficio, al funcionario a cuya disposición se encuentren esos presos.

3. Para que, con arreglo a la ley, la evasión de un preso pueda entenderse como delito de fuga, es requisito absolutamente indispensable que, para el momento de la evasión, el sindicado se encuentre legalmente detenido.

4. Si los testigos que han de intervenir en una diligencia de reconocimiento en rueda de presos, afirman que el sujeto que consumó el delito llevaba la cara tapada con un pañuelo y el sombrero bien hundido o agachado, es lógico que tal diligencia se lleve a cabo cubriendo con pañuelos el rostro de todos los sujetos que participan en la rueda y procurando que lleven el sombrero en la forma indicada, pues sólo en estas condiciones podría conducir la diligencia a resultados concretos y libres, en términos generales, de sospecha.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, ocho de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 11 de julio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó al señor Manuel Rodríguez López o Cardona Rodríguez, como responsable de los delitos de homicidio y robo, consumados en la persona y bienes de la señora Herminia Monsalve de Arias, a la pena de dieciséis (16) años de presidio y accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION:

En la mañana del 30 de abril de 1960, en momentos en que la señora Herminia Monsalve de Arias se encontraba con sus hijas, las menores Flor de María y Gloria Arias, en su casa de habitación, en la finca "La Arboleda", fracción de Baraya, comprensión de la Inspección de Policía de El Cuzco, en el Municipio de Montenegro, se introdujo allí, con el propósito de robar, un sujeto que al ser sorprendido cuando sacaba de la sala un radio, luego de amedrentar por medio de un disparo a la joven Flor de María, quien emprendió carrera hacia la carretera, disparo que a su vez hizo ocultar en el baño a la otra menor, tomó a tiros a la señora de Arias en razón de que, al oír lo que ocurría desde el lavadero donde se hallaba, salió y le reprochó su conducta, hiriéndola en forma tan grave que

a consecuencia de ello murió el 20 de agosto. De estos sucesos se alcanzó a dar cuenta el menor José Gentil Montealegre, por fuerza de que cuando se desarrollaban acertó a pasar por frente de la casa donde tuvieron ocasión.

De los hechos consignados conoció en primera instancia el Juzgado Superior de Armenia, el cual, en sentencia del 5 de diciembre, proferida con arreglo a los trámites del artículo 3º del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, condenó al señor Manuel Rodríguez López o Cardona Rodríguez, como responsable del homicidio consecutivo a la muerte violenta de la señora Herminia Monsalve de Arias, entendido en la modalidad de asesinato, y del robo de que fue objeto el mencionado radio, a la pena de dieciséis (16) años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de Pereira confirmó en el suyo del 11 de julio del año pasado.

FUNDAMENTOS DEL FALLO ACUSADO:

En el fallo de la impugnación se determinan los elementos de juicio que comprueban la responsabilidad del procesado Rodríguez con respecto a los delitos en cuestión, diciendo que concurren, en primer término, los siguientes indicios:

"a) La declaración de la señora Laura Vargas respecto a la conversación que el acusado tuvo con su hermano, de la cual se desprende la confesión extra-judicial del hecho delictuoso.

"b) El examen que el Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, que dice que el proyectil extraído del cadáver de la víctima corresponde a un revólver de las características del que le fue decomisado al implicado, aunque por lo deformado de ese proyectil no pudieron establecer si había sido disparado con esa arma.

"c) Las sindicaciones que por delitos contra la propiedad y la integridad de las personas, ha tenido anteriormente, las cuales no quedan sino parcialmente eliminadas con las copias de las providencias favorables que aportó en esta instancia.

"d) El haberle resultado fallida la coartada y el haberse fugado cuando se hallaba detenido por razón de este negocio (ver constancia f. 31)".

En seguida de esta relación de "indicios", la sentencia anota que como "prueba directa obran los reconocimientos que en rueda de presos le hicieron los menores Flor de María Arias (f. 67) y José Gentil Montealegre (f. 30 v.)", y luego concluye así:

"Para la Sala, el recaudo probatorio antes visto, es prueba suficiente de la imputabilidad y consiguiente responsabilidad penal del acusado en la comisión de los ilícitos de 'Homicidio' y 'Robo'. Para perpetrar la substracción del radio primero ahuyentó a Flor de María Arias, mediante un disparo de revólver, por lo cual se tipificó el 'robo' y una vez apoderado del radio disparó contra la señora Monsalve de Arias, para asegurar su producto, suprimir pruebas o procurar su impunidad, fuera de que se aprovechó de las condiciones de inferioridad de la víctima".

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente Rodríguez López, por conducto de su apoderado, invoca, en primer término, la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo formula al fallo acusado seis cargos, de los cuales se irá tratando en el orden en que se aducen, teniendo en cuenta, como es racional, la fundamentación de cada uno de ellos.

PRIMER CARGO:

En la formulación de este cargo el recurrente sostiene que en la sentencia acusada, por errada apreciación, se atribuyó al testimonio de la señora Laura Vargas, en cuanto se tuvo como prueba de una supuesta confesión extra judicial del procesado, un valor del que carece, lo que sólo pudo hacer al no tomar en cuenta, a pesar de estar acreditados, los varios hechos que establecen la absoluta falta de idoneidad, en ese respecto, del predicho testimonio, el cual se critica, en orden a demostrar el cargo, precisamente en consideración a esos hechos, cuyo examen se va haciendo dentro de un riguroso encadenamiento lógico, para en esa forma sentar la conclusión que indica el contenido del cargo en cuestión.

RESPUESTA:

La señora Laura Vargas, en declaración que rindió el 20 de mayo, aseveró que al día siguiente al de la ocurrencia de los hechos a que se contrae el proceso, los cuales, como se sabe, sucedieron el 30 de abril, a eso del mediodía, llegó

a la tienda de su propiedad, "situada en el Barrio Corrales de este Municipio de Montenegro", un sujeto "que se llama Manuel Cardona o Rodríguez" y se dedicó a tomar trago, tarea a la que siguió entregado, en compañía de su hermano Jesús, al presentarse éste, después de algún rato, al mismo sitio, y en la que se encontraban los dos cuando en un momento dado "se pararon y se fueron para el orinal que queda detrás de la casa y como el lavadero queda cerca del orinal y *yo estaba lavando unas ropas* y escuché que le contaba Manuel a Jesús su hermano cómo le parece hombre voz (sic) que venís de la calle no sabés si la mujer que yo herí se moriría y entonces Jesús le contestó que por qué la había herido entonces que porque se había entrado a la casa de ella que queda por los lados de Baraya y que se había sacado un radio y que él no quería herirla pero que la señora (herida) le había agarrado de el calibre de el revólver y que le iba a echar mano a un machete que estaba cerca de la señora (herida) y que él había tenido que disparar su revólver en vista de ésto. Y que también la señora (herida) se había puesto a gritar y que por eso el tal Manuel había hecho eso".

En verdad, como lo observa el recurrente, no se explica que la señora Vargas, en presencia de estos datos de tan excepcional importancia en la determinación del autor de los expresados delitos, hubiera guardado silencio por el apreciable término de 20 días para sólo al cabo de ellos, sin previa cita de nadie ni mucho menos requerimiento al respecto, es decir, a impulso propio, presentarse a revelarlos por medio de la declaración que se comenta. Tampoco es explicable que la testigo se hubiera abstenido de invocar a persona alguna en apoyo de sus afirmaciones, lo que le habría sido fácil, puesto que en la tienda, de tenerse como cierto que allí estuvieron los Rodríguez en la fecha en que lo indica, necesariamente alguien debió atenderlos mientras bebían, ya que de otro modo no era posible que la señora Vargas, saliéndose de la misma, se entregara a lavar ropas, y entonces, como es racional, en confirmación de sus asertos, ha debido consignar el nombre, al menos, de esa persona.

Las aserciones de la señora Vargas, no obstante su tremenda gravedad, quedaron, pues, en orden a su personal designio, descansando en la débil credibilidad de su dicho, credibilidad que desaparece, rotunda y definitivamente, ante el hecho de que en los mismos autos se encuentra la prueba irrecusable de que para esos mismos días en que rindió declaración en este negocio, en dos procesos distintos, con el fin de perjudicar a Rodríguez, faltó la verdad, pretendiendo haber escuchado en su tienda, como en el caso que se estudia, una conversación que comprometía al procesado en la comisión de un delito de robo, y luego otra en la que, al lado de otros sujetos, se declaraba confeso de un homicidio.

En efecto, como en la Inspección de Policía de Montenegro se abrió una investigación conforme a denuncia del señor Alberto Ramírez, respecto al "sacrificio clandestino de una res y el robo continuado de café", la señora Vargas, a impulso propio, con fecha 18 de mayo, vale decir, con anterioridad de dos días a la fecha de su declaración de este proceso, se presentó allí y en el particular materia de esa investigación, expuso:

"Tengo un negocio de tienda y cantina, situado en el barrio Corrales, salida para Armenia... Mi establecimiento frecuentado por tres individuos que dicen llamarse Jesús uno, al otro le dicen Chucho y al tercero lo llaman Manuel, pero no los sé el apellido, únicamente sé que Manuel y Chucho dizque son hermanos... y después de que están ya muy embriagados, se ponen a contar dizque de los asaltos que han hecho y entre ellos recuerdo los siguientes: en una ocasión, contaron que Manuel era prófugo del Batallón Cisneros y que otra vez lo traían en remisión de Palmira y se había volado del tren. Que Chucho el hermano de Manuel es prófugo de Quimbaya... Que Manuel solo había asaltado a una señora para robarle un radio... Otro día dijeron que habían atacado a la hacienda de 'Berlín'... que de allí se habían sustraído un radio, un reloj de pulso y unas carabinas... Como a raíz de un robo que hicieron en la finca que administra don Alberto Ramírez Betancourt detuvieron a Jorge Molina con quien hago vida marital, yo inmediatamente le dije que sabía de unos tipos que eran unos asaltantes y que seguramente allí, es decir, donde ellos vivían, podrá que se encontraran las cosas...".

Esta declaración sirvió de piedra angular para que la Alcaldía de Montenegro, en sentencia del 23 de julio del predicho 1960, condenara, entre otros, al procesado Manuel Rodríguez López a la relegación en colonia agrícola penal por un término de 2 a 7 años, fallo que la Gobernación de Caldas revocó en el suyo del 13 de octubre del mismo año, identificando como mentirosa y falsa la testificación de la señora Vargas, mujer que dispuesta de todos modos a que se llevara a la cárcel a Rodríguez, no conforme con las dos acusaciones de que lo había hecho objeto, primero con fecha 18 de mayo y luego con fecha 20 de este mismo mes, que fue cuando declaró en este proceso, de nuevo se presentó a declarar, con fecha 28 de junio, en la citada Inspección

de Policía, donde se investigaba el homicidio consumado en el señor Antonio José Acosta Cifuentes, en los términos siguientes:

"Resulta que hace más o menos un año que me encontraba en el establecimiento de tienda ubicado en esta municipalidad y en el barrio Corrales eran como las diez de la mañana de un día que ya no recuerdo la fecha, cuando entraron a mi tienda tres tipos, a quienes después por la frecuencia con que siguieron visitando mi establecimiento se identificaron como Manuel Rodríguez, Roberto y Jesús Grisales. Estos se propusieron a tomar cerveza allí, y cuando ya estaban un poco ebrios se propusieron a comentar ciertas cosas horribles, pues yo me asusté de ello y no creía si era pura 'paja' lo que hablaban o era cierto. Efectivamente la noche antes de la visita de estos señores a mi casa se había presentado un hecho de sangre sobre la muerte violenta de un señor por los lados del cementerio, que lo habían matado para robarlo, estando dentro de su casa; al señor ése, o sea al muerto no lo conocí, ni sé cómo se llama, pero como coincidencialmente me hice conocida con un señor José Luis, éste me dijo que por esa fecha y a la hora que yo le indicaba había muerto violentamente en la casa de la finca El Delirio, cerca del cementerio de esta población, su hermano de nombre Antonio José Acosta Cifuentes y que lo habían robado un radio. Así fue pues, y volviendo a mi relato de antes los tipos aquellos que cité se pusieron a hablar sobre la muerte de ese señor manifestando que lo habían matado con una escopeta o carabina, que el uno se había apostado, éste lo decía el de nombre Manuel, cerca a un naranjo que había allí en esa casa, que había asegurado dicha arma en aquel palo y que le había disparado a ese señor que se encontraba en el corredor. Aquí le dijo Manuel a Roberto así: 'este pendejo, es que hacemos matar ese cliente, creyendo nosotros que tenía plata y no tenía sino una mocha de radio'. Los tipos seguían tomando y seguían comentando tal hecho. Agrego que el de nombre Roberto que se refería Manuel, me he dado cuenta que era cuñado del muerto, por José Luis, quien fue el que me manifestó que esa muerte acaecida en aquella noche era la de su hermano Toño José Acosta. Los tipos éstos que fueron esa vez, siguieron yendo a la tienda y hablaban también de otros negocios, pero no se podía saber en dónde, ni en qué parte. Yo les he dicho toda la verdad".

Esta declaración, en donde aparece la misma forma soslayada de acusar que se advierte en los testimonios del 18 y 20 de mayo, correspondiente el segundo al rendido en este proceso, tuvo como consecuencia determinar que se decretara la detención preventiva del procesado Rodríguez y de los otros sujetos a que se refiere, pero a la postre se identificó, como en el caso de la del citado 18, su carácter mendaz, por cierto de manera evidente, circunstancia que dio lugar a que se revocara aquella medida preventiva.

Ahora, claramente determinada la señora Vargas como mendicrosa, como capaz de alterar la verdad en perjuicio del procesado Rodríguez, precisamente a través de las declaraciones que rindió en los dos procesos de que se hace mérito, no es posible, en excepción injustificada e inexplicable, pretender que fue veraz en sus aserciones de este proceso, consignadas en su exposición del 20 de mayo, la cual, evidentemente, resulta mal apreciada en la sentencia acusada, hecho que es todavía más protuberante si a lo que se deja dicho se agregan las atinadas razones del señor Procurador, quien, en torno al cargo que se examina, dice:

"En cuanto se refiere con la credibilidad del testimonio de Laura Vargas, visible al folio 1º del cuaderno 1º, se anotan estas circunstancias: la declaración de esta mujer no fue decretada por auto del funcionario instructor, como puede comprobarse en autos, lo cual permite pensar que Laura Vargas se presentó *espontáneamente* a rendir su versión; reiteradamente esta testigo se ha presentado ante diversos funcionarios para acusar a Manuel Rodríguez y a otros como autores de varios hechos criminosos (v. fl. 113 v. 125); Laura Vargas dio a conocer en una ocasión que temía declarar en contra de Rodríguez y sus compañeros para evitar que éstos tomaran represalias contra ella, dada la peligrosidad de los mencionados sujetos (f. 116); las fechas en las cuales declaró en contra de Manuel Rodríguez fueron las siguientes: mayo 18 de 1960 (f. 125), oportunidad en la cual aseveró que desconocía el apellido de dicho individuo; mayo 20 de 1960 (f. 8 del cuad. 1º), siendo entonces cuando le atribuye una confesión extra-juicio sobre la autoría del homicidio en la persona de Herminia Monsalve de Arias y afirmando, en esta ocasión, que el citado sujeto se apellidaba Cardona o Rodríguez y que el verdadero apellido era este último; finalmente declaró en junio 28 de 1960, habiendo sindicado a Rodríguez de la autoría del homicidio de Antonio José Acosta Cifuentes, y aseverado la misma declarante que Manuel Rodríguez se encontraba acompañado de Roberto Jesús Grisales, cuando hacía comentarios sobre la muerte de Acosta Cifuentes ocurrida la víspera (o sea el 11 de junio de 1959; ver. fl. 113).

"En los autos hay constancia de que la sindicación hecha a Manuel Rodríguez por la testigo

Laura Vargas, en cuanto le atribuyó la autoría del homicidio de Acosta Cifuentes, demostró ser temeraria además de mendaz. En efecto: el Juzgado Superior de Armenia tuvo que revocar el auto de detención proferido contra Rodríguez y otros de los incriminados por la testigo Vargas, cuando se comprobó que había hechos manifiestamente reñidos con la verdad, llegando incluso a afirmar la presencia de Jesús Antonio Grisales en casa de la Vargas cuando éste se hallaba por la misma época recluído en un establecimiento carcelario. En la providencia del folio 113 y siguientes se encuentra copia auténtica del auto emitido por el citado Juzgado Superior de Armenia.

"Por razón de los cargos formulados por la misma testigo Laura Vargas, la Alcaldía Municipal de Montenegro profirió sentencia condenatoria contra Manuel Rodríguez López o Cardona y otros en investigación por 'el sacrificio clandestino de una res y el robo continuado de café' (f. 125). No obstante, la Gobernación del Departamento de Caldas, por intermedio del Juzgado Departamental de Policía debió revocar la sentencia aludida y, en su lugar, dictó fallo absolutorio para Manuel Rodríguez López, Jesús Antonio Grisales y Jesús Cardona Castaño. En la motivación de esta última decisión se hace un análisis detenido del mérito probatorio del testimonio de Laura Vargas para concluir que su versión, además de interesada porque a su amante sí le privó de libertad con ocasión de este sumario, no encontraba respaldo probatorio sino en los asertos de Jorge Molina, el amante de aquélla y a quien, se repite, se capturó por motivo de dicha investigación. Pero más aún: se menospreció el testimonio de Laura Vargas porque existía un detalle revelador de la posible responsabilidad de Molina en tales hechos, cual era el tener este sujeto 'la clave de seguridad de los secadores de café', lo cual obviamente le facilitaba el acceso al lugar donde el café se encontraba guardado; y si tal hecho lo había afirmado el mismo denunciante, entonces con más veras resultaba sospechosa la declaración de Laura Vargas, pues se evidenciaba su interés de proteger a su amante contra quien recaía, ese sí, un indicio. El análisis detenido del testimonio de Laura Vargas en el sumario referido aparece consignado en la providencia que, en copia auténtica, obra de folio 121 vuelto, 126 vuelto.

"Como acertadamente anota el recurrente, el Tribunal *ad quem* no tuvo en consideración los hechos que se deducían del estudio de tales providencias y que son reveladores, a no dudarlo, de que el testimonio de Laura Vargas ha resultado en pugna abierta con la verdad (afirmación de que Jesús Antonio Grisales se hallaba en su establecimiento cuando por entonces estaba detenido en la cárcel); sin respaldo alguno en otros elementos de juicio, a no ser el mismo dicho de su amante, a quien, seguramente, pretendió librar de una incriminación que recaía en su contra, cuando fue Rodríguez acusado de haber participado en hechos delictuosos de los cuales fue absuelto por sentencia, actualmente ejecutoriada.

"Pero si a los anteriores motivos que permiten dudar de la veracidad e imparcialidad de Laura Vargas se aúna el hecho de que la misma mujer ha manifestado tener miedo hacia las represalias de Manuel Rodríguez por declarar las andanzas delictuosas, que aquélla le atribuye, entonces no se comprende cómo indistintamente la testigo afirma que no conoce el apellido de su acusado y luego asevera que es Rodríguez o Cardona, cuando es obvio que se sepa el nombre y apellido de quien se considera un sujeto peligroso y del cual es preciso temer acusarlo ante las autoridades. Y si en dos ocasiones, las ya mencionadas, han resultado sin fundamento los cargos hechos por Laura Vargas contra Manuel Rodríguez ¿cuál la razón para no considerar como más probable que en el caso de autos también de nuevo ha producido la testigo una versión falsa? Lo lógico es que la declarante Laura Vargas está siguiendo su conducta normal hacia Manuel Rodríguez: acusarlo sin fundamento alguno, movida, esta vez con mayor razón, por el estímulo de impedir a toda costa que Manuel Rodríguez, a quien ella considera sujeto demasiado peligroso, tomara represalias contra Laura Vargas por haberlo acusado de delitos por los cuales fue absuelto (tener presente que por la acusación de mayo 18 de 1960 el fallo de justicia fue favorable a Rodríguez).

"Por otra parte, llama la atención que la testigo Laura Vargas se haya presentado espontáneamente a rendir su declaración en el caso *sub judice*, si se tiene en cuenta que a ella le causa miedo acusar a Rodríguez. El proceder cotidiano de quienes sienten temor de las andanzas de las personas a las cuales se las señala como peligrosos antisociales no es el de convertirse en acusadores gratuítos, pues el amor a la vida propia puede ser superior al que se posee por lograr el imperio de la justicia, por obtener el fin de la impunidad. Mas cuando una persona ha resultado, al menos en dos ocasiones ya demostradas, mentirosa y parcial en sus testimonios no se puede atribuírle pasión por lo justo; si ésto es lógico, resulta que la versión de Laura Vargas en este proceso (f. 3 del cuad. 1º) es sospechosa por su origen, antes que determinada

por el deseo de hacer conocer de la Justicia un hecho criminoso.

"Restará, aún mucho más por comentar sobre la credibilidad del dicho de Laura Vargas, a quien el Tribunal *ad quem*, sin mayor razonamiento, le atribuye mérito probatorio en contra del procesado Manuel Rodríguez. Acertadamente el impugnador anota que a los autos no se allegó elemento de juicio alguno que permita sostener que desde el lugar donde se hallaba la testigo al sitio en donde se dice que estaba Manuel Rodríguez refiriendo sus andanzas, en relación con el homicidio en la persona de Herminia Monsalve de Arias, se podía escuchar lo que conversaba una persona. Esto implica que, físicamente, no sé ha probado la posibilidad de tal hecho y por lo tanto se hace más detestable lo afirmado por Laura Vargas. En este sentido no puede aceptarse como veraz lo dicho por la testigo sobre la proximidad de los puntos de referencia citados ('... y como el lavadero queda cerca del orinal...') (f. 8) pues ya se vio que sus asertos han resultado repetidamente falsos.

"Si a todo lo anterior se anota, finalmente, que la afirmación de la testigo Laura Vargas no encuentra ningún elemento probatorio que la respalde, en cuanto a la presencia de Manuel Rodríguez en el lugar, fecha y hora señalada en la declaración de folio 8, con más razón se disminuye la credibilidad en el testimonio de Laura Vargas.

"Son suficientes las razones expuestas para concluír que esta prueba no debe ser atendida para demostrar la responsabilidad penal de Manuel Rodríguez, por razón del homicidio en la persona de Herminia Monsalve de Arias. Al menospreciar los principios que rigen la crítica probatoria y desconocer las condiciones personales y sociales de la testigo, como también el hecho sobre el cual depone y las circunstancias en que dice percibió la 'confesión extrajudicial' de Manuel Rodríguez y aquéllas en que ofreció a la justicia su versión, el Tribunal *ad quem* violó manifiestamente el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, al igual que infringió los siguientes textos del estatuto procesal penal: artículo 223, porque de un hecho que no estaba plenamente probado, sino que ofrecía serias dudas de su existencia, dedujo otro hecho en contra del procesado; artículo 216, porque la inferencia del fallador partió de una base no demostrada, lo cual implica que su conclusión es ilógica y, especialmente, en la sentencia recurrida se violó notoriamente el artículo 204, porque el examen cuidadoso del testimonio de Laura Vargas ofrecía serias dudas acerca de su credibilidad, razón por la cual se han debido absolver a favor del reo, dado su carácter de insalvables, en este momento, es decir, de imposible eliminación.

"Como secuela necesaria de lo expuesto, esta Procuraduría considera que el primer cargo propuesto por el demandante, como fundamento para lograr la viabilidad de la causal 2ª, ha sido demostrado".

SEGUNDO CARGO:

En la presentación y desarrollo de este cargo, el recurrente sostiene que en la sentencia acusada, por errada apreciación, se dio el carácter de indicio contra el procesado Rodríguez al resultado del examen que practicó el Laboratorio Forense en el revólver que le fue decomisado, en el momento de su captura, y en el proyectil que se extrajo al cadáver de la señora Monsalve de Arias en el acto de la autopsia, cuando, en rigor, ese resultado ni siquiera da base para el planteamiento de una conjetura que tienda a comprometerlo.

RESPUESTA:

Desde luego, el recurrente dispone de amplia y holgada razón para la formulación de este segundo cargo, según lo demuestra el propio resultado del Laboratorio, del cual informa el Oficio del folio 73 del cuaderno 1º, así:

"*Elementos recibidos para estudios:*

Un revólver calibre 32 largo marca S. & W. Nº 584294, un proyectil y seis cartuchos.

"*Solicitud:* 'se examine el proyectil y el arma, a fin de esclarecer si el primero fue disparado con tal revólver'.

"RESULTADO:

"El proyectil recibido es de plomo, corresponde a cartucho de revólver calibre 32 largo y fue disparado con arma de ánima de cinco (5) estrías macroscópicas dextrorsum (posiblemente S. & W.). Está muy deformado y rayado.

"El arma recibida es un revólver marca S. & W. calibre 32 largo, ánima de cinco (5) estrías macroscópicas dextrorsum.

"Por estar tan deformado el proyectil, como se puede ver en la fotografía adjunta, no se prestó para estudios confrontativos en sus estrías

y macizos microscópicos con las que marca el revólver recibido".

Como se ve, el Laboratorio Forense, en razón de "estar tan deformado el proyectil", ni siquiera pudo establecer que se hubiese disparado con revólver S. & W., hecho que indica apenas como posible. En estas condiciones resulta evidentemente impropio, fuera de lugar y absolutamente erróneo darle al dictamen del Laboratorio, del tenor transcrito, el carácter de indicio, prueba que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, donde se recoge la doctrina de los autores al respecto, se integra a través de un hecho, debidamente acreditado, del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho, el cual, en el caso de autos, no podría ser sino el relativo a la responsabilidad de Rodríguez con relación a los delitos a que se contrae el proceso. Este otro cargo, como en el evento del primero, se encuentra también demostrado.

TERCER CARGO:

El recurrente, en oposición al criterio que se expone en la sentencia acusada, niega el valor de indicio de responsabilidad contra el procesado, en orden a los delitos de que se trata, a las sindicaciones de que se trajo constancia a los autos, tema del que se ocupa con amplitud por medio de variada como sólida argumentación, la cual le permite sentar la siguiente conclusión, donde aparece resumido el cargo:

"Si la capacidad de delinquir, como indicio de la comisión de un hecho penal concreto, no está plenamente probada por los medios procedimentales de rigor, no es indicio, no se puede relacionar con otros concomitantes o subsiguientes y la prueba que aparenta contener se ha producido anormalmente y es ineficaz para su aplicación".

RESPUESTA:

Las constancias que aparecen respecto del procesado Rodríguez (fs. 71 v. del cuaderno 1º y 17 del 2º) se refieren a simples sindicaciones y, por tanto, en modo alguno pueden acogerse como prueba del indicio "de la capacidad de delinquir", de que tratan algunos autores, puesto que ser sujeto pasivo de un sumario, como lo ha dicho la Corte, "no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para averiguar si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención. Haber sido detenido tampoco es prueba de haber sido condenado" (Cas., 10 de marzo 1947, LXII, 777).

De otro lado, aún aceptando, en vía de hipótesis, como probada la capacidad para delinquir, respecto de Rodríguez, no por ello sería dable hablar de indicio, en sentido estricto, que lo señalara como autor de los delitos a que se contrae el proceso, precisamente porque en ese evento vendría a colación, con absoluta propiedad, la siguiente doctrina de esta misma entidad:

"La conducta anterior delictuosa de un procesado es evidentemente un signo de peligrosidad e indice legal que el juzgador toma como demostrativo de la calidad subjetiva antisocial del agente. Pero esta circunstancia no puede en ningún caso entenderse como indicio objetivo de participación sustancial en la comisión de un delito. La peligrosidad es signo de capacidad delictuosa del individuo, pero nunca prueba objetiva de su actividad. Si se tomara en este sentido, la libertad de los hombres, con antecedentes delictuosos pero ya reformados, se vería amenazada por la investigación de cualquier ilícito, ya que su anterior conducta sería elemento objetivo de grave imputación. Es necesario dejar aclarado que la peligrosidad es capacidad antisocial del agente pasivo del proceso, la cual se expresa y demuestra por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y por elementos objetivos de la infracción, circunstancia que permite agravar la responsabilidad para intensificar la sanción, pero nunca tenerla como medio cierto para puntualizar o concretar el delito" (Cas., 3 agosto 1945, LIX, 491).

El cargo, en estas circunstancias, como en el caso de los dos anteriores, debe tenerse por demostrado.

CUARTO CARGO:

En la formulación de este cargo, el recurrente asevera que en la sentencia acusada, por errada apreciación, se le dio a la supuesta fuga de que habla la constancia del folio 31 del cuaderno 1º el valor de indicio contra el procesado Rodríguez, cuando la verdad es que allí no hay base para ello, en primer lugar, porque esa constancia no puede acogerse como prueba del hecho a que se refiere, luego, porque si a ella se le da el carácter de prueba en el particular, acreditaría, no una fuga, en la acepción jurídica del vocablo, sino una simple evasión, ya que para entonces contra Rodríguez aún no se había dictado auto de detención y, por último, porque ninguna in-

ferencia lógica permite deducir de ese hecho relativo a la evasión que sea el autor de los dos delitos a que se contrae el expediente.

RESPUESTA:

En la constancia del folio 31 del primer cuaderno, de fecha 5 de julio de 1960, suscrita por el señor Inspector de Policía de El Cuzco, aparece "que por informes fidedignos de la Dirección de la Cárcel" se tuvo conocimiento de que en la madrugada del citado día, de uno de los calabozos "se fugó el sindicado Manuel Rodríguez López en compañía de otros cinco convictos, pero fueron capturados después por el personal de guardianes y Policía en los solares de casas vecinas".

En realidad, la persona indicada, por razón de su cargo, para dar cuenta, con exactitud y precisión, de la evasión o fuga de uno o varios presos, es el Director de la Cárcel, quien, en eventos de esa índole, está obligado a informar al respecto, por medio del debido Oficio, al funcionario a cuya disposición se encuentren esos presos. En el caso de autos no se obró en esa forma y, por lo mismo, se carece de base sólida para sostener que, evidentemente, el procesado Rodríguez se evadió de la cárcel en esa madrugada a que se refiere la constancia que se comenta.

Respecto de Rodríguez López se dictó auto de detención, por razón de este proceso, el 15 de julio de 1960, lo que tanto significa que para el 5 del mismo mes, en que conforme a la constancia que se estudia se evadió de la cárcel, no se encontraba legalmente detenido, requisito que es absolutamente indispensable para que, con arreglo a la ley, la evasión de un preso pueda entenderse como delito de fuga.

Como se observa en la impugnación, ciertamente, de ese hecho relativo a la real o supuesta evasión de Rodríguez, no puede lógicamente inferirse que hubiera sido el autor de los dos graves delitos de que informan los autos. La cuestión es tan comprensible que ni siquiera se impone tratar de demostrarla, particularmente si se tiene en cuenta que sobre el mismo sujeto pesaban otros dos sumarios, referido el uno al asesinato del señor Acosta Cifuentes, donde, como se vio atrás, la señora Laura Vargas le hizo gravísimas imputaciones, las cuales fueron el fundamento para que se decretase su detención preventiva en ese negocio, y el otro al delito de robo, generado en denuncia del señor Alberto Ramírez, donde también lo acusó la misma mujer, determinando su condena en primera instancia. Esos dos procesos pudieron ser la causa para que Rodríguez, en el anhelo de eludir sus consecuencias, hubiera emprendido la evasión. El cargo, en esta suerte, debe darse por demostrado.

QUINTO CARGO:

En la formulación de este cargo, el recurrente sostiene que el valor de prueba directa que en la sentencia acusada se dio en contra del procesado a los reconocimientos en rueda de presos, donde los menores Flor de María Arias y José Gentil Montealegre, señalaron a Rodríguez como el autor de los delitos, fue equivocado y obedeció a una errónea interpretación de esos elementos de juicio, tesis que sustenta, precisando, en primer término, los asertos de los menores, recogidos en sus exposiciones del 21 y 30 de mayo, respecto a que al ejecutor de los ilícitos no le vieron la cara en razón de que se la cubría con un pañuelo y, de otro lado, llevaba el sombrero "muy agachado", para luego sentar que como aquellas diligencias no se llevaron a cabo dentro de las mismas condiciones, ocultando con pañuelos el rostro de todos los que figuraron en la rueda de presos, carecen de validez probatoria contra el procesado, lo que todavía es más evidente si se observa, de otra parte, que varios testigos, en sentir del recurrente, acreditan que los dos menores tuvieron oportunidad de ponerse en contacto con Rodríguez, ya capturado en orden a los delitos en cuestión, antes de que se cumplieran los reconocimientos en rueda de presos.

RESPUESTA:

Las menores Flor de María y Gloria Arias, de 15 y 8 años, respectivamente, así como el niño José Gentil Montealegre, de 9 años, concuerdan en que el sujeto que consumó los delitos "se tapaba la cara con un pañuelo" y, además, portaba el sombrero "muy agachado", como lo dice la jovencita Gloria, o "bastante atascado", como lo indica Montealegre. Esas dos circunstancias impidieron a los tres menores, como es lógico, observar las facciones del malcante y, en esta suerte, identificarlo.

Desde luego, como con acierto lo anota el recurrente, las diligencias de reconocimiento en rueda de presos, practicadas con la intervención de los menores Flor de María Arias y Montealegre, la primera el 2 de julio y la segunda el 4 del mismo mes, han debido llevarse a cabo cubriendo con pañuelos el rostro de todos los su-

jetos que participaron en la rueda y procurando, de otra parte, que todos también tuvieran colocado el sombrero bastante hundido o agachado. Sólo en estas condiciones esas diligencias podían conducir a resultados concretos y libres, en términos generales, de cualquier sospecha. Pero aconteció que los reconocimientos, como aparece, se cumplieron sin tomar las medidas indicadas y entonces, ciertamente, esas diligencias quedaron viciadas hasta el extremo de ser imposible tomarlas como prueba contra el procesado. Este es el mismo parecer del señor Procurador, quien para fundamentarlo aduce las siguientes atinadas razones:

"En cuanto al valor de los reconocimientos practicados en rueda de presos, por parte de los testigos José Gentil Montealegre y Flor de María Monsalve es preciso considerar, previamente, los siguientes hechos:

"a) No sólo los testigos anteriores, sino la menor Gloria Arias Monsalve, revelan que el agresor de la señora Herminia Monsalve de Arias llevaba sombrero y cubría la cara con un pañuelo. Así se expresa Gloria María Monsalve: '... y no le quedó reconocido (sic) porque tenía la cara tapada y el sombrero negro muy agachado... (f. 13 vto. del cuad. 1º)'.

"b) Tanto Flor de María Arias Monsalve como Gloria Arias Monsalve aseveran que la presencia del sujeto que se sustrajo el radio y disparó contra la señora Herminia Monsalve de Arias les produjo susto y ello determinó antes que observarlo detenidamente, que emprendieran la huída hacia diversos sitios. Sus expresiones son así: '... y del susto que me dio yo salí corriendo hacia la carretera y cuando iba saliendo de la casa el sujeto de que hacemos mención me hizo un disparo (f. 12)', afirma Flor de María; y '... yo, apenas lo ví me dentré (sic) al baño porque me dio mucho miedo y estando yo en el baño escuché que ese hombre hizo unos disparos... (f. 13 v.)' dice Gloria.

"c) Mientras la testigo Flor de María manifiesta que le resultaría difícil reconocer al agresor de autos (f. 13 del cuad. 1º); la menor Gloria Arias enfáticamente niega toda posibilidad por la razón de que el intruso criminal llevaba cubierta la cara con un pañuelo y sobre la cabeza 'muy agachado' un sombrero (f. 13 v.).

"d) Tanto Flor de María Arias como Gloria Arias son hijas de la occisa y dicen tener 15 y 8 años respectivamente.

"e) El testigo José Gentil Montealegre quien manifiesta que tiene 9 años, es enfático en afirmar que el agresor de autos llevaba un pañuelo 'y con éste se tapaba la cara y el sombrero como bastante atascado' (f. 14 vto.). Conviene advertir que su presencia cerca del lugar de los hechos fue ocasional y que, acerca de la posibilidad de reconocer al individuo que disparó contra la señora Monsalve de Arias, asevera: 'Sí S. (sic) yo viendo al tipo sí lo reconozco donde lo veo (f. 16)'.

"Establecidos los presupuestos anteriores, se advierte que las afirmaciones de los testigos José Gentil Montealegre y Flor de María Arias, en cuanto señalaron en rueda de presos al procesado Manuel Rodríguez como el autor de los delitos que se investigaron en este proceso, carecen de credibilidad o, al menos, plantean una seria duda sobre su veracidad, la cual por mandato de la ley debe absolverse a favor del reo (art. 204 del C. de P. P.).

"A la anterior conclusión se llega luego de considerar que la forma como se cubría el rostro el agresor, al igual que como llevaba el sombrero bastante agachado, hacía difícil la labor de un posterior reconocimiento, si no imposible, como lo reconoció la testigo Gloria Arias, cuando aseveró que no estaría en capacidad de hacer tal reconocimiento. Pero si a las condiciones del sujeto por reconocer (el cual llevaba cubierta la casi totalidad del rostro y del cual ni siquiera era dable pensar en las características del cabello que cubría su cabeza), se aúna la circunstancia de que la testigo Flor de María Arias experimentó 'susto' con la presencia del intruso y aún salió corriendo para evitar cualquier agresión de éste, la que sí se verificó por medio de unos disparos que se escucharon, entonces se disminuirá la credibilidad en el dicho de la testigo pues sus condiciones anímicas del momento en que se cometían los hechos no le permitieron tener la suficiente tranquilidad para grabar la filiación física del agresor y menos cuando en vez de permanecer impasible ante éste emprendió veloz carrera para protegerse, cosa natural y lógica. Más todavía: si se tiene en cuenta que por hija de la occisa puede tener algún interés en este proceso, pues las leyes del afecto son poderosas en los aconteceres de la vida humana, y por su edad puede estar sometida no sólo a la influencia de la fantasía sino a la de otras personas, entonces habrá que llegar inexorablemente a tenerse serias dudas sobre la veracidad de su testimonio. De ahí que las inculpaciones que hace contra Manuel Rodríguez López en los reconocimientos de folios 28 a 67 del cuaderno 1º, no tengan la virtualidad suficiente para ser atendibles. Téngase presente que el primer reconocimiento practicado el dos de julio (f. 28) debió reponerse por el del folio 67, porque para el juez del conocimiento por estar el acta 'tan

borrosa y no haber dejado los funcionarios ninguna constancia al respecto, es muy dudosa' (f. 61 del c. 1º).

"En síntesis: el dicho de la testigo Flor de María Arias Monsalve al señalar al procesado Manuel Rodríguez López como el autor de la agresión contra su señora madre no ofrece serios motivos de credibilidad por las condiciones personales y sociales de la testigo (edad, estado civil de parentesco con la occisa, etc.), por las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio (quién fue el agresor de Herminia Monsalve de Arias, estando aquél cubierta la cara y con 'sombrero como bastante atascado'), por las circunstancias en que haya percibido (el temor en que se encontraba la menor Flor de María Arias Monsalve que la impulsó a salir corriendo a esconderse del agresor, el breve tiempo del que dispuso para observar la filiación del intruso) y por aquellas en que rindió su testimonio (de las cuales ninguna constancia se dejó en el reconocimiento inicial, como anotó el juez *a quo* (f. 61 del c. 1º). Al no tener presentes tales circunstancias y condiciones el Tribunal *ad quem* incurrió en notorio error de hecho, violando así el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

"Por otra parte, los testimonios del sargento de la policía Heraclio Martínez, Velandia (F. 136 del c. 1º), Arquímedes García Martínez (f. 119 ib.), Antonio J. Loaiza Henao (f. 131 v.) y Omar Serna (f. 132 ib.), conducen a demostrar que, en efecto, se practicó un reconocimiento extra-judicial, en rueda de presos, y con la intervención de la señora Herminia Monsalve de Arias, en fecha no determinada del mes de julio de 1960. Si a la versión de un agente de la autoridad, sargento Martínez, se aúna la afirmación eminentemente dubitativa de Esteban Rodríguez (por entonces secretario de la Alcaldía de Montenegro) quien dice: '... y es posible que sí en realidad la haya practicado pero como digo no recuerdo y me inclino a creerlo que yo no lo he practicado ya que tampoco recuerdo que este negocio lo haya tenido... (f. 121 del c. 1º)', como también la de los demás testigos, habrá que poseerse al menos una duda insalvable sobre la existencia de tal reconocimiento irregular. Y siendo en la actualidad difícil eliminarla, por mandato de la ley (art. 204 del C. de P. P.), se debe absolver a favor del reo.

"Ahora bien: el testigo Heraclio Martínez (f. 136 vto.), asevera que los menores José Gentil Montealegre y Flor de María Arias se encontraban en la casa de la señora Herminia Monsalve de Arias cuando fue practicado el reconocimiento de que se hace comentario, e incluso el señor José Gentil Montealegre le manifestó: '... que le parecía muchísimo que Manuel Rodríguez era quien había entrado a la casa en días pasados y le había hecho los tiros a la señora y se había sacado un radio, pero que era que le parecía' (f. 136 vto.). (El subrayado es de esta Procuraduría). Este hecho que no puede menospreciarse, con la simple consideración de que no existe en el proceso constancia de haberse practicado el reconocimiento irregular en comentario, da lugar a sostener que en verdad la inculpación que luego, en reconocimiento de julio cinco de 1960, hace el testigo José Gentil Montealegre es digna de poca credibilidad. En este último reconocimiento afirma enfáticamente '... sí es aquél el que tiene una toalla... y lo conozco muy bien porque (sic) hace mucho tiempo que lo conozco y es el mismo que pasaba por mi casa y que alguna vez me pidió de beber... (f. 30 v.)'. Vemos, pues, que la duda que inicialmente tuvo el testigo en cuanto a señalar al procesado Rodríguez (f. 136 v.) la despejó, sin saber los motivos que lo impulsaron a ello, inculpando ciertamente a dicho reo (f. 30 v.). No obstante lo anterior, la credibilidad de este testigo es mínima toda vez que, como lo anota el demandante, el menor José Gentil Montealegre ya había tenido oportunidad de precisar el físico de Rodríguez en el reconocimiento extrajudicial y por eso su afirmación enfática en el último, y todo a pesar de que el testigo afirmó en su declaración (f. 14) que el agresor con un pañuelo 'se tapaba la cara y el sombrero (lo llevaba) como bastante atascado', lo cual obviamente dificultaba precisar el físico del agresor.

"Resta decir que si, en verdad, el testigo José Gentil Montealegre conocía desde hacía 'mucho tiempo' al procesado Manuel Rodríguez, no se explica la forma dubitativa como en el reconocimiento extra-judicial manifestó al sargento Heraclio Martínez que el reo Rodríguez se le parecía al agresor. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el funcionario que practicó el reconocimiento de que da cuenta el acta de folio 30 vuelto no dejó ninguna constancia que permita siquiera saber qué credibilidad le mereció al funcionario, el testigo; por el contrario, hay un detalle, que revela sin duda la forma precipitada como el testigo señala al procesado: a continuación de la pregunta formulada al testigo no se alcanzó a escribir la ritual palabra que precede a la respuesta de toda afirmación de un testigo ('contestó', 'respondió', 'dijo', etc.); este detalle permite pensar que el menor Montealegre fue determinado por causas extrañas a inculpar a Rodríguez.

"Por todo lo analizado acerca de los referidos reconocimientos, se puede concluir que el Tribu-

nal *ad quem* valoró equivocadamente los siguientes hechos del proceso: 1º al reconocimiento practicado por los menores José Gentil Montealegre (f. 30 v.) y Flor de María Arias (f. 67) les atribuyó un mérito que no poseen, ya que el señalamiento verificado por los testigos ofrece, al menos, serias dudas de su credibilidad, las que han debido absolverse a favor del procesado (art. 204 del C. de P. P.). 2º Desestimó precipitadamente los testimonios de varias personas que afirmaron la realización de un reconocimiento practicado en forma irregular, en fecha anterior a la de los reconocimientos valorados por el fallador (f. 30 vto. y 67), lo cual hacía pensar que los testigos habían tenido oportunidad de ver y distinguir previamente a quien luego reconocieron en rueda de presos, ya que los menores estuvieron presentes cuando se llevó a cabo el reconocimiento extrajudicial; pero si duda alguna quedara de la existencia de esta última diligencia, habría que despejarla en pro del reo y no en contra de éste, como lo hizo el *ad quem*.

"Resulta, pues, que el quinto cargo ha sido demostrado y la violación de los artículos 224, 215, 371 del Código de Procedimiento Penal se hace manifiesta, como también la del artículo 204 ibidem. La infracción del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal tuvo lugar porque los reconocimientos en rueda de presos no se cumplieron procurando que la persona a reconocerse se encontrara en iguales circunstancias en cuanto a su modo de vestir, lo cual implicaba que junto a los demás miembros de la rueda de presos se les ha debido cubrir el rostro con pañuelos y la cabeza con un sombrero, pues así llevaba el agresor cubiertas la cara y la cabeza el día de autos. Le asiste, en consecuencia, razón al impugnador al criticar la forma como se practicaron los reconocimientos con los menores José Gentil Montealegre y Flor de María Arias.

"Lo expuesto da fundamento para afirmar que los tantas veces mencionados reconocimientos no constituyen ninguna prueba 'directa' que demuestre la responsabilidad penal del procesado Manuel Rodríguez López, por razón de los hechos materia de estos autos. El quinto cargo está comprobado".

SEXTO CARGO:

En la formulación y desarrollo de este cargo, el demandante sostiene que, dentro del fallo acusado, no fueron apreciados en forma adecuada los testimonios de los señores Pastor Arango Yepes e Israel Robledo Sánchez, y de ese modo se les negó el valor probatorio respecto de la coartada ofrecida por el procesado Rodríguez, en el sentido de que el día de los hechos y a la hora en que ocurrieron se encontraba en Armenia, es decir, en lugar distinto al que les sirvió de escenario para su consumación, tesis que sustenta a través del estudio detallado de aquellos testimonios para luego concluír en que, en rigor, los asertos consignados en ellos de ninguna manera determinan el rechazo de las manifestaciones que hace el procesado en orden al punto en comentario.

RESPUESTA:

Los asertos del procesado, quien tiene el carácter de testigo respecto de su propia causa, deben presumirse como verídicos mientras no se demuestre lo contrario y siempre que sean verosímiles. En el caso de autos, ni directa ni indirectamente, aparece desvirtuada la afirmación de Rodríguez López en el sentido de que se encontraba en Armenia en la mañana del 30 de abril y a la hora de los delitos a que se refiere el proceso. Por el contrario, su dicho en el particular, halla confirmación en el testimonio del señor Pastor Arango Yepes, quien conforme a cita que le hizo el acusado en su indagatoria, rindió declaración el 13 de marzo del año pasado, diligencia en la que, sobre lo que importa, dijo:

"Es un hecho cierto que el día treinta de abril del año pasado estuve yo en compañía del señor Manuel Rodríguez en el café La Montaña ubicado en la galería de esta ciudad, a eso de las 9 a 10 de la noche... Por la mañana del mismo día, y a eso de las 9 más o menos, también me encontré con él en el mismo café, pues me tenía que dar un dinero de un plátano que yo le había vendido... Recuerdo de esa fecha, porque Rodríguez y yo teníamos un negocio. Yo le estaba vendiendo el plátano y se lo (sic) el 30 de abril y en esa fecha me pagó lo que me debía por tal concepto".

El café "La Montaña" funciona en Armenia, y debe anotarse que los delitos, de acuerdo con los datos del proceso, se consumaron en torno a las 10 de la mañana del 30 de abril, sin que aparezca exactamente determinado que esa hubiera sido la hora en que se llevaron a cabo. Quizá pudo ser bastante antes, si se tiene en cuenta que a las 11 de la mañana, como lo consigna el auto cabeza de proceso, la señora de Arias ya se encontraba hospitalizada, previo su traída del campo donde recibió la agresión letal.

El señor Israel Robledo, el otro testigo que invocó en su indagatoria Rodríguez para probar que el día y hora de los hechos se encontraba en Armenia, rindió declaración el 15 de marzo del año pasado. En nada desmiente al procesado, sino que, en cierto modo, lo confirma cuando dice que estuvo en su compañía en el café "La Montaña", pero sin poder recordar si fuera precisamente "el 30 de abril de 1960", antes del mediodía, y que en esa ocasión le habló de que "se encontraba muy enfermo con fiebre", manifestación a la que también se refiere el testigo señor Pastor Arango, diciendo que el citado día Rodríguez, en sus encuentros del café "La Montaña", le declaró que "se encontraba enfermoso y con fiebre". La coincidencia de los dos testigos en esta frase alusiva a su salud y a la naturaleza de la dolencia, permite deducir, con las máximas probabilidades de acierto, que Robledo estuvo con Rodríguez, dentro del café "La Montaña", precisamente antes del mediodía del 30 de abril. El cargo, en esta suerte, debe acogerse como demostrado.

En los términos expuestos, decididamente establecido que el recurrente tiene razón en cada uno de los seis cargos que formula al amparo de la causal 2ª, lógicamente se concluye en que esa causal está destinada a prosperar, lo que indica que el fallo acusado tendrá que ser invalidado, determinación que, como consecuencia, impone la necesidad de absolver al procesado, sin que para adoptar esa medida se haga indispensable entrar a examinar la causal 1ª, invocada también en el escrito de impugnación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida la sentencia recurrida y en su lugar absuelve al procesado Manuel Rodríguez López o Cardona Rodríguez por los delitos de homicidio y robo cometidos en la persona y bienes de la señora Herminia Monsalve de Arias, disponiendo, como consecuencia, su libertad incondicional, en razón de este negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA DE CASACION PENAL. DICTAMEN PERICIAL E INSPECCION OCULAR. PRUEBA TESTIMONIAL.

Intima vinculación entre las citadas causales. Valor probatorio del dictamen pericial y de la inspección ocular. Facultades del Juez en la apreciación de la prueba testimonial.

1. La causal segunda de casación penal tiene tan íntima vinculación con la primera, que el buen o mal resultado de aquélla, forzosamente incide en esta última causal, ya que la indebida aplicación de la ley penal, que contempla la causal primera, generalmente se origina en una errada apreciación de las pruebas hecha en la sentencia de segundo grado, en relación con los elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o con las circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción.

2. Tan estrecha es la vinculación lógica que existe entre estos dos motivos de casación, que cuando en la demanda respectiva se invoca la causal segunda, consecuentemente también debe alegarse la primera. Por esto, con razón se ha sostenido que no es la equivocada apreciación de una prueba, ni el convencimiento del juzgador contrario a la evidencia procesal, lo que de por sí puede justificar la casación de una sentencia, sino la violación de la ley sustantiva, como consecuencia de los errores de hecho o de derecho en que se incurra en el fallo acusado al apreciar las pruebas legalmente producidas.

3. Cuando la inspección ocular se practica con la asistencia de peritos se trata de una prueba mixta, cuyo valor probatorio, en lo que respecta al dictamen pericial se apreciará conforme a las reglas establecidas por la ley sobre esta prueba; pero de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, el acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados por el juez y los testigos o los peritos que en ella hayan intervenido.

4. La comprobación de las huellas dejadas en un muro al ser escalado por ladrones para trasponer elementos pesados, es circunstancia que podía verificar el Juez personalmente por medio del sentido de la vista, y que no requería, por lo tanto, conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes que exigieran la asistencia de peritos. En consecuencia el hecho de que éstos no hubieran presentado su dictamen aparte y por escrito y de que dicho dictamen no se hubiera puesto en conocimiento de las partes, no tiene mayor significación en orden a demeritar lo que consta en el acta de inspección ocular en lo relativo a las huellas del escalamiento verificado personalmente por el Juez.

5. En materia probatoria, y sobre todo en lo que respecta a la apreciación del testimonio, el vigente Código de Procedimiento Penal cambió el sistema de interpretación anteriormente establecido, pues del método tarifario cuantitativo se pasó al denominado legal moral, que es más racional, dado que el juez ya no está sometido al absurdo sistema de considerar que dos testimonios concordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo, hacen plena prueba. Por lo tanto, un solo testimonio, confrontado con otros contrarios puede tener un valor probatorio moral y legal mucho mayor que el de éstos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio once de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara C.)

VISTOS:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, procede esta Sala de la Corte a decidir el propuesto por el reo Hernando Matéus contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el cuatro de abril del año pasado, por medio de la cual se condenó al recurrente a la pena principal de seis años de presidio, a las accesorias de rigor y a la indemnización de todos los perjuicios, como responsable del delito de robo cometido contra los bienes de Vidal Garzón Daza.

ANTECEDENTES

El proceso se originó en la denuncia formulada por el señor Miguel Calderón Rodríguez, ante un Juzgado Permanente Central de esta ciudad, el 17 de diciembre de 1959. De acuerdo con los términos de dicha denuncia en el Almacén "Casa Hidalgo" situado en la carrera 11 número 10-71 de Bogotá, fue cometido en la noche del 16 de diciembre de 1959, un robo, consistente en la sustracción de trece cajas de peinillas que contenían cada una diez docenas de este artículo y dos bultos de alpiste. Según el denunciante, quien estimó el robo en cuantía de treinta mil pesos, los ladrones entraron por la parte interior del almacén escalando un muro que separa dicho almacén de la Pensión Prado, desde donde fue posteriormente transportada la mercancía robada en un automóvil. En la ampliación de su denuncia explica el señor Calderón Rodríguez que la investigación la inició personalmente en compañía del Agente Secreto número 1593 y de su cuñado Samuel Segura Cruz, dando por resultado lo siguiente:

"Captura del celador de dicha Pensión Prado, el cual nos manifestó en un principio como es claro, su negativa, pero posteriormente en base de unas contradicciones nos confesó que efectivamente más o menos a las diez de la noche había llegado un señor en un taxi y en compañía del administrador quien le ayudó a sacar la mercancía, habían hecho el robo. Con base en esta declaración nos trasladamos al lugar donde trabajaba el celador, aclaro, el administrador, y el Agente Secreto le intimidó prisión llevándolos luego a la Sala de Detenidos del SIC. Ya con estos conocimientos comenzamos a localizar al señor Hernando Matéus, antiguo chofer nuestro en quien recaían todos los agravantes de dicho robo. En compañía del Agente Secreto y de mi cuñado, averiguamos su residencia y comenzamos a buscarlo. Dicha captura se logró aproximadamente a las diez de la noche, frente al local donde fue sacada la mercancía. Al principio, dicho sujeto, negó que hubiese sido el autor de dicho ilícito. Olvidaba decir que en estas pesquisas apareció el Agente Secreto número 1567 quien se ofreció a colaborar con nosotros y posteriormente supimos por información personal del mismo que él era familiar de la dueña de la Pensión y del administrador. Estando con estos señores en un establecimiento de los que funcionan en la calle diez (10), el sujeto Hernando Maténs nos manifestó que en verdad él había sido el autor del ilícito, que había vendido diez docenas de peinillas y que el resto de la mercancía estaba dispuesto a entregarla pero que sólo lo haría al Agente Secreto número 1567 con la condición de que retiráramos las acusaciones o denuncia que sobre él recaía. Nosotros, para coger el cuerpo del delito así lo prometimos pero fue muy grande la extrañeza que al cabo de tres cuartos de hora de que el Agente Secreto, antes nombrado y el señor Matéus habían salido, recibiéramos una llamada para decirnos que la mercancía se encontraba en la carrera 18 con la calle tercera ya que ellos habían quedado comprometidos de llevarla al sitio donde nos encontrábamos. Efectivamente nos trasladamos al sitio antes indicado en compañía de otros dos Agentes Secretos que pedimos ya que el lugar a que nos citaban nos ofrecía alguna desconfianza. Allí se apareció el Agente 1567 y nos manifestó que la mercancía estaba en su casa. Al preguntarle nosotros por el sujeto Matéus, éste nos manifestó que lo había dejado en libertad. Le pusimos de presente el error que había cometido y luego procedimos a recoger la mercancía para luego ser entregada a los Depósitos del SIC. La mercancía recuperada consiste en cincuenta y cinco docenas de los machetes sustraídos y dos bultos de alpiste. El Agente Secreto 1567 nos manifestó también el lugar donde recogieron la mercancía para luego ser llevada a la casa de él".

La investigación se adelantó por el Juez Séptimo de Instrucción Criminal y el negocio fue fallado en primera instancia por el Juez Sexto Superior de Bogotá, quien condenó al recurrente Matéus a la pena principal de veinticuatro meses de prisión por el delito de hurto, y absolvió a los sindicados Arquímedes Brito, Alejandro Rojas, Pablo Emilio Salamanca y Fidelignio Ramos, quienes habían sido indagatoriados.

El Tribunal Superior de Bogotá, al revisar, por apelación interpuesta por el reo Hernando Matéus, la sentencia de primera instancia, la modificó en el sentido de aumentar la pena impuesta a éste a seis años de presidio, por estimar que se trata de un delito de robo, con escalamiento, y no de hurto.

Asimismo el Tribunal revocó la absolución de Arquímedes Brito, condenándolo, como partícipe del delito de robo, e imponiéndole la misma pena de seis años de presidio con que fue sancionado Hernando Matéus.

El proceso se siguió aplicando las normas del Decreto extraordinario número 14 de 1955.

LA DEMANDA

El distinguido abogado que presentó la demanda de casación, como apoderado del reo Hernando Matéus, acusó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, con invocación de las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo aquélla como principal y ésta como subsidiaria.

El libelo cumple con los requisitos de forma exigidos por la ley en estos casos, ya que en él, además del resumen de los hechos, se hace el correspondiente estudio de cada una de las causales y cargos, con todo orden, citando las disposiciones legales que se estima fueron quebrantadas en la sentencia recurrida.

Con fundamento en la causal segunda el actor alega dos cargos; con el primero pretende que la sentencia se case y se absuelva al condenado, pues en él sostiene que por errada interpretación de los hechos la sentencia les dio un valor que no tienen a las pruebas que sirvieron para establecer la responsabilidad del procesado Hernando Matéus, además de que no se tuvo en cuenta otros hechos acreditados en el proceso; subsidiariamente alega el demandante que el Tribunal incurrió en una errada apreciación de las pruebas que sirvieron para estimar que se trata de un delito de robo, "siendo así que, admitiendo probadas, por hipótesis, la infracción y la responsabilidad, se trataría de un delito de hurto, como lo estimó el Juzgado de primera instancia".

La causal primera, que el actor invoca subsidiariamente, "para el caso de que prospere" la causal segunda, la hace consistir en la indebida aplicación de la ley penal, como consecuencia de la errada apreciación de los hechos.

Con el propósito de demostrar el primer cargo formulado con fundamento en la causal segunda de casación, o sea que la sentencia incurrió en errada apreciación de las pruebas que sirvieron para establecer la responsabilidad del acusado Hernando Matéus, el impugnador hace primeramente un análisis parcial de la indagatoria y de este, comparándola con algunos testimonios, con el objeto de comprobar que el Tribunal se equivocó al no darle a dicha indagatoria el valor que tiene, y al considerarla como una simple prueba de descargo, "sin mérito alguno", cuando ella está confirmada en "datos circunstanciales que la hacen verídica".

Después el demandante hace una crítica separada de algunos apartes de las declaraciones de Fidelígno Ramos Carranza, Agente Secreto que colaboró desde un principio en las primeras pesquisas para dar con el paradero de la mercancía robada, de la de Arquímedes Brito, administrador de la Pensión Prado, la de Alejandro Rojas Delgado, portero de la misma pensión, del informe del Agente Secreto 1593 y del testimonio de Samuel Segura Cruz, que sirvieron de fundamento al Tribunal para establecer la responsabilidad de Hernando Matéus, para demostrar que lo afirmado por éstos no merece ninguna credibilidad por cuanto incurrieron en algunas contradicciones.

Debe dejarse establecido que el actor tuvo buen cuidado de criticar aisladamente estos testigos de cargo, con el propósito de quitarles su fuerza y desvirtuarlos, procedimiento éste contrario al adoptado por el Tribunal y por el Juez de la causa, que consistió en analizar dichos testimonios en conjunto para deducir de su enlace la convicción que se formaron y que quedó reflejada en la sentencia.

Para demostrar el cargo que subsidiariamente y con invocación de la causal segunda formula a la sentencia, o sea que el Tribunal incurrió en errada apreciación de las pruebas, al dar por establecido que el delito es de robo, por escalamiento, siendo que "el acreditado es el de hurto", el distinguido abogado demandante razona de la siguiente manera:

"El Tribunal dice que el agente secreto 1593 'informó que Arquímedes Brito había admitido el haber participado en la comisión del delito, para cuyo efecto Hernando Matéus había escalado la pared que separa el patio de la Pensión Prado de los depósitos de la Casa Hidalgo'; que 'mediante inspección ocular . . . se comprobó que había sido escalada la pared de los depósitos de la Casa Hidalgo'; que según la declaración de Samuel Segura Cruz, había huellas de la pared 'desvolcanada' y 'muestras de alpiste' y en el automóvil que los condujo oyó cuando el administrador del hotel declaró que 'quien había escalado la pared era Hernando Matéus'; que según la declaración de Alejandro Rojas Delgado depone que 'no había cajas ni bultos en las piezas de las que yo tengo ahí con candado' (sic). Por ello el Tribunal impone 'la pena correspondiente al delito de robo en lugar de la del hurto' ".

"*El informe del agente secreto 1593* es de referencia y fue desmentido por las personas a que hace alusión, como ya se dejó visto. No dice nada sobre hechos observados por él mismo que conduzcan a la violencia ejercitada sobre las personas o las cosas, que tipifica el robo en la sustracción de cosas muebles ajenas.

"*La inspección ocular*, que sería la prueba adecuada e idónea, apenas dice en lo pertinente: 'En dicha pared se observaron *huellas de haber subido por allí elementos pesados*. Dicha pared es divisoria con un patio interior correspondiente a la Pensión Prado... se trasladó el personal... a la Pensión Prado y en la pared divisoria del patio interior con el patio del establecimiento perjudicado se observaron *huellas al parecer dejadas por el deslizamiento de objetos pesados y una teja movida*' (f. 11 del c. 1º).

"Por demás deficiente es el contenido de la diligencia: eso de observar 'huellas de haber subido elementos pesados', por un lado, y 'huellas al parecer dejadas por el deslizamiento de objetos pesados y una teja movida', no constituye una prueba fehaciente de escalamiento de muros.

"'La inspección ocular no tendrá valor alguno si no se ha decretado por un auto que exprese con claridad los puntos materia de la diligencia', dice el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal.

"'Se anotarán minuciosamente las cosas y los hechos examinados y las observaciones que sobre ellos hagan el juez, los testigos, los peritos y las demás personas que intervengan en la diligencia', dice el artículo 212 del mismo Código.

"Pues bien, el auto que ordena la diligencia apenas dice que se practicará una diligencia de inspección ocular 'con el fin de esclarecer: los términos en que se haya ejecutado la violencia, el instrumento o medios empleados en ella y la naturaleza y resultados del hecho' (f. 3, cuaderno 1º, punto 1º).

"Luego esta diligencia no tiene valor alguno, si se atiende a lo que la ley enseña con tan buen sentido de la realidad.

"Y todas las observaciones minuciosas de esta 'vista de ojos' que decían tan gráficamente los españoles, es que se dejaron huellas 'al parecer' de elementos u objetos pesados que hubieran subido por una pared y se hubieran deslizado por la otra. Con eso subirle la pena a un sujeto de dos años de prisión a seis años de presidio es edificar una condena injusta por lo poco fundamentada.

"No sobra anotar que aquí no hubo dictamen de peritos: 'El perito presentará su dictamen dentro del término que el juez le señale' (art. 265 del C. de P. P.); 'el dictamen del perito se pondrá en conocimiento del fiscal, del procesado, de su apoderado o defensor y de la parte civil' (art. 266 ibídem); los interesados 'pueden objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción' (art. 267 ibídem). ¿Pero cómo se pudo cumplir ninguna de estas condiciones, si no obra concepto alguno de los peritos que acudieron a la diligencia?

"Las declaraciones de Samuel Segura Cruz y Alejandro Rojas Delgado no ofrecen mérito probatorio de la circunstancia del escalamiento, pues ya se ha visto lo que han sido las pseudoconfesiones de este proceso y en cuanto a que las piezas del hotel estuvieran cerradas 'con candado' no es circunstancia que pruebe tampoco el escalamiento.

"En cambio, el Tribunal no tuvo en cuenta el examen técnico del dactiloscopista del Servicio de Inteligencia Colombiano; en el almacén de abarrotes 'practiqué una exploración dactiloscópica, con resultado negativo. Durante la diligencia no se observaron señales de fuerza o violencia; posiblemente los autores del robo penetraron escalando la pared occidental de un pátio de la casa donde funciona el citado almacén, la cual da a una casa de inquilinato' (f. 54 del C. 1º).

"Aquí no se puede dar por probado el escalamiento con un 'posiblemente' ni con el 'al parecer' de la llamada aquí por mal nombre inspección ocular.

"No se puede condenar sin 'prueba plena o completa de la infracción', dice el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. La infracción llamada robo requiere la prueba plena de la violencia o del escalamiento de muros. Esa prueba aquí no existe".

En orden a fundamentar la causal primera, que se propone subsidiariamente, y para demostrar que la sentencia acusada es "violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma", el demandante hace el siguiente breve razonamiento:

"En efecto, el Tribunal aplicó el artículo 404 del Código Penal, 'en armonía con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, o sea, la de seis años de presidio para cada uno'.

"Pero no estando demostrado que el delito sea robo, según se dejó demostrado en el aparte anterior, la pena es la de prisión en veinticuatro meses, de acuerdo con los artículos 1º de la Ley 4ª de 1943, Decreto 2184 de 1951 y 399 del Código Penal (por la cuantía)".

"Las accesorias han de sufrir las modificaciones correspondientes".

Conviene hacer notar desde ahora, como claramente se deduce de lo transcrito, que la inde-

bida aplicación de la ley penal en que incurrió la sentencia acusada, el impugnador la hace consistir únicamente en que debió aplicarse en dicho fallo el artículo de la ley penal que sanciona el delito de hurto y no el artículo 404 del Código Penal que prevé y sanciona un delito específico y agravado de robo, que fue el que el Tribunal aplicó para establecer la naturaleza y cuantía de la pena que impuso al reo Hernando Matéus.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de hacer un estudio de cada una de las causales y cargos formulados por el impugnador y de las pruebas que sirvieron de fundamento al Tribunal para condenar al reo Hernando Matéus, deduce: "Que no hay error de bulto o flagrante en las pruebas que hiciera el *ad quem;* esta valoración fue ajustada a la realidad, discernida con cuidado, y los distintos testimonios que se tuvieron en consideración, evaluados de acuerdo con la norma que pregona el artículo 224".

En relación con la inspección ocular, que critica el demandante, después de hacer un análisis de la forma como fue practicada esta prueba y de su contenido, el señor colaborador Fiscal llega a la conclusión que ella se realizó de acuerdo con las normas procesales que reglamentan su recepción, argumentando que: "Dado el que los puntos a esclarecer por los peritos fueron simples y sin complicaciones, éstos no se vieron en la necesidad de emitir un dictamen expreso, tal como lo contempla el artículo 213 del Código Penal, sino que dentro del cuerpo de la diligencia expresaron su opinión. En concepto de este despacho no se estaba en presencia del artículo 265 del Código de Procedimiento Penal, y 266 y 267 de la misma obra".

En lo que se refiere a la falta de apreciación, por parte del Tribunal, del examen dactiloscópico practicado en el local del almacén que fue objeto del robo, el señor Agente del Ministerio Público atinadamente advierte: "que este examen se refirió exclusivamente a la determinación, de la existencia de huellas de violencia en los almacenes o depósitos, pero no se enfrentó al mismo cotejo con los muros del mismo separatorios y limítrofes de la pensión Prado", y que además, "la exploración dactiloscópica fue bastante tardía, y debía ser negativa en sus resultados, ya que ella sólo se efectuó el día 9 de enero de 1960, mientras los hechos delictivos en cuestión se sucedieron el 17 de diciembre de 1959".

Como conclusión de las réplicas que el señor Procurador Delegado en lo Penal hace a los argumentos presentados en la demanda, este funcionario solicita que no se case la sentencia recurrida en casación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Causal Segunda

La Sala considera que es improcedente entrar a hacer un estudio de fondo acerca del primer cargo formulado en la demanda con invocación de la causal segunda de casación, por las razones siguientes:

Como se dejó anotado anteriormente, el recurrente lo único que alega para fundamentar la causal primera, propuesta subsidiariamente, la que hace consistir en que en la sentencia recurrida se violó la ley penal por indebida aplicación de la misma, es que debió aplicarse el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, que sanciona el delito de hurto, y no el artículo 404 del Código Penal que se refiere a un delito de robo agravado, disposición ésta que fue la que tuvo en cuenta el Tribunal de Bogotá para imponerles la pena de seis años de presidio a los reos Hernando Matéus y a su cómplice Arquímedes Brito.

Como fácilmente se aprecia, el anterior razonamiento únicamente tiene relación y guarda concordancia lógica con el segundo cargo propuesto con invocación de la causal segunda, con el que el demandante pretende demostrar que el Tribunal incurrió en una equivocada apreciación de las pruebas que le sirvieron para concluir que se trataba de un delito de robo, con escalamiento, cuando la acertada estimación de las pruebas conducen a establecer que únicamente se trata de un simple ilícito de hurto.

Al sostener el actor, como único argumento para demostrar la causal primera, que la disposición legal que la sentencia debió aplicar debidamente es la que sanciona el delito de hurto, y no el artículo 404 del Código Penal, se pone en contradicción con el planteamiento propuesto por el mismo en el primer cargo formulado en la demanda, pues este cargo, de prosperar, necesariamente conduciría a la completa absolución del procesado, ya que se hace consistir en que el Tribunal erró al apreciar las pruebas "que sirvieron para demostrar la responsabilidad de Hernando Matéus en el delito de que se trata".

La causal segunda de casación penal tiene tan íntima vinculación con la primera, que el buen o mal resultado de aquélla forzosamente incide en esta última causal, ya que la indebida apli-

cación de la ley penal, que contempla la causal primera, generalmente se origina en una errada apreciación de las pruebas hecha en la sentencia de segundo grado, en relación con los elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o con las circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción. Tan estrecha es la vinculación lógica que existe entre estos dos motivos de casación, que cuando en la demanda respectiva se invoca la causal segunda, consecuentemente también debe alegarse la primera. Por esto, con razón se ha sostenido que no es la equivocada apreciación de una prueba, ni el convencimiento del juzgador contrario a la evidencia procesal, lo que de por sí puede justificar la casación de una sentencia, sino la violación de la ley sustantiva, como consecuencia de los errores de hecho o de derecho en que se incurra en el fallo acusado al apreciar las pruebas legalmente producidas.

La correspondencia que existe entre la causal segunda y la primera de casación penal es tan rigurosa, que en atención a este factor vincular, el expositor Alvaro Pérez Vives, en su estudio sobre el "Recurso de Casación", con fundamento estima que: "constituye una manifiesta equivocación establecer como causales separadas e independientes, por una parte, la violación sustantiva, y por otra, el error en la apreciación de las pruebas".

La equivocación que anota el citado expositor y la embrollada redacción del numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, han sido factores de confusión y dificultades para la aplicación de esta norma.

La manifiesta contradicción en que el demandante incurre al sostener, por una parte, con base en el primer cargo, que a Hernando Matéus debió absolvérsele, de acuerdo con los artículos 203 y 204, por insuficiencia de las pruebas de que se dedujo su responsabilidad, y por otra parte, que en la sentencia debió aplicarse únicamente la ley penal que sanciona el delito de hurto, inhiben a la Sala para entrar en el estudio del primer cargo formulado con invocación de la causal segunda de casación.

Procede, por lo tanto, la Sala a estudiar el segundo cargo propuesto contra la sentencia recurrida, con invocación de la causal segunda de casación, pues este cargo sí guarda concordancia con la sustentación de la causal primera.

Para desquiciar las bases probatorias de las cuales el Tribunal dedujo que en el presente caso se trata de un delito agravado de robo, con escalamiento, y no de hurto, como lo consideró el Juez *a quo*, el recurrente trata de demostrar que el Tribunal incurrió en error en la apreciación de dichos elementos de juicio.

Para formar su convicción de que en este caso se trata de un delito de robo con escalamiento, y no de hurto, el Tribunal tuvo en cuenta no sólo el informe del Agente Secreto 1593, quien en ejercicio de su cargo intervino desde un principio en la investigación, sino el resultado de la inspección ocular practicada por el funcionario de instrucción, así como los indicios que se deducen de las declaraciones de Samuel Segura Cruz y de Alejandro Rojas Delgado.

El informe del Agente Secreto 1593, a que se refiere el Tribunal expresa lo siguiente:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2727 de diciembre 31 de 1958, bajo la gravedad del juramento manifiesto:

"Que el día 17 de los corrientes, fueron capturados los sujetos de la referencia por los siguientes motivos:

"Primero. El portero Alejandro Rojas Delgado manifiesta que el día miércoles por la noche siendo aproximadamente las diez u once de la noche llegó al hotel donde él trabaja Hernando Matéus y Arquimedes Brito, quienes le propusieron el negocio de aguantarse para sacar ellos seis cajas conteniendo machetes y dos bultos de alpiste, artículos éstos que fueron sustraídos del almacén o depósito de propiedad del señor Vidal Garzón, situado en la carrera 11 número 10-61; también manifiesta Alejandro Rojas Delgado que el sujeto Arquimedes Brito fue quien escaló la pared que une el hotel con el depósito de dicho almacén para pasar la mercancía y luego sacarla a la calle para transportarla en el automóvil Studebaker modelo 44 y distinguido con las placas número D-23983.

"Segundo. Arquimedes Brito manifiesta haber participado en el robo a los depósitos del señor Vidal por conducto, Hernando Matéus sujeto éste quien trabajó por largo tiempo en los depósitos antes mencionados y quien en meses anteriores había cometido diversos delitos dentro del almacén según palabras dichas por el señor Vidal Garzón y Miguel A. Calderón. Arquimedes Brito no niega el haber tomado parte en este robo ya que manifiesta que Hernando Matéus fue quien escaló la pared para pasarse a los depósitos ya que éste era bastante conocedor, de la mercancía y sitios donde la guardaba y que él lo único que hizo fue recibirla y luego cargarla para enviarla en el automóvil distinguido con las placas antes mencionadas carro éste conducido por Hernando Matéus que por lo tanto él ignoraba a dónde hubiese sido transportada dicha mercancía. Dejo ampliamente aclarado la com-

plicidad de estos dos sujetos ya que se prestaron para cometer el ilícito".

El recurrente trata de restarle todo el mérito probatorio a este informe, afirmando que él es de referencia y que fue desmentido por las personas a que hace alusión; pero este reparo carece de significación y de respaldo probatorio, pues no es exacto que hubiera sido desmentido, en cuanto a la circunstancia del escalamiento, por Alejandro Rojas y por Arquímedes Brito, pues el hecho de que hubieran guardado silencio en relación con dicha circunstancia se explica, ya que el primero no pudo darse cuenta de este hecho porque según lo explica en sus indagatorias, cuando llegó a la Pensión Prado ya se había verificado el escalamiento del muro divisorio de dicho establecimiento con el almacén de donde fue sustraída la mercancía. Tal cosa se deduce claramente de su ampliación de indagatoria, cuando expresa: "Cuando yo llegué al hotel, ví a Brito que salía del lado del solar y lo ví sacar tres cajas largas de madera... y las otras ya estaban en el carro y Matéus subió al carro y arrancó ligero".

En cuanto al silencio que guardó el administrador del hotel o Pensión Prado, Arquímedes Brito, en relación con la circunstancia del escalamiento, se explica por el motivo de que, si bien confiesa que ayudó a Hernando Matéus a sacar las mercancías del interior de la pensión para trasladarlas al automóvil en que éste se las llevó, se disculpa diciendo que cuando Matéus llegó a proponerle que lo ayudara a sacar las cajas, ya éstas se encontraban en el interior de dicha pensión, y que si prestó la ayuda que se le solicitó, obró inocentemente, pues creyó que Matéus, quien había sido empleado del dueño del almacén, señor Vidal Garzón, obraba por instrucciones de su patrón.

El declarante Samuel Segura confirma el informe del Agente Secreto 1593 en su declaración rendida al folio 95 del cuaderno 1º, cuando dice lo siguiente:

"El día 16 de diciembre próximo pasado llegué al almacén Casa Hidalgo de propiedad del señor Vidal Garzón. Aclaro que el día 17 llegué al almacén y el señor Garzón me informó que había sido víctima de un robo consistente en machetería y unos bultos de alpiste. Me mostró en el interior del almacén o de la casa y efectivamente pude precisar que dicha mercancía fue sacada por sobre unas paredes que lindan o colindan con un patio que pertenece a la Pensión "El Prado". Las huellas estaban frescas o recientes. Inmediatamente y en asocio del señor Miguel Calderón fuimos al detectivismo y una vez de haber puesto la denuncia, el doctor Soler nos dio un sabueso, un detective y con éste nos pusimos a hacer la correspondiente investigación. Fuimos a la Pensión Prado, en la calle 10 entre carreras 11 y 12, donde interrogamos a las muchachas que allí trabajan y pudimos darnos cuenta de que habían muestras de alpiste regadas desde el pie de la pared que se hallaba desvolcanada por todo el patio, y que dichas muestras conducían hasta el zaguán de la casa de la citada pensión por lo cual nos percatamos que las mercancías robadas a Casa Hidalgo habían salido por la puerta de la mencionada pensión. Preguntamos cuál era el portero que había atendido la noche del 16 al 17 y nos señalaron a un sujeto que se encontraba acostado en una de las piezas y el detective lo despertó y procedió a interrogarlo, pero éste, o sea el portero, se negó rotundamente a dar la información. El detective le manifestó que para no verse envuelto en el robo lo mejor era que dijera la verdad y que por tal información, la Casa Hidalgo le podría dar algún dinero y en mi presencia le dije a dicho sujeto, no me acuerdo el apellido, que estábamos en capacidad de ofrecerle unos quinientos pesos si nos daba los datos de las personas que habían cometido el ilícito. Entonces el referido portero manifestó que siendo así contaría y dijo que un señor Hernando, que había sido chofer de la Casa Hidalgo, que se apellida Matéus, en asocio del administrador del hotel, de apellido Leyton, a la madrugada por ahí a la una de la madrugada habían sacado unas cajas y unos bultos y que los habían acomodado en un automóvil que manejaba el señor Hernando Matéus. Y que el Matéus se había ido con las cajas sin saber para dónde. Preguntamos por el administrador y el portero nos manifestó que se hallaba en la casa de la dueña de la pensión, que quedaba situada en la calle 17 con carreras 17 y 18. Acto seguido el señor detective, el portero del hotel y el suscrito, nos trasladamos a la dirección antes dicha y localizada la casa preguntamos por el administrador del hotel, Leyton y el detective conversó con éste mientras yo permanecía afuera con el citado portero. Luego salió el detective con el administrador y en un carro del señor Calderón montaron el portero, el administrador del hotel y el detective en la parte trasera del carro. El señor Calderón conducía el automóvil y yo iba al pie de éste. En el recorrido de la carrera 18 al STC le preguntamos al administrador que él era quien había sacado los bultos por encima de la pared y éste manifestó que quien había escalado la pared era Hernando Matéus y que él únicamente había recibido las cajas y se las había ayudado a sacar

hasta el automóvil que había estacionado en la puerta de la pensión".

El acta de inspección ocular practicada por el funcionario de instrucción, a raíz de haberse consumado el ilícito, en el local del almacén de donde fue sustraída la mercancía robada, es del siguiente tenor:

"Examinado detenidamente el local no se observaron huellas de violencia. El denunciante señaló el sitio en la parte oriental y contra la pared de una de las bodegas centrales, señaló el lugar donde se encontraba la mercancía que dice le fue robada y se pudo ver rastros de alpiste. Inmediatamente se trasladó el personal de la diligencia hacia el patio interior donde se observó la existencia de una gran cantidad de bultos de parafina que según el dicho del denunciante se hallaban recostados contra la pared occidental de dicho patio, la noche del robo. En dicha pared se observaron huellas de haber subido por ahí elementos pesados. Dicha pared es divisoria con un patio interior correspondiente a la Pensión Prado, situada en la calle 10 número 11-54. A continuación se trasladó el personal de la diligencia a la Pensión Prado y en la pared divisoria del patio interior con el patio del establecimiento perjudicado se observaron huellas al parecer dejadas por el deslizamiento de objetos pesados y una teja movida".

Como se vio anteriormente, el actor afirma que esta diligencia no tiene valor alguno, por cuanto se practicó sin sujeción a las normas procesales que reglamentan la práctica de ella y los artículos 265, 266 y 267 relativos a la prueba pericial.

El reparo que el impugnador hace a esta prueba carece de respaldo procesal y no tiene por lo tanto, valor demostrativo serio, pues como lo anotó el señor Agente del Ministerio Público en su réplica a la demanda:

"Desde el auto cabeza de proceso que obra a folio 3º del 1er. cuaderno, se ordenó, como era de lugar e imprescindible, la práctica de inspección ocular en el sitio de los hechos 'con el fin de establecer los términos en que se haya ejecutado la violencia'.

"Con posterioridad, y por auto especial o expreso fechado el 21 de diciembre de 1959 el Juzgado 7º de Instrucción Criminal ordenó llevar a cabo la dicha inspección, fijó fecha para ella y procedió al nombramiento de peritos (f. 10).

"Estos peritos, dentro del cuerpo de la diligencia, consignaron no haber encontrado dentro del local robado huellas de violencia, pero en cambio, observaron que en la pared que existía o existe en el patio interior se notaba que por allí se habían subido elementos pesados. Se trataba de la pared divisoria del almacén con la Pensión Prado. A continuación el Juzgado y el mismo personal se trasladaron a la 'Pensión Prado' para examinar la pared por su otro frente y allí encontraron 'huellas al parecer dejadas por el deslizamiento de objetos pesados y una teja movida'".

Debe tenerse presente que cuando la inspección se practica con la asistencia de peritos se trata de una prueba mixta, cuyo valor probatorio, en lo que respecta al dictamen pericial se apreciará conforme a las reglas establecidas por la ley sobre esta prueba, pero de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. "El acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados por el Juez y los testigos o los peritos que en ella hayan intervenido".

La comprobación de las huellas dejadas en el muro cuando fue escalado para trasponer elementos pesados, es una circunstancia que podía perfectamente verificar el Juez personalmente por medio del sentido de la vista, y que no requería, por lo tanto, conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, de modo que bien pudo realizarse sin la asistencia de peritos. Por tanto, lo que tiene importancia y valor probatorio pleno es lo relativo a las huellas del escalamiento, observadas directamente por el Juez, y en consecuencia, el hecho de que los peritos no hubieran presentado su dictamen aparte y por escrito y de que dicho dictamen no se hubiera puesto en conocimiento de las partes, no tiene mayor significación en orden a demeritar lo que consta en el acta de inspección ocular en relación con los hechos verificados personalmente por el Juez de Instrucción.

En cuanto a la falta de apreciación en la sentencia acusada del resultado negativo del examen dactiloscópico, efectuado en el local del almacén objeto del robo, no tiene ninguna importancia probatoria para desvirtuar las otras pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta para dar por establecida la circunstancia del escalamiento, ya que dicho resultado tenía que ser necesariamente negativo en relación con esta circunstancia, dado que dicho examen no se practicó en el muro divisorio de dicho local, con la Pensión Prado. Por otra parte, y como lo observa la Procuraduría, "la exploración dactiloscópica fue bastante tardía, y debía ser negativa en sus resultados, ya que ella se efectuó el día 9 de enero de 1960, mientras los hechos delictivos en cuestión se sucedieron el 17 de diciembre de 1959".

El *ad quem* adquirió la certeza de la responsabilidad de Hernando Matéus y el convencimiento de que se trataba de un robo con escalamiento, y no de un simple delito de hurto, de la apreciación en conjunto de pruebas heterogéneas (testimonios, atestación de un agente de la seguridad que intervino en la investigación o inspección ocular), pruebas que se complementan y refuerzan mutuamente. Por ello, en este caso, como ocurre generalmente, cuando se critica el valor probatorio de las pruebas que sirvieron al fallador de segunda instancia para formar el convencimiento que se refleja en la sentencia acusada, con el fin de demostrar el error manifiesto en que incurrió el Tribunal, el impugnador debe emprender un estudio analítico de comparación y no de eliminación mediante una crítica aislada y separada de cada prueba.

Ordinariamente en los procesos penales, como en los juicios civiles, se producen dos grupos de pruebas contrarias, especialmente testimoniales, en que cada una de las partes apoya sus pretensiones opuestas, y que en el juicio criminal se denominan de cargo, que son las que establecen la responsabilidad del sindicado o sindicados, y de descargo, que generalmente se practican por iniciativa de éste o a petición de la defensa, y que tienden a establecer los hechos que justifican la conducta o atenúan la responsabilidad de los imputados. Ante esta dualidad probatoria, la ley le concede al Juez el arbitrio necesario para escoger los testimonios que le merezcan más credibilidad, atendiendo, no solamente la crítica del contenido de cada declaración, sino, además, las condiciones personales del testigo, las del objeto al cual se refiere el testimonio, las condiciones en que se haya percibido y aquellas en que se rinda la declaración.

Debe tenerse presente que en materia probatoria, y sobre todo en lo que respecta a la apreciación del testimonio, el vigente Código de Procedimiento Penal "cambió el sistema anteriormente establecido, pues del método tarifario" cuantitativo, de interpretación, se pasó al denominado legal moral, que es más racional, dado que el juez ya no está sometido al absurdo sistema de considerar que dos testimonios concordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo hacen plena prueba. Por lo tanto, un solo testimonio confrontado con otros contrarios puede tener un valor probatorio moral y legal mucho mayor que el de éstos.

Por esto, el sistema adoptado por el demandante de criticar aisladamente el contenido, o parte del contenido de cada una de las pruebas que sirvieron de fundamento al *ad quem* para formar su convencimiento, aunque cómodo y relativamente fácil de realizar, no es suficiente, por sí sólo, en orden a demostrar que en la sentencia se incurrió en error evidente al apreciar dichas pruebas.

Como de lo dicho se concluye que el demandante no logró demostrar el segundo cargo propuesto con invocación de la causal segunda, se deduce que la impugnación de la sentencia acusada, con base en dicha causal debe desecharse.

Causal primera. No pudiendo prosperar, por las razones expuestas, la causal segunda de casación, consecuentemente la primera tampoco puede tener éxito, pues ésta la propuso el demandante subsidiariamente y para el caso de que prosperara aquélla. Además, el buen resultado de la causal primera de casación depende de la prosperidad de los cargos propuestos con fundamento en la segunda, pues como ya se dijo, entre ésta y aquélla existe una rigurosa vinculación lógica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, desecha el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de cuatro de abril de mil novecientos sesenta y uno, por medio de la cual fue condenado Hernando Matéus a la pena principal de seis años de presidio, como responsable del delito de robo cometido contra los intereses del señor Vidal Garzón Daza, dueño del almacén Casa Hidalgo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CONFESION. IRA E INTENSO DOLOR. EXCESO DE LA LEGITIMA DEFENSA. ASECHANZA. INDEFENSION DE LA VICTIMA.

No erró la sentencia acusada al negar la configuración de la legítima defensa y del exceso de la misma, pero sí al desconocer la atenuación del estado de ira e intenso dolor.

1. Ha afirmado esta Sala de la Corte 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.

2. El precepto contenido en el artículo 27 del Código Penal implica que se den las circunstancias de justificación del hecho a que aluden los casos indicados en el artículo 25 de la misma obra, esto es, cuando existen todos los requisitos señalados para cada uno de ellos, pero el agente excede los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad.

3. La asechanza "es el acto de observar con cautela, o de mirar a escondidas y con cuidado" dijo esta Sala en providencia de 5 de noviembre de 1947, lo cual se corresponde con el mismo alcance que le da a dicha palabra el Diccionario de la Academia de la Lengua, en el que se dice que es "observar, aguardar cautelosamente con algún propósito". Acechar es equivalente a mirar a escondidas y con cuidado.

4. En varias oportunidades ha señalado esta Sala que si subjetivamente existe alguna verosimilitud de que la víctima no estaba indefensa, es posible que se incurra en injusticia al atribuir al victimario una situación que no estaba en condiciones de medir en el grado en que lo haga mayormente responsable, entendido, es obvio, lo anterior en el sentido de que no corresponda a forma alguna que implique modificación en la estructura del delito o elementos constitutivos del mismo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 3 de abril de 1961, por la cual le fue impuesta al procesado Miguel Antonio Londoño Vargas, como pena principal, la de quince años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José Dolores Arias Granada.

El demandante, doctor Hernando Lozano Palacio, con fundamento en los cargos que hace al fallo recurrido a través de la causal segunda de casación, estima que el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas, por lo cual dejó de aplicar el precepto contenido en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal, o, al menos, en su orden, los artículos 27 y 28 de la misma obra. Expresa, igualmente (y esto como cuestión subsidiaria), que el fallador de segunda instancia, por equivocada estimación de los elementos de juicio traídos al proceso, aplicó indebidamente la circunstancia calificadora señalada en el ordinal 5º del artículo 363 del citado código.

HECHOS:

Los resume el Tribunal Superior de Manizales, así:

"En la región de 'La Pelada', jurisdicción de Aguadas, tiene su finca el señor Jesús María Galvis Cardona. En su casa, además de los hijos solteros, viven con sus esposos las hijas casadas. Uno de los yernos, Miguel Antonio Londoño Vargas, como que fue el primero en ingresar a la familia. Posteriormente lo fue José Dolores Arias Granada, quien, desde el primer momento, tuvo el rechazo absoluto de Londoño Vargas, sujeto que le declaró franca enemistad, la cual recrudeció cuando Arias abusó carnalmente de una niña cuñada suya, es decir, de Ligia Galvis. Ocho días antes del 23 de junio de 1959, Arias, quizá intimidado por su atropello anotado, o quizá por falta de dinero, estuvo sin ir a visitar a su mujer y a sus hijos. Entre tanto Londoño Vargas, alimentando su odio, había puesto —cargada— debajo de la cama una escopeta de las llamadas 'regadoras'. En la fecha dicha, Londoño llegó del trabajo, e insólitamente le pidió a su suegra que le hiciera servir la comida —seis de la tarde— en el corredor. Comió rápidamente, y luego, con claras demostraciones de impaciencia, pidió las pilas de la linterna. No encontrándolas a la mano, él, que ordinariamente era sujeto de carácter expansivo y alegre, daba muestras de furor. En ese momento llegó su hermano Arturo, ya conseguidas las pilas, hablaron sigilosa y sospechosamente; Arturo se fue, y Miguel Antonio se metió a su pieza. Periódicamente hacía salidas de observación, y hay quien relate que viendo pasar un bulto por el camino, se dispuso a agredir: pero el bulto era un semoviente. Alrededor de las siete de la noche, José Dolores hizo su aparición en casa de sus suegros, pero no alcanzó a entrar: lateralmente le fue hecho un disparo de escopeta, cuyos proyectiles entraron por el tercio segundo del brazo izquierdo, cara exterior, y llegaron a la capacidad (sic) torácica, interesando el pulmón correspondiente y produciendo la muerte en forma casi instantánea. El cuerpo del occiso quedó en el alar (sic) de la casa y la cabeza en el corredor, de bosa abajo y estirados verticalmente los pies y las manos. La familia se movilizó al oír el disparo. Y el último en llegar, denudado y nervioso, fue Londoño Vargas, interrogando a sus parientes quién era el muerto. Luego, el mismo sindicado, asesorado de alguien de la parentela, se dio a recorrer el vecindario y a dar la noticia de la muerte, y, en final término, se movilizó al pueblo a hacer las diligencias del sepelio, empezando por conseguir el ataúd".

TRAMITE DEL NEGOCIO

Este negocio fue adelantado mediante el procedimiento previsto en el Decreto legislativo número 012 de 1959, habiendo sido clausurada la etapa investigativa por auto de 12 de febrero de 1960, del Juzgado 3º Superior de Manizales.

Con fecha 28 de junio del mismo año, el *a quo* profirió la sentencia correspondiente, en la cual impuso al procesado Londoño Vargas la pena de nueve (9) años de presidio, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de José Dolores Arias Granada. En esta providencia el juzgador de primera instancia rechaza la eximente de responsabilidad prevista en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal, planteada por el sindicado en su indagatoria y sostenida por el doctor Lozano Palacio, en su condición de defensor del acusado. Estimó, en cambio, que se trata de un homicidio simplemente voluntario, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 362 de la obra citada, en el cual no se dan circunstancias específicas de atenuación, como que el fallo aludido no hace ningún examen de ellas.

El Tribunal Superior de Manizales, al revisar la providencia del *a quo*, considera que Londoño Vargas "usó de asechanzas, porque varios nos hablan de entradas, salidas, aislamiento, desasosiego" y que "hubo premeditación para cometer el ilícito". Y en cuanto a la eximente de responsabilidad propuesta y a las circunstancias especiales de aminoración de la pena alegadas, dice el *ad quem* lo que pasa a transcribirse:

"Las razones..." presentadas por el defensor para sostener que su patrocinado obró en legítima defensa... "serían vacilantes y sacarían avante a Miguel Antonio, si en el expediente tuvieran el respaldo necesario. Pero es que esto, precisamente, es lo que falta más en los autos: ya quedó dicho por la pericia que el sindicado no presentó lesión alguna que acreditara el golpe que dice le fue propinado en la cabeza por el occiso; y también, que el dictamen rendido en la necropsia habla de herida con arma de fuego ocasionada lateralmente, con lo cual hay que desechar la posibilidad de lucha sostenida frente a frente, cosa que tampoco refieren los declarantes y antes por el contrario, rechazan implícitamente, cuando dicen que no oyeron ruidos distintos al del disparo; y no habiendo existido enfrentamiento, mal podía existir inminente peligro de la vida del sindicado, quien, para abundar, en lugar de estar siendo asechado por el occiso, acechaba a éste. Recuérdese, además, que los testigos que Londoño Vargas cita para comprobar que Arias Granada lo había agredido

por varias ocasiones y él había tenido que hatirle repetidamente, desautorizan paladina y claramente, en forma expresa, esas versiones con las cuales trató el incriminado de cimentar una legítima defensa subjetiva. Es más: esta misma prueba en contraria de las pretensiones del sindicado, nos está diciendo que de parte de Londoño no estuvo el estado de ira que plantea el señor defensor, porque ni siquiera hubo ofensas verbales de Arias Granada a Londoño Vargas, y porque si Arias ofendió en forma grave (lo cual tampoco está bien establecido) el honor de la familia Galvis con lo que hizo contra Ligia, esa ofensa no fue dirigida directamente a Londoño Vargas, ya que la recibieron los padres y hermanos de la ofendida, y no Londoño, quien apenas alcanzaba a estar en el terreno de afinidad de José Dolores. Y todavía más; aquí no puede jurídicamente hablarse de legítima defensa excedida, porque el Tribunal no ve qué la pueda configurar en autos y el señor defensor tampoco examinó a espacio este tópico, para decir en qué la hace consistir".

DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en la causal segunda de casación, como se dejó dicho, el señor apoderado de Londoño Vargas hace los siguientes cargos a la sentencia acusada:

1º Que "el Tribunal erradamente apreció como indicios que demeritan la indagatoria unas presunciones que no reúnen las calidades de tan peligrosa prueba; y, consecuencialmente, negó a las manifestaciones del procesado el valor que tienen como circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad. De acoger la indagatoria, seguiría estudiar su incidencia en el articulado del Código Penal. Si el ataque era actual e injusto y la reacción fue proporcionada a la agresión, la acción se justificaría, al tenor del artículo 25. Si la defensa fue desproporcionada al ataque, tendríamos el exceso en la legítima defensa, artículo 27. Si el ataque había concluído, y el agente obró únicamente a impulso de la ira suscitada por la injusticia contra él consumada, se cae en el artículo 28".

Expresa que en "la hipótesis de que la honorable Corte acepte haber antecedido al disparo un ataque de Arias para Londoño, pero aprecie desproporcionada la reacción de éste, me permito solicitar el reconocimiento de la atenuante del exceso en la legítima defensa, desde luego, sin la agravante de la asechanza, por descansar esas figuras jurídicas en presupuestos probatorios y teóricos antagónicos. La ira causada por grave e injusta provocación, también invocada subsidiariamente, sería para el supuesto de que por considerarse terminado el ataque, se calificara la reacción de Londoño como airada y justa respuesta a una ofensa de incuestionable gravedad. Tampoco aquí concurriría la asechanza, porque el desahogo fugaz dibujado, se repele con la actividad preordenada que se predica de tal circunstancia de asesinato".

Más adelante observa lo siguiente:

"... No tomó en cuenta el Tribunal los hechos constitutivos de un estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, derivada de la altanera y perversa conducta del occiso...", sin embargo de que en la providencia recurrida dice el *ad quem* que "Arias lesionó el honor y enlodó, además, a la familia". Anota que el fallador de segunda instancia termina "limitando el círculo de los ofendidos a los padres y hermanos de la seducida. ¿O será acaso ...", dice el demandante... "que la familia la constituyen solamente estas personas, quedando fuera los cuñados y sobrinos, en el caso de autos, Miguel y sus hijos, procreados con una hermana de Ligia? El artículo 382 del Código Penal trae una enumeración de las personas que pueden favorecerse con un régimen de excepción, donde no queda comprendido Miguel Londoño. Pero, yo no persigo el reconocimiento de esa ira privilegiada, sino de la ordinaria del artículo 28 del mismo Código, aplicable a las otras personas de la familia a quienes alcanza la onda de dolor y deshonor.

"La buena y la mala fortuna ligaron entrañablemente al sindicado con la familia Galvis López. Al casarse se quedó a vivir con ellos, y al enviudar siguieron allí él y sus hijos. Suegra y cuñadas, entre ellas Ligia, reemplazaron a su esposa en el cuidado y mimo a sus niños. La larga convivencia, la gratitud por tan noble comportamiento, tenían que provocar en Londoño una ira santa y profunda contra quien manchó aquel hogar".

Transcribe, además, el siguiente párrafo del señor Fiscal del Juzgado 3º Superior de Manizales: "Está suficientemente comprobado que entre sindicado y occiso existió enemistad, lo mismo que a raíz de ésta Londoño sufrió humillaciones y agravios que soportó cobardemente. Es muy probable que la tirantez —proveniente de la seducción de Ligia Galvis por el occiso— hubiera medrado en su ánimo para vigorizar el rencor conformado".

Dice que "el ofendido tuvo que ser perverso, torpe y altanero, para ganar estos títulos: 'A José Dolores todo el mundo lo odiaba' (Edilma

Rosa Galvis); 'A José Dolores nadie lo quería por aquí' (María Dilia Galvis); 'Pero sí decían que lo aborrecía toda la vereda, porque era muy fregado'; ...y que el occiso había abandonado a la esposa, y entre él y la familia Galvis López se había abierto un abismo de rencor por sus dañinas e innobles relaciones con Ligia Galvis. Esa especie cundía por toda la comarca'". Agrega que "del roce de caracteres tan disímiles, lógicamente resultó el que José Dolores se la 'pinchara' a Londoño. Quienes deponen acerca de los incidentes entre nuestros dos personajes, invariablemente colocan a Arias en calidad de provocador...", y cita los testimonios de Luis Enrique Valencia, Jesús María Galvis, Gonzalo Otálvaro y Hubel de Jesús López.

2º Que si bien el Tribunal Superior de Manizales no fundamenta la aplicación del artículo 363 del Código Penal en la supuesta premeditación acribuída al procesado, pues no afirma que hubiera estado acompañada de motivos innobles o bajos, en cambio, en virtud de una apreciación errada de las pruebas apoya la pertinencia de dicho precepto en un inexistente estado de asechanza, por parte de Londoño Vargas.

Dice, en efecto, el demandante:

"En la sentencia recurrida se fundamenta probatoriamente la acechanza, en estos hechos:

'a) Está acreditado que usó de asechanzas, porque varios nos hablan de entradas, salidas, aislamiento, desasosiego.

'b) Con el solo experticio (sic) médico, que acreditó el disparo entrando (sic) lateralmente en el cuerpo del occiso, se sabe que no hubo ataque de parte de éste; máxime cuando Miguel Antonio no exhibió huellas de contusión ni herida de ninguna clase, y cuando la peinilla de José Dolores estaba envainada, lo cual quiere decir que éste fue víctima de un ataque sorpresivo y que el sindicado aprovechó la indefensión de la persona ofendida'.

"En otra parte de la sentencia...", continúa el demandante..., "se lee: 'Periódicamente hacía salidas de observación (Londoño), y hay quién relate que viendo pasar un bulto por el camino, se dispuso a agredir; pero el bulto era un semoviente'.

"La actividad referida es exactamente lo contrario de asechar. Por cuanto asechar es ocultamiento, y lo que se dice hacía el sindicado, era mostrarse, exhibirse. Una persona puede esperar a otra y con toda lealtad desafiarla a combate singular, o simplemente plantarse ante ella, dejándole entrever que va a atacarla; esas situaciones revelan el propósito de matar, pero no el de asesinar.

"El disparo entrando (sic) lateralmente, no comprueba 'un ataque sorpresivo y que el sindicado aprovechó la indefensión de la persona ofendida', pues tal herida se puede producir, en los casos detallados en el párrafo anterior, al girar el ofendido, en lucha a fuera de ella, para no ser alcanzado, resultando herido, aún por la espalda, sin quererlo el agresor".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen del proceso, responde a los cargos hechos a la sentencia recurrida, así:

a) "No nos encontramos, pues, en presencia de una confesión indivisible en que se evidencie la presunción de veracidad de que habla el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, ya que existe dentro del proceso prueba diversa y plural que la contradice. Objetivamente, la confesión de Londoño Vargas cabe ser apreciada como poco convincente y alejada de la realidad; subjetivamente, por la manera como se produjo, la escasa espontaneidad con que se cumplió; las contradicciones en que incurre, etc., indican claramente que es indigna de concedérsele total crédito.

"¿Puede sobre ella estructurarse una legítima defensa, tal como lo pretende el opositor de la sentencia? ¿Cabe considerar que el Tribunal fallador al no admitir la eximente de responsabilidad que se comenta, incurrió en una errónea apreciación de los hechos y en una también errada interpretación de la confesión del acusado? No, en concepto de este Despacho. Ha dicho la honorable Corte que 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. La versión dada por el acusado es indudablemente acomodaticia. ¿Cómo se ha demostrado en autos la existencia de un arma o un instrumento contundente, armado del cual agrediera Arias a Londoño? ¿Cómo pudo demostrarse en autos la existencia del golpe y sus consecuencias que dice haber recibido Londoño de Arias? ¿Cómo puede explicarse que una persona que intentara agredir, yendo provisto de un machete —como lo iba Arias— no hiciera uso de esta arma, como se demostró en la diligencia de levantamiento de su cadáver al encontrársele el

arma dentro de la funda, para atacar a su víctima, sino se proveyera de un palo o cualquier otro instrumento para tal fin?

"¿Por qué negar la animosidad existente entre Arias y sus familiares en razón del atentado de que había sido víctima una cuñada de sentenciado, por parte del primero? ¿Por qué se intenta demostrar —sin conseguirlo— que Arias era acérrimo enemigo de Londoño y que propiciaba las peleas cada vez que lo encontraba? Todos estos son interrogantes que no despeja suficientemente el expediente en su situación, y lamentablemente obró el Tribunal al proferir un sobreseimiento temporal para Jesús María Galvis y Arturo Londoño, dando la oportunidad procesal para que muchas incógnitas sean despejadas.

"La confesión de Londoño es esencialmente divisible y la prueba testimonial abundante de que usó el Tribunal para demostrar la animadversión del victimario contra la víctima emana de sus propios familiares, es incontrovertible (véanse declaraciones de José Heriberto Arias Galvis, f. 7; José Valencia Grisales, f. 11 y 12; Hubel de Jesús López, f. 13 y ss.; Carmen Rosa Arias, f. 31; Rafael López Toro, f. 51; Bernardo López, f. 113; Luis Carlos Aguirre, f. 115, y Carmen Rosa López, f. 91).

"Ha dicho la honorable Corte que el exceso de la legítima defensa, como figura jurídica opera cuando existiendo todos estos requisitos (se refiere a los cinco elementos que por mandato del artículo 25 del Código Penal condicionan la legítima defensa) hay desproporción entre la ofensa y la defensa. El artículo 27 del estatuto penal la establece. Habiéndose relevado superabundantemente que dentro del caso de autos Londoño no obró dentro de la exclusiva de la responsabilidad y siendo hecho suficientemente sabido que 'la figura del exceso como la naturaleza de las cosas lo indica, es accesoria de la defensa, y, consecuencialmente, si falla la causal en alguno de sus elementos constitutivos falla también la figura accesoria del exceso en el mismo elemento o faltante', la petición que como subsidiaria propone el impugnador... está fuera de lugar: la petición principal ha sido desechada, luego la subsidiaria o accesoria debe correr la misma suerte".

b) En cuanto a la circunstancia modificadora de la responsabilidad, señalada en el artículo 28 del Código Penal, dice el señor Agente del Ministerio Público que "no aparece, tampoco, claramente delineada dentro del caso. Los elementos constitutivos que se exigen para hacerla admisible no asoman eficazmente. En efecto, la presentación de la ofensa, la gravedad de la misma, su injusticia, el estado de ira o dolor consecuencial en quien la recibe, y la ejecución del delito como resultado de la acción de la víctima y reflejo del estado anímico del delincuente, no se evidencian. La presentación y alegación que realiza el acusador de esta modalidad es deficiente, confusa, nada demostrativa. Echando mano de la herida al honor inferida a la familia de su suegro por la acción anterior de Arias cuando dispusiera de la honra de su cuñada, construye sobre ella una deleznable tesis que trata de hacer desembocar en la excusa del justo dolor.

"La versión sobre la errada interpretación de los hechos por parte del Tribunal está acondicionada al interés de la defensa, no al de la ley, olvidando, gravemente, que el mismo Londoño se negó a reconocer que existiera un estado de malentendimiento entre sus familiares, dimanado de la causa que se comenta.

"Debe repetirse, acá, como este Despacho lo ha hecho en innumerables ocasiones, que las objeciones que se presenten con base en la causal segunda implican un estudio completo de los elementos que obren en el proceso, no es una postulación más o menos caprichosa y arbitraria de criterio, en discrepancia con el del fallador. El error que se debe demostrar es el protuberante, esencial, porque no se ajusta en nada la estimación del fallador a lo que el proceso narra, no la estimación antagónica de conceptos sobre la eficacia mayor o menor de la prueba. De ser ello así, la libertad de apreciación de ella por parte de los Tribunales no sólo se mengüaría sino se liquidaría.

"Juzga este Ministerio Público que el cargo con base en el artículo 28 del Código Penal no está demostrado y que así debe declararlo la honorable Corte".

c) Que en cuanto al último cargo, "toda la alegación y demostración que formula el recurrente... es simple enunciado, no demostración de la existencia de un cargo. Las conclusiones a que llegó el Tribunal son consecuencia del estudio anterior de la prueba, que realizara en el curso de la providencia que se pretende invalidar, no gratuitas afirmaciones de 'hora nona'.

"A la honorable Corte le está vedado proceder oficiosamente en casación, suplendo el pensamiento, el interés jurídico, o la capacidad demostrativa del recurrente: éste se limita a exponer cargos, la honorable Corporación no tiene por qué examinarlos, si no se les justifica argumentalmente. Tal es el caso de autos con relación a esta última acusación. El Ministerio Público no encuentra razones a qué referirse, argumentos qué controvertir, sino simple y nuda postulación de objeciones sin fundamento".

Concluye el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal solicitando que la sentencia recurrida no sea casada.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA.

El demandante, apoyado en la causal segunda de casación, expresa que el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas, particularmente en lo que respecta a la confesión de Londoño Vargas, la cual estima indivisible. "La sentencia...", dice..., "es invalidable, para en su lugar absolver al sindicado, por la aceptación de la legítima defensa personal planteada en la indagatoria. O invalidable parcialmente, para aminorar la sanción, por la admisión de no haber mediado la acechanza deducida por el Tribunal Superior, y concurrir, bien el acemante del exceso en la legítima de defensa o el de la ira o el intenso dolor, causado por grave e injusta provocación".

Pues bien:

Atendido que ninguno de los declarantes traídos al informativo da cuenta de la manera como ocurrieron los hechos, pues dicen que no los presenciaron, es lógico que la prueba fundamental resulta de la confesión hecha por el procesado Miguel Antonio Londoño Vargas, la que es del caso confrontar con los demás elementos de convicción que obran en el expediente, a fin de señalar en qué aspectos es divisible o no su declaración.

Dice al respecto Nicolás Framarino de Malatesta en su obra "*Lógica de las pruebas en materia criminal*" (Edit.: "General Lavalle", Buenos Aires, 1945), p. 399, que "para rechazar como falsa una parte de confesión, aceptando la otra como verdadera, es preciso que la primera sea combatida por las pruebas, y la segunda sostenida; entonces las pruebas, aunque sean indirectas son las que dicen: este testimonio tiene la primera parte verdadera y la segunda falsa; siendo lógico aceptar aquélla y rechazar ésta". Y más adelante (p. 401), anota este mismo autor: "En suma, 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 sólo es indivisible, esto es, debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable al procesado, cuando en los autos no obra contra él otra prueba diferente y no aparecen elementos de convicción que infirmen aquéllo que le es favorable. Así lo ha señalado esta Sala al expresar 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" (G. J., t. LIV, p. 204).

En varias oportunidades declaró Miguel Londoño, así:

a) En la primera indagatoria, de 27 de junio de 1959 (fs. 20 a 21 del C. 1), dice que "no tenía idea qué persona hubiera podido ocasionarle la muerte a José Dolores Arias".

b) El día 27 de julio del mismo año, un mes después de haber sido ordenada su encarcelación preventiva (auto de los fs. 22 a 23 v., Cdn. 1.), a solicitud propia amplió su declaración de inquirir en los siguientes términos:

"Lo que tenía que exponer es que yo sí soy el comprometido en el delito que se investiga; yo lo maté porque me atropelló en la casa; lo cual que hacer en defensa de mí mismo, en todo caso yo lo maté porque me atropelló en la casa. Los hechos ocurrieron así: yo estaba en mi casa de habitación en la vereda de 'La Pelada' o 'Los Naranjos', en casa de mi suegro, señor Jesús María Galvis, cuando comenzó a mover una madera que había detrás de la casa y entonces luego abrí yo la puerta, cuando se me aventó el señor José Dolores Arias. El me pegó un golpe en la cabeza, pero yo no me di cuenta con qué sería que me lo pegó; entonces él se me aventó hasta la mitad de una pieza de la casa y entonces yo le eché mano a una escopeta que tenía debajo de una cama, y él (José Dolores) apenas se dio cuenta que yo cogí la escopeta, se salió y se paró a un lado de la puerta y ahí mismo le hice yo un disparo de entre la pieza y él (José Dolores) se botó para afuera apenas le disparé, y no me di cuenta si caería ahí mismo. En todo caso José Dolores me la tenía muy pinchada a mí y había jurado que me mataba".

Al interrogatorio que le fuera hecho, dice:

Que las personas que había en la casa eran Bernardo López, Pedro Nel López, Hubel López, además de los familiares, pero "no supe si ellos se darían cuenta; yo creo que no; en todo caso a mí me dio mucho miedo cuando José Dolores me atacó. Agrego que yo no había dicho antes lo que hoy acabo de manifestar, porque me daba miedo. Agrego, además, que son sabedores de que José Dolores, había jurado que me mataba los señores Ramón Marín, Darío Arias; hay más, pero por el momento no recuerdo. El señor Ber-

nardo López también se daba cuenta de que José Dolores me andaba persiguiendo".

c) Por iniciativa del Juzgado 170 de Instrucción Criminal, despacho que continuó la averiguación iniciada por la Inspección de Policía de Aguadas, el día 14 de agosto de 1959 fue ampliada la indagatoria de Londoño Vargas (fs. 51 a 53 v.), de la cual cabe transcribir lo siguiente:

"Yo llegué a esa casa, que es la del señor Jesús María Galvis, y donde vivo también yo, como a las seis y media de la tarde de ese día. Había salido de una finquita que tengo y que se llama 'Tarcará' en la región del mismo nombre, dentro de este Municipio de Aguadas, que queda más o menos a una hora de distancia a pie. Llegué a mi casa y me senté en la sala de la casa. Estaban allí Bernardo López, Hubel López, Pedro Nel López, Jesús María Galvis, Carmen Rosa López, Edilma Galvis, Ligia Galvis, Clara Galvis, Dilia Galvis, y no recuerdo más. Estando yo sentado, me sirvieron la comida, me la sirvió una de las muchachas que no recuerdo. Luego que comí, que serían más o menos a las siete, me fui para la pieza de dormitorio mía y de otros, Hernando Galvis y nada más. Me fui para allí con un niñito mío, que se llama José Rogelio, que está de seis años. Y allí en la cama me acosté, cuando estando yo acostado comenzaron unos ruídos en una madera suelta aserrada que está por atrás de la casa en una puerta falsa. Entonces luego me asomé yo y a lo que yo abrí la puerta me pegaron en la cabeza un golpe, que como era a lo obscuro, yo no me dí cuenta con qué. Entonces yo volví a la pieza donde estaba durmiendo y le eché mano a una escopeta, y yo la disparé hacia la puerta que yo abrí cuando me pegaron; disparé una vez. Yo oí que el tipo se quejó y cayó junto a la cocina".

De las respuestas dadas al interrogatorio que le hizo al procesado el instructor, cabe transcribir lo siguiente:

1º "El golpe lo recibí en la parte de atrás de la cabeza, cuando me asomé, pero no eché sangre... No sé con qué me dieron el golpe".

2º Que con el occiso "éramos cuñados. Éramos enemigos hacía cuatro años. El se enojaba conmigo porque mi suegro me prestaba las bestias para yo andar en ellas".

3º Que "ese día no nos habíamos visto". Sobre este mismo particular, en otra respuesta, dice: "El me perseguía a mí, pero yo le corría de huída. En la fonda llamada Leticia se puso a ofenderme a mí, hace más o menos un año. Y yo me fui para la casa sin hacerle frente. Después, ahora el sábado santo, en la semana santa, todas las noches estuvo rodiando la casa para robarse un café que tenía yo a mi cargo, o una cuñada que se llama María Ligia Galvis. El sábado santo salí para un arado a conseguir una piedra que necesitaba y él estaba ahí detrás de un palo de chocho y a lo que yo llegué ahí, se puso a insultarme, a mentarme la vieja, y se me aventó con la peinilla y entonces yo me volví de huída. Al domingo después del sábado santo, me volví y me encontró con él ahí más arribita de la casa mía, y ahí me insultó y volví y me fui de huída. Y no más".

4º Que no informó de lo sucedido, "porque estaba muy asustado".

d) En el interrogatorio que le hizo el funcionario de instrucción durante la diligencia de reconstrucción de los hechos (fs. 94 a 95 del Cdno. Nº 1), dice Londoño Vargas que cuando recibió el golpe, cayó sobre el piso; que luégo se puso de pie y regresó a la pieza, en donde tomó la escopeta; salió después y se colocó delante de la puerta, desde donde disparó, a una distancia de cuatro metros de la víctima. Agrega que luégo de oír los ruídos en la madera y de salir de su pieza, oyó que la persona sobre quien disparó "le mentó la vieja; que hijueputa", y que "se me pareció la voz a la del muerto".

De las versiones que dá el sindicado no se desprende que obrara en legítima defensa de su vida. En efecto, ninguna comprobación tuvo en el proceso el supuesto ataque de que dice se le hizo objeto, ni de ello dijo nada a las numerosas personas que inmediatamente acudieron para tomar cuenta de los hechos. Además, antes de regresar al dormitorio para sacar la escopeta y dispararla contra quien lo ultrajó de palabra se dio cuenta, por la voz, que su ofensor era su concuñado José Dolores Arias Granada, quien en otras oportunidades también lo había hecho objeto de semejantes agresiones verbales, sin que reaccionara por temor de un ataque contra su vida. Por último, el silencio que guardó ante sus familiares y demás personas que en esos momentos se encontraban en la casa donde dio muerte a José Dolores, todos los cuales acudieron inmediatamente, pugna con el estado anímico de quien, por haber obrado en legítima defensa de su vida, considera justificada su conducta.

"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. De otra manera, toda riña imprevista, todo acto de ira injustamente provocado, se convertiría en

acción excusable", ha dicho esta Sala en distintas ocasiones, (Sents. de 25 de junio de 1948, G. J., t. LXIV, p. 526; de 28 de noviembre de 1950, G. J., t. LXVIII, p. 646; de 13 de julio de 1951, G. J., t. LXX, p. 94, y de 16 de octubre de 1951, G. J., t. LXX, p. 610).

De otra parte, el precepto contenido en el artículo 27 del Código Penal implica que se dén las circunstancias de justificación del hecho a que aluden los casos indicados en el artículo 25 de la misma obra, esto es, cuando existen todos los requisitos señalados para cada uno de ellos, pero el agente excede los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad.

En providencias de 25 de agosto de 1950, (G. J., t. LXVII, p. 806), y de 28 de noviembre del mismo año (G. J., t. LXVIII, p. 684), dice la Corte que "en el exceso de la legítima defensa son indispensables los mismos elementos que en la defensa común para que sea legítima, con la única diferencia de que no hay proporcionalidad entre la violencia que amenaza y la reacción, esto es, de que no se guarda el *moderamen inculpatae tutelae*, de que hablan los clásicos. El exceso se refiere no a la situación objetiva de peligro, sino más bien a la elección de los medios, casi siempre determinada por el temor. La defensa no es legítima, por tanto, cuando falta alguno de los elementos que la constituyen; pero si uno de ellos concurre, mas en forma irregular o viciosa, surge entonces la figura del exceso en la legítima defensa. Así, pues, la figura del exceso, como la naturaleza de las cosas lo indica, es accesoria de la defensa; y, además, y consecuencialmente, si la causal falla en alguno de sus elementos constitutivos, falla también la figura accesoria del exceso en el mismo elemento faltante".

No incurrió el *ad quem* en error alguno en la apreciación de las pruebas, al estimar que Londoño Vargas no obró en legítima defensa de su vida; o, ni siquiera, dentro de un exceso de defensa justa. El relato que hace el sindicado no da piso a la justificante señalada en la demanda de casación, ni encuentra respaldo alguno en las demás pruebas del proceso. Se tiene, en efecto, que según la misma confesión del reo, sólo cuando éste fue ultrajado por su concuñado Arias Granada con la expresión "hijueputa" —lo que le permitió reconocerlo por la voz— se dispuso regresar a la pieza para tomar su escopeta y dispararla contra aquél. Si Londoño Vargas hubiera escuchado los ruidos a que alude en su indagatoria, y supuesto, por ello, la posibilidad de algún asalto a la casa, habría tomado de inmediato la escopeta que mantenía debajo de su cama, lo que ciertamente sólo hizo después de que el occiso lo ofendió verbalmente.

En sentencia de 25 de mayo de 1943 (G. J., t. LV, p. 649), dice esta Sala que "frente a una ofensa verbal nunca se justifica el hecho que cometa la persona injuriada, la cual, si reacciona contra el ofensor, no obra conforme al derecho, no ejerce la legítima defensa de su honra, no se encuentra ante ninguna violencia que tenga necesidad de repeler. La reacción del que es víctima de un insulto que lo incite a matar, o a herir, únicamente atenúa la represión del hecho que se perpetre en ese estado de ira o de intenso dolor por causa de la provocación grave e injusta".

Este cargo hecho a la sentencia recurrida no aparece, pues, demostrado.

En cambio, la confesión del sindicado se hace indivisible con respecto al estado de ira, causada por grave e injusta provocación, en que obró. La ofensa verbal de que dice fue objeto de parte de José Dolores, inmediatamente antes de tomar la escopeta para disparar contra éste; los anteriores ultrajes de palabra de que también lo había hecho víctima, que por reviviscencia coadyuvaron a crear ese estado emocional, aunados a la seducción sexual que el occiso cumplió en una cuñada de ambos, a la cual desfloró, constituyen la más acendrible explicación de los hechos, a más de que encuentra respaldo en otras pruebas del informativo, a saber:

1º José Valencia Grisales (f. 11 a 12), dice que "han tenido discordias José Dolores Arias con Miguel Londoño; entre los demás, no me he dado cuenta. También dije antes que José Dolores, el muerto, había perdido a Ligia Galvis, antes de casarse con el señor Bernardo López".

2º Hubel de Jesús López Galvis (f. 13 a 13 v.), refiere que "el más enemigo de José Dolores era el señor Miguel Antonio Londoño, porque José Dolores no le dejaba conversar con las hijas de Jesús María Galvis, y por ese motivo se mantenían disgustados... Agrego que en la semana santa, la pasada, dizque le salió José Dolores a Miguel Londoño y lo desafió a pelear y Miguel no quiso pelear...".

3º Bernardo López López, esposo de Ligia Galvis, expresa que "yo nunca tuve disgustos con él..." (con José Dolores...)..., "éramos muy amigos, aunque las gentes decían que José Dolores Arias, el muerto, estaba enamorado de la señora mía, pero nunca tuve que sentir nada de él. Pero sí decía que lo aborrecía toda la vereda, porque era muy fregado" (fs. 14 a 14 v.).

4º Pedro Nel López López, (fs. 15 a 15 v.), declara que no sabe "qué enemigos tendría en la vereda..." José Dolores..., "pero en todo caso a él casi no le quería nadie".

5º Clara Elisa Galvis, esposa de José Dolores Arias, informa que "Bernardo López, el cuñado mío, es casado con una hermana mía llamada Ligia y José Dolores, hace unos días, me abandonó y como Bernardo dijera que se iba con la señora a vivir a Pácora, un día dijo José Dolores que se iba con ellos, es decir, con Bernardo y Ligia, dizque porque estaba enamorado de Ligia. Mi papá Jesús María Galvis puede declarar sobre esto" (f. 41 a 41 v.).

6º Edilma Rosa Galvis, (fs. 45 a 45 v.), refiere que "hace unos días dijo Bernardo López, cuñado mío, que se iba a vivir a Pácora con mi hermana Ligia, la señora de Bernardo, y José Dolores Arias, el muerto, dizque se iba a vivir con ellos y dejaba la señora aquí, o sea a mi hermana Clara Elisa Galvis. Agrego, además, que José Dolores y la señora se habían separado hacía unos once días, pues José Dolores le daba muy mala vida a la señora. Según decía todo el partido de la vereda, dizque José Dolores, el muerto, estaba muy enamorado de Ligia, la señora de Bernardo...".

7º María Dibia Galvis (fs. 46 y v.), expresa que "a José Dolores Arias nadie lo quería por aquí. Pero no sé cuáles serían los motivos. Además que José Dolores el occiso se separó de la señora unos días, y cuando Bernardo López se iba a vivir a Pácora con la señora, dizque José Dolores Arias se iría a ir con ellos, porque estaba enamorado de Ligia, la esposa de Bernardo".

8º Ligia Galvis expone que "tenía un viaje con Bernardo para Pácora y José Dolores, el occiso, dijo que se iba con nosotros... A él dizque lo odiaba todo el partido, pero en especial no sé quiénes serían los enemigos de él" (f. 48 y v.). Nada refiere sobre relaciones sexuales con su cuñado Arias Granada, ni se le preguntó sobre tal particular.

9º Jesús María Galvis Cardona, suegro del occiso y del procesado (fs. 60 a 63 v.), dice lo siguiente:

"Yo le hice...", a José Dolores y a su esposa..., "casa aparte en la misma finca mía 'La Florida'. Hacía nueve o diez años eran casados ... Le di sementera, trabajadores de maíz para él solo una parte y otra en compañía conmigo. Le tenía potrero fuera, para una bestia o para una vaca, si la conseguía; él mantenía su bestia. De esos potreros no me pagaba cinco centavos y yo no le cobraba. Yo lo quería como un hijo. El anteriormente vivía muy bueno. Y después fue dañando la vida el hombre. El se separó de la esposa como dos veces. No se demoraba mucho pa volver. Por ahí unos quince días. Resultó con diferencias con la esposa. Ya no le pasaba lo necesario. Hacía unos quince días antes de su muerte, que no iba a la casa. Hacía alrededor de un mes que yo no lo veía, hasta esa noche. Su esposa vivía en la casa de ella, la que les he dicho, vivía allí con sus hijos. Queda como a unas tres cuadras la una de la otra, es decir, de la casa mía a la casa de ellos. Su esposa, de día se mantenía en la casa de ella, y de noche, como es muy miedosa, y cuando no encontraba compañía, se venía para la casa mía... Ellos..." (José Dolores y Miguel Antonio Londoño)... "tenían una desamistad. Hacía muy cerquita de los dos años. No sé el motivo. Yo me daba cuenta que no había amistad, porque llegaba el uno y no saludaba al otro. Y como si le hacía un favor a uno, al otro no le gustaba, siendo yernos. Me dijo el señor Londoño cuando la semana santa, cuando lo dejé al cuidado de toda la casa y de lo que había, me dijo que lo había atacado por ahí el señor José Dolores; que se fue Miguel es que a traer una piedra, me dijo él, y cuando llegó allá al punto donde había sido por la piedra, cerquita de la casa, por ahí en un arado, y que José Dolores resultó allí atropellándolo... También el finado José Dolores me contaba de enemistad con Miguel; que Miguel le tenía mucha idea. No me explicaba por qué".

Ahora que "José Dolores no creo que fuera peligroso para Miguel. Era un hombre eso sí, bulloso, pero no para ser peligroso. Hablaba mucha bobada, pero no se le hacía caso de nada".

10. Hernando Galvis López (f. 64 a 66), declara que "comentaban que Ligia y José Dolores se tenían mucho cariño y que tenían muy entendencias, que se mantenían por ahí es que juntos. Esto se decía por ahí unos dos meses antes de ella casarse".

11. Gonzalo Otálvaro (fs. 67 a 68), dice que Julio Valencia y Manuel Arias le refirieron, después de los hechos, "que podía haber sido Miguel, por el motivo de que era que el otro ya le había pegado a él".

Y preguntado con respecto a las relaciones sexuales de José Dolores con Ligia Galvis, expresa que "el comentario es que el muerto perdió esa muchacha, hace unos siete u ocho meses. Y después que le consiguió un novio, un hijo de don Joaquín Villa, llamado Ignacio Villa. Y entonces, según el comentario, que él llegó mu-

cho con el muchacho, que se fuera con ella de la casa. Pero luego que no pudo, me contaron a mí, 'el muerto le arregló viaje a Ignacio Villa para que se fuera solo, a Sevilla o Pijao, o en un pueblo de esos del Valle. Luego que el muchacho ya se fue, el muerto hizo saber en la casa que ese muchacho había perdido la muchacha. Y me pidió plata prestada es que para hacer coger a Ignacio allá. Y el tipo ese, Ignacio, lo trajeron aquí preso. Yo le vi en la cárcel. Por ahí como a los ocho días lo pusieron en libertad. Esto ocurrió por ahí quince días antes de la muerte de José Dolores".

A una pregunta del instructor, refiere que lo "han contado que el finado le pegaba o le había pegado varias veces a Miguel Londoño. Ni el finado José Dolores, ni Miguel me llegaron a decir nada de esas cuestiones".

12. Manuel Arias Arias, sobrino del occiso José Dolores Arias Granada, expresa, al interrogatorio del investigador con este particular, que "he sabido por comentarios, que José Dolores tenía relaciones amorosas, que se mantenía con esa muchacha en amores estrechos..." (se refiere a Ligia Galvis)..., "dicen que fue perjudicada por él, José Dolores. Hacía por ahí un mes o mes y medio antes de la muerte de José Dolores, y conversando con Jesús María Galvis, ahí en la fonda, me dijo don Jesús: José... 'cómo le parece usted qué José Dolores me perdió la muchacha'. No seguimos conversando, porque en ese momento llegó gente".

A otra pregunta del funcionario de instrucción, dice que "ellos... José Dolores Arias e Ignacio Villa..., "tuvieron una diferencia por el cuento de la muchacha Ligia, que José Dolores tenía deseos de hacer casar a Ignacio Villa con esa muchacha, es que porque lo que tenía esa muchacha era de Ignacio, pues estaba embarazada; me dijo esto Joaquín Villa, el papá de Ignacio. Ignacio, por esto, tuvo que ausentarse, eso fue por la semana santa. Y después lo trajeron por denuncia que puso José Dolores Arias. Y a Ignacio lo detuvieron aquí unos días. Según lo que oí decir, o me contó el señor Jesús María Galvis, ese embarazo de Ligia era por José Dolores" (f. 71 a 73 v.).

13. Luis Enrique Valencia Grisales (o Julio Valencia) da cuenta de que ha "oído decir en estos días pasados, desde antes de la muerte de José Dolores, que don Jesús estaba muy bravo con el difunto José Dolores, que por la cuestión de la pérdida de la hija, no me recuerdo cómo se llama, me parece que es Ligia. Pues el comentario era que ellos estaban en esas amistades, Ligia y José Dolores. En cuanto a Miguel y José Dolores, comentarios de que cada rato lo humillaba por ahí, el difunto José Dolores, que humillaba a Miguel, no sé por qué. Si hace unos cinco presenciéé en la fonda que hoy es de Manuel Arias, pero que cuando ese la fonda era de don Jesús Galvis, presenció que José Dolores trataba muy mal a Miguel Londoño; disgustaron de palabra, pero no puedo recordar por qué disgustaron; lo único que recuerdo es que José Dolores los humillaba mucho a ellos, a Miguel y a Marco" (fs. 84 a 86 v., Cdno. citado).

14. Marco Tulio Londoño Vargas refiere (fs. 106 a 107) que "el mismo Miguel Londoño..." (hermano suyo)...: "me contó que una vez es que el finado lo ultrajó y le iba a dar es que zurucho, o es que lo iba a matar. Eso me dijo pues unos tres meses antes de la muerte de José Dolores".

Este cargo hecho en la demanda a la sentencia del Tribunal Superior de Manizales resulta demostrado. Indudablemente incurrió el *ad quem* en error en la apreciación de los hechos, pues a pesar de resultar acreditado que Miguel Antonio Londoño Vargas cometió el delito en estado de ira causada por grave e injusta provocación de parte de éste, en el fallo impugnado se dejó de tomar en cuenta la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal.

No se corresponde con lo que resulta indivisible en la confesión del reo la afirmación que se hace en el fallo acusado de que "de parte de Londoño no estuvo el estado de ira que plantea el señor defensor, porque ni siquiera hubo ofensas verbales de Arias Granada a..." aquél. Ni tampoco puede aceptarse que la ofensa al honor sexual de la señora Ligia Galvis, cuñada del occiso y del procesado, conocido pocos días antes de los hechos de que se sindica a Londoño Vargas, "no fue dirigida directamente..." contra éste..., "ya que la recibieron los padres y hermanos de la ofendida, y no Londoño, quien apenas alcanzaba a estar en el terreno de afinidad...", como anota el Tribunal Superior de Manizales en la providencia impugnada, pues es apenas natural que el dolor originado en ese agravio tuviera eco en Miguel Antonio, ligado no sólo por el parentesco de afinidad de mucho atrás con la familia Galvis-López, sino por los lazos afectivos que crea el trato de muchos años, o del mismo hogar, con la familia de su difunta esposa, la que había tomado, luego de fallecida ésta, el cuidado de sus pequeños hijos.

"Lo que excusa...", ha dicho esta Sala..., "no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor" (Sent. de 16 de julio de 1947, G. J., t. LXIII, p. 405). Y

nada resulta oponible al calificativo de justificada a la situación de ira y de intenso dolor que los distintos agravios de Arias Granada originaron en Londoño Vargas.

Ahora bien:

Expresa el *ad quem* en la sentencia recurrida que "está acreditado que..." Londoño Vargas..., "usó de asechanzas, porque varios nos hablan de entradas, salidas, aislamiento, desasosiego".

Esta aseveración la hace el Tribunal Superior de Manizales con apoyo en el testimonio aislado de Edilma Rosa Galvis, quien dice lo siguiente:

"Miguel llegó como a las seis y media, estaba ya como obscurito. Llegó solo, poco después de haber llegado mi papá. Ellos estaban juntos en la finca de él, de Miguel, se habían ido ese día por la mañana. No me di cuenta para donde se entró Miguel. Recuerdo que me tocó servirle la comida estando en la sala Miguel sentado sobre un baúl. Se puso a comer. No recuerdo si terminaría de comer. Cuando yo regresé a esa sala a traerle la sobremesa... él estaba ocupado buscando unas pilas en su baúl... En ese momento estaba bravo. Era la primera vez que lo veía bravo. Al fin las pilas resultaron... y se las puso a la linterna, y a poco de ponérselas, salió de la sala a la carrera o del corredor frente a la puerta a ver qué había pasado por ahí y yo me puse a poner cuidado y vi que era una mula que iba ahí por el camino, y entonces él se volvió. No sé luégo qué hizo".

Cabe anotar que en la síntesis de los hechos, en la sentencia se da a esta última circunstancia un alcance que no tiene, pues se dice que "periódicamente hacía salidas de observación, y hay quien relate que viendo pasar un bulto por el camino, se dispuso a agredir; pero el bulto era un semoviente". En efecto, ni la testigo Edilma Rosa Galvis, ni nadie, expresa que Londoño Vargas estuviera armado, cuando en la sala de la casa se dedicaba a buscar las pilas de su linterna; ni que hiciera "periódicamente salidas de observación". Edilma Rosa únicamente refiere que "cada rato se asomaba por estas piezas y salía al camino o lo vi salir una vez cuando el macho que iba por allí".

Y en cuanto al desasosiego en que se encontraba Londoño Vargas, según lo observa el *ad quem*, ello resulta únicamente del dicho de esta misma testigo, que declara haber notado que aquél se encontraba "como intranquilo o inquieto..." y... "me pareció raro que estuviera así, porque yo no lo había visto así. Me ha parecido tranquilo, pero esa noche mostraba zozobra, inquietud. Después de esto, cómo a los cinco minutos, se sintió el disparo".

Mas si se toma en cuenta, como lo refiere igualmente Edilma Rosa Galvis, que su cuñado Miguel Antonio estaba "bravo" porque no aparecían las pilas de su linterna, es, de una parte, explicable que ese estado psicológico fuera interpretado por la declarante como una situación de zozobra, de inquietud; mas, de otra parte, no es admisible que del criterio de esta campesina se desprenda, como verdad incuestionable para construir una circunstancia de asesinato, como la deduce el *ad quem* en el fallo acusado, al señalar que Londoño Vargas "se dedicó al asecho insistente e intranquilo...", la de que el procesado angustiosamente preparaba el delito y buscaba la manera de cometerlo en circunstancias de indefensión para la víctima.

La asechanza "es el acto de observar con cautela, o de mirar a escondidas y con cuidado", dice esta Sala en providencia de 5 de noviembre de 1947 (G. J., t. LXIII, p. 831), lo cual se corresponde con el mismo alcance que le da a dicha palabra el Diccionario de la Academia de la Lengua, en el que se dice que es "observar, aguardar cautelosamente con algún propósito". Asechar es equivalente a mirar a escondidas y con cuidado.

Y si ninguna de las pruebas infirman la versión que Londoño Vargas da de los momentos que precedieron al disparo que hizo contra José Dolores Arias Granada, esto es, de que encontrándose en su alcoba salió de ella cuando escuchó que alguien llegaba, habiendo sido en ese instante tratado de "hijnoputa" por éste, a quien conoció por la voz, lo cual lo determinó a entrar a su dormitorio y a sacar la escopeta con la cual causó la muerte a su concuñado, mal puede aseverarse que el procesado observaba con cautela y sin ser visto, al fin de tomar desprevenida a la víctima, para disparar sobre ella.

Si José Dolores, como se dejó aceptado con fundamento en la indivisibilidad de la confesión de Miguel Antonio, con este respecto, agredió verbalmente a éste momentos antes de que aquél tomara la escopeta y disparara contra su concuñado, es lógico concluir en que la víctima no se encontraba en circunstancias de indefensión, vale decir, desprevenida.

No puede afirmarse, entonces, que el delito fue cometido por el sindicado con asechanza. El examen del proceso no da pie para esta aseveración. Tanto más, cuanto que en varias oportunidades ha señalado esta Sala que si "subjetivamente existe alguna verosimilitud de que la víctima no estaba indefensa, es posible que se incurra en injusticia al atribuír al victimario una situación que no estaba en condiciones de medir en el grado en que lo haga mayormente

responsable, entendido, es obvio, lo anterior en el sentido de que no corresponda a forma alguna que implique modificación en la estructura del delito o elementos constitutivos del mismo" (Cas., de 23 de enero de 1953, G. J., t. LXXIV, p. 158; Cas. de 28 de enero de 1953, G. J., t. LXXIV, p. 780).

Este cargo resulta demostrado.

Cabe, pues, invalidar el fallo del Tribunal Superior de Manizales, de que se ha hecho referencia, para proferir el que corresponda, de acuerdo con lo previsto en el literal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

A este efecto, debe tenerse en cuenta que el juzgador de segunda instancia, con fundamento en las condiciones personales y sociales del sindicado, y "un limpio pasado judicial y policivo", estima pertinente señalar la pena mínima establecida para el delito. Pero, la relación de familia que existía entre Londoño Vargas y Arias Granada, hace pertinente lo indicado en el ordinal 4º del artículo 37 del Código Penal, constitutivo de una circunstancia de mayor peligrosidad.

La sanción aplicable, en consecuencia, es la mínima que resulta de lo preceptuado en los artículos 362 y 28 del Código Penal, aumentada en un año, en atención a lo previsto en los artículos 36, 37 y 39 de la misma obra. Esto es, la de tres (3) años y nueve (9) meses 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 señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 3 de abril de 1961, y, en consecuencia, dispone: 1º Condénase a Miguel Antonio Londoño Vargas a la pena principal de tres (3) años y nueve (9) meses de presidio, en lugar de la de quince años que le había sido impuesta, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José Dolores Arias Granada, hecho ocurrido el día 23 de junio de 1959. 2º Condénase al mismo procesado a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal.

En lo demás rige la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Manizales.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

DETENCION Y LIBERTAD DEL PROCESADO

Normas que gobiernan tanto la detención como la libertad del procesado. Principios generales que en concepto de los doctrinantes deben regir estas medidas procesales. Sentido y alcance de los artículos 410 y 416 del Código de Procedimiento Penal. La parte civil y el recurso de casación.

1. En relación con la captura y detención preventiva del sindicado, las normas legales fundamentales se contienen en los artículos 23 y 24 de la Constitución Nacional y tienen su desarrollo en las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en el que se señalan los presupuestos (arts. 379 y 383), los requisitos de lugar, tiempo, efectos y duración (arts. 380, 381, 382, 385 y 387) y a la vez las ocurrencias en que pueden presentarse, las que se enumeran así: 1º A consecuencia de un auto de detención, como lo disponen los artículos 379 y 383; 2º Cuando el autor de un delito es sorprendido in flagranti; 3º Cuando ha sido dictada sentencia condenatoria por delito que merezca pena privativa de la libertad que esté ejecutoriada (arts. 637 y 195); 4º Cuando la autoridad competente ha solicitado en forma pública que un malhechor sea aprehendido (art. 384); 5º Cuando el sindicado no comparezca a rendir indagatoria, habiendo sido requerido para ello (inciso 2º del artículo 346), y 6º Cuando existan indicios graves de que una persona atenta contra la paz pública y motivos justificados para temer su perturbación (art. 28 de la Constitución Nacional).

2. La ley procesal señala también para la libertad provisional presupuestos, requisitos y circunstancias de lugar y tiempo, así como las condiciones en que debe cumplirse ese acto jurisdiccional. La regla general la consagra el artículo 398, con las excepciones contenidas en el artículo 406 y el 2º del Decreto extraordinario 2184 de 1951, que impiden el beneficio de libertad. El lugar de la solicitud lo señala la sede del juez que conozca del proceso en el momento de producirse las condiciones que hacen viable la gracia. El tiempo lo determina el artículo 395, en cualquier estado del proceso. La forma la fija el artículo 396 y las demás condiciones cuyas finalidades debe revestir para que produzca sus efectos al auto que conlleve la ex-carcelación tienen reglamentación minuciosa del artículo 397 al 405 inclusive.

3. Los artículos 410 y 416 del Código de Procedimiento Penal, es preciso armonizarlos para que no produzcan soluciones incongruentes. Si el fallo absolutorio trae como consecuencia ineludible la ex-carcelación, con base en el primero, no puede pretenderse que el segundo permita la cancelación del beneficio en cualquier tiempo, aunque ésta provenga de aquella decisión. Habría en esto un contrasentido, el cual sólo puede eliminarse dándole al artículo 416 un contenido y alcance que lo haga funcionar procesalmente dentro de las propias circunstancias que exige, esto es, cuando todavía en el proceso no haya recaído una decisión tan seria y grave como la absolución y aparezcan entonces los eventos que pregonan los artículos 393 y 406, con los que guarda el 416 completa armonía, ya que el primero autoriza la detención, y el segundo limita los delitos en que no puede otorgarse el beneficio, en cuyas ocurrencias puede decretarse con fundamento en los presupuestos allí fijados, mediante la solicitud, en cualquier tiempo, que formulen al respecto el Agente del Ministerio Público y la parte civil. De otra manera se haría nugatorio e irrito el derecho de ex-carcelación, si concedida ésta porque se dictó sentencia absolutoria, se permitiese por la ley, incontinente, revocar la gracia con la sola petición de las partes que menciona el artículo 416.

4. Es apenas natural y obvio que las cuestiones relativas a la libertad del reo, por tiempo cumplido de la pena en prisión preventiva, las haya decidido la Corte, cuando el negocio se encuentra surtiéndose el recurso de casación, pues no tanto porque esas solicitudes puedan hacerse en cualquier estado del proceso, se le otorga competencia para hacerlo, como por motivos de orden superior, que se refieren a la libertad individual, así como a la libertad de comercio cuando se trata de un desembargo de bienes. Pero no sucede lo mismo cuando se pide propiciar una detención, cuyas consecuencias se traducen en mantener sin libertad, por privarlo de ella, a quien goza de la misma por virtud de una resolución judicial, tomada en forma legal en el momento de producirse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

El abogado doctor Luis Zafra, en su carácter de apoderado de la parte civil reconocida en el proceso seguido contra Abel Carrasco y otros por el delito de abuso de confianza, por medio de memorial, solicita de la Corte en donde se encuentra en trámite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que fue condenatoria por revocación de la de primer grado, que absolvió a Carrasco, lo siguiente:

"Que con base en los artículos 379, 383 y 416 del Código de Procedimiento Penal, se sirva ordenar la captura del procesado don Abel Carrasco Amaya como consecuencia del auto de detención preventiva dictado contra él con anterioridad a la sentencia de segundo grado, que ha sido recurrida en casación".

El peticionario divide su escrito en cinco distintas secciones, cada una con su respectiva denominación, a saber: I. Competencia de la Corte. II. Actuaciones Procesales. III. Detención preventiva y captura. IV. Vigencia del auto de detención y virtualidad de la consiguiente captura durante todo el desarrollo del proceso penal y V. La libertad provisional es esencialmente revocable en cualquier estado del proceso, mientras no esté ejecutoriada la sentencia definitiva.

Cada uno de los anteriores puntos los analiza por separado el peticionario. La Corte para mejor comprensión de los temas que suscitan, hará una síntesis de ellos.

Cuestión primera. Con la cita del artículo 416 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "en cualquier tiempo", de oficio o a solicitud del Ministerio Público o de la parte civil, el funcionario de instrucción o el Juez de la causa, podrán revocar la providencia de excarcelación, cuando se reúnan las condiciones que esa disposición contempla.

Para el memorialista, "los términos de que se vale la norma, 'en cualquier tiempo', indican la potestad que tiene el juzgador, mientras conozca del negocio y esté viva la actuación procesal, para atender y resolver lo atinente a la revocatoria de la libertad provisional concedida al inculpado. Por consiguiente, en esta materia, no hay resoluciones intocables, ni de permanente firmeza en el curso del proceso, porque sobre ellas tiene preferencia el interés público y la defensa de la colectividad contra los delincuentes. Todo lo que atañe a las medidas cautelares en el proceso penal, como es el caso, tienden a la seguridad social y a la eficacia de la función represiva del Estado, en el evento de una condena".

Cita en seguida alguna resolución de esta misma Sala de la Corte, que considera constituye bastante fundamento a sus pretensiones, pues "sus palabras sobran ante la categórica doctrina de la honorable Corte sustentada en tres decisiones uniformes".

Ya tendrá la Sala ocasión de referirse a esta doctrina.

Después de otras consideraciones sobre este punto, en las cuales afirma que estas materias pueden plantearse en "cualquier tiempo", aunque hayan sido planteadas en otra oportunidad, porque "no opera el fenómeno de la preclusión". Agrega que lo importante "es que la nueva solicitud, como que representa uno de los llamados actos de postulación, sea debidamente fundamentada, como lo sentó la Corte en providencia de 11 de marzo de 1946 (*Gaceta Judicial* Nos. 2029 a 2031, página 238)".

Concluye la primera cuestión el peticionario: "Por eso, quiero que quede muy claro que el punto que ahora planteo ante la honorable Corte no implica un recurso —que sería impertinente— contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá que negó, en ocasión anterior, la captura de don Abel Carrasco. La presente solicitud la elevo como un acto de postulación, mayormente cuando se trata de un tema de puro derecho que atañe al más alto interés social y que ha venido siendo tratado en la práctica forense con bastante incertidumbre y confusión conceptual".

Cuestión segunda. El peticionario hace en este punto un relato sobre las incidencias surgidas con relación a la captura de Carrasco, a quien se ordenó detener por auto de fecha 11 de diciembre de 1956, proferido por el Juez 34 de Instrucción Criminal, captura que no se llevó a término porque se ocultó. Apenas el 21 de abril de 1960, se vino a descubrir que se hallaba enfermo en la finca "Villa Aidée", en Doima, perteneciente al Municipio de La Mesa. Ese mismo día se notificó a Carrasco el auto de detención, pero no fue privado de su libertad, "seguramente por estar enfermo".

"Así permaneció don Abel en La Mesa hasta que, una vez recuperado de sus dolencias, se trasladó a Bogotá el 4 de mayo de 1960, custodiado por un agente de Policía. En la misma fecha obtuvo libertad provisional en el Juzgado 8º Superior de esta ciudad, pues ya el Juez había proferido sentencia absolutoria dos días antes. Lo cual quiere decir que don Abel apenas estuvo privado de su libertad durante el corto lapso que gastó en viajar de la Mesa a Bogotá, esto es, unas dos horas aproximadamente".

Siguen otras consideraciones en relación con la actuación seguida con el proceso, como la referente al recurso de alzada contra el auto de detención, el cual vino a desatarse cinco años después de interpuesto. "Tampoco —agrega— fue capturado Carrasco en esta ocasión por estar gozando del beneficio de libertad provisional que le concedió el Juez 8º Superior".

El Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 9 de noviembre de 1961, dictó sentencia revocando la de primera instancia y condenó al procesado a la pena de un año y medio de prisión y accesorias de rigor, como responsable del delito de abuso de confianza continuado, con las agravantes específicas de los artículos 413 y 414 del Código Penal.

La revocatoria del fallo de primer grado dio ocasión para que la parte civil representada por el mismo apoderado de la solicitud que se estudia, pidiera al Tribunal que le cancelara el beneficio de libertad para el reo, con aplicación del artículo 416 del Código de Procedimiento Penal, pues aquella revocatoria dejaba "sin fundamento la ex-carcelación allí concedida".

No accedió a lo pedido el Tribunal, con base en que ha sido doctrina de la misma Corporación y de la Corte que si la sentencia en un caso *sub judice* ha sido recurrida en casación, la detención que viene sufriendo el procesado es contra derecho. "No hay sentencia firme contra él, quien, para ser reducido a prisión, requiere que por la Corte se produzca y ejecutorie el fallo de casación en sentido condenatorio".

Este enfoque del problema no lo encuentra aceptable el peticionario, el cual considera que el asunto debe ser tratado por otro aspecto más sustancial, que para él no es otro que el que responda a los intereses sociales, a las normas del derecho positivo y a los principios doctrinarios, que es lo que persigue por medio del presente acto de postulación, que autoriza el artículo 416 del Código de Procedimiento Penal, al emplear la expresión "en cualquier tiempo" como oportuna para pedir que se revoque la libertad provisional del imputado.

Cuestión tercera. El memorialista de la parte civil hace en este punto una clara distinción entre los conceptos de detención y captura, que arrancan —dice— de los artículos 23 y 24 de la Constitución Nacional. "Al temor de estos preceptos —agrega— la detención es el mandamiento jurisdiccional de autoridad competente para privar de su libertad a una persona. Y la captura es el acto material de coger al sujeto para colocarlo en la imposibilidad física de huir u ocultarse".

Aduce, al respecto, otras consideraciones, que no se proponen cosa distinta de sentar algunos presupuestos con los que persigue desarrollar posteriormente la tesis central que motiva su pedimento. Dice, en efecto:

"La detención y la captura son, como su nombre lo indica, medidas cautelares de coerción procesal que afectan la libertad física de una persona. Son impuestas por la necesidad inexorable de asegurar el cumplimiento de la pena y la eficacia de la defensa social contra los delincuentes. Con este criterio ha de resolverse todo lo relativo a la privación de la libertad del procesado, mientras la causa no haya terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada".

Para reforzar este criterio, que constituye el enfoque medular del peticionario, y el principal apoyo jurídico de su pretensión, afirma en seguida:

"Cuando se pronuncia fallo condenatorio y éste adquiere ejecutoria, entonces termina la vigencia de la detención y la captura preventivas, y la privación de la libertad del procesado éntra en los dominios de la pena. Es propiamente el cumplimiento de la sanción impuesta.

"Por tanto, en el campo doctrinario y también de *jure condito*, hay dos clases de capturas: la captura precautelativa (coerción preventiva), que nada tiene de sanción; y la captura punitiva (coerción represiva), que es el acto mediante el cual empieza a ejecutarse la condena a sanción restrictiva de libertad". (Las subrayas son del texto).

Cuestión cuarta. Como ya se indicó todos los planteamientos anteriores no son otra cosa que premisas para desarrollar esta cuestión que el peticionario designa adecuadamente "el núcleo del problema" para dilucidarlo con acierto.

En efecto, la parte civil insiste en este punto en que la esencia de la detención y captura preventiva consiste en asegurar el cumplimiento de la eventual condena y garantizar la eficacia de la defensa social, criterio que considera el único "que prima en todo el desarrollo del proceso para privar, provisionalmente, de su libertad al incriminado, en los casos que señala la ley".

En este mismo orden de ideas, agrega: "Por eso, la vigencia del auto de detención preventiva y su efecto inmediato —la captura— se extiende desde que se abre la investigación hasta que se clausura con la sentencia definitiva ejecutoriada. Ha querido el legislador que, en ningún momento del proceso, la sociedad quede en desamparo contra el peligro de la fuga de quien viene respondiendo de un grave delito. Con este fin, instituyó la medida tutelar en examen y la revocación de la libertad provisional, por medio de dos normas clarísimas: los artículos 379 y 416 del Código de Procedimiento Penal".

Cita en seguida alguna jurisprudencia de esta Sala a la que se referirá la Corte en la debida oportunidad para saber hasta dónde corrobora la tesis del señor apoderado de la parte civil, para continuar con algunas razones que dentro de sus particulares puntos de vista le sirven para sustentar el criterio mantenido a todo lo largo de su escrito, que vuelve a repetirse en los siguientes párrafos, según los cuales dicha jurisprudencia "consagra, de modo incontrovertible, con evidencia suma", la tesis sustentada "sobre la operancia permanente del auto de detención y de la subsiguiente captura mientras está andando el proceso".

Obran también algunas consideraciones tendientes a demostrar "que la sentencia de condena sujeta a recursos ulteriores, como es el caso, no impide jurídicamente la revocatoria de la libertad provisional". Para reafirmar este aserto presenta "tres razones supremas", cuya síntesis no es necesario hacer por el momento, pues en las consideraciones de esta providencia ya tendrá la Sala ocasión de hacer referencia a ellas, y en especial acerca de la forma como aprecia esos argumentos, así como también la crítica que formula a la tesis del Tribunal, la misma que sirvió a esta Sala para resolver un caso parecido, según la cual "no se puede reducir a prisión a un acusado sino una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria", argumento que critica con algunos supuestos que constituyen otras tantas "situaciones verdaderamente escandalosas y protectoras de la impunidad", que enumera y a las que habrá de hacerse referencia posteriormente.

Cita también en apoyo de tales planteamientos la opinión de distinguidos autores, como Garófalo, Florián y Manzini. Sobre estas opiniones la Sala expresará también en su oportunidad el alcance que le merecen.

Cuestión quinta. La última parte del escrito está destinada a abundar en otras razones para demostrar la tesis central de todo el planteamiento que se presenta, a fin de que la Corte decida lo que constituye el núcleo central del problema o sea "que la libertad provisional es esencialmente revocable en cualquier estado del proceso, mientras no esté ejecutoriada la sentencia definitiva". Sirven a esta afirmación otros argumentos, para terminar presentando como síntesis de todo lo expuesto, las siguienes conclusiones:

"1ª El auto de detención preventiva y la virtualidad de la consiguiente captura tutelan la efectividad de la condena durante el desarrollo íntegro del proceso, desde que éste se inicia hasta que se le pone fin con sentencia ejecutoriada.

"2ª La libertad provisional concedida al procesado no cancela los efectos jurídicos del auto de detención, sino que apenas los suspende momentáneamente. Por lo mismo, 'en cualquier tiempo' del proceso, puede revocarse dicho beneficio, si se llenan los requisitos del artículo 416 del Código de Procedimiento Penal.

"3ª Los efectos del auto de detención preventiva terminan cuando la sentencia definitiva está ejecutoriada. Si la sentencia es de condena, al quedar en firme, entra en juego la captura represiva como medio de cumplimiento de la sanción impuesta, si se trata de pena que afecta la libertad. Tan evidente es esto, que el tiempo de la detención preventiva sólo se computa como parte cumplida de la pena, en el momento en que va a ejecutarse la sentencia, al tenor de los artículos 96 del Código Penal y 635 del de Procedimiento Penal.

"4ª Una vez condenado un sujeto a la pena restrictiva de la libetrad y mientras se surten los recursos ulteriores contra la sentencia —apelación o casación—, es cuando se aviva en el responsable que goza de excarcelación, el sentimiento de ocultarse, a fin de evitar las consecuencias jurídico-penales de su delito. Y entonces, para combatir ese riesgo inminente, la ley pone en manos del juzgador el instrumento adecuado de defensa so-

cial: la revocación de la libertad caucionada concedida al acusado y su captura preventiva hasta que se decida el recurso interpuesto.

"A esta altura, me permito llamar especialmente la atención de la honorable Corte sobre el hecho de que don Abel Carrasco burló el auto de detención preventiva, pues se ocultó para impedir la captura. Y sólo vino a comparecer ante el Juez del conocimiento cuando ya éste había dictado sentencia absolutoria y concedídole el beneficio de libertad provisional. Por eso, en el presente caso, hay fundadas razones para temer que el señor Carrasco se esconda y haga nugatoria la condena, si la honorable Corte no infirma el fallo recurrido en casación. Así las cosas, su captura preventiva se impone para asegurar la efectividad de la pena impuesta.

"5ª Sería evidentemente contradictorio que si durante el sumario puede privarse de su libertad al procesado como consecuencia del auto de detención preventiva, esto es, cuando apenas existe una prueba mínima de responsabilidad del presunto culpable, no pudiera hacerse lo mismo cuando contra él se dicta sentencia de condena, que, de suyo, presupone la demostración plena del cuerpo del delito y de la responsabilidad del autor o partícipe, aunque la condena esté sujeta a impugnación. Y,

"6ª Si proferida sentencia absolutoria, se pone inmediatamente en libertad provisional al acusado (no se espera la ejecutoria), del mismo modo, pronunciada sentencia de condena y vigente el auto de detención preventiva, hay que cumplir, sin demora, la consecuencial captura, a pesar de que el fallo definitivo esté recurrido ante el superior o ante la Corte. El delincuente no puede tener mejores derechos que la sociedad en el ejercicio de la función represiva del Estado.

"En tal virtud, atentamente, pido a la honorable Corte que se digne revocar la excarcelación concedida a don Abel Carrasco Amaya y ordene, en cambio, su captura preventiva como consecuencia del auto de detención, que se halla vigente".

MINISTERIO PUBLICO:

El traslado a este funcionario dio ocasión para que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal expresara su concepto sobre la petición que se estudia. Después de hacer referencia a las actuaciones procesales de la causa criminal seguida contra Abel Carrasco por el delito de abuso de confianza, a las que destina un amplio análisis, pasa a ocuparse de los planteamientos de la parte civil en orden a demostrar sus tesis, las que examina siguiendo la misma pauta en que están presentadas. Con un ligero estudio de cada una de ellas y siempre de conformidad con los pareceres que las sustentan, concluye aceptando tal criterio, dándole su más completa aprobación.

El párrafo que mejor concreta el pensamiento del señor Fiscal colaborador de la Corte, es el siguiente:

"El hecho que plantea el peticionario, de que en vista de que el fallo absolutorio que protegiera al señor Carrasco Amaya —y que fuera revocado—, dejaba sin fundamento la ex-carcelación de que venía gozando, era para este Despacho suficiente, hasta el extremo de permitir que se solicitara al Tribunal la cancelación del beneficio de libertad para dar cabal aplicación al artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. El que la Corporación no accediera a ella, dando como único argumento el que la sentencia condenatoria no estaba ejecutoriada por haberse interpuesto contra ella el recurso de casación, es criterio realmente reducido y que no puede mantenerse, so pretexto de que la honorable Corte, en fallo (sic) de 15 de diciembre de 1961, así lo hiciera permisible. Este criterio debe revaluarse; y en ello también está de acuerdo el Ministerio Público con el peticionario cuando opina que 'el problema hay que enfocarlo por otro aspecto más sustancial que responda a los intereses sociales, a las normas del derecho positivo y a los principios doctrinarios' ".

Y concluye así el señor Procurador:

"Por lo expuesto, y en completo acuerdo con las tesis jurídicas demostradas por el peticionario al servicio de su solicitud, esta Procuraduría es de concepto de que se revoque la ex-carcelación concedida a don Abel Carrasco Amaya y se proceda a su captura preventiva, en cumplimiento del auto de detención que sobre él pesa".

CONSIDERA LA CORTE:

La manera como ha sido presentada la solicitud que se estudia, como corresponde a la categoría intelectual del distinguido jurista que la formula, indudablemente desconcierta. No es extraño, pues, que el señor Agente del Ministerio Público se muestre plenamente conforme con sus planteamientos. Pero un estudio a fondo del problema suscitado, permite fundamentos bastantes para no acceder a ella en este caso, los cuales surgen: a) De los principios que rigen la detención y libertad del procesado en la legislación procesal vigente; b) Del alcance de esas medidas dentro de la doctrina penal y el pensamiento de los doctrinantes; c) De las facultades

que la ley otorga a la parte civil en el proceso penal, y d) De los estrechos moldes técnicos en que se desarrolla el recurso de casación para optar decisiones de ese tipo.

A todos estos aspectos se referirá la Corte, en la certeza de que al exponerlos con alguna amplitud contesta los puntos básicos del escrito petitorio que se considera.

1º Los planteamientos de la parte civil en relación con la captura y detención preventiva de un sindicado corresponden con plenitud a las normas legales que rigen esas medidas cautelares de coerción procesal que afectan la libertad física de una persona. Ellas arrancan de los mandatos contenidos en los artículos 23 y 24 de la Constitución Nacional y tienen su desarrollo en las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en el que se señalan los presupuestos (arts. 379 y 383), requisitos de lugar, tiempo, efectos y duración (arts. 380, 381, 382, 385 y 387) y al mismo tiempo las ocurrencias en que pueden presentarse, las que se enumeran así: 1º A consecuencia de un auto de detención, como lo disponen los artículos 379 y 383; 2º Cuando el autor de un delito es sorprendido *in flagranti;* 3º Cuando ha sido dictada sentencia condenatoria por delito que merezca pena privativa de la libertad que esté ejecutoriada (arts. 637 y 195); 4º Cuando la autoridad competente ha solicitado en forma pública que un malhechor sea aprehendido (art. 384); 5º Cuando el sindicado no comparezca a rendir indagatoria, habiendo sido requerido para ello (inciso 2º del art. 346), y 6º Cuando existiendo motivos graves de que una persona atenta contra la paz pública y existan motivos justificados para temer su perturbación (art. 28 de la C. N.).

La doctrina también señala las diferencias que existen entre la detención propiamente dicha y la prisión provisional, con la finalidad de que esa persona mediata o inmediatamente se ponga a disposición del funcionario de instrucción para los fines del proceso en espera de la posible prisión provisional que pueda recaer sobre esa persona.

En cambio, esta prisión o detención provisional, si limita también la libertad individual, como medida cautelar que es en sí misma, requiere una resolución de carácter jurisdiccional, con el objeto de que el sindicado ingrese a un establecimiento carcelario, a fin de que los resultados del proceso y los eventos de la ejecución de la pena queden suficientemente garantizados.

Las reglas que rigen la libertad del procesado están consignadas en los artículos 393 y 410 del estatuto procesal y existe también el caso excepcional del artículo 387, cuando transcurridas 24 horas de la captura y el director o alcalde del respectivo establecimiento en que se produzca aquélla no ha recibido la orden escrita de la autoridad correspondiente, deberá poner al detenido en libertad, lo que si no hace puede acarrearle responsabilidad penal.

La ley procesal señala también para la libertad provisional presupuestos, requisitos y circunstancias de lugar y tiempo, así como las condiciones en que debe cumplirse ese acto jurisdiccional. La regla general la consagra el artículo 393, con las excepciones contenidas en el artículo 406 y en el artículo 2º del Decreto extraordinario 2184 de 1951, que impiden el beneficio de libertad a los casos que enumera aquél cuando el delito tenga señaladas penas de presidio, prisión o arresto, pena esta última a la cual se extendió la excepción por el Decreto mencionado.

El lugar de la solicitud lo señala la sede del Juez que conozca del proceso en el momento de producirse las condiciones que hacen viable la gracia. El tiempo lo determina el artículo 395, en cualquier estado del proceso. La forma la fija el artículo 396 y las demás condiciones cuyas modalidades debe revestir para que produzca sus efectos el auto que confiere la ex-excarcelación tienen reglamentación minuciosa del artículo 397 a 405 inclusive.

Entre todas estas disposiciones se encuentra una que para el caso que aquí se decide tiene especial importancia. Es la contenida en el artículo 410, cuyo texto es el siguiente:

"Se pondrá provisionalmente en libertad, con caución, al procesado respecto del cual se haya sobreseído, o a quien se haya absuelto en primera instancia, cualquiera que sea la infracción porque se proceda".

La parte civil en su pedimento casi hace caso omiso de esta norma y se refiere a ella es para insistir en el criterio de que el auto de detención sigue gravitando indefinidamente en el proceso penal y por tener la parte civil como el Ministerio Público la facultad de solicitar en cualquier tiempo la revocación de la providencia de ex-excarcelación, en el artículo 416, que tal cosa consagra, debe prevalecer por encima de toda otra disposición que se oponga a tal ordenamiento.

2º Ante tal interpretación, es sin duda muy procedente que la Corte haga algunas consideraciones alrededor de la libertad del procesado y lo que esta medida significa dentro del proceso penal.

"Esta facultad de conceder la ex-excarcelación —dice Foench— constituye a su vez un deber para evitar los perjuicios que ocasiona una limi-

tación más intensa de la libertad individual, ya que la prisión provisional como estado excepcional sólo puede durar, como sabemos, estando obligadas todas las autoridades que intervengan en un proceso a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los imputados o procesados". "(Derecho Procesal Penal", Tomo II, página 833).

En el "Informe sobre el Congreso Internacional de Juristas", reunido en Nueva Delhi, India, en 1959, en el tomo de las conclusiones de ese ilustre organismo internacional que se intitula "El Imperio de la Ley en las Sociedades Libres", la Comisión Tercera del Congreso, con el epígrafe "El procedimiento penal y el imperio de la ley", refiriéndose a temas que se rozan particularmente con los que trata la materia que se estudia, tiene estos admirables conceptos:

"*La presunción de inocencia.* El reconocimiento del principio de legalidad parece implicar que el acusado debe ser supuesto inocente durante tanto tiempo como su culpabilidad no haya sido demostrada. Un estado que aplicase de manera constante y general el principio contrario —a saber, que toda persona es considerada como culpable en tanto su inocencia no haya sido demostrada— sometería a cualquier ciudadano al poder arbitrario de las autoridades represivas; en realidad, ello equivaldría a negar el papel de la seguridad en las relaciones humanas. Ahora bien, nosotros consideramos que esta seguridad es por lo menos uno de los elementos constitutivos de la legalidad. En realidad, si la presunción de inocencia implicase solamente la reprobación del poder arbitrario, no sería sino una palabra desprovista de sentido. La presunción de inocencia es más bien considerada como un acto de fe en el individuo, que halla su expresión en las reglas que exigen que, en un proceso criminal, los hechos, si son probados, conduzcan al establecimiento de la culpabilidad personal del individuo y no a una presunción general de culpabilidad equivalente a una transferencia de la prueba de cargo. La mayor parte de los sistemas jurídicos, sin embargo, admiten la recusación de la prueba de cargo, al menos en los casos en que algunos hechos, que en sí mismos no demuestran que el acusado ha cometido la infracción, constituyan elementos de prueba contra el acusado; un ejemplo característico de esta transposición lo hallamos en el caso del individuo que es descubierto en posesión de bienes robados y que es acusado de conservarlos aún a sabiendas de que se trata de bienes robados.

"No es el principio abstracto de la presunción de inocencia lo que es verdaderamente importante (por otra parte, este principio es reconocido generalmente), sino más bien los medios prácticos de que dispone el acusado, y en particular el detenido, para hacer valer este principio ante un fiscal parcial o ante un policía que puede considerar más fácil construir una acusación sobre una presunción de culpabilidad, amenazando para ello al acusado, y no sobre testimonios imparciales difíciles de obtener".

Y tratando el mismo informe sobre captura, acusación y detención preventiva, dice lo que pasa a trascribirse:

"Una vez detenido, el individuo se encuentra en una posición difícil para defenderse. En consecuencia, el poder de proceder a detenciones debe estar estrictamente reglamentado por la ley, la cual debe precisar que la detención se justifica únicamente cuando se puede razonablemente sospechar que el individuo en cuestión ha cometido efectivamente la infracción de que se le acusa. Además, el acusado debe disponer de un medio que le permita impugnar ante un Tribunal independiente, en un plazo bastante corto (que normalmente no debería ser superior a 24 horas) la legalidad de la detención de que ha sido objeto. Por tribunal independiente consideramos aquí un tribunal que no está sometido a la autoridad encargada de las diligencias judiciales.

"La legalidad de la detención y el derecho de impugnarla ante un tribunal constituyen garantías insuficientes, si otros dos principios no le confieren un alcance práctico. En primer lugar, a partir del momento de su detención el acusado debe ser informado de la clase exacta de los actos que le son reprochados. En segundo lugar, si quiere estar en condiciones de comprender la importancia de estas acusaciones, debe tener derecho a consultar inmediatamente a un abogado elegido por él. Tan pronto como sea detenido, debe ser informado de que posee este derecho de una manera adaptada a su educación y a su inteligencia.

"La detención preventiva no debe ser autorizada más que por un auto de un tribunal independiente, en el sentido anteriormente definido. *La puesta en libertad bajo fianza debe ser pronunciada en todos los casos, excepto en los casos en que las sospechas que pesan sobre el acusado sean excesivamente graves, en los que cabe esperar razonablemente que no comparezca en el proceso si es liberado, o que dificulte el curso de la justicia*". (Páginas 279, 280 y 281. Subraya la Corte).

Alfredo Vélez Maricorde, en su conocida obra "Estudios de Derecho Procesal Penal", señala con admirable precisión jurídica el concepto, los

fines, el fundamento y carácter de lo que denomina formas de coerción personal, que desde luego como su nombre lo indica se refiere a las medidas precautelativas de detención y a la consecuencia lógica de ésta que la constituye el derecho del procesado al beneficio de libertad, caucionado o no, según las circunstancias.

Fija el concepto de esa medida así:

"Para asegurar la consecución de los fines del proceso, la ley de enjuiciamiento disciplina diversos actos de coerción personal que exigen el más escrupuloso estudio, sobre todo en un país democrático que todavía sufre los perjuicios de un tipo inquisitivo (se refiere a la Argentina, pero esta opinión también puede extenderse a Colombia, en donde el Código Procesal Penal, por lo menos en cuanto al sumario, sigue el sistema inquisitivo), francamente contrario al régimen político y fuente constante de insensibilidad y abuso".

"Desde la simple citación del imputado, que sólo procura su comparecencia ante la autoridad hasta la prisión preventiva que puede afectarlo en todo el curso del proceso, y a pesar de la diversidad formal de los actos de coerción, de los distintos momentos en que pueden ejecutarse y de los diferentes fines específicos a que responden, todos ellos tienen un denominador común: Con menos o mayor intensidad, según las modalidades que adquieren en virtud de los actos cognoscitivos que los determinan, todos restringen o limitan la libertad personal.

"Están justificados, ciertamente, por el interés público de que triunfe la verdad y la justicia sobre la insidia y el mal, pero ponen en peligro uno de los bienes más apreciados del individuo, que la sociedad reconoce y protege.

"Así se explica que las normas procesales relativas a la libertad personal del imputado, en cuyo ámbito se plantea el conflicto más grande y delicado a que se enfrentan el legislador y el Juez, no solo descansen en otras del derecho constitucional —primarias y más o menos precisas— sino también que ellas deben ser interpretadas restrictivamente.

"Hé aquí la primera advertencia: *las normas jurídicas que restringen la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente*, quedando prohibida la extensiva y la aplicación analógica, tanto si prevén la detención (lato sensu) del sospechoso como en el caso de que contengan prohibiciones a la ex-carcelación del que está o puede ser sometido a prisión preventiva.

"Aunque esta regla de hermenéutica surge de considerar tan solo que la libertad personal está protegida por la Constitución, como luego veremos, y que toda restricción tiene carácter excepcional, de modo que las normas que disponen esa restricción deben ser limitadas taxativamente, los códigos de Mendoza (art. 3º) y La Rioja (art. 6º) contienen al respecto una disposición expresa.

"También en esta esfera, la norma jurídico-penal aparece como una norma-límite, en cuanto circunscribe los casos en que el ejercicio de la potestad represiva del Estado puede imponer sacrificios a la libertad individual". (Páginas 245 y 246).

En una nota, expresa lo siguiente que no debe desaprovechar la Corte porque tiene una inmensa importancia para apreciar el alcance del artículo 410 del Código de Procedimiento Penal:

"Tampoco se puede extender, por análogos o convenientes que parezcan, a los casos en que la ley prohibe conceder la ex-carcelación, la que por este mismo, es un derecho del imputado y no un beneficio concedido por el juzgador". (Página 246 infra).

En cuanto a los fines de estas medidas el mismo autor apunta que es preciso evitar en primer término que el imputado obstaculice la investigación de la verdad mediante actos francamente contrarios al logro de la finalidad inmediata del proceso, y en segundo término, las medidas de coerción tienden solo a asegurar la presencia del imputado durante la sustanciación del proceso y a su real sometimiento al poder judicial. Pero afirma enfáticamente que "en todo caso, pues, el sacrificio impuesto a la libertad personal obedece a *la necesidad de asegurar el imperio efectivo del derecho penal*". (Subraya el texto).

Por lo que dice relación al fundamento y carácter de estas medidas, el mismo autor expresa:

"Si el imputado, según ya vimos, *es inocente hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad;* si el acto jurisdiccional que pone fin al proceso es la única fuente legítima que restringe la libertad personal a título de pena, ¿cómo y hasta qué punto se pueden autorizar medios coercitivos que afectan a una persona no declarada culpable sino, solamente, sospechada de criminalidad? ¿Cómo justificar la detención provisional (lato sensu) desde un punto de vista dogmático, sin caer en el pecado de buscar su fundamento en la simple *conveniencia* de la sociedad con un criterio meramente *utilitario* para terminar proclamando que *salus publica suprema lex est?* (Subraya el texto y la Corte).

"En un estado democrático, en donde la libertad individual está en la misma base del ordenamiento jurídico, parece urgente superar toda concepción que signifique —para decirlo con Carnevalo— un 'estado de inferioridad con respecto al ideal jurídico', para recordar que el pro-

ceso penal es un instrumento de hacer efectiva la defensa del derecho, aunque tutele simultáneamente el interés individual (también social) por la libertad.

"Esta confluencia de intereses opuestos, este conflicto puramente objetivo, ha puesto de relieve la necesidad de que en el sistema de enjuiciamiento penal se encuentre un equilibrio que permita la satisfacción del interés represivo con el más leve menoscabo de la libertad personal; y ha podido pensarse que si el delito vulnera bienes fundamentales de la sociedad, la prisión preventiva del imputado es un sacrificio impuesto en holocausto de aquélla". (Las subrayas son del texto. Página 248).

Más adelante agrega el mismo autor: "*Toda privación de la libertad dispuesta antes del auto jurisdiccional legítimo para imponerla a título de sanción penal*, sólo puede responder a la necesidad, actual y concreta, de remover el temor de un 'daño jurídico' el cual se anuncia con el peligro de que el imputado, al quedar en libertad, oculte la verdad de los hechos o determine la inaplicabilidad de la ley penal" (Subraya el texto y la Corte).

"En definitiva, desde luego —agrega—, ambos peligros se reducen a uno solo: Que el imputado consiga burlar la ley, ya sea ocultando la verdad en que debe reposar el pronunciamiento jurisdiccional, ya sea eludiendo el juicio definitivo o simplemente la sanción que se le imponga. El primero podrá surgir, sobre todo, al comienzo de la investigación justificando la aprehensión, el arresto y la detención; la prisión preventiva, en cambio, se justificará por la necesidad de evitar la fuga del imputado.

"De esto resulta que el acto de coerción solo puede tener un carácter provisional y cautelar; que su naturaleza es *sólo garantía* que la ley consiente para asegurar su efectiva vigencia; que se basa en una *necesidad de tutela jurídica*.

"Con arreglo, pues, al principio constitucional de inocencia, que debe presidir la disciplina de las instituciones, que en seguida estudiaremos lo mismo que su actuación práctica por los órganos judiciales, debemos concluir que *la detención provisional (lato sensu), como cautela provisional que es, solo puede ser autorizada u ordenada en la medida de la más estricta necesidad;* DE MODO QUE SERA ILEGITIMA, CONTRARIA A DICHO PRINCIPIO, TODA COERCION QUE SUPERE ESE LIMITE". (Las mayúsculas son de la Corte, las subrayadas del texto).

Después de referirse Vélez Mariconde al "abuso del encarcelamiento preventivo", a que da ocasión el sistema inquisitivo, concluye:

"El abuso consiste en ordenar ciega y automáticamente la detención del imputado cuando bastaría una simple citación; *en prolongarla, innecesariamente, cuando no se comprueba que peligra la actuación efectiva de la ley; en confundir la prisión preventiva*, que solo puede ser una medida cautelar, con una pena QUE SE COMIENZA A IMPONER ANTES DE LA SENTENCIA CONDENATORIA; en olvidar que el imputado es inocente mientras no sea declarado culpable por una SENTENCIA FIRME". (Obra citada, páginas 250 a 251. Las subrayas y mayúsculas son de la Corte).

3º A la luz de estos principios es como puede interpretarse el verdadero alcance del artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, que marca una etapa preclusiva del proceso, en orden a la excarcelación del inculpado.

Toda la argumentación de la parte civil en el petitorio que se estudia, está encaminada a demostrar que porque el artículo 416 de la obra en cita autoriza a dicha parte y al Ministerio Público a solicitar del funcionario de instrucción o del Juez de la causa la revocatoria de la providencia de ex carcelación, esta norma legal es de superior jerarquía y por consiguiente dentro de la tesis de que el auto de detención gravita en contra del procesado a través de todo el proceso penal, el uso de esa facultad que otorga aquel artículo puede hacerse aún dentro del recurso de casación.

Dentro de ese razonamiento, es indudable que el artículo 410 del Código de ritualidad procesal carece en absoluto de contenido y que el procesado en cuyo favor se haya dictado un sobreseimiento, que puede ser temporal o definitivo, porque la ley no distingue, y donde ella no lo hace, no es lícito distinguir; o en favor del cual se haya dictado una sentencia absolutoria, en primer grado, puede ser puesto provisionalmente en libertad, "cualquiera que sea la infracción porque se proceda".

Los artículos 410 y 416 del Código en mención, es necesario armonizarlos para que no produzcan soluciones incongruentes. Si el fallo absolutorio trae como consecuencia ineludible la excarcelación, con base en el primero, no puede pretenderse que el segundo permita la cancelación del beneficio en cualquier tiempo, aunque esta provenga de aquella decisión. Habría en esto un contrasentido, el cual solo puede eliminarse dándole al artículo 416 un contenido y alcance que lo haga funcionar procesalmente dentro de las propias circunstancias que exige, esto es, cuando todavía en el proceso no haya recaído una decisión tan seria y grave como la absolución y aparezcan entonces los eventos que pregonan los ar-

tículos 393 y 406, con los que guarda el 416 completa armonía, ya que el primero autoriza la detención, y el segundo limita los delitos en que no puede otorgarse el beneficio, en cuyas ocurrencias puede decretarse con fundamento en los presupuestos allí fijados, mediante la solicitud, en cualquier tiempo, que formulen al respecto el Agente del Ministerio Público y la parte civil. Sólo de esta suerte se compaginan y armonizan aquellas disposiciones. De otra manera se haría nugatorio e írrito el derecho de ex-carcelación, si concedida ésta porque se dictó sentencia absolutoria, se permitiese por la ley, incontinente, revocar la gracia con la sola petición de las partes que menciona el artículo 416.

De no ser así el Código habría dicho algo que consagró el Decreto legislativo número 12 de 1959, según el cual, por mandato expreso del artículo 6º, se impedía conceder libertad provisional al sindicado mientras no se surtieran los recursos o consultas provocados ante el Superior de la decisión de sobreseimiento proferido por el inferior. Tuvo la ley que prever expresamente sobre el sobreseimiento, pero dejó intacto el principio en cuanto a las sentencias absolutorias, razón de más para demostrar que el auto de detención no tiene la vigencia que le atribuye la parte civil.

Interpretar los textos del Código de Procedimiento Penal con tal criterio, como sucedería de aceptar las tesis de la petición en estudio, sería tanto como introducir un sistema procesal diferente del que rige. Las normas legales deben ser congruentes y armónicas y no pueden decir que la absolución de derecho a un beneficio de libertad, que es un derecho reconocido por la ley y no una concesión gratuita de parte del Juez, so pretexto de la solicitud de una parte, que como la civil, apenas está autorizada para buscar una indemnización pecuniaria, pero no puede convertirse en carcelera del procesado, porque de que éste se mantenga o no detenido, dicha parte no va a derivar provecho alguno, a menos que adquiera el carácter de acusación particular, con todas las desventajas que hicieron odiosa esa institución cuando rigió en Colombia, por el espíritu de venganza que informaba toda su participación en el juicio penal.

Aislar el artículo 416 de otras reglas procesales anteriores en el orden de prelación legal, para hacerla producir efectos a todo lo largo del juicio, cuando se han proferido otras resoluciones que conllevan efectos respecto de la ex-carcelación, no es precisamente la interpretación que se acomoda a la índole propia y a las finalidades que persigue el acto jurisdiccional de la detención preventiva, como ya se dejó demostrado. Es preciso considerar que existen contingencias en las que aquellas medidas ya autorizadas por la ley y cumplidas como ella manda, tienen el poderoso efecto de impedir o estorbar nuevos actos procesales posteriores que resulten incompatibles con ellas, porque las anteriores se extinguen o agotan, esto es, precluyen, si por este vocablo se entiende la pérdida o extinción o consumación de una facultad procesal, como se le define. En todo caso no puede ser esto antes de que se produzca una nueva resolución o acto judicial, con fundamento diferente de las que señala esa norma, como es el caso de la revocatoria de la sentencia que decretó la absolución, siempre que ésta no sea susceptible de recurso alguno, pues entonces para su cumplimiento total en todos los ámbitos a que se extiende esa decisión, debe esperar la ejecutoria, como lo mandan los artículos 195 y 637 del Código de Procedimiento Penal. A este respecto dice Fenech:

"Cuando la sentencia es absolutoria se desarrolla *un proceso de ejecución penal impropio*, ya que no tiende entonces dicha ejecución impropia a actuar una sanción, sino, por el contrario, a liberar al procesado absuelto de toda sumisión a la potestad coactiva de los titulares del órgano jurisdiccional y a la revocación de las medidas cautelares que respecto de él se hayan adoptado. Pero para que se pueda llevar a cabo dicha ejecución impropia no es preciso que recaiga ejecutoria, o sea, que la sentencia sea firme. Todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, sin que se requiera para ello que la sentencia haya ganado firmeza. Para evitar la liberación del procesado absuelto que se hallara preso previamente, será preciso que se acuerde expresamente y que haya motivo para ello; en efecto, la liberación será inmediata a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la encarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado.

"Es evidente, por tanto, que sólo la llamada sentencia firme condenatoria puede venir documentada en un título para que éste sea propiamente ejecutivo". (Fenech, obra citada, Tomo II, página 1.289. Subraya el texto).

Todo indica que no de otra manera es posible interpretar las aludidas disposiciones, si no se quiere caer en inconsecuencias manifiestas. Tal sería el caso, por ejemplo, de admitir que si la sentencia de segundo grado es también absolutoria y el Ministerio Público interpone el recurso de casación a que la ley lo autoriza, tampoco puede ser ex-carcelado el reo, porque ese recurso produce como consecuencia que quede vigente

todavía el auto de detención. Dentro del criterio de la parte civil aquí propugnado, esta sería la consecuencia lógica a que conducirían sus argumentos.

La misma práctica constante de tal modo de proceder revela que es extraño el caso que se estudia y sus antecedentes casi que son ningunos. Parece que las partes señaladas en el artículo 416 no quisieran provocar situaciones como éstas en las mismas circunstancias del proceso y que un tácito acuerdo haya creado la conformidad de esas partes, en el sentido de que la encarcelación del reo solo tenga cumplido efecto cuando se han agotado todos los trámites judiciales y la firmeza de la condena viene a poner un sello de definición legal, el que nadie pretende festinar mientras no se produzca la sentencia condenatoria definitiva. Ello quiere decir que se han entendido las ordenaciones legales en un sentido restrictivo en cuanto a la pérdida de la libertad, sin duda porque este derecho inherente a la dignidad de la persona humana, priva sobre toda otra consideración, en especial de interés egoísta, tanto más cuanto los derechos de la sociedad están salvaguardiados dentro de los mismos medios que la ley autoriza para que no quede burlada la justicia ni afrentada aquella sociedad, como parece entenderlo el peticionario, que finca en ese concepto una de las más importantes razones en favor de su pretensión. (Véanse los artículos 397 a 405 inclusive).

El distinguido procesalista Miguel Fenech al señalar el concepto de lo que se entiende en la doctrina por "acto de resolución judicial" en la primera parte de su "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo II, el que define como "el acto procesal de Juez o Tribunal encaminado a producir una determinada consecuencia jurídica dentro del proceso penal", en el numeral VIII del estudio sobre esa materia, en relación con los "efectos" que producen las resoluciones judiciales, menciona entre los que denomina "relativos", es decir aquellos que no trascienden del proceso en que se dictan, porque obran privativamente, "dentro del mismo proceso", la que ha dado en llamarse "preclusión", la cual determina con el siguiente criterio para su reconocimiento:

"En primer término, toda resolución tiene un efecto preclusivo sobre el objeto concreto que la origina, que en ciertos casos coincide con la terminación de cierto período o etapa procesal. Este efecto negativo tiene como consecuencia la imposibilidad de todo nuevo tratamiento sobre el mismo tema". (Obra citada, página 739).

Conforme a esta cuasidefinición descriptiva del fenómeno, y aplicada al caso, no es impropio decir en la decisión de él, que surgiendo, como surge, la libertad provisional concedida al incriminado de una providencia tomada con base en el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, que la autoriza de manera expresa cuando "se haya absuelto en primera instancia", como ocurrió en el proceso, la preclusión del auto de detención, proferido por el funcionario instructor, se operó, porque tuvo como consecuencia esa determinación del Juez *a quo* que dictó el fallo absolutorio de primer grado, un efecto negativo consistente en dar por terminado un cierto período o etapa procesal, la que produce como resultado imposibilitar "todo nuevo tratamiento" de igual tema, desde luego que en las otras etapas no podría presentarse idéntica contingencia, ya que solo en una única ocasión se produce la pérdida de la libertad, por el auto que decreta la detención y también otra vez, se concede el beneficio, cuando la ley lo autoriza, que es el caso del artículo 410, comenzando de allí en adelante una nueva etapa procesal, que puede concluir por otros motivos legales, sin reabrir los anteriores, como lo pretende la solicitud en estudio.

Precluído el acto procesal anterior sería un nuevo tratamiento del mismo tema decretar la pérdida de la libertad ya concedida con fundamento legal, so pretexto del auto de detención dictado en la primera etapa o período del proceso, cuando ya operaron nuevos factores que produjeron la libertad provisional y que cerró aquella etapa para dar paso a nuevos desarrollos del proceso, que pueden variar en orden a la detención o libertad, pero no sujetos a un acto procesal cuya continuidad no puede abarcar todo el desenvolvimiento del juicio mismo, porque obedecen a distintos factores, muy diversos de los que se tuvieron en consideración para decretar la detención del sindicado, con fundamento en los presupuestos requeridos por el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Este acto procesal apenas inicia una etapa, que concluye cuando se produce el beneficio de ex-carcelación por motivo legal. Si después surgen nuevos desarrollos de ese hecho, en cada oportunidad serán resueltos, no con fundamento en el auto que fue dictado primero, sino en las nuevas modalidades surgidas, porque en cada etapa tiene que presentarse una preclusión o agotamiento de la anterior.

El hecho de que la ley diga que se puede revocar "en cualquier tiempo" la providencia de ex-carcelación y aún admita que esa solicitud pueda hacerla la parte civil, no significa que deba admitirse esa pretensión por el Juez cuando se formula sin fundamento legal.

La revocación de que trata el artículo 416, no se autoriza para revivir etapas procesales ya superadas, porque otras resoluciones judiciales se produjeron con anterioridad, modificando los factores que determinaban un cierto proceder en el juicio. Esa revocación se opera cuando otras circunstancias se presentan. Los mismos términos de esa disposición así lo indican, pues presupone etapas del proceso anteriores en las que necesariamente deben haber surgido situaciones que permiten la libertad, la que se cancela porque han surgido éstas, no para dar vida a las extinguidas, como sería si por esas nuevas contingencias se reviviera el auto de detención que fue ya revocado, en razón de una causa legal que lo hizo insubsistente en sus consecuencias.

Esto sin tomar en cuenta que no es dentro del recurso extraordinario de casación en donde puede invocarse tal pretensión, pues esta etapa del proceso sí que nada tiene que ver con las que por su misma naturaleza indican que son propias de las instancias, ya que corresponden a circunstancias que solo son viables dentro de esos períodos del proceso y no pueden extenderse a recursos extraordinarios, cuya propia técnica rechaza todo aquello que no sea de su esencia y de su especial jurisdicción, con excepciones que ha reconocido la Corte, sobre todo tratándose de incidentes de desembargo de bienes, a las cuales se refieren de manera expresa las jurisprudencias que cita la parte civil.

En efecto, ellas parten del auto de fecha 18 de abril de 1952 (G. J., Tomo 71, pág. 790). Esa misma doctrina fue reproducida en el auto de fecha 17 de octubre de 1955 (G. J., Tomo 81, pág. 896); la que se cita del 14 de mayo de 1956 (G. J., Tomo 82, pág. 637), si bien se refiere a un desembargo de bienes, "la Sala se inhibe de decidir en el fondo un incidente de reducción de embargo". Lo cual quiere significar que si la Corte conoció de esos incidentes, lo hizo porque en cualquier etapa del proceso puede hacerse tal solicitud, lo que no implica que haya de procederse de igual suerte cuando se trata de darle vida, como en este caso se solicita, a un auto de detención que ya tuvo el sello de la preclusión, porque su ordenamiento se agotó al producirse un nuevo acto judicial en cumplimiento del artículo 410 del Código de Procedimiento Penal.

Es apenas natural y obvio que las cuestiones relativas a la libertad del reo, por tiempo cumplido de la pena en prisión preventiva, las haya decidido la Corte, cuando el negocio se encuentra surtiéndose el recurso de casación, pues no tanto porque esas solicitudes puedan hacerse en cualquier estado del proceso, se le otorga competencia para hacerlo, como porque motivos de orden superior, que se refieren a la libertad individual y a la libertad de comercio que implica un desembargo, nada existe que impida que tales incidentes sean resueltos dentro del trámite del recurso extraordinario, desde luego que los motivos que dan lugar a esas resoluciones, justifican que ellas se tomen con oportunidad, para no causar perjuicios mayores de los que con demorarlas pueden sobrevenir para quienes sufren las consecuencias de la detención o tienen sus bienes embargados, fuera del comercio, cosas estas en las cuales los resultados del juicio criminal para nada influyen en tales ocurrencias.

No sucede lo mismo tratándose de propiciar una detención, cuyas consecuencias se traducen en mantener sin libertad, por privarlo de ella, a quien ya goza de ésta por virtud de una resolución judicial, tomada en forma legal en el momento de producirse.

No puede menos de referirse la Corte a las "tres razones supremas" que el peticionario aduce como fundamento para tratar de establecer que la sentencia condenatoria sujeta a recursos ulteriores no impide jurídicamente que se revoque la libertad provisional.

La primera de esas razones la apoya en que al condenar a una persona por un delito que no admite ex-carcelación y mientras se surte el recurso contra el fallo, es más intenso para el procesado el incentivo de la fuga, en previsión de que la condena puede quedar en firme, riesgo que no se puede evitar sino con la captura preventiva. Si esto fuere así, como lo pretende la parte civil, entonces ¿qué objeto tendrían las medidas de coerción económica que el Código de Procedimiento Penal autoriza cuando se concede la libertad provisional bajo una cualquiera de las formas de caución que el estatuto reglamenta, o sea hipotecaria, prendaria o personal (art. 400)? Y si, como lo dice expresamente el artículo 398, "la caución de ex-carcelación tiene por objeto garantizar que el procesado, mientras esté gozando de libertad, se presentará ante el Juez o funcionario cuando éste lo disponga y cumplirá las obligaciones especiales que se le impongan", ¿no quiere esto decir que no es absolutamente indispensable la detención preventiva, mientras el proceso se falle en firme, que como medida restrictiva que es no debe imponerse sino cuando sea absolutamente necesaria e indispensable, necesidad que debe guardar relación con las medidas que el Juez está obligado a tomar para asegurar que el procesado no se fugue y que cumpla las obligaciones que le fueron impuestas en la diligencia de caución? No puede pretenderse que sea la sola captura del pro-

cesando absuelto lo único que garantice la efectividad de la justicia.

El concepto de fianza, según Fenech, lo constituye la garantía que tiene por fin asegurar el cumplimiento de las obligaciones del que se halla en libertad provisional a los resultados finales del proceso penal. Porque precisamente uno de los efectos que según el mismo autor produce la libertad caucionada, "consiste en la desaparición de las restricciones que para la libertad individual suponen la detención preventiva, quedando entonces la libertad del individuo solo vinculada a los fines del proceso, constituyendo *apud acta* obligación de comparecer en los días que le fueron señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuera llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa".

El segundo argumento que en este mismo orden de ideas hace el peticionario es más aparente que verdadero, pues supone que si se conserva la gracia de la libertad provisional mientras se surte el recurso interpuesto contra la sentencia, "ello sería tanto como aceptar que la condena es fuente de derechos (la ex-carcelación) para el acusado". Esta afirmación tiene más carácter de efectista que de cierta, ya que en el caso, lo que viene a ser fuente de derechos no es la libertad provisional ni la condena, sino las prerrogativas que al procesado absuelto en primera instancia le concede el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal.

El último argumento de los que presenta el peticionario en esta materia, como también se refiere, "al riesgo de la fuga del condenado", puede decirse que ya está contestado anteriormente.

4º En un problema como el que está a la decisión de la Corte, no es posible dejar de hacer referencia, aunque sea de una manera sucinta, a las facultades que la ley procesal penal otorga a la parte civil, sobre todo en el recurso de casación.

Dos disposiciones, los artículos 123 y 559 de dicho estatuto, gobiernan esta materia. El primero, viene a constituír la norma general, y es del siguiente tenor:

"Artículo 123. La persona que se haya constituído parte civil, admitida su demanda, tendrá el derecho de solicitar pruebas para el establecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos y la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado".

El segundo, norma especial circunscrita al recurso de casación, dice así:

"Artículo 559. Las partes mencionadas en el artículo anterior y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 *en lo referente a la indemnización de perjuicios*, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos.

"En este caso, regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles". (Las subrayas no son del texto).

"Si la acción civil —dice la Corte— solo persigue la reparación de los perjuicios causados por el delito, la parte civil no puede tener actividades distintas de las de aquella actividad ni derechos iguales a las partes que intervienen en la acción penal.

"La ley es clara y explícita en este sentido, y si solo el Ministerio Público y el procesado pueden interponer el recurso de casación, a la parte civil le da análogo derecho, pero únicamente en lo referente a la indemnización de perjuicios y solo cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos". (*Gaceta Judicial*, números 2010 a 2014, página 736).

"Cierto es que a la parte civil no se le puede desconocer su condición de parte en el proceso y que en su ejercicio puede en las instancias pedir pruebas para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad (artículo 123 del C. de P. P.); pero, se repite, toda su actividad debe ir enderezada a demostrar los daños sufridos y si el recurso no se refiere a ellos, mal puede dársele cabida para los efectos de la casación". (Auto de 26 de agosto de 1947).

"Cuando se recurre en casación por perjuicios, la Corte no puede examinar problemas referentes a la responsabilidad del delincuente o a la agravación de la pena principal, porque ese tema es propio de la casación por pena privativa de la libertad. De allí que la casación por perjuicios se rige por el procedimiento y causales de la casación civil". (Auto de 4 de julio de 1947, *Gaceta Judicial*, Tomo LXIII, página 772).

Pasando ahora a la doctrina de los procesalistas, se tienen las siguientes citas que inciden sobre el problema en estudio.

"El actor civil —dice Fenech— es la parte acusadora en lo que pudiéramos llamar proceso civil, integrado en lo penal, para pedir la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios producidos a consecuencia del hecho punible. Tiene limitada su actuación procesal al ejercicio de la pretensión de resarcimiento y su papel se reduce, por tanto, a mantener la acusación a los solos efectos de pedir la actuación de esta pretensión de orden

civil. Esta limitación lleva consigo que solo pueda realizar aquellos actos relacionados con el aspecto civil del resarcimiento". (Obra citada, Tomo I, pág. 138).

Con posterioridad, el mismo autor, en el capítulo destinado a "las partes acusadoras", señala el concepto del actor civil, de la siguiente manera:

"Entenderos por actor civil aquella parte acusadora contingente que ejercita en el proceso penal la pretensión de resarcimiento en relación de la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio producido por el acto punible.

"Su papel procesal se reduce a mantener la acusación a los solos efectos de pedir la actuación de la pretensión de resarcimiento, pero sin que su actuación afecte a las vicisitudes de la pretensión punitiva, que permanece extraña al mismo".

Al fijar la intervención de la parte civil en el proceso, expresa el autor en cita:

"La intervención del actor civil en el proceso penal viene limitada por la naturaleza misma de su calidad a pedir la actuación de la pretensión de resarcimiento, en orden a pedir la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios producidos por el delito".

5º Finalmente, en su erudita alegación el señor apoderado de la parte civil, consigna algunas citas de eminentes autores, como Garófalo, Florián y Manzini. La Corte encuentra en realidad muy pertinentes las citas, pero por lo menos en lo que dice relación a las de Florián y Manzini, se permite trascribir todo lo que en lo tocante con el problema dicen tan distinguidos penalistas, porque de hacer completas esas citas se cae en la cuenta de que no corroboran las tesis del señor apoderado de la parte civil. Dice Eugenio Florián:

"La ex-carcelación no es posible después de pronunciada condena a una pena de privación de libertad, aunque esté sujeta a impugnación, pero solo en el caso de que la condena no haya sido cumplida con la prisión provisional que se abona". (Hasta aquí lo transcrito por el señor apoderado de la parte civil).

Luego, a renglón seguido, continúa el mismo autor:

"II. La libertad provisional puede darse en caso de una detención llevada a cabo con mandamiento de captura o en el de flagrancia, supuesto un delito y una persona susceptible de ser sometida a mandamiento de captura. Es decir, en caso de una detención legal.

"La libertad provisional puede concederse en tanto no esté prohibida por la ley, y dentro de tal límite es una facultad del Juez y del Ministerio Público.

"La regulación de la libertad provisional es paralela a las normas sobre los mandamientos, por lo que si el mandamiento de detención es obligatorio aquella no puede concederse (art. 277).

"Se puede conceder en cualquier momento o fase del proceso en tanto, naturalmente, que la sentencia no sea firme, excluída la casación (art. 278). Después de lo que se podrá hablar es de suspensión de la ejecución.

"Lo mismo que en los mandamientos de detención, la facultad de conceder o negar la libertad provisional corresponde al juez (art. 279), al Ministerio Público (art. 281) y al *pretore* (art. 279), según se trate de instrucción formal o de sumaria. Y tal facultad depende de la fase en que se encuentre el procedimiento. Así, en la instrucción, corresponde al *pretore*, al juez instructor o a la sección instructora; después de abierto el juicio, la facultad pasa al juez del mismo. Después de la sentencia condenatoria, la resolución sobre la libertad corresponde al juez del recurso (tribunal *ad quem*). No obstante, el Tribunal de Casación no tiene poderes en este punto, ni otro en su lugar, pues no se admite la libertad provisional para la admisión del recurso. Dicho supremo tribunal puede conceder la libertad provisional solamente en el procedimiento de revisión, y con competencia exclusiva". ("Elementos de Derecho Procesal Penal", páginas 269 y 270).

Vicenzo Manzini, autor también citado por el señor representante de la parte civil, dice:

"...Es evidente que si el imputado es objeto de una condena, aunque no irrevocable, a pena de detención, no hay razón de ordinario para liberarlo, sino que antes bien hay un nuevo motivo para que continúe en custodia, a fin de asegurarlo para la ejecución de la pena...".

No obstante, el mismo autor en su obra "Derecho Procesal Penal", Tomo III, página 666, afirma:

"c) Estado procesal anterior al juicio de casación. Hemos indicado ya que la libertad provisional no se puede conceder en el juicio de casación (art. 278).

"La razón de esta exclusión consiste en que hay una sentencia de condena a pena de detención aún por cumplir, por lo menos en parte (de lo contrario habría que ordenar la liberación, art. 275), sentencia que ha declarado en forma ya definitiva, que es cierto todo lo que atañe al hecho atribuído al imputado, y en que esa sen-

tencia se debe presumir válida bajo cualquier otro aspecto mientras no sea anulada.

"Por consiguiente, si el imputado se halla en la cárcel, no se le puede conceder la libertad provisional; *pero si se halla en estado de libertad provisional* (aunque haya sido admitido a ella por ordenanza o por la sentencia del juez de apelación), *el beneficio lo favorece aún respecto del juicio de casación*, sin necesidad de ninguna decisión específica del juez". (Las subrayas no son del texto).

Al tratar de la liberación después de la sentencia de absolución o de condena, Manzini, en la obra citada, página 657, expresa:

"La custodia preventiva puede cesar también por efecto del pronunciamiento de la sentencia de absolución o de condena.

"Absolución del imputado. En caso de absolución hay que poner inmediatamente en libertad al imputado, si no tiene que seguir detenido por otra causa (arts. 276 y 444, primer párrafo).

"Hay que anticipar que la orden de liberación contenida en una sentencia absolutoria se debe ejecutar *inmediatamente aún en el caso de que el Ministerio Público haya impugnado esa misma sentencia*. En verdad, la ley no ha querido extender el efecto suspensivo de las impugnaciones a la providencia de que se trata. El artículo 205 reconoce efecto suspensivo a las impugnaciones, 'salvo que la ley disponga lo contrario'. Ahora bien, el artículo 576, segundo parágrafo, establece que 'las sentencias de absolución son ejecutadas *tan pronto como han sido pronunciadas*', sin exigir que se hayan hecho irrevocables, como se exige en cambio respecto de las sentencias condenatorias. Los artículos 381, 421 y 479 prescriben que la sentencia de absolución disponga la liberación sin ninguna reserva. Si la impugnación tuviese efecto suspensivo se caería en el absurdo de admitir estos efectos aunque la sentencia fuese impugnada por el imputado absuelto por insuficiencia de pruebas o por perdón judicial; y si se quisiera limitar el efecto suspensivo al solo caso de la impugnación del Ministerio Público, se crearía una distinción no solo inexistente en la ley, sino omitida de intento". (Subraya el texto).

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, no accede a la petición formulada por el señor apoderado de la parte civil a que se refiere esta providencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

El informativo da cuenta de que un soldado fue hallado en su cuartel fumando marihuana. Incompetencia de la Justicia Penal Militar para conocer de procesos sobre estados de especial peligrosidad.

1. El régimen normativo penal del país está determinado por los principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, los cuales encuentran su garantía fundamental en el artículo 28 de la Constitución Nacional, de donde pasan a afirmarse, como reflejo de ese precepto superior, en el artículo 1º del Código Penal para de ese modo actuar, en el carácter de presupuestos declarativos previos, en todo el ordenamiento jurídico contenido en ese estatuto o en "otras leyes penales", según lo dispone el artículo 10 de la misma obra, leyes que, en lo tocante con los principios en cuestión, bajo ningún aspecto pueden hacer excepción alguna. De acuerdo con esos principios, cuyo desconocimiento, sin duda, apareja la violación directa del expresado texto de la Carta, para que un hecho pueda entenderse como constitutivo de infracción penal, bien sea en orden a delito o contravención, preciso es que la ley le haya dado ese carácter, conminándolo, dentro de la misma norma que lo disciplina, con la respectiva sanción.

2. El uso de la marihuana, que es el caso de autos, previsto en el numeral 16 del artículo 7º, del Decreto 0014 de 1955, no está erigido, en sentido estricto, ni en delito ni en contravención, puesto que se le toma apenas, dentro de ese texto legal, como base para considerar al autor de ese uso en estado de especial peligrosidad, estado que, por contraerse a una situación predelictual y valorarse, en esa suerte, con criterio de prevención, en modo alguno implica haber incurrido en un delito o en una contravención, figuras que en su exacto contenido jurídico, corresponden a la división que el artículo 2º del Código Penal hace de las infracciones a la ley penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 6 de septiembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó al soldado Rodrigo Alzate Hernández, "como infractor del artículo 7º, número 16, del Decreto 0014 de 1955", a relegación en colonia agrícola penal "por un término de dos (2) años".

HECHOS Y ACTUACION:

En la noche del 4 de enero de 1960 el soldado Rodrigo Alzate fue sorprendido, dentro de su dormitorio, en el Puesto Militar de Mistrató, jurisdicción del Municipio de Belén de Umbría, Departamento de Caldas, fumando marihuana, hecho que dio origen a este proceso, del que conoció en primera instancia el Consejo de Guerra Verbal convocado mediante Resolución número 036 del 13 de septiembre del mismo año, cuya Presidencia, teniendo en cuenta el veredicto mayoritario del Consejo, en fallo del 17 del mes citado, condenó al procesado Alzate Hernández, "como infractor del artículo 7º, numeral 16, del Decreto 0014 de 1955", a relegación en colonia agrícola penal "por el término de dos (2) a seis (6) años", fallo que el Tribunal Superior Mili-

tar reformó en el suyo del 6 de septiembre del año pasado para determinar en el lapso fijo de dos años aquella reclusión.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior Militar, que fue el recurrente, invoca como única causal de casación la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley procedimental porque ha sido pronunciada en un juicio viciado de nulidad", tesis que sustenta por medio de diversos argumentos que luego condensa así:

"Pero el hecho es que, como al parecer ha quedado visto con claridad suficiente, el uso o consumo de la hierba en cuestión no es en la legislación penal colombiana (ordinaria o militar) un delito. Luego la justicia penal militar, facultada para conocer de delitos militares o comunes cometidos por militares en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, no puede conocer del hecho contemplado en el artículo 7º, número 16, del Decreto 0014 de 1955. O mejor, de ninguno de los hechos que contempla este Decreto. Y si la justicia castrense lo ha hecho y ha llegado a dictar sentencia condenatoria, ha producido un acto nulo por falta de jurisdicción.

"Debe agregarse que el Decreto 0014 no solamente define los hechos que constituyen estados de especial peligrosidad (art. 7º), sino que erige a los jueces de policía como funcionarios competentes para conocerlos (art. 49) y señala el procedimiento que se debe observar para hacerlo (art. 53). Autoridades y procedimiento sin relación mínima con la jurisdicción castrense".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, luego de que advierte "que tanto el delito como la contravención son violaciones de la ley penal", pero que "la dificultad estriba en señalar el extremo hasta dónde llega la contravención y dónde empieza el delito", sostiene que "la verdadera noción del delito la suministra el bien o interés jurídico atacado y protegido por una pena", lo que indica que, como "el uso y tráfico de la marihuana dentro de los cuarteles, atenta contra la disciplina, supremo valor tutelado por la ley", lógicamente "la infracción del artículo 7º número 16 del Decreto 0014 de 1955 constituye una verdadera infracción a la ley penal, un delito que sí podía conocer la jurisdicción castrense, en el caso ocurrido". Solicita, en consecuencia, no se case la sentencia recurrida.

SE CONSIDERA:

El régimen normativo penal del país está determinado por los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, los cuales encuentran su garantía fundamental en el artículo 28 de la Constitución Nacional, de donde pasan a afirmarse, como reflejo de ese precepto superior, en el artículo 1º del Código Penal para de ese modo actuar, en el carácter de presupuestos declarativos previos, en todo el ordenamiento jurídico contenido en ese estatuto o en "otras leyes penales", según lo dispone el artículo 10 de la misma obra, leyes que, en lo tocante con los principios en cuestión, bajo ningún aspecto pueden hacer excepción alguna.

De acuerdo con esos principios, cuyo desconocimiento, sin duda, apareja la violación directa del expresado texto de la Carta, para que un hecho pueda entenderse como constitutivo de infracción penal, bien sea en orden a delito o de contravención, preciso es que la ley le haya dado ese carácter, conminándolo, dentro de la misma norma que lo disciplina, con la respectiva sanción.

Ahora bien: el uso de la marihuana, como es el caso de autos, previsto en el numeral 16 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955, no está erigido, *en sentido estricto*, ni en delito ni en contravención, puesto que se le toma apenas, dentro de ese texto legal, como base para considerar al autor de ese uso en *estado de especial peligrosidad*, estado que, por contraerse a una situación predelictual y valorarse, en esa suerte, con criterio de prevención, en modo alguno implica haber incurrido en un delito o en una contravención, figura que, en su exacto contenido jurídico, corresponde a la división que el artículo 2º del Código Penal hace de las infracciones a la ley penal. Por lo demás, la verdad es que, conforme al artículo 49 del citado Decreto, los estados de especial peligrosidad de que se ocupa el mismo estatuto, son de la exclusiva competencia de las autoridades de policía.

El cargo de falta de jurisdicción, formulado en la demanda al amparo de la causal 4ª de casación, de acuerdo con las razones consignadas, aparece, pues, comprobado, lo que quiere decir que esa causal debe prosperar y, en consecuencia, el fallo acusado ha de ser invalidado, a efec-

to de que el proceso, por competencia, vaya a la Alcaldía de Belén de Umbría, que es a la que corresponde conocer, en primera instancia, del asunto a que se contrae, precisamente conforme a los trámites del predicho Decreto 0014 de 1955.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido y, como consecuencia, dispone que el proceso, por conducto del Tribunal de instancia, se remita a la Alcaldía del Municipio de Belén de Umbría para que allí se conozca del mismo con arreglo a los trámites del Decreto 0014 de 1955.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pisquinto León, Secretario.

NULIDADES SUPRALEGALES

Se alegó estar viciado el proceso de nulidad por no haberse averiguado a lo largo de él, si el agente padecía o no de alguna anomalía psíquica, lo que hubiera podido determinar un procedimiento y una sentencia diferentes. Sevicia en concurrencia con circunstancias de mayor peligrosidad.

1. Ocurrió en el caso de autos que para nada alegaron, ni el apoderado del sindicado ni su defensor, a pesar de las múltiples intervenciones que tuvieron a lo largo del proceso, que su patrocinado padeciera de enajenación mental o anomalía psíquica, problema éste que a la postre quiere debatirse en el recurso de casación como nulidad supralegal. Para asentar esta especie de nulidad y sostener que hubo violación del artículo 26 de la Carta, precisaría que los juzgadores de instancia, contra la prueba de anormalidad del acusado, hubieran acomodado el procedimiento a normas impropias de esta clase de delincuentes. Pero ni la prueba de la enfermedad mental existe en el proceso ni puede presumirse gratuitamente, y aunque es claro que la práctica del examen del facultativo pudo ser ordenada de oficio por el instructor o el juez y hubiera sido muy conveniente que así se hubiera hecho, las partes estuvieron en capacidad de salvar esa omisión haciendo la solicitud pertinente. No cabe entonces considerar como válido el cargo que se hace a la sentencia, pues no se asienta en una realidad del proceso, sino en simple supuesto del impugnador.

2. Se alega que la circunstancia de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal fue mal deducida al acusado, por estar absorbida por la específica de la sevicia con que fue calificado el homicidio (363, num. 7º). A lo cual se responde que esas dos circunstancias no se confunden ni son equivalentes, para los efectos del inciso primero del referido artículo 37. La sevicia, que presupone ferocidad del homicida y calculada crueldad con el occiso, es cosa distinta de los factores de tiempo, lugar, instrumentos o modo de ejecución del delito, "cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

De fondo procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 14 de junio de 1961, mediante la cual, al confirmar la dictada por el Juzgado 3º Superior del Socorro, condenó a José Manuel Marín T. como responsable de los delitos de homicidio (asesinato) y violencia carnal a la pena principal de diez y nueve (19) años de presidio, aparte de las accesorias correspondientes.

El recurso fue interpuesto por el procesado y la demanda la formuló por intermedio de apoderado debidamente constituído, dentro del término legal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1º Acoge el fallo recurrido la siguiente versión de los sucesos, hecha por el señor Fiscal del

Tribunal en su concepto de 27 de abril de 1959, visible a folios 96 y siguientes del cuaderno principal:

"Martín Jaime Vergara vivía con María del Carmen Valencia, en la hacienda 'La Constancia', dentro de los linderamientos jurisdiccionales de Puerto Olaya.

"Allí se presentó, en la noche del tres de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, un sujeto desconocido que posteriormente, en el curso investigativo, fue identificado como José Manuel Marín Torres.

"El individuo en mención, sin que mediara prevención ninguna, disparó su escopeta sobre Vergara hiriéndole de gravedad. Luego entró al campamento, intimidó al lesionado para que le entregara las armas que tuviera y le señalara los documentos de identificación. Y nada importó que hubiera resultado de su misma parcialidad política. Porque, con impresionante frialdad, Marín arguyó que ya había empezado y era bueno acabar. Así fue que procedió a rematar al indefenso Vergara propinándole varios golpes de machete.

"Cumplido el acto homicida, el victimario exigió a la Valencia que le acompañara, habiéndola poseído carnalmente, a la vez que la amenazó para lograr su silencio..."

2º El Juzgado Tercero Superior del Socorro, después de haber clausurado la investigación y oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con éste y por providencia de 6 de marzo de 1959, dispuso el llamamiento a juicio de Marín Torres, en lo referente al cargo de homicidio y lo sobreseyó temporalmente en cuanto a la imputación por violencia carnal. En el mismo proveído se amparó con sobreseimiento definitivo a María del Carmen Valencia y Marco Tulio Monsalve "por los cargos relacionados con su posible participación en el hecho investigado y en virtud de los cuales se les sometió a rendir indagatoria".

3º Al conocer el Tribunal, por apelación, del auto calificador, revocó "el sobreseimiento temporal dictado a favor del mismo José Manuel Marín Torres por el delito de violencia carnal en María del Carmen Valencia", y en su lugar dispuso llamarlo a juicio. (Auto de 29 de mayo de 1959. Fls. 102 a 118, cuaderno 1º).

4º Sin que las partes solicitaran práctica de prueba alguna en la etapa del plenario, se dio vista pública a la causa, con intervención del jurado, el 16 de noviembre de 1960. Agotado el debate, durante el cual hicieron uso de la palabra el señor fiscal y el señor defensor, los jueces de conciencia contestaron "sí" a las cuestiones propuestas, a saber:

"El acusado José Manuel Marín Torres es responsable de haber ocasionado la muerte a Martín Jaime Vergara, por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia visible al folio 35 del sumario, con el propósito de matar, hecho perpetrado en la noche del tres de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, en la finca denominada 'la Constancia' del Corregimiento de Puerto Olaya de la jurisdicción municipal de Vélez, y en su ejecución obró el acusado con sevicia?

"¿El acusado José Manuel Marín Torres es responsable de haber sometido al acceso carnal a María del Carmen Valencia, sin el consentimiento de ésta y mediante violencia moral, hecho cometido en la noche del tres de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, en la finca denominada 'La Constancia' del Corregimiento de Puerto Olaya de la jurisdicción municipal de Vélez?".

5º Con base en los veredictos populares que que afirmaron la responsabilidad del encausado para ambos delitos, agravado el primero por el reconocimiento de una circunstancia constitutiva de asesinato (sevicia) deducida en la motivación del vocatorio a juicio, el Juzgado profirió el fallo condenatorio, el que fue confirmado por el Superior, según lo expresado atrás.

DEMANDA DE CASACION:

El libelo de demanda fue presentado por el doctor Carlos E. Camacho, ajustándose a las exigencias de forma propias del recurso y en él invoca como causales de casación, en su orden, las señaladas en los ordinales 4º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

A través de la causal cuarta —haberse pronunciado la sentencia en un juicio viciado de nulidad— el impugnador desarrolla dos cargos:

a) "La sentencia condenatoria proferida contra José Manuel Marín Torres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil que tiene fecha 14 de junio del corriente año, es violatoria de las previsiones contenidas en los artículos 5º, 356, 159, 203, 204 del Código de Procedimiento Penal y Ley 4ª de 1943 y Decreto Legislativo 3347 del 31 de octubre de 1950".

En orden a demostrar este motivo de impugnación, el demandante trae a cita lo expuesto por el procesado en su declaración indagatoria acerca de sus "antecedentes personales y de familia", en estos términos:

"... pues señor mi conducta ha sido como hombre trabajador en toda parte, mis padres han sido trabajadores y de buena conducta; mi

madre es loca y está en el manicomio de Yarumal (Ant.), mi padre también ha sufrido del cerebro y del corazón pero no ha sido llevado al manicomio; una hermana mía de nombre María Eulalia Marín, estuvo loca por motivo de que mataron a mi papá y a un hermano mío de nombre Jesús Emilio Marín, en la finca que tenía mi papá en el kilómetro 23 de la carretera del Carare y denominada 'El Recreo'; yo no he estado nunca loco; pero sí me ha dado maluquera en el cerebro, porque claro, uno sale siempre lisiado de las mismas enfermedades de los padres... (Fls. 47 vto., Cuad. 1º).

Los argumentos centrales contenidos en la demanda, con relación a este cargo, son:

"Los juzgadores de instancia tenían la obligación de comprobar los antecedentes hereditarios del señor José Manuel Marín Torres y someter al mismo procesado a un detenido examen de los peritos psiquiatras con el fin de determinar las taras cerebrales que lo afectan. Este examen era de vital importancia para saber cuál procedimiento era más apropiado para el juzgamiento del procesado, porque si le sigue dando 'maluquera en la cabeza', ello quiere decir que sus facultades mentales pasan por un grave y crónico estado de anomalía psíquica, y en tal estado, tenía derecho a que se le aplicara el procedimiento más favorable a su situación jurídica, o sea el procedimiento determinado por el Decreto 3347 de 1950 que exonera al imputado del procesamiento con intervención del Jurado de conciencia con incidencia en la clase de sanción, puesto que allí se suprime la pena de presidio por las medidas de seguridad. Es más favorable al juzgamiento de mi defendido el procedimiento determinado en el mencionado decreto-ley, por cuanto que de conformidad con el artículo 63 del Código Penal, en armonía con lo dispuesto en el artículo 64 de la misma obra, se prescribe la internación en un manicomio criminal por un período no menor de dos años, hasta que deje de ser peligroso para la sociedad. Ello quiere decir, que si transcurrido el período de dos años, se le practica un nuevo examen y los señores peritos conceptúan que éste ha dejado de ser peligroso para la sociedad, inmediatamente recobra su libertad.

"..... .....

"Siendo que el examen del procesado era de vital importancia para la determinación de los antecedentes patológicos del imputado, el señor Juez del conocimiento, antes de calificar el negocio, tenía la obligación de someterlo a examen, por cuanto que el mismo procesado había hecho la afirmación en la pieza procesal de su injurada que sus padres tenían antecedentes de alienación mental. Si la madre del procesado estaba internada en el manicomio de Yarumal (Ant.), tenía la obligación el funcionario de comunicarse con las autoridades de dicho manicomio para comprobar la afirmación del procesado, tal como lo prescribe el ya citado artículo 356, y también para cumplir con las previsiones contenidas en el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal para 'conocer sus antecedentes personales y de familia'.

"Como el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal exige al funcionario que cuando 'la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos, el Juez o funcionario de instrucción decretarán la prueba pericial'. En el caso de autos, el señor Juez tenía la obligación de decretar la práctica de la prueba y comisionar al Laboratorio de Medicina Legal para llevar a efecto dicho examen, a fin de determinar las consecuencias de la 'maluquera' que sufre el procesado y de las taras orgánicas determinadas por las mismas enfermedades de los padres.

"Al omitir una prueba tan importante como el examen de las alienaciones mentales del procesado, el señor Juez del conocimiento quebrantó el ya citado artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que ha debido practicar la referida prueba de oficio para determinar de acuerdo con sus resultados de dicho examen, el procedimiento pertinente para el juzgamiento, por cuanto que si los peritos psiquiatras confirmaban la afirmación del procesado, se hubiera suprimido el procedimiento ordinario y se le hubiera juzgado observando el procedimiento determinado en el Decreto 3347 de 1950, con la consecuencial aplicación de las medidas de seguridad.

"Si los juzgadores de instancia siguieron un procedimiento errado en el juzgamiento de José Manuel Marín Torres, la nulidad surge a partir del auto calificatorio del negocio, por cuanto que el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal le señala al funcionario una pauta en el esclarecimiento de los hechos denunciados; si ellos son constitutivos de infracción penal (ordinal 1º), 'los motivos determinantes y los demás factores que influyeron en la violación de la ley penal (ordinal 3º), las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado al tiempo del sumario (ordinal 5º) y sus condiciones de vida individual, familiar y social (ordinal 7º). Nada de esto fue esclarecido por el señor Juez y el proceso se inició y se falló teniendo en cuenta únicamente las pruebas de imputación, sin

tener en cuenta las que el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal prescribe al funcionario que deberá '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 atenúen'.

"En tales condiciones, el auto de proceder es nulo por inobservancia de las ritualidades procesales previstas para el caso, factor que incide en quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional que exige la ritual observancia de la 'plenitud de formas propias de cada juicio'.

"El honorable Tribunal Superior afirma en la sentencia recurrida lo siguiente:

"'Finalmente, José Manuel Marín tiene antecedentes de locos. Su madre se halla asilada en el manicomio de Yarumal. Su hermana María Eulalia sufrió o sufre de enajenación mental. Fácilmente se explica su locura moral' (F). 25 del segundo cuaderno).

"Esta afirmación del honorable Tribunal Superior, al confirmar el auto de llamamiento a juicio proferido por el señor Juez del conocimiento en contra de José Manuel Marín Torres estaba indicando que los juzgadores de instancia aceptaban el hecho indicativo de la locura 'moral'. Por tal razón, el honorable Tribunal Superior ha debido ordenar el juzgamiento del procesado por los trámites indicados en el Decreto 3347 de 1950, en razón de que estaban enterados de los antecedentes de enajenación mental que sufría el procesado.

"La defensa de José Manuel Marín Torres omitió también pedir al señor Juez del conocimiento que el juzgamiento del procesado se realizara por los trámites señalados por el ya citado Decreto 3347 de 1950. Las omisiones en que incurrieron los juzgadores de instancia y la misma defensa del procesado, implican quebrantamiento del derecho de defensa consagrado por el legislador en nuestra Constitución Nacional en su artículo 26".

---

b) El segundo cargo, con base en la causal cuarta, resulta para el demandante "por haberse infringido el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, sobre los elementos probatorios necesarios para imputar al procesado el cuerpo del delito". Esto lo contrae al delito de violencia carnal, cuyos "elementos constitutivos ... están ausentes de las constancias procesales".

Critica en el particular el impugnador las declaraciones y manifestaciones de la ofendida María del Carmen Valencia, hechas en su indagatoria (fls. 43) y memorial de folios 39. Y concluye:

"Con la afirmación que hace Monsalve (alias 'Estación') y por el conocimiento personal y directo de las condiciones morales y físicas de María del Carmen Valencia se establece claramente que esta mujer no es una testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad para fundar un auto de proceder, y menos una condena. Si la Valencia permitió que Monsalve la enamorara como 'una mujer de barrio' y aceptó cinco pesos como retribución por sus servicios carnales, lógicamente con ello nos demuestra que es una mujer que se prostituye con el primero que encuentra y que vende su cuerpo por cinco pesos aún delante de su esposo o compañero. Ante esta realidad procesal surge el hecho incontrovertible de que el señor Juez de derecho quebrantó el sistema procesal penal al dictar un llamamiento a juicio en contra del procesado, dándole credibilidad a un testimonio que por sus calidades morales, precisamente la ley procesal prescribe como inidóneo para fundar un llamamiento a juicio. Quebrantado el sistema procesal penal desde el auto de vocación a juicio con proyecciones procesales en toda la etapa futura del negocio, tenemos que por este aspecto se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional por ausencia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"..... .....

"Por manera que, incurrió el *ad quem* en violación de los preceptos procesales que regulan el examen profundo y exhaustivo de la prueba tenida en cuenta como indispensable para fundamentar un auto de vocación a juicio. Habiendo infringido el juzgador de segunda instancia la plenitud de formas propias del juicio penal, ese quebrantamiento tuvo proyecciones procesales en la sentencia, por cuanto que a los jueces de conciencia se les sometió un cuestionario con base en el pliego de cargos que la sociedad le formuló al procesado, y siendo ese acto nulo por vicios de procedimiento, el Tribunal Popular dio su respuesta afirmativa a un cuestionario también afectado de nulidad".

Causal primera. Sostiene el demandante que la sentencia es "violatoria de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma", acusación que descompone en cuatro cargos, así:

1º Que hubo violación "de la ley penal sustantiva por indebida aplicación del artículo 316 del

Código Penal que contempla el delito de violencia carnal. La violación de esta norma sustantiva consiste en que no estando legalmente demostrados los elementos constitutivos de tal delito, el Juez de derecho no podía condenar por un delito que no está demostrado dentro del expediente".

2º Que hubo "indebida aplicación de la ley penal sustantiva en su artículo 33 del Código Penal al imponer la pena por el delito de violencia carnal al procesado Marín Torres, en razón de que se agravó la sanción por este delito, sin estar demostrado en el expediente, en todos sus elementos constitutivos el delito de violencia carnal".

3º Que se aplicó indebidamente el artículo 36 del Código Penal "al graduar la pena impuesta a José Manuel Marín Torres, puesto que desconoció la previsión contenida en el artículo 38 del Código Penal en sus ordinales 1º, 11 y 12", ya que, a contrario de lo afirmado por el Tribunal, obran en favor del procesado las circunstancias de menor peligrosidad allí previstas.

3º Que la circunstancia de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 6º del artículo 37 fue mal deducida al acusado, por estar absorbida por la específica de la sevicia con que fue calificado el homicidio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su respuesta a la demanda reseñada, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, acoge los planteamientos del recurrente, por lo que toca al primer cargo formulado a través de la causal cuarta, no así el segundo, en su opinión improcedente por no ser debatible como motivo de nulidad, y se abstiene de examinar la acusación hecha con base en la causal primera, dado que la "invocada como principal, ha sido demostrada en forma evidente por el demandante y en tal situación lo procedente es solicitar a esa honorable Corte que, al aceptar la procedencia de dicha causal, proceda al tenor del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, letra b".

La tesis de la nulidad constitucional en el caso *sub judice*, acogida por el señor Procurador Delegado en lo Penal la hace descansar en el quebrantamiento de las formas propias del juicio exigidas por el artículo 26 de la Carta.

Para el distinguido colaborador "es obvio que el juicio penal propiamente dicho no puede adelantarse sino dando aplicación estricta a las disposiciones que rigen el trámite de esta importante etapa del proceso, en la cual se debate la responsabilidad penal del reo, por medio de la controversia entre la acusación y la defensa".

Agrega que, "para evitar que el derecho de defensa del procesado sufra mengua, al adelantarse en su contra algún juicio, el legislador ha señalado algunas obligaciones imperativas que deben ser cumplidas en las etapas del proceso". Inciden en el juzgamiento, según la opinión fiscal, los artículos 271, 294, 295, 356 y 375 del Código d Procedimiento Penal, y son "de importancia vital" los artículos 12, 29 y 36, de cuyo "estudio sistemático" alcanza las siguientes conclusiones:

"1º Uno de los objetivos fundamentales del proceso penal es el de conocer la personalidad del delincuente, no sólo en el momento de cometer el hecho criminoso sino durante el curso del sumario. Todo cuanto tienda a comprobar cuál es el estado psíquico del reo y, en especial, bajo el influjo de qué condiciones personales cometió el hecho materia de la investigación penal, es imprescindible para el recto juzgamiento del procesado, pues según se encuentre o no dentro de algunas de las situaciones descritas en el artículo 29 del Código Penal habrá lugar a tramitar el juicio propiamente tal con o sin intervención del jurado. Al respecto dice el artículo 1º del Decreto extraordinario 3347 de 1950 en su ordinal 6º:

"'Suprímese la intervención del jurado...

"'6º En todos los casos en que el agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental o padeciere de alguna grave anomalía psíquica'.

"Al igual, la sanción será diferente ya se trate de quien infringió la ley penal en los casos del artículo 29 del Código Penal o de quien no puede invocar a su favor ninguna de las modalidades allí descritas. La norma citada así lo ordena.

"2º En la imposición de la sanción incide como determinante la personalidad del agente, y si éste se halla dentro de uno de los casos señalados por el artículo 29 del Código Penal, habrá que estarse a lo dispuesto por el artículo 61, y siguientes del mismo estatuto.

"3º Para el funcionario instructor y, más aún, para el juez del conocimiento es obligación imperativa procurar que al proceso se alleguen los elementos probatorios suficientes que les permitan conocer plenamente cuál es la personalidad del agente del delito. De resto no se explica cómo pudiera definir si se debe seguir el juicio con o sin intervención del jurado (art. 480 del C. de P. P. y ss. y 1º del Decreto extraordinario 3347

de 1950), cuando de autos surge que existe la prueba para dictar en contra del procesado auto de vocación a juicio (art. 429 del C. de P. P.); y, tampoco podría darse estricto cumplimiento a las normas legales que indican la sanción a imponer, siendo así que la personalidad del reo es uno de los presupuestos que debe tener presente el fallador al momento de producir sentencia condenatoria, si para ello hay la prueba que exige el artículo 203 del estatuto procesal penal. Y ya se vio que atendida la personalidad del reo, si su conducta puede o no ubicarse dentro de las modalidades de la delincuencia descritas en el artículo 29 del Código Penal, serán diversas las sanciones a aplicar en cada caso concreto (Penas: arts. 41 a 60 y medidas de seguridad): (arts. 61 a 74 del C. P.).

"4º No puede afirmarse que se han cumplido a plenitud las formas propias del juicio penal, cuando no se han allegado al proceso las pruebas que permiten conocer la personalidad del reo y más cuando se está en presencia de hechos fundados que hacen presumible considerar al agente del delito dentro de una de las modalidades del artículo 29 del Código Penal. En efecto: ya se vio que establecer cuál es la personalidad del procesado tiene incidencia no solo en la ritualidad del juicio a seguir, si para ello existe mérito al tenor del artículo 429 del estatuto procesal penal, sino en la imposición de las sanciones respectivas. La ausencia de la prueba en comentario —la que permite definir cuál es la personalidad del agente— conlleva a la violación del artículo 26 de la Constitución, en aquellos procesos donde se hace evidente que el reo puede haber cometido el delito bajo uno de los estados psíquicos tipificados por el artículo 29 del Código Penal. En caso de omitir tal probanza se viola no solo la ley procesal, por dar aplicación a una ritualidad del juicio que no corresponde cuando el agente obró en uno de los estados psíquicos del artículo 29 del Código Penal, sino que se lesiona el derecho de defensa del procesado porque se le aplica una sanción que no es la señalada por la ley; todo ello cuando en verdad resulta que el agente psíquicamente era anormal, al tenor de la disposición antes citada.

"Dando cabida a las anteriores consideraciones al caso *sub judice* se anota:

"a) El procesado en su injurada, como lo afirma el recurrente, dio fundamento serio para estimar que había podido cometer los hechos criminosos de autos bajo uno de los estados psíquicos que describe el artículo 29 del Código Penal (Fl. 47 vt., C. 1º).

"b) El mismo Tribunal *ad quem* reconoció el ancestro de locos" que tenía el reo Manuel Marín Torres y aún asevera que 'fácilmente se explica su locura moral' (Fl. 47 vto. C. 1º) y 25 del Cuaderno 2º.

"c) Los elementos de juicio aportados al informativo dan cuenta de la comisión de hechos criminosos que revelan extrema insensibilidad en su agente, que niegan un móvil determinante definido y lo anterior significa que puede estarse ante eventos delictivos cometidos por quien padece de enajenación mental o una grave anomalía psíquica. Los antecedentes familiares del reo y los delitos que en este proceso se le atribuyen dan base razonable para sostener tal aserto.

"Si lo anterior es manifiesto, resulta obvio que la ausencia de la pericia de los médicos psiquiatras para conocer la personalidad del procesado incide fundamentalmente en el juzgamiento de Marín Torres. El hecho de no haber practicado tal prueba en esta investigación conlleva a la violación del derecho de defensa del procesado porque de resultar que actuó en uno de los estados que se indican en el artículo 29 del Código Penal, no sólo el procedimiento del juicio propiamente tal sería diverso al aplicado al caso *sub judice* sino que la sanción a imponer sería de las denominadas medidas de seguridad. Es, pues, notorio que el artículo 26 de la Constitución ha sido infringido en este proceso y que, como secuela lógica de lo anterior, se ha incurrido en una nulidad supra-legal.

"Esta Procuraduría estima, al contrario de lo que sostiene el demandante, que los efectos de la nulidad no pueden producirse a partir del auto de detención, sino que únicamente se debe reponer lo actuado desde cuando se declaró cerrada la presente investigación (Fl. 79 del Cuad. 1º). Con esta glosa, este Despacho estima que el cargo primero propuesto por el recurrente para comprobar la causal cuarta de casación está destinado a prosperar, y por lo tanto, solicita comedidamente a esa honorable Corte que lo declare probado e idóneo para dar viabilidad a la causal invocada".

CONSIDERA LA SALA:

1º Precisa, dentro del orden lógico y técnico a que la demanda se acomoda, examinar los cargos contra la sentencia con fundamento en la causal cuarta, principalmente en lo que se refiere a la violación del artículo 26 de la Constitución, por no haber sido observadas en el proceso las formas propias del juicio.

Como ya se anotó, la nulidad alegada en este particular (primer cargo de la demanda) proviene de no haber ordenado el funcionario de instrucción o el juez del conocimiento el examen psiquiátrico del acusado, no obstante éste haber señalado en su injurada antecedentes familiares de enajenación mental, pues de tratarse de un delincuente anormal, su juzgamiento tenía que ceñirse a las prescripciones del Decreto 3347 de 1950.

La omisión de esta prueba pericial determinó la aplicación del procedimiento penal ordinario y, consecuentemente, que la responsabilidad se concretara en la imposición de las penas comunes.

2º Es cierto que Marín Torres manifestó en su indagatoria que su "madre es loca y está en el manicomio de Yarumal", que su "padre también ha sufrido del cerebro y del corazón" y que una hermana "de nombre María Eulalia Marín, estuvo loca por motivo de que mataron a mi papá y a un hermano mío", pero en la misma diligencia el procesado afirma enfáticamente que no ha estado nunca loco.

La conveniencia de que el dictamen facultativo se hubiera producido en la instrucción es cosa indudable, más asistido como estuvo el acusado por su apoderado en esa etapa y por el defensor, una vez radicado en juicio, debieron ellos solicitar la prueba. Apoderado y defensor se hicieron oír en todas las oportunidades y sus esfuerzos, inclusive en la audiencia pública, estuvieron encaminados a demostrar la falta de prueba y la temeridad del testimonio de María del Carmen Valencia. Para nada alegaron enajenación mental o anomalía psíquica del procesado, problema éste que ahora quiere debatirse en el recurso de casación como nulidad supralegal.

3º Para asentar la nulidad constitucional y sostener que hubo violación del artículo 26 de la Carta, precisaría que los juzgadores de instancia, contra la prueba de anormalidad del acusado, acomodaran el procedimiento a normas impropias. No puede presumirse gratuitamente que en efecto Marín Torres sea un enfermo mental, o que lo estuviera a tiempo de la comisión de los delitos.

Las formas del juicio fueron bien observadas. La hipótesis de anormalidad del agente, para los efectos del artículo 29 del Código Penal y de las normas del decreto atrás citado, tenía que demostrarse, y aunque es claro que la prueba la pudo ordenar de oficio el instructor o el juez, esa omisión estaban las partes en capacidad de salvarla solicitándola, lo que no hicieron posiblemente por confiar en una absolución, ante el jurado, por deficiencia de los medios de convicción que obraban en los autos.

4º No cabe, entonces, considerar como válido el primer cargo contra la sentencia, por no asentarse en una realidad del proceso, sino en simple supuesto del impugnador.

5º En cuanto al segundo cargo a través de la misma causal, suficiente es observar que lo que el demandante plantea es una cuestión de hecho relacionada con la prueba de los elementos que tipifican ante la ley la violencia carnal, no susceptible de debatir como nulidad del juicio. Y aunque se hubiera invocado la causal segunda, tampoco habría lugar al examen del cargo dado que se trata de causa cuya sentencia descansa en el veredicto del jurado.

6º La causal primera aparece mal invocada, puesto que el impugnador al hablar de los artículos 316 y 33 del Código Penal, que estima mal aplicados, parte de la base de que no hay prueba del delito de violencia carnal, es decir, repite lo argumentado con fundamento en la causal cuarta.

7º No demuestra el demandante la indebida o errada interpretación del artículo 36 ibídem, al cual se refiere para decir que el Tribunal tuvo en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad no acreditadas en el proceso, y desconoció las de menor peligrosidad sí comprobadas. El cargo es una simple afirmación del señor apoderado y la Corte no podría suplir las deficiencias de la demanda estudiando si erró el Tribunal en la individualización de la pena.

8º Por último, si el *ad quem* dedujo al acusado la circunstancia prevista en el ordinal 6º del artículo 37 y a la vez, de acuerdo con el veredicto, impuso la pena de homicidio asesinato, por la sevicia, esas dos circunstancias no se confunden ni son equivalentes, para los efectos del inciso primero de dicho texto legal. La sevicia, que presupone ferocidad del homicida y calculada crueldad con el occiso, es cosa distinta de los factores de tiempo, lugar, instrumentos o modo de ejecución del delito, "cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

9º No prospera, por tanto, en el caso de autos el recurso de casación y procede aplicar el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se ha hecho mérito y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

ROBO COMUN Y ROBO AGRAVADO

Indebida aplicación del artículo 404, ordinal 3º, del Código Penal. No estaba destinada para la habitación de nadie la oficina donde se cometió el delito.

La providencia acusada dio aplicación al precepto contenido en el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal, sin ser pertinente. Porque la circunstancia específica de agravación señalada en el precepto aludido, se refiere a los casos de perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas, entendiéndose por aquél todo albergue que constituya la morada de una o más personas, y por éstas los patios, corrales, graneros, cocheras y demás departamentos, locales, construcciones o espacios contiguos a un lugar habitado y en comunicación interna con él. La oficina donde se cometió el delito, no era la morada del denunciante ni la de ninguna otra persona, ni constituía dependencia inmediata de un lugar habitado. Hubo, por tanto, indebida aplicación de la norma referida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual se le impone al procesado Víctor Manuel Sánchez Herrera la pena de seis años de presidio, como responsable del delito de robo.

El demandante, doctor Max Vargas Archila, con fundamento en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, solicita que sea casada la sentencia de que se ha hecho mérito, a fin de que se tome en consideración el precepto contenido en el artículo 402 del Código Penal para señalar la pena, en vez del ordinal 3º del artículo 404 de la misma obra, aplicado por el *ad quem*.

Expresa el impugnante que "el lugar en donde se perpetró el delito... no estaba habitado, ni destinado a tal fin, ya que se trataba de una oficina...", con lo cual agrega..., "es evidente que el Tribunal de Ibagué, al condenar al acusado Víctor Manuel Sánchez Herrera en la forma indicada, interpretó erróneamente y aplicó en forma indebida el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, incurriendo, así, en flagrante violación de tal norma, lo mismo que del artículo 402 de la misma obra, al no aplicarlo, siendo la disposición pertinente al caso, por tratarse de un robo simple o común, ante la ausencia de circunstancia agravante del delito".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, al contestar la demanda, expresa que debe atenderse lo solicitado por el señor apoderado de Sánchez Herrera, si se tiene en cuenta:

"1º La discusión se plantea desde un punto de vista que es irrebatible: la pertinencia del artículo 404, ordinal 3º del Código Penal, cuando se ha cometido, entre otros eventos, el delito de robo con fractura de puerta de lugar habitado o de sus dependencias inmediatas y, a contrario sensu, la improcedencia de la interpretación y consiguiente aplicación de dicho precepto cuando apenas el robo se ha producido con fractura de puerta de otros lugares que específicamente no constituyen ni lugar destinado cuotidianamente a la vivienda o albergue de las personas o sitio inmediato de dicho lugar.

"2º Está establecido en el proceso, y constituye un hecho que acepta el mismo Tribunal *ad quem*, que en el caso *sub judice* el robo cometido por Víctor Manuel Sánchez Herrera se llevó a cabo mediante fractura de la puerta de la *oficina* de negocios del señor Charles Danna Osorio. Esto significa que no se da en este proceso la modalidad específica que contempla el artículo 404 del Código Penal, en su ordinal 3º y que consiste en realizar el delito de robo ejerciendo violencia sobre la puerta de un lugar destinado a la habitación o de una de sus dependencias inmediatas.

"3º Si fuera suficiente para configurar la agravante del delito de robo en estudio, que existiera violencia solamente sobre la puerta de cualquier sitio, sería absurdo y antitécnico que el legislador hubiera establecido una modalidad agravante del delito que es a su vez elemento constitutivo del cuerpo del delito: la violencia que ha de ejercerse sobre las personas o las cosas para lograr el apoderamiento de una cosa mueble ajena, siendo lo anterior un evento apenas de los varios que configuran el delito de robo, al tenor del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, que modificó el artículo 402 del Código Penal.

"4º Al dar aplicación el Tribunal *ad quem*, en la sentencia impugnada, al artículo 404 del Código Penal en este proceso, sin que los elementos probatorios establecieran que la oficina del señor Danna Osorio fuera un lugar habitado, como lógicamente no puede serlo, pues los autos revelan que era allí donde tenía la sede de su negocio y nada más, o que dicha oficina fuera aledaña a un sitio destinado a la habitación o vivienda de las personas, el citado Tribunal interpretó erróneamente dicho precepto y, como consecuencia, lo aplicó indebidamente. Se configura, pues, la violación de la ley penal sustantiva por tal motivo".

HECHOS:

Acoge el Ministerio Público el relato que hace el demandante, el cual es del tenor siguiente:

"El 3 de septiembre de 1960, según parece a eso de las horas del medio día, penetraron al edificio de la Beneficencia del Tolima, situado en la calle 12 número 239 de esta ciudad de Ibagué, dos individuos que dijeron dirigirse a las dependencias de la 'Voz del Tolima'; minutos después de haber hecho entrada al inmueble, alguien dio la voz de alarma de que en una de las oficinas del edificio había ladrones, lo que dio motivo a que algunos de los presentes en el lugar tomaran las providencias del caso, a efecto de capturar a los posibles incursores, en el momento en que estos bajaban las escaleras con dirección a la calle; uno de ellos, aprovechando la confusión producida por la salida de los ocupantes de las distintas dependencias del inmueble, logró evadirse; no así Víctor Sánchez Herrera, quien fue capturado llevando una máquina calculadora, que después fue reconocida como de propiedad del señor Charles Danna Osorio, el cual al llegar a la oficina para inquirir por lo que hubiere podido ocurrir, encontró la puerta de acceso al interior con visibles muestras de haber sido violentada la cerradura".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En el fallo impugnado se acepta, de acuerdo con la inspección ocular realizada en el lugar de los hechos, que el delito de robo fue consumado "en la oficina número 310, ocupada por el señor Charles Danna Osorio", situada en el "Edificio de la Beneficencia", en la ciudad de Ibagué.

Y, sin embargo de que ese lugar donde fue cometido tal delito no es habitado, ni constituye una dependencia inmediata de uno que lo sea, el *ad quem*, en la providencia acusada, dio aplicación al precepto contenido en el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal, sin ser pertinente.

La circunstancia específica de agravación señalada en el precepto aludido, se refiere a los casos de perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas, entendiéndose por aquél todo albergue que constituya la morada de una o más personas, y por éstas los patios, corrales, graneros, cocheras, garajes y demás departamentos, locales, construcciones o espacios contiguos a un lugar habitado y en comunicación interna con él.

La oficina del señor Danna Osorio no era su morada, ni la de ninguna otra persona, ni constituía una dependencia inmediata de un lugar habitado. Incurrió, por tanto, el Tribunal Superior de Ibagué en indebida aplicación de la norma contenida en el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal y, en consecuencia, debe tenerse como probado el cargo hecho por el demandante a la sentencia recurrida, con fundamento en la causal primera de casación.

Debe, pues, invalidarse el fallo de 30 de agosto de 1961, de que se ha hecho referencia, a fin de imponer al procesado Víctor Manuel Sánchez

Herrera la pena mínima señalada en el artículo 402 del Código Penal, teniendo en cuenta, como lo observa el Juzgado Primero Superior de Ibagué, que "no obran circunstancias de mayor peligrosidad, y sí la de su buena conducta anterior, que se presume, y habida cuenta de que la víctima no sufrió ningún perjuicio y que el sindicado ninguna utilidad derivó del delito".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, objeto del recurso, a fin de imponer al procesado Víctor Manuel Sánchez Herrera la pena principal de dos (2) años de prisión, en lugar de la de seis (6) años de presidio que le había sido señalada.

En lo demás rige la sentencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Ibagué.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

DELITO IMPERFECTO Y DELITO IMPOSIBLE

Idoneidad e inidoneidad de los medios empleados para cometer el delito. Necesaria distinción entre la inidoneidad de los medios y la falta de aptitud de la acción. El delito imperfecto y el imposible, con relación a los medios empleados. Dolo de ímpetu, dolo de simple propósito y dolo premeditado.

1. Se arguye que las escopetas que dispararon los sindicados no eran idóneas para causar la muerte sino sólo las lesiones que realmente ocasionaron. En el examen de este aserto importa recordar que en relación con los medios para consumar un delito, no es dable hablar en abstracto ni mucho menos en forma absoluta, puesto que, como lo reconoce Geyer y lo demuestra la experiencia, un medio, considerado en ese campo como inidóneo, puede resultar, en concreto, como idóneo y, a la inversa, un medio idóneo en abstracto, puede resultar, en concreto, como inidóneo. Esto es algo de que se prescindió en el caso de autos, en donde la tesis de la inidoneidad de los medios, a más de que se dejó, en vigor, al amparo de un simple enunciado, vale decir, sin respaldo dialéctico, aparece formulada en abstracto y revestida de un absolutismo que ni siquiera se ensaya explicar.

2. Respecto de las heridas que recibieron las víctimas como consecuencia de los disparos y que la defensa acoge, en razón de su escasa entidad, como criterio para establecer la supuesta inidoneidad de los medios escogidos por los procesados en la realización del propósito de muerte, es de evidente necesidad observar que esa materia se refleja y tiene significado propio, no con relación a la calidad de que puedan estar revestidos, en su naturaleza intrínseca esos medios, sino a la aptitud de la acción para determinar el peligro, la cual, en su esencia, es absolutamente distinta de la idoneidad, referida a medios, que es una producción directa del agente, inherente, de suyo, al propósito que lo guió, en tanto que la aptitud de la acción, en su realidad física, es extraña al proceso volitivo y se ofrece cuando el acto, ya desprendido de su autor, se introduce, con su fuerza de propulsión, en el mundo de los fenómenos para correr allí las contingencias de los mismos. En el caso de autos, la aptitud de la acción, llamada también adecuación, fue deficiente, circunstancia que, independiente de la voluntad de los procesados, fue la que salvó la vida de las víctimas, condenadas a morir, de acuerdo con el propósito de aquéllos y los medios de que se valieron para realizarlo.

3. Por lo demás, la inidoneidad de los medios, para que pueda obrar como factor de oposición a la incriminación de un delito imperfecto, en su forma de tentativa o de frustración, según las enseñanzas de los expositores, debe consistir en un defecto que hace ineficaces por sí mismos los medios empleados, es decir, en defectos de la esencia intrínseca de esos mismos medios, de manera que se excluya que puedan dar lugar a la realización del propósito del agente que los pone en ejecución, condición que no se registra en el caso de autos, precisamente porque en la naturaleza intrínseca de las armas utilizadas por los procesados se encuentra la raíz de su poder letal.

4. El dolo, en lo tocante con su intensidad, según la clasificación tradicional, se divide en dolo de ímpetu el que, sobre la base de la actividad consciente que es común a cualquier tipo de dolo, se integra, siempre e inexorablemente, a través de una grave e injusta provocación; el dolo de simple resolución, llamado también de simple propósito, que es el que se integra a impulso del momento, frente al estímulo que le

da vida y determina el obrar, en función de conseguir el delito querido, a continuación de que se acoge, como resolución, el propósito de consumarlo; y, por último, el dolo premeditado, que se integra con la concurrencia de un proceso reflexivo en torno al hecho delictuoso que se ambiciona realizar cuya culminación se traduce en la resolución de consumarlo, la que se deja en suspenso por algún tiempo más o menos dilatado, tiempo en cuyo transcurso el agente debe permanecer en absoluto ánimo frío, para entonces sí llevar a cabo la acción delictuosa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 21 de marzo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó a los señores Rafael Angel Espinal y Bernardo Henao Giraldo, como responsables del delito de doble homicidio frustrado, en la modalidad de asesinato, a la pena de doce (12) años de presidio y accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION

En la tarde del 27 de agosto de 1959, en momentos en que el señor Germán Rivera transitaba con su cónyuge señora Mariela Castaño de Rivera por el camino que de la fracción rural de Guadualito conduce a la de La Calera, ambas del Municipio de El Dovio, fueron sorprendidos con dos disparos de escopeta que les hicieron, desde el lado de la vía, a unos 15 metros de distancia, los señores Rafael Angel Espinal y Bernardo Henao Giraldo, disparos de los que resultaron heridos los dos desprevenidos transeúntes.

De estos hechos conoció en primera instancia el Juzgado 3º Superior de Buga, el que, con arreglo a los trámites del artículo 3º del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, mediante sentencia del 14 de diciembre de 1960, entendiéndolos como constitutivos del delito de homicidio frustrado con respecto a uno y otro de los cónyuges heridos, ambos en la modalidad de asesinato, en fuerza de haber concurrido en la ejecución de los dos premeditación acompañada de motivos innobles e indefensión de las víctimas, condenó a los señores Rafael Angel Espinal y Bernardo Henao Giraldo, en el carácter de responsables de ellos, a la pena de doce (12) años de presidio cada uno y accesorias del caso, fallo que el expresado Tribunal, sin ninguna observación, confirmó en el suyo del 21 de marzo del año pasado.

DEMANDA DE CASACION

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, los recurrentes Espinal y Henao Giraldo, por conducto del distinguido apoderado que los asiste, invocan como única causal de impugnación la prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la cual se sustenta, sobre la base del cargo de mayor trascendencia y alcances, en los siguientes términos:

"Pero el más grave error en que incurrió el Tribunal de Buga y que fue la necesaria consecuencia de la pésima interpretación o apreciación que hizo de los hechos en la sentencia demandada, es el de haber desconocido completamente un hecho que, por su gran significación, cambia por completo la faz del problema planteado en este proceso sobre la responsabilidad de los procesados, que debe deducirse de la objetividad jurídica del delito a ellos atribuído. El hecho es éste: según el concepto médico-legal a los dichos esposos se les reconoció heridas, ya cicatrizadas, a los poquitos días del hecho, y causadas con proyectiles de escopeta de los llamados 'llovizna'. Este concepto ni siquiera lo cita el fallador, siendo así que con él se llega al convencimiento íntimo de que por más intención que hubiera habido de parte de los procesados, nunca les hubieran podido causar la muerte a los ofendidos o lesionados, en forma tan insignificante, porque las heridas no pasaron, ni podían pasar de la epidermis, dada la pequeñez inofensiva de los proyectiles llamados 'llovizna', por los cazadores, por no servirles sino para la caza de perdices o codornices. Me permito acompañar a este alegato de casación unos balines de los llamados 'llovizna' en el concepto médico-legal y denominados así por todas las gentes que los conocen, y preferidos y usados únicamente para la cacería de aves tan delicadas como las tórtolas o las codornices. Por eso la misma esposa de Rivera, hablando del impacto que le hizo un balín de esos en la frente de su esposo, dice que le quedó un 'chichón', y si ese fue el efecto del impacto en una parte tan delicada como la frente, con mucho más razón hay que suponer que las heridas en otras partes del cuerpo tuvie-

ron que ser enteramente superficiales, desde luego que los médicos-legistas a los cuatro o cinco días que les practicaron los reconocimientos, encontraron lesiones ya cicatrizadas. Y el Tribunal de Buga nada dijo de esto hecho tan importante y decisivo en este proceso. Lo calló y posiblemente si lo hubiera conocido lo habría apreciado o calificado, también *ad intra*, es decir en orden a lo que el mismo sentenciador ya tenía concebido como un asesinato frustrado. Pero hecho de tanta trascendencia tenía que importarle poco al Tribunal sentenciador, para no verse en el compromiso de abandonar sus personales conceptos, con los cuales relacionados, en aparente orden lógico, ya tenía agarrados a los procesados, para confirmarles la pena que ya les había impuesto el Juez *a quo* en su desarrapada sentencia".

Con fundamento en estas consideraciones, la demanda sostiene que "en lugar de ser la verdadera objetividad jurídica del delito, materia del proceso, un 'homicidio imperfecto', en grado de 'homicidio frustrado' con circunstancias de asesinato, es una mera tentativa imposible de homicidio, que jamás les puede agarrar a los procesados una sanción tan grave y tan aberrante, como la impuesta en la sentencia".

De otra parte, en el mismo libelo de impugnación y con apoyo también en la causal 2ª, antes de entrar a plantear el cargo a que se contrae la transcripción, se sostiene que sólo por errada interpretación de los hechos se pudo, dentro del fallo acusado, acoger la idea de premeditación y de indefensión de las víctimas como modalidades que agravaban específicamente los delitos incriminados, puesto que la forma del encuentro con los cónyuges Rivera-Castaño, perfectamente casual, excluía de suyo esas circunstancias calificadoras.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el concepto de respuesta a la demanda, comparte la tesis allí expuesta respecto de que los hechos incriminados no configuran los homicidios frustrados en que se funda la sentencia acusada, pero discrepa en la conclusión de que puedan integrar "tentativa imposible de homicidio", en orden a que, en su parecer, lo que estructuran es, en rigor, "delito imposible". Sus razones, en el particular, son las siguientes:

"Aún aceptando que la intención de los procesados hubiera sido la de causar la muerte de los Rivera, —cosa bastante discutible—, no podría afirmarse, en la forma enfática como lo hace el Tribunal, que se está en presencia de un doble homicidio imperfecto, en grado de frustrado.

"No debe olvidarse que la honorable Corte ha sostenido que la entidad o categoría del Homicidio imperfecto se subordina al *iter criminalis* recorrido por el agente y a la especie de acto realizado, y que, en el caso del delito frustrado, todos los actos constitutivos o consumativos desde el punto de vista subjetivo han tenido ejecución pero que hay que tener especial consideración en que los medios empleados sean idóneos (esto es, no sólo los que el agente consideró o creyó necesarios, sino los que según el orden natural de las cosas debían ocasionar el efecto delictuoso pretendido'. Y agrega la Corte 'según eso, cuando se causan unas heridas que no son por naturaleza mortales, ora por falta de cálculo en los golpes, ya por no haberse escogido bien las regiones letalmente vulnerables o también por la idoneidad del arma o medio empleado, no podrá hablarse de delito frustrado sino de mera tentativa o también de delito imposible'.

"Para el Despacho el caso de autos se encuentra enmarcado dentro del artículo 18 del Código Penal ya que es indudable la inidoneidad del medio empleado (escopeta cargada con munición de lloviznа) para cumplir una finalidad letal. Habida consideración de la buena conducta y de los antecedentes de los condenados, y en general de las circunstancias de que habla el artículo 36 del Código Penal, la sanción que les ha sido impuesta es, realmente, excesiva".

SE CONSIDERA:

En el campo del delito es, desde luego, verdad apodíctica que el que quiere el hecho que lo constituye quiere, a su vez, los medios para realizarlo, de donde resulta que, en atención a la índole del cargo principal que se formula al fallo acusado, precisa, en orden a su estudio, comenzar por establecer el propósito de los procesados al disparar contra los cónyuges Rivera-Castaño.

En la sentencia impugnada se sienta como hecho plenamente comprobado que los disparos los hicieron los procesados a sus víctimas "sin otro propósito que el de segar sus vidas", lo que apenas era obvio, ya que de otro modo no habría sido posible condenar a título de homicidio frustrado. Ese propósito de muerte, dentro de la demanda de casación, se acepta sin ninguna reserva. Por su parte, el señor Procurador, sin dar ninguna razón, puesto que no se ocupa del tema, califica de "bastante discutible" aquel

propósito letal, apreciación que, en verdad, no se justifica, teniendo en cuenta la confesión de los acusados, referida, en particular, a las causas generadoras del obrar contra los Rivera. A ese respecto el procesado Espinal, en su indagatoria del 5 de septiembre de 1959, cuya reposición se llevó a cabo el 2 de mayo de 1960, sin que se hubiera introducido modificación alguna a nada de lo consignado inicialmente, expresa:

"Resulta que hace unos siete años aproximadamente, el señor Germán Rivera mató en esta población, a mi primo hermano de nombre Custodio García, lo asesinó a bala en unas elecciones y desde eso conservo determinada diferencia personal con el señor Rivera... Serían como las cinco de la tarde de ese día, cuando pude ver al señor Germán Rivera que iba con su señora esposa de nombre Mariela Castaño de Rivera y *se me vino a la mente la venganza y acto seguido me alisté con la escopeta* que portaba y con ella le hice un tiro a Germán Rivera... Aclaro que ese día en las horas de la mañana, le conté a Henao *que tenía determinada venganza* con el señor Rivera, por el motivo que había asesinado a un primo hermano mío (F. 9 y ss. del cuaderno 1º)".

En estos apartes campea la confesión implícita del procesado Espinal en orden al propósito de muerte que lo llevó a disparar contra los Rivera, determinado por la fuerza impulsora de la venganza, acariciada y mantenida por el espacio de siete años, la cual comenzó a envenenar su espíritu cuando apenas contaba entre diez y once años de edad, ya que cuando rindió indagatoria, en la fecha indicada, apenas sobrepasaba los dieciocho. En careo con el citado Rivera, el mismo acusado, como recabando en su propósito letal, dice:

"Aclaro que yo no le hice el disparo a la señora de Rivera, sino a éste, porque conservo con este señor una venganza, porque según informes que tengo, fue él el autor de la muerte de mi primo hermano de nombre Custodio García; ésto fue en unas elecciones en esta población, ésto fue después del '9 de abril de 1948'. De igual manera tengo que expresar que el señor Abelardo Agudelo me contó tanto a mí como a Custodio Espinal, que el señor Rivera Arcila *tenía la intención de atacarnos*, que sería mejor que nos fuéramos de nuestra finca, porque un lunes por la noche nos iban a matar, el señor Rivera Arcila en compañía de Bianor Salazar, Alfonso Arango y Manuel Agudelo. Abelardo Agudelo, actualmente vive en Pereira (Caldas) y éstos últimos residen en Versalles; que ésto era por asunto político. Fue ésta la causa para yo tomar esta determinación".

Aquí el procesado revela que al móvil de la venganza, de por sí destructor, en el mismo objetivo de determinar su conducta, se sumó la noticia que tuvo respecto de que Rivera quería matarlo y así, para realizar aquélla y anticiparse al predicho anhelo, al verlo que avanzaba con su esposa, se alistó, como lo dice sin ambages en su indagatoria, y a ese efecto, con su compañero Henao Giraldo, se metió al cañaduzal del lado de la vía para desde allí emboscado, conforme a una perfecta actitud de asecho, esperar el paso de los cónyuges y en esas condiciones dispararles.

El propósito de muerte, en el procesado Espinal, al disparar contra los Rivera, no es, pues, discutible, sino, por el contrario, evidente, realidad que es la misma que concurre con relación al procesado Henao Giraldo, quien en su indagatoria del 5 de septiembre de 1959, reiterada en cada uno de sus términos en la reposición que de ellas se hizo el 2 de mayo de 1960, explicando las causas que lo llevaron a disparar, a su turno, contra los citados cónyuges, dice:

"Hace unos quince días aproximadamente que vine de Caicedonia hacia el Municipio de Versalles y el día veintiséis de agosto del presente año me encontré con el señor Rafael Angel Espinal, a quien hacía un mes lo había conocido. Nos encontramos en el sitio de 'El Tambo', jurisdicción de Versalles, y acto seguido me invitó a una cacería, al monte y yo le dije que bueno. Entonces Rafael Angel fue a la casa de Custodio Espinal, a escondidas de éste, quien se encontraba en un cañaduzal de su propiedad trabajando, y se le sacó una escopeta de fisto y fuera de esa arma, Rafael Angel Espinal, tenía otra escopeta de fisto y cuando vino a reunirse conmigo me pasó la escopeta de su propiedad y acto seguido nos fuimos para el monte y por allá nos amanecimos. Por el día jueves veintisiete de agosto del año en curso estuvimos en la Calera, ayudándole a un muchacho de nombre Polo Ceballos. Por la tarde nos vinimos entre Rafael Angel y mi persona y siendo como a eso de las cuatro de la tarde, nos encontramos con el señor Germán Rivera y la esposa de éste cuyo nombre no sé; en el crucero que va hacia 'Monte-azul' y la 'Calera' de esta jurisdicción. Comoquiera que unos muchachos cuyos nombres no conozco, que actualmente deben de vivir en Calarcá —Caldas—, me habían dicho que le pusiera mucho cuidado al señor Rivera, que él les había dicho que yo estaba bueno para tumbarme, entonces apenas le ví que se me acercaba, tomé la escopeta que portaba y con ella le hice un tiro, lo mismo que hizo mi compañero Rafael Angel Espinal... Al señor Germán Rivera y a la señora

de éste, hace un mes aproximadamente que los conozco; sobre la amistad entre estas personas y la mía, no existe rivalidad de ninguna clase. *Unicamente fue lo que supe que Rivera había dicho que a donde me viera me tumbaba y fue ésta la razón para cuando yo lo vi, le tirara por delante, antes de que él lo hiciera* (Fl. 7 y ss. del Cuad. 1º)".

En estos apartes, particularmente en el que se resalta por medio del subrayado, aparece, sin velo ni disimulos, la confesión del procesado Henao Giraldo respecto al propósito de muerte que tuvo al disparar contra los Rivera. En la diligencia de careo con el señor Germán Rivera, recabando en ese propósito específico, expresa:

"Los motivos que yo tuve para tomar esta determinación contra el señor Germán Rivera y la esposa de éste, fue porque el citado señor Rivera estuvo matando a varias personas en el Departamento de Caldas cuando él se fue de este lugar, y en segundo lugar porque el señor Rivera había dicho en Versalles que me iba a ser (sic) matar; en cuanto a los muertos del Departamento de Caldas, me lo contaron los señores Jaime Osorio y Ramón Sabogal, quienes fueron asesinados en Anres (V.), esto hace unos ocho meses; ellos me contaron que las víctimas habían sido familiares de ellos. Además, Rafael Angel Espinal, me contó que Rivera está acostumbrado a matar a liberales arrodillados; y fue ésta la razón que viendo que Rivera era así, *tomé la determinación de hacerle el disparo a mansalva* (Fl. 67 y ss. del Cuad. 1º)".

De manera que tampoco es discutible el propósito de muerte que determinó la conducta del procesado Henao Giraldo en el disparo contra los Rivera.

Espinal y Henao Giraldo, para la realización del propósito indicado, se valieron de las escopetas de que disponían en el momento de aparecer los Rivera, armas que, conforme a la demanda y al concepto del señor Procurador, no eran idóneas para causar la muerte.

En el examen de esta tesis importa recordar, en el primer término, que en relación con los medios para consumar un delito, no es dable hablar en abstracto ni mucho menos en forma absoluta, puesto que, como lo reconoce Geyer y lo demuestra la experiencia, un medio, considerado en ese campo como inidóneo, puede resultar, en concreto, como idóneo, y, a la inversa, un medio idóneo en abstracto, puede resultar, en concreto, como inidóneo. Esto es algo de que se prescindió en el caso de autos, en donde la tesis de la inidoneidad de los medios, a más de que se dejó, en rigor, al amparo de un simple enunciado, vale decir, sin respaldo dialéctico, aparece formulada en abstracto y revestida de un absolutismo que ni siquiera se ensaya explicar.

En efecto, las escopetas utilizadas por los procesados no se conocen, ni siquiera a través de una simple descripción, a lo largo del expediente, en fuerza de que aquéllos se abstuvieron de presentarlas y, de otra parte, no fueron halladas. Por lo tanto, en ellas no se practicó prueba alguna pericial, que, en concreto viniera a establecer sus particulares condiciones en orden, especialmente, a esa inidoneidad que, en relación con el propósito de muerte, se les atribuye, en términos generales, tanto en la demanda como en el concepto del señor Procurador, prueba, en el punto debatido, absolutamente indispensable, precisamente en atención a que su carácter específico de armas de fuego las sustrae, como de suyo se comprende, a la consideración simplista de que en sí y por sí pudieran ser inidóneas para el cumplimiento del propósito letal que albergaron los acusados al disparar contra los Rivera.

No conociéndose las escopetas y, por lo mismo, en la imposibilidad de aludir, así fuese vagamente, a sus características, en la tesis de la supuesta inidoneidad de ellas para producir la muerte, se echó mano, en el objetivo de probarla, de la carga de que estaban provistas en el momento de dispararlas, compuesta, al decir de los procesados, de proyectiles de los llamados "lloviznа", y de las consecuencias que determinaron los disparos, las cuales se expresaron, según los reconocimientos médicos, respecto del señor Germán Rivera, en heridas de siete días de incapacidad, y en lo que se refiere a la señora Mariela Castaño de Rivera, en lesiones de ocho días de incapacidad. El planteamiento, en estos términos, carece de la debida eficacia, según pasa a demostrarse.

Como es obvio, el hecho de que las escopetas estuvieran cargadas con perdigones de los llamados "lloviznа", en modo alguno permite sostener de suyo, con criterio *a priori*, que ellas dentro de su específica calidad de armas de fuego, las cuales se entienden, según los dictados de la experiencia, como las más idóneas para causar la muerte, hubieran perdido ese poder, cuya raíz se encuentra, no en simples factores accidentales, sino en su propia naturaleza intrínseca. Pretender lo contrario, como se hace tanto en la demanda como en el concepto del señor Procurador, implica recurrir, con prescindencia de las leyes de la dialéctica, a un proceso de generalización fundado, no en lo que regular y ordinariamente ocurre, sino en la excepción, lo que desde luego es absolutamente inadmisible.

Respecto de las heridas que recibieron las víctimas como consecuencia de los disparos y que se acogen, en razón de su escasa entidad, como criterio para establecer, al lado del que se deja estudiado, la supuesta inidoneidad de los medios escogidos por los procesados en la realización del propósito de muerte, es de evidente necesidad observar que esa materia se refleja y tiene significado propio, no con relación a la calidad de que puedan estar revestidos, en su naturaleza intrínseca esos medios, sino en cuanto a la aptitud de la acción para determinar el peligro, la cual, en su esencia, es absolutamente distinta de la idoneidad, referida a medios, que es una producción directa del agente, inherente, de suyo, al propósito que lo guió, en tanto que la aptitud de la acción, en su realidad física, es extraña al proceso volitivo y se ofrece cuando el acto, ya desprendido de su autor, se introduce, con su fuerza de propulsión, en el mundo de los fenómenos para correr allí las contingencias de los mismos. En el caso de autos, la aptitud de la acción llamada también adecuación, fue deficiente, circunstancia que, independiente de la voluntad de los procesados, fue la que salvó la vida a los Rivera, condenados a morir, de acuerdo con el propósito de aquéllos y los medios de que se valieron para realizarlo.

Por lo demás, la inidoneidad de los medios, para que pueda obrar como factor de oposición a la incriminación de un delito imperfecto, en su forma de tentativa o de frustración, según las enseñanzas de los expositores, debe consistir en un defecto que hace ineficaces por sí mismos los medios empleados, es decir, en defectos de la esencia intrínseca de esos mismos medios, de manera que se excluya que puedan dar lugar a la realización del propósito del agente que los pone en ejecución, condición que no se registra en el caso de autos, precisamente porque en la naturaleza intrínseca de las armas utilizadas por los procesados se encuentra la raíz de su poder letal.

El cargo, formulado al fallo acusado con base en la supuesta inidoneidad de los medios de que se valieron los procesados en el ataque contra los Rivera, carece, como se deja ampliamente demostrado, de fundamento.

Los dos procesados, tan pronto vieron a los Rivera en el camino que sirvió luego de escenario a los delitos, se alistaron para consumar el ataque mortal y a ese efecto se introdujeron en el cañaduzal del lado de la vía, donde emboscados y en perfecta actitud de acecho, esperaron su paso para en esas condiciones, tomándolos por sorpresa, dispararles. Son los mismos Espinal y Henao Giraldo los que dan cuenta de todas esas circunstancias, no sólo en sus respectivas indagatorias, sino también en la reconstrucción de los hechos de que informa la diligencia que obra a los folios 85 y siguientes del cuaderno principal. En estos términos, ha de afirmarse entonces que los delitos en examen se llevaron a cabo con *insidia*, factor que, conforme al ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, en la modalidad de imperfectos, los eleva a asesinatos.

El dolo, en lo tocante con su intensidad, según la clasificación tradicional, se divide en dolo de ímpetu el que, sobre la base de la actividad consciente que es común a cualquier tipo de dolo, se integra, siempre e inexorablemente, a través de una grave e injusta provocación, el cual, desde luego, no asoma en forma alguna en el caso de autos; en dolo de simple resolución, llamado también de simple propósito, que es el que se integra a impulso del momento, frente al estímulo que le da vida, y determina el obrar, en función de conseguir el delito querido, a continuación de que se acoge, como resolución, el propósito de consumarlo; y, por último, en dolo premeditado, que se integra con la concurrencia de un proceso reflexivo en torno al hecho delictuoso que se ambiciona realizar, cuya culminación se traduce en la resolución de consumarlo, la que se deja en suspenso por algún tiempo más o menos dilatado, tiempo en cuyo transcurso el agente debe permanecer en absoluto ánimo frío, para entonces sí llevar a cabo la acción delictuosa.

De estos tres grados del dolo, la sentencia acusada, sin confundir, como se pretende en la demanda, el dolo de ímpetu con el de simple propósito o de simple resolución, sostiene el referido al premeditado, que corresponde al de mayor intensidad y que, conforme al ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal, eleva el homicidio a la calidad de asesinato, siempre que, como allí se exige, concurra acompañado "de motivos innobles o bajos". Ese tipo de dolo, dentro de las condiciones en que la ley lo considera para agravar, de manera específica, la responsabilidad, evidentemente, no es rechazable, de plano, como se quiere en la impugnación, respecto de los procesados Espinal y Henao Giraldo, puesto que, como ellos mismos lo confiesan, en el ataque, con propósito de muerte, en contra de los Rivera, obraron determinados por la sed de venganza, fenómeno del que trataron en las horas de la mañana del día de autos con el resultado de que en las de la tarde, colocados sobre la zona por donde debían pasar los expresados cónyuges, en emboscada y a "mansalva", como lo revela uno de ellos, procedieron a saciar aquella pasión brutal. Todo esto, sin duda, le da vigoroso

respaldo demostrativo a la premeditación de que habla el fallo recurrido y, por lo tanto, no hay lugar ni se justifica el desconocimiento de ese factor, particularmente si, de otra parte, se tiene en cuenta, como ha de hacerse, que en la demanda ni siquiera se ensaya rebatir los argumentos de que se valen los juzgadores, tanto de primera como de segunda instancia, para sostener el citado agravante.

De modo que tampoco dispone de fundamento el otro cargo que se hace a la sentencia impugnada al amparo de la causal 2ª de casación, la cual, en consecuencia, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 21 de marzo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, confirmando la del 14 de diciembre de 1960, dictada por el Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, condenó a los señores Rafael Angel Espinal y Bernardo Henao Giraldo, como responsables de los delitos de homicidio en los cónyuges señores Gerrán Rivera y Mariela Castaño de Rivera, en la modalidad de frustrados y dentro de circunstancias de asesinato, a la pena de doce (12) años de presidio cada uno, y les aplicó las penas accesorias del caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

COMPETENCIA PARA EL OTORGAMIENTO DEL INDULTO

Régimen constitucional y legal sobre amnistía e indulto. Rasgos comunes y diferenciales de estas dos instituciones. Incompatibilidades entre la Constitución y los Decretos legislativos.

1. Como puede entenderse del sistema constitucional colombiano, tanto la amnistía como el indulto, si bien son gracias o beneficios destinados a enervar la acción penal o la condena, por delitos políticos, su otorgamiento es de resorte del legislador o del gobierno, pero no de la rama jurisdiccional del Poder Público, criterio éste que apenas si recoge en sus orígenes, fundamentos y doctrina, la razón de ser de dos instituciones esencialmente políticas y de orden público, muy diferentes a los subrogados penales en los que decido privativamente la administración de justicia, **conforme a los códigos que los establecen y reglamentan.**

2. La amnistía es una gracia de carácter general que enerva o extingue la acción penal, borra radicalmente el hecho punible, la condena y todos los efectos penales que de ella pueden derivarse, realizando por así decirlo, una restitutio in integrum, como lo anota Eugenio Florián, En tanto, el indulto puede considerarse como una gracia aplicada a los condenados por una determinada categoría de hechos punibles, según el mismo autor.

3. Como medidas excepcionales destinadas a procurar en un momento dado de la vida nacional la tranquilidad social y el sosiego político, se explica que la aplicación de la amnistía y el indulto dependa de las ramas políticas del poder público y no de la rama jurisdiccional, pues sería contradictorio y disolvente dentro de la organización jurídica encomendar a los jueces semejante función, que contraría el ejercicio de la acción penal y la exigencia de responsabilidad frente a hechos conformados por la ley como delitos.

4. Si los Decretos legislativos que establecieron el indulto y el Decreto orgánico de la Justicia Penal Militar, optaron por confezir a la Corte el conocimiento de esa gracia, los mandatos al respecto están en abierta oposición con el artículo 119 de la Constitución, que reserva al Presidente de la República la facultad de conceder indultos por delitos políticos. Es claro que ni aun bajo el estado de sitio y en ejercicio de las facultades que al Presidente reconoce el artículo 121 de la Carta, podía radicarse la atribución concreta de conocer el **indulto en poder o autoridad distinta a la indicada en la primera parte del artículo 119. Esto enseña con meridiana claridad que la disposición legal que ordena a la Corte conocer de las solicitudes de indulto rebasa la organización institucional del Estado, y que esa jurisdicción no le es dado ejercerla a la Corte sin violar y quebrantar textos expresos de la Constitución Nacional.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en escrito fechado el 21 de abril de 1960, se dirigió a esta Sala de la Corte a efecto de que, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 1823 de 1954 y artículo 616 del Código de Justicia Penal Militar, reclamara del Juez de Circuito de Zapatoca un proceso allí adelantado

contra Rafael Rangel Gómez y otros, para decidir si el hecho por el cual habían sido condenados era delito político y posibilidad legal de otorgar a los responsables la gracia del indulto.

Tramitada la petición del Ministerio Público la Corte procede a pronunciarse de fondo, previo estudio de algunos antecedentes y aspectos jurídicos de la materia.

1º Por sentencia de 1º de febrero de 1955 el Juzgado Penal del Circuito de Zapatoca profirió fallo condenatorio en la causa de la referencia "como responsables del delito de hurto de cincuenta y seis (56) reses de propiedad del doctor Alfredo Carrizosa, hecho cometido entre el veinte y el veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta en su hacienda 'La Unión' de la jurisdicción de San Vicente", e impuso a los encausados la pena principal de cuatro años y medio de prisión, además de las correspondientes accesorias (fls. 243 a 246 Cuaderno Principal).

2º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil (fallo de 18 de mayo de 1955) confirmó lo resuelto por la instancia, con la reforma de elevar a seis años la pena privativa de la libertad.

3º En 27 de abril de 1960, sin que hasta entonces la condenación hubiera sido cumplida, el Juzgado remitió el proceso al Tribunal Superior Militar para resolver éste una solicitud de amnistía, la cual fue denegada en providencia de 13 de junio de 1960, por existir sentencia ejecutoriada de segundo grado, a la vez que se ordenó enviar los autos a la Corte —Sala de Casación Penal— para resolver sobre el indulto.

4º A la solicitud en este particular, después de haberse acreditado en la actuación la muerte de Rafael Rangel Gómez, el Ministerio Público en su concepto de fondo, ha manifestado su oposición por no tratarse de delito político, según la interpretación que de los hechos contiene la vista fiscal.

Estos son, en síntesis, los antecedentes de la causa en la cual debe la Sala decidir sobre la procedencia del indulto en favor de los reos condenados, excepción hecha del señor Rangel Gómez, cuya muerte está comprobada en el proceso.

Para resolver, *se considera:*

1º Es cosa cierta que a virtud de los Decretos legislativos números 1823 y 2062 de 1954 fueron establecidos dentro del régimen penal los beneficios de amnistía e indulto aplicables a los delitos políticos, entendiéndose por tales "aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo político".

2º La competencia para otorgar las gracias aludidas fue atribuída a la justicia penal militar (Corte Militar de Casación y Revisión y Tribunal Superior Militar), pero posteriores ordenamientos (Decreto 0250 de 1958) separaron el conocimiento, dejando de modo expreso a la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— lo relativo al indulto.

3º Antes del régimen de excepción establecido en los Decretos aludidos, la amnistía y el indulto encontraban su fuente en los artículos 76 (atribución 23) y 119, ordinal 4º de la Constitución Nacional, que preceptúan:

"Conceder, por mayoría de dos tercios de los votos de cada Cámara, y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En el caso de que los favorecidos queden eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

"Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad. En ningún caso los indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares, según las leyes".

El primer texto se refiere a una de las atribuciones del Congreso en su función institucional de "hacer las leyes"; el segundo a una propia del Presidente de la República "en relación con la administración de justicia".

El Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las normas de la Carta, que para la fecha de su expedición correspondían a los artículos 69 (ord. 20) y 114 (ord. 4º), dispuso en sus artículos 677 y 678:

"Corresponde al Congreso, de acuerdo con el ordinal 20 del artículo 69 de la Constitución Nacional, decretar amnistías o indultos generales por delitos políticos".

"Corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con el ordinal 4º del artículo 114 de la Constitución Nacional, aplicar la ley que haya decretado amnistías, mediante el procedimiento en ella indicado".

4º Como puede entenderse del sistema constitucional colombiano en esta materia, tanto la amnistía como el indulto, si bien son gracias o beneficios destinados a enervar la acción penal o la condena, por delitos políticos, su otorgamiento es de resorte del legislador o del gobierno,

pero no de la rama jurisdiccional del Poder Público, criterio éste que apenas si recoge en sus orígenes, fundamentos y doctrina la razón de ser de dos instituciones esencialmente políticas y de orden público, muy diferentes a los subrogados penales en los que decide privativamente la administración de justicia, conforme a los códigos que los establecen y reglamentan.

5º En el derecho colombiano, tradicionalmente, la amnistía y el indulto proceden para los llamados delitos políticos respecto de los cuales no hay en la doctrina un bien definido criterio, aunque para salvar la dificultad práctica el acotado Decreto 1823 dio la impropia, antitécnica y antijurídica definición contenida en su artículo 1º.

La misma Constitución Nacional no hace una distinción exacta de las formas de indulgencia, al menos por lo que respecta a la facultad del Congreso, pues indiscriminadamente se refiere a amnistías e indultos generales, creando confusión al respecto.

La amnistía es una gracia de carácter general que enerva o extingue la acción penal, "borra radicalmente el hecho punible, la condena y todos los efectos penales que de ella pueden derivarse, realizando por así decirlo, una *restitutio in integrum*", como lo anota Eugenio Florián. En tanto, el indulto "puede considerarse como una gracia aplicada a los condenados por una determinada categoría de hechos punibles", según el mismo autor.

6º Con toda propiedad el Código Penal de 1890 daba de estas gracias y de su origen estas definiciones:

"Artículo 100. Es amnistía una gracia concedida por el Congreso por la cual quiere que se olviden las violaciones de la ley contra el orden público.

"La amnistía finge que los hechos no han ocurrido para el efecto de no imponer a los autores las penas principales señaladas en la ley".

"Artículo 101. Es indulto una gracia concedida por el Congreso o por el Gobierno, en virtud de la cual se perdona la pena que se merece por infracciones de la ley, relacionadas con el orden público.

"El indulto da por cierto que se merece la pena, pero la perdona".

7º Como medidas excepcionales destinadas a procurar en un momento dado de la vida nacional la tranquilidad social y el sosiego político, se explica que su aplicación dependa de las ramas políticas del poder público y no de la rama jurisdiccional, pues sería contradictorio y disolvente dentro de la organización jurídica encomendar a los jueces semejante función, que contraría el ejercicio de la acción penal y la exigencia de responsabilidad frente a hechos conformados por la ley como delitos.

El profesor Tomás Jofré en su obra sobre Procedimiento Penal acoge una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina donde se interpreta la amnistía en el sentido de que "es una medida política y de carácter general, que no tiene en vista un delincuente ni un hecho determinado", sino "todos los delitos de una misma especie que pueden haberse cometido en un momento dado o hasta cierta época. Su objeto es el restablecimiento de la paz y de la concordia entre los ciudadanos de un mismo Estado, y a tal fin, echa un velo sobre los actos a que se refiere, liberándolos de su carácter punible y quitando toda base legal a las acciones criminales, a los procesos y a las sentencias". Según la misma doctrina, "el indulto es perdón otorgado por el poder ejecutivo con el fin de atenuar el rigor de la ley; es particular, extingue la pena, se aplica a cualquier crimen; en cambio, la amnistía extingue la acción con el objeto de restablecer la calma y la concordia sociales, es un acto legislativo, abarca todos los sujetos comprometidos en una clase de delitos. El indulto exige la existencia de condena; la amnistía, no".

Por su parte, el profesor Ricardo C. Núñez (Derecho Penal Argentino. Tomo Segundo. Parte General) expone así su criterio:

"La amnistía no es un acto desenvuelto en la órbita y con la legalidad propia de los actos judiciales. Por el contrario, la amnistía es un acto esencialmente político que, interfiriendo en el ámbito de la delictuosidad legalmente declarada, enerva la acción judicial futura, actual o pasada. Se inspira en el principio supremo de la necesidad de evitar mediante un mal menor (el olvido de la delincuencia legalmente declarada), uno mayor (la tranquilidad social). La facultad de amnistiar consulta, así, el fundamento político de la pena en cuanto éste se encuentra en la tranquilidad de los asociados. El mantenimiento, la derogación o la modificación de la ley penal no es siempre el medio conveniente para lograr mejor su objetivo. En ciertas oportunidades, éste se alcanza, por lo menos en lo que a la paz social respecta, mediante el ejercicio de un poder morigerador de la aplicación práctica de la ley punitiva. En toda sociedad debe existir, según la experiencia lo aconseja, un poder que, por causas y consideraciones especiales, pueda corregir en ciertas circunstancias el rigor de las leyes dictadas para casos comunes. Esta es la razón para que el poder político de suspender los efectos de la ley, considerado en las monarquías como

una de las regalías inalienables de la corona, se conserve en una república.

"La de conceder amnistías es una facultad legislativa, a cargo del Congreso de la Nación (Constitución Argentina, art. 67, inc. 17)... Por consiguiente, entre nosotros se ha resuelto en favor del Poder Legislativo, el problema, considerado por la doctrina extranjera, relativo a cuál de los poderes del gobierno le corresponde el ejercicio de la facultad de amnistiar. Nuestro derecho positivo, procediendo congruentemente, le ha conferido la facultad de suspender los efectos de la ley, al Poder que tiene la soberanía para dictarla..."

Refiriéndose al indulto, expresa:

"La facultad de indultar, de ejercicio tradicional en las monarquías como en las Repúblicas, tiene su fundamento en la idea de posibilitar la justicia a pesar de la limitación e imperfección de la ley penal. Por esto, desde el punto de vista de la ciencia, el indulto debe ser un acto particular a cargo del Poder Ejecutivo, pues el Legislativo no está en las mismas condiciones para practicarlo. Esta es la teoría recibida por el artículo 86, inciso 6º de la Constitución Nacional..."

"El de indultar es un poder discrecional en cuanto a su oportunidad, alcance y modalidad. El indulto puede ser total o parcial".

8º Esta concepción constitucional y penal de la amnistía y del indulto defendida y desarrollada por los más notables tratadistas, Carrara y Manzini, entre otros, cuyas citas no interesa incorporar en este proveído dada la claridad jurídica del problema y la solución que él debe tener frente a las normas positivas del derecho colombiano.

9º Dejando de lado lo que a la amnistía (propia o impropia) concierne, cuyo otorgamiento está reservado al Congreso, en los términos y condiciones de que da cuenta el precepto constitucional atrás copiado, precisa sólo elucidar si el indulto, en su sentido restricto, cabe concederlo por resolución de autoridad judicial, o si, el acto que lo ordena es extraño y ajeno a esa jurisdicción.

Cuando la Carta dispone (artículo 119, ordinal 4º) que "corresponde al Presidente de la República, en relación con la administración de justicia"... "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad", la Constitución está indicando que se trata de una función privativa de la rama ejecutiva del Poder Público, no delegable en otra autoridad. La delegación de funciones sólo está prevista dentro de los límites del artículo 135 y para "determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa" en los "Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos, como Jefes superiores de la Administración y los Gobernadores, como agentes del Gobierno".

10. Si los Decretos legislativos que establecieron el indulto y el Decreto orgánico de la Justicia Penal Militar, optaron por conferir a la Corte el conocimiento de esa gracia, los mandatos al respecto están en abierta oposición con el artículo 119 de la Constitución, que reserva al Presidente la facultad de conceder indultos por delitos políticos.

Es claro que ni aun bajo el estado de sitio y en ejercicio de las facultades que al Presidente reconoce el artículo 121 de la Carta —podía radicarse la atribución concreta de conceder el indulto en poder o autoridad distinta a la indicada en la primera parte del artículo 119.

11. Esto enseña con meridiana claridad que la disposición legal que ordena a la Corte conocer de las solicitudes de indulto rebasa la organización institucional del Estado, y que esa jurisdicción no le es dado ejercerla a la Corte sin violar y quebrantar textos expresos de la Constitución Nacional.

Y si por disposición de la Carta esta Corporación no sólo no tiene esa jurisdicción, sino que además le está vedada, es obvio que la Sala, habida consideración de lo que previene el artículo 215 de la misma debe hacer privar los ordenamientos constitucionales, dada la manifiesta incompatibilidad de éstos con la ley.

En consecuencia, la Corte se abstendrá, por incompetencia de jurisdicción, de desatar en el caso a estudio la petición de indulto que le fue formulada.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— oído el concepto de su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de resolver, por incompetencia de jurisdicción, la solicitud de indulto a que se ha hecho mérito.

Notifíquese y devuélvase el proceso al Juzgado de origen. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

INDULTO

Incompetencia de la Corte para otorgar esta gracia. Incompatibilidad entre la Constitución y el Código de Justicia Penal Militar. Se ratifica una importante doctrina.

Por cuanto es manifiesta la incompatibilidad que existe entre los textos constitucionales (artículos 119, ordinal 4º, en armonía con el 135) y las disposiciones del Código de la Justicia Penal Militar (artículo 330, numeral 2º y artículo 616) que le confirieron a la Sala de Casación Penal de la Corte la atribución de decidir las solicitudes de indulto, y con fundamento en lo previsto en el artículo 215 de la Carta, que establece la preferente aplicación de la Constitución en caso de incompatibilidad de ésta con una norma legal, la Sala habrá de abstenerse de resolver la petición de indulto que se le ha formulado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, julio siete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El ex-cabo del Ejército Nacional, Avelino Suárez Camacho, en memorial fechado el 10 de enero del presente año, dirigido desde la prisión de "Gorgona", solicita a esta Sala de la Corte se le conceda la gracia de indulto de la pena a que fue condenado por el Tribunal Superior Militar en sentencia de segunda instancia del cinco de julio de mil novecientos cincuenta y seis, por el delito de homicidio calificado, que consumó en la persona de Bandilio Monroy, en la población de Puriticación, el 24 de febrero de 1956.

La sentencia del Tribunal Superior reformó en virtud del recurso de apelación la de primera instancia, proferida por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal el 12 de mayo de 1956 en el sentido de aumentar a diez y nueve años de prisión la pena principal que este fallo había fijado en diez y siete años.

El expediente del proceso seguido al ex-cabo Suárez Camacho fue enviado por el Comando de la Brigada de Institutos Militares a la Corte, atendiendo la solicitud que ésta le hizo.

Llegado el proceso, se le dio traslado al señor Procurador de las Fuerzas Armadas, quien conceptuó en el sentido de que "no hay lugar a conceder el indulto solicitado", por cuanto el delito por el cual se condenó al peticionario fue cometido con posterioridad al 1º de enero de 1954, y el Decreto número 1823 de 1954, únicamente concedió amnistía por los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero de dicho año.

Para resolver, se considera:

En reciente providencia de fecha cuatro de julio del corriente año, con ocasión de la solicitud de indulto promovida por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el proceso adelantado contra Rafael Rangel Gómez y otros, esta Sala se abstuvo de resolver la solicitud de indulto, por incompetencia de jurisdicción, fundándose para ello en las razones siguientes:

"1º Es cosa cierta que a virtud de los Decretos legislativos números 1823 y 2026 de 1954 fueron establecidos dentro del régimen penal los beneficios de amnistía e indulto aplicables a los delitos políticos, entendiéndose por tales 'aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo político'.

"2º La competencia para otorgar las gracias aludidas fue atribuída a la justicia penal militar (Corte Militar de Casación y Revisión y

Tribunal Superior Militar), pero posteriores ordenamientos (Decreto 0250 de 1958) separaron el conocimiento, dejando de modo expreso a la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— lo relativo al *indulto*.

"3º Antes del régimen de excepción establecido en los Decretos amparados, la amnistía y el indulto encontraban su fuente en los artículos 76 (atribución 23) y 119, ordinal 4º de la Constitución Nacional, que preceptúan:

" 'Conceder, por mayoría de dos tercios de los votos de cada Cámara, y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En el caso de que los favorecidos queden eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar'.".

" 'Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad. En ningún caso los indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares, según las leyes'.".

"El primer texto se refiere a una de las atribuciones del Congreso en su función institucional de 'hacer las leyes'; el segundo a una propia del Presidente de la República 'en relación con la administración de justicia'.

"El Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las normas de la Carta, que para la fecha de su expedición correspondían a los artículos 69 (ord. 20) y 114 (ord. 4º), dispuso en sus artículos 677 y 678:

" 'Corresponde al Congreso, de acuerdo con el ordinal 20 del artículo 69 de la Constitución Nacional, decretar amnistías o indultos generales por delitos políticos".

" 'Corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con el ordinal 4º del artículo 114 de la Constitución Nacional, aplicar la ley que haya decretado amnistías, mediante el procedimiento en ella indicado' ".

"4º Como puede entenderse del sistema constitucional colombiano en esta materia, tanto la amnistía como el indulto, si bien son gracias o beneficios destinados a enervar la acción penal o la condena, por delitos políticos, su otorgamiento es de resorte del legislador o del gobierno, pero no de la rama jurisdiccional del Poder Público, criterio éste que apenas si recoge en sus orígenes, fundamentos y doctrina la razón de ser de dos instituciones esencialmente políticas y de orden público, muy diferentes a los subrogados penales en los que decide privativamente [illegible] los códigos que los establecen y reglamentan.

"5º En el derecho colombiano, tradicionalmente, la amnistía y el indulto proceden para los llamados delitos políticos respecto de los cuales no hay en la doctrina un bien definido criterio, aunque para salvar la dificultad práctica el acotado Decreto 1823 dio la impropia, antitécnica y antijurídica definición contenida en su artículo 1º.

"La misma Constitución Nacional no hace una distinción exacta de las formas de indulgencia, al menos por lo que respecta a la facultad del Congreso, pues indiscriminadamente se refiere a amnistías e indultos generales, creando confusión al respecto.

"La amnistía es una gracia de carácter general que enerva o extingue la acción penal, "borra radicalmente el hecho punible, la condena y todos los efectos penales que de ella puedan derivarse, realizando por así decirlo, una *restitutio in integrum*", como lo anota Eugenio Florián. En tanto, el indulto "puede considerarse como una gracia aplicada a los condenados por una determinada categoría de hechos punibles", según el mismo autor.

"6º Con toda propiedad el Código Penal de 1890 daba de estas gracias y de su origen estas definiciones:

" 'Artículo 100. Es amnistía una gracia concedida por el Congreso por la cual quiere que se olviden las violaciones de la ley contra el orden público.

" 'La amnistía finge que los hechos no han ocurrido para el efecto de no imponer a los autores las penas principales señaladas en la ley'.".

" 'Artículo 101. Es indulto una gracia concedida por el Congreso o por el Gobierno, en virtud de la cual se perdona la pena que se merece por infracciones de la ley, relacionadas con el orden público.

" 'El indulto da por cierto que se merece la pena, pero la perdona'.".

"7º Como medidas excepcionales destinadas a procurar en un momento dado de la vida nacional la tranquilidad social y el sosiego político, se explica que su aplicación dependa de las ramas políticas del poder público y no de la rama jurisdiccional, pues sería contradictorio y disolvente dentro de la organización jurídica encomendar a los jueces semejante función, que contraría el ejercicio de la acción penal y la exigencia de responsabilidad frente a hechos conformados por la ley como delitos.

"El profesor Tomás Jofré en su obra sobre Procedimiento Penal acoge una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina, donde se interpreta la amnistía en el sentido de que "es una medida política y de carácter general, que no tiene en vista un delincuente ni un hecho determinado", sino "todos los delitos de una misma especie que pueden haberse cometido en un momento dado o hasta cierta época. Su objeto es el restablecimiento de la paz y de la concordia entre los ciudadanos de un mismo Estado, y a tal fin, echa un velo sobre los actos a que se refiere, liberándolos de su carácter punible y quitando toda base legal a las acciones criminales, a los procesos y a las sentencias". En cambio, según la misma doctrina, "el indulto es perdón otorgado por el poder ejecutivo con el fin de atenuar el rigor de la ley; es particular, extingue la pena, se aplica a cualquier crimen; en cambio, la amnistía extingue la acción con el objeto de restablecer la calma y la concordia sociales, es un acto legislativo, abarca todos los sujetos comprometidos en una clase de delitos. El indulto exige la existencia de condena; la amnistía, no".

"Por su parte, el profesor Ricardo C. Núñez (Derecho Penal Argentino. Tomo Segundo. Parte General) expone así su criterio:

"'La amnistía no es un acto desenvuelto en la órbita y con la legalidad propia de los actos judiciales. Por el contrario, la amnistía es un acto esencialmente político que, interfiriendo en el ámbito de la delictuosidad legalmente declarada, enerva la acción judicial futura, actual o pasada. Se inspira en el principio supremo de la necesidad de evitar mediante un mal menor (el olvido de la delincuencia legalmente declarada), uno mayor (la tranquilidad social). La facultad de amnistiar consulta, así, el fundamento político de la pena en cuanto éste se encuentra en la tranquilidad de los asociados. El mantenimiento, la derogación o la modificación de la ley penal no es siempre el medio conveniente para lograr mejor su objetivo. En ciertas oportunidades, éste se alcanza, por lo menos en lo que a la paz social respecta, mediante el ejercicio de un poder morigerador de la aplicación práctica de la ley punitiva. En toda sociedad debe existir, según la experiencia lo aconseja, un poder que, por causas y consideraciones especiales, pueda corregir en ciertas circunstancias el rigor de las leyes dictadas para casos comunes. Esta es la razón para que el poder político de suspender los efectos de la ley, considerado en las monarquías como una de las regalías inalienables de la corona, se conserve en una república.

"'La de conceder amnistías es una facultad legislativa, a cargo del Congreso de la Nación (Constitución Argentina, artículo 67, inc. 17)... Por consiguiente, entre nosotros se ha resuelto en favor del Poder Legislativo, el problema, considerado por la doctrina extranjera, relativo a cuál de los poderes del gobierno le corresponde el ejercicio de la facultad de amnistiar. Nuestro derecho positivo, procediendo congruentemente, le ha conferido la facultad de suspender los efectos de la ley, al Poder que tiene la soberanía para dictarla...'".

"Refiriéndose al indulto, expresa:

"'La facultad de indulto, de ejercicio tradicional en las monarquías como en las Repúblicas, tiene su fundamento en la idea de posibilitar la justicia a pesar de la limitación e imperfección de la ley penal. Por esto, desde el punto de vista de la ciencia, el indulto debe ser un acto particular a cargo del Poder Ejecutivo, pues el Legislativo no está en las mismas condiciones para practicarlo. Esta es la teoría recibida por el artículo 86, inciso 6º de la Constitución Nacional...'".

"'El de indultar es un poder discrecional en cuanto a su oportunidad, alcance y modalidad. El indulto puede ser total o parcial'".

"8º Esta concepción constitucional y penal de la amnistía y del indulto defendida y desarrollada por los más notables tratadistas, Carrara y Manzini, entre otros, cuyas citas no interesa incorporar en este proveído, dada la claridad jurídica del problema y la solución que él debe tener frente a las normas positivas del derecho colombiano.

"9º Dejando de lado lo que a la amnistía (propia o impropia) concierne, cuyo otorgamiento está reservado al Congreso, en los términos y condiciones de que da cuenta el precepto constitucional atrás copiado, precisa sólo elucidar si el indulto, en su sentido restricto, cabe concederlo por resolución de autoridad judicial, o si, el acto que lo ordena es extraño y ajeno a esa jurisdicción.

"Cuando la Carta dispone (artículo 119, ordinal 4º) que "corresponde al Presidente de la República, en relación con la administración de justicia" ... "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad", la Constitución está indicando que se trata de una función privativa de la rama ejecutiva del Poder Público, no delegable en otra autoridad. La delegación de funciones sólo está prevista dentro de los límites del artículo 135 y para "determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la Repú-

blica, como suprema autoridad administrativa" en los "Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos, como Jefes superiores de la Administración y los Gobernadores, como agentes del Gobierno".

"10. Si los Decretos legislativos que establecieron el indulto y el Decreto orgánico de la Justicia Penal Militar, optaron por conferir a la Corte el conocimiento de esa gracia, los mandatos al respecto están en abierta oposición con el artículo 119 de la Constitución, que reserva al Presidente la facultad de conceder indultos por delitos políticos.

"Es claro que ni aun bajo el estado de sitio y en ejercicio de las facultades que al Presidente reconoce el artículo 121 de la Carta, podía radicarse la atribución concreta de conceder el indulto en poder o autoridad distinta a la indicada en la primera parte del artículo 119.

"11. Esto enseña con meridiana claridad que la disposición legal que ordena a la Corte conocer de las solicitudes de indulto rebasa la organización institucional del Estado, y que esa jurisdicción no le es dado ejercerla a la Corte sin violar y quebrantar textos expresos de la Constitución Nacional.

"Y si por disposición de la Carta esta Corporación no sólo no tiene esa jurisdicción, sino que además le está vedada, es obvio que la Sala, habida consideración de lo que previene el artículo 215 de la misma debe hacer privar los ordenamientos constitucionales, dada la manifiesta incompatibilidad de éstos con la ley".

Por las razones transcritas, que ahora se ratifican por cuanto claramente demuestran la manifiesta incompatibilidad que existe entre los textos constitucionales citados y comentados y las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar (artículo 320, numeral 2º y artículo 616), que le confirieron a la Sala de Casación Penal de la Corte la atribución de decidir las solicitudes de indulto, y con fundamento en lo previsto en el artículo 215 de la Carta, que establece la preferente aplicación de la Constitución en caso de incompatibilidad de ésta con una norma legal, la Sala habrá también de abstenerse de resolver la petición de indulto hecha por el ex cabo Avelino Suárez Camacho.

Por lo tanto, la Corte Suprema —Sala Penal— oído el concepto del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de resolver, por falta de competencia, la solicitud de indulto a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Humberto Barrero Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pisoquinto León L., Secretario.

FUERO MILITAR Y JUSTICIA ORDINARIA

Deslinde de competencias entre la Justicia Militar y la Ordinaria en relación con delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Militares y por agentes de la Policía Nacional.

1. De conformidad con el artículo 170 de la Constitución Nacional, "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". No hasta, entonces, para que sea pertinente el fuero penal militar que se trate del juzgamiento de un miembro de las Fuerzas Militares, sino que es menester que el delito o delitos de que se les sindique sean cometidos "en relación con el mismo servicio".

2. La jurisdicción penal militar conoce "de los delitos establecidos en las leyes penales comunes" de que se sindique a militares en servicio activo o a civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, solamente cuando hayan sido consumados "en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior" (artículo 308, ordinal 2º, del Código de Justicia Penal Militar), o "en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República" (artículo 308, ordinal 3º).

3. Si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, dejando así, de ser funcionarios civiles armados para adquirir el carácter de militares (Decretos legislativos números 1814 y 2900 de 1953), es lógico que al ser desincorporada de las Fuerzas Militares por el Decreto-ley número 1705 de 1960, sus miembros (salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional) dejaron de estar sujetos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados.

4. Claro que la desvinculación de los miembros de la Policía Nacional del fuero penal castrense, cumplida mediante el Decreto-ley número 1705, de 18 de julio de 1960, no tiene efecto retroactivo con respecto a los negocios en que el juzgamiento se hubiere iniciado mediante la providencia que abre el juicio: el auto de convocatoria de Consejo Verbal de Guerra; pero esto no es aplicable al caso en que el respectivo proceso, para la fecha en que entró en vigencia dicho Decreto-ley, se encontraba en la etapa del sumario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, julio diez de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Entra la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 26 de junio de 1961, por la cual impuso al procesado Arturo Ochoa la pena de nueve años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales.

El demandante, doctor Pablo Rodríguez Ibáñez, con fundamento en la causal cuarta de casación, expresa que "la sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, ya que el conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdic-

ción militar, en consonancia con el artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar y 170 de la Constitución Nacional".

HECHOS:

Los resume el *ad quem* de la manera siguiente: "Arturo Ochoa, dragoneante encargado del puesto de Policía de Concepción, quien en la fecha transcrita se encontraba fuera de servicio, se dedicó en el día arriba mencionado..." (30 de noviembre de 1959)..., "a ingerir bebidas embriagantes. Al decir de los declarantes Jesús Ojeda, Félix Zambrano, Rosalina Tarazona de Reyes y otros que aproximadamente a las siete y media de la noche bebían cerveza en la cantina de Prudencio Ramírez, entró allí el dragoneante Ochoa en actitud desafiante, revólver en mano y emitiendo expresiones ultrajantes. La prudencia y silencio de los asistentes enfureció al camorrista, quien abandonó la cantina profiriendo más desafíos y ultrajes y se encaminó al "Café Real", que se hallaba repleto de parroquianos. Al entrar en el café, tomó asiento junto a la mesa que ocupaba Víctor M. Gallo, Secretario del Juzgado Municipal, quien le brindó una cerveza. Algún otro parroquiano le ofreció otra, cuyo envase dejó caer al suelo. Sin saberse cómo, ni..." por qué..., "el dragoneante Ochoa sacó el revólver que cargaba en el bolsillo y golpeó con él en la cabeza de Melquíades Flórez.

"Todo indica, según el decir de numerosos testigos, que Ochoa, adoptando la misma conducta observada en la cantina de Ramírez, de insultar y desafiar a los concurrentes, procedió a disparar el arma, dos de cuyos disparos fueron hechos directamente contra la persona de Pablo Reyes, que se hallaba precisamente en frente del agresor. Reyes cayó muerto inmediatamente, herido en el corazón, y Ochoa siguió disparando sin ocasionar otros maleficios, gracias a que algunos de los circunstantes se arrojaron al suelo. La conducta descompuesta e injusta del agente de la autoridad provocó violenta y furiosa reacción entre los asistentes, quienes lo agredieron arrojándole sillas y botellas. Ochoa logró, sin embargo, evadirse y a toda carrera refugiarse en el cuartel de la Policía, perseguido por la concurrencia formada por unas veinte personas, las que llegando hasta la puerta del cuartel destrozaron ésta a pedradas y ladrillazos. Los agentes, armados de fusil y atrincherados en el cuartel, hicieron fuego contra el grupo de atacantes, hiriendo de muerte a Pablo Cáceres y ocasionando a Jorge Carvajal una grave lesión en el brazo izquierdo, que debió serle amputado, y una leve, también en el brazo izquierdo, a Ildefonso Merchán".

DEMANDA DE CASACION

Afirma el demandante que los funcionarios que han conocido del juzgamiento de Arturo Ochoa han incurrido en error manifiesto "en la interpretación..." del ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, pues limitan "caprichosamente su alcance, en contradicción con los principios que rigen el cuerpo legal a que pertenece, con la Constitución Nacional y con la doctrina de la Corte...", contenida en providencia de 24 de mayo de 1960 (G. J., t. XCII, p. 1013 a 1019).

Anota que "el militar en servicio activo, por el solo hecho de serlo, sin que medien otras circunstancias, está sometido al fuero castrense, en caso de comisión de un delito común", pues "tanto el artículo 170 de la Carta, como el 307 del Código de Justicia Penal Militar, utilizan la expresión 'militar en servicio activo' como criterio determinante de la discriminación de fuero".

"Parece ser...", agrega..., "que la expresión ha sido mal entendida por el..." *ad quem* pues "militar en servicio activo no es en modo alguno locución indicativa de servicios actuales que se estén desempeñando en el preciso instante de la comisión de un hecho ilícito. La expresión no puede tener, ni tiene ese alcance, y de ellos nos está informando no sólo la jurisprudencia ya..." citada, "sino la propia redacción del artículo 307 del Código castrense. Los ordinales 1º y 2º de..." este artículo..., "¿no están contraponiendo, obviamente, al militar 'en servicio activo' con el militar 'en situación de reserva o de retiro'? Militar en servicio activo, no es otra cosa, en efecto, que aquel que no está en situación de reserva, ni de retiro. Porque de entender cosa distinta, llegaríamos al absurdo de que el fuero de guerra solo cobijaría: a) Al militar que, en el momento preciso de la comisión del delito, estuviese 'de facción', es decir, prestando, realizando un acto militar (vigilancia, patrulla, centinela, etc.); y b) Al militar en situación de reserva o de retiro a que se refiere el ordinal 2º del precepto comentado. Y, contra toda lógica, quedaría excluído del fuero el militar que, siendo militar en activo, cometiese el delito en el preciso momento en que no estuviese 'de servicio'. Todo ello, sin perjuicio de lo ya establecido en el apartado segundo de esta exposición, rela-

tivo al servicio permanente que no puede menos de prestar quien, como el procesado, se halla al frente de un destacamento".

En el apartado segundo, aludido por el impugnante, hace éste las siguientes consideraciones:

"La errada interpretación de los hechos no se alega aquí como causal de casación (ordinal 2º), dado que no ha sido origen de error sustantivo en la determinación del cuerpo del delito, ni de sus circunstancias; pero sí de errada calificación en la competencia jurisdiccional.

"Tanto la providencia del Juez 36 de Instrucción Penal Militar, como las sentencias de primera y segunda instancia, inciden en idéntica errónea apreciación de los hechos y la erigen en causa principalísima de la atribución de conocimiento: nos referimos a la frase con la que el sindicado Arturo Ochoa, absuelve en su indagatoria (f. 42) el interrogante acerca de si estaba o no de servicio al producirse los hechos que dieron lugar a la iniciación del sumario.

"Dice, así, Ochoa. 'No estaba de servicio, pero sí como Comandante de Estación, estaba dándome cuenta del servicio que había ordenado de patrulla'.

"El Juez Militar y los funcionarios de la justicia común acogen la primera parte de la respuesta, en apoyo de su tesis: Pero inexplicablemente, ignoran la segunda, parte de la misma, incurriendo en la flagrante infracción de los más elementales principios jurídicos acerca de la apreciación de las pruebas. ¿Por qué esta división de la respuesta de Ochoa?

"No hay en el expediente elementos que permitan ignorar parte de la respuesta citada, para acogerla sólo parcialmente; de otro lado, bastan unas ligeras consideraciones para comprender que Arturo Ochoa, sí estaba de servicio, no sólo basándonos en la totalidad de su dicho, sino con fundamento en la propia naturaleza de las cosas.

"Aparece de autos, que Arturo Ochoa, miembro de la Policía Nacional, era a la sazón Comandante de la Estación de Policía: Los hechos ocurren dentro del área de su jurisdicción. Arturo Ochoa no se hallaba en uso de licencia, ni situación parecida; ¿cuál será, entonces, la situación del procesado en orden al servicio?

"El sentido común y la lógica nos están diciendo que el funcionario militar que tiene a su cargo la responsabilidad suprema de un destacamento o estación policial, no puede, en forma alguna, eludir su responsabilidad, en ningún momento, hállese o no prestando servicio. Si imaginamos por un instante que Ochoa, en lugar de desarrollar una desdichada actuación observa o presencia la comisión por terceros de actos ilícitos o atentatorios contra el orden público, ¿podría acaso inhibirse de intervenir so pretexto de no estar en ese instante de servicio?

"Estimamos, que, de hacerlo así, incurriría ciertamente en grave responsabilidad, sin que le fuese dable aducir la razón citada de que en esos momentos se hallaba vacante o franco de servicio; y la explicación de su responsabilidad penal sería obvia: Es que el funcionario policivo, y más aún si se halla al mando de una Unidad, tiene la permanente responsabilidad y correlativa obligación de intervenir como tal Jefe, a cualquier hora, en cualquier instante y sin que cese en un solo momento 'la función de la que está investido'. En una palabra: no cesa en su función, en tanto esté al mando del destacamento, puesto o estación.

"Esta errada interpretación de una respuesta de Ochoa, como absurdo concepto de lo que es y debe ser la función de quien no sólo es miembro de las Fuerzas Armadas, sino, además, Jefe o Comandante de una Estación de Policía, es la que ha llevado al primero de los funcionarios citados a declinar y a los segundos a acoger, una competencia que no les correspondía.

"En cuanto a la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, por la que se elevaba a seis meses la sanción aplicada por el señor Juez Superior, es en este punto paradójica: rechaza la condición militar del señor Ochoa, a efectos del fuero, pero la colaciona, a efectos de la agravación de la pena, como circunstancia de mayor peligrosidad.

"Baste lo dicho, para dejar establecido que el procesado, al tiempo de cometerse los ilícitos de autos, sí estaba en situación de prestación de servicios propios de su función y que, como consecuencia, al ignorarse esta circunstancia, se incurrió en grave error, determinante, en definitiva, de la causal de casación que estamos invocando".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, al contestar la demanda, solicita que no se case la sentencia acusada, con fundamento en que al procesado Arturo Ochoa "no lo ampara el fuero castrense" y, por tanto, no se ha incurrido en la nulidad alegada por su apoderado.

Anota el señor Agente del Ministerio Público lo que sigue:

"Ciertamente que uno y otro de los razonamientos consignados en sus fallos por uno y otro de los juzgadores de instancia, demuestra a ple-

nitud que el acusado Arturo Ochoa no infringió la ley penal con ocasión del ejercicio de sus funciones o por motivo del servicio que prestaba como dragoneante de la Policía Nacional, sino que, muy por el contrario, al hacer uso de la franquicia que le fue concedida el día de autos y por encontrarse en estado de embriaguez, le dio rienda suelta a la intemperancia y agresividad propias del estado padecido, buscando gratuitamente la camorra a los contertulios de la cantina de Prudencio Ramírez, primero, y luego, a las personas que se encontraban en el 'Café Real' del Municipio de Concepción. Fue así como se mostró públicamente, ergullado, ultrajante y desafiador de cualquiera, prevaliéndose censurablemente de su uniforme y sus armas de militar o policía, hasta que llegó al extremo de ultimar de modo voluntario y sin motivo al señor Pablo Reyes Rincón y de herir al señor Melquiades Flórez, a propósito y sin causa alguna también.

"Si esto es así, si de tal modo ocurrieron las cosas, es obvio calificar de improcedente el hecho de haber revivido la defensa ante la honorable Corte el debate sobre un tema que, como el de la pretendida nulidad por incompetencia de jurisdicción, fue suficientemente esclarecido en las instancias del juicio, llegándose a la elemental conclusión —que comparte integralmente el Ministerio Público— de que el homicidio y las lesiones personales de que es autor el procesado Ochoa, no constituyen delitos militares, sino delitos comunes, y de que al dragoneante Ochoa como procesado, no lo ampara el fuero castrense".

LA SALA CONSIDERA:

De conformidad con el artículo 170 de la Constitución Nacional, "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

No basta, entonces, para que sea pertinente el fuero penal militar que se trate del juzgamiento de un miembro de las Fuerzas Militares, sino que es menester que el delito o delitos de que se le sindique sean cometidos "en relación con el mismo servicio".

Por ello el Código de Justicia Penal Militar regula la jurisdicción y competencia no sólo tomando en cuenta la condición de militar del procesado o su vinculación con las Fuerzas Militares o conexidad del hecho juzgado con los fines de éstas (militares en servicio activo, militares en situación de reserva o de retiro, militares extranjeros al servicio de las Fuerzas Armadas de Colombia, prisioneros de guerra y espías, y civiles que formen parte de las Fuerzas Militares), sino también la relación que el hecho delictuoso tenga con el desempeño de las funciones, o la consumación del mismo "en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior", o en "territorio extranjero invadido, abordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República", así en estos dos últimos casos se trate de delitos definidos "en las leyes penales comunes" (arts. 307 y 308).

Por el mismo motivo, al ocuparse este Código de los delitos de homicidio y lesiones personales, exige que se cometan "con ocasión del servicio o por causa del mismo", para que tengan el carácter de infracciones militares (arts. 194 a 211).

La jurisdicción penal militar, en consecuencia, sólo conoce "de los delitos establecidos en las leyes penales comunes" (por caso, de los de homicidio y lesiones personales no cometidos "con ocasión del servicio o por causa del mismo"), cuando de ellos se sindique a militares en servicio activo o a civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas y hayan sido consumados "en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior" (art. 308, ord. 2º del C. de J. P. M.), o "en territorio extranjero invadido, abordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República" (art. 308, ord. 3º, ibidem).

Ahora bien:

El Decreto legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953, dispuso que la Policía Nacional constituyese el cuarto componente de las Fuerzas Militares, para entonces denominadas "Fuerzas Armadas". Este carácter de militares, adquirido así por los miembros de la Policía Nacional, les hizo extensivo el fuero penal castrense señalado en el artículo 170 de la Carta.

Por tal razón, el Decreto legislativo número 2900, de 3 de noviembre de 1953, dispuso que "los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de ésta a las Fuerzas Armadas..." (a las Fuerzas Militares, como entonces se entendió por Fuerzas Armadas), son de la competencia de la jurisdicción penal militar.

Este fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, surgido, como se dejó dicho, de su incorporación a las Fuerzas Milita-

ros, resulta claramente suprimido por el artículo 40 del Decreto-ley número 1705 de 1960 (18 de julio), que hizo de aquel Cuerpo "una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra...", pues con ello dejó de hacer parte de las Fuerzas Militares, las que ahora sólo las constituyen el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (arts. 36 y 39 del mismo Decreto-ley).

En efecto: Si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, dejando, así, de ser funcionarios civiles armados para adquirir el carácter de militares, es lógico que al ser desincorporada de las Fuerzas Militares por el Decreto-ley número 1705 de 1960, para hacer de ella una Institución de carácter civil, sus miembros (salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional) dejaron de estar sujetos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados.

Es que no toda fuerza armada tiene el carácter de militar, como que nadie le daría el carácter de militares a los miembros de agrupaciones armadas, como lo son los vigilantes de aduanas, los cuerpos de guardia de las cárceles y los de la policía de circulación y tránsito.

Es cierto que el procesado Arturo Ochoa, cuando consumó los hechos de que se le sindica, pertenecía a la Policía Nacional y que para entonces, 30 de noviembre de 1959, dicha Institución todavía hacía parte de las Fuerzas Militares. Pero cuando se dispuso su juzgamiento por los delitos de que se le sindica, vale decir, cuando se profirió el auto de proceder, 26 de agosto de 1960, ya la Policía Nacional estaba desincorporada de las Fuerzas Militares y, de consiguiente, sus miembros estaban desvinculados del fuero penal castrense. El juicio, por tanto, debía ser adelantado —como en efecto así se hizo— por la jurisdicción penal ordinaria y no por la justicia penal castrense.

El artículo 26 de la Carta señala que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Y en este negocio se dio cabal cumplimiento a este mandato de la Constitución Nacional, pues cuando se dispuso adelantar el juzgamiento de Arturo Ochoa mediante el auto que abre el juicio, proferido el día 26 de agosto de 1960, la competencia para hacerlo no la tenía ya la jurisdicción penal castrense, en el supuesto de que los hechos materia del proceso hubieran sido del conocimiento de la justicia penal militar.

Claro que la desvinculación de los miembros de la Policía Nacional del fuero penal castrense, cumplida mediante el Decreto-ley 1705, de 18 de julio de 1960, no tiene efecto retroactivo con respecto a los negocios en que el juzgamiento se hubiere iniciado mediante la providencia que abre el juicio: el auto de convocatoria de Consejo Verbal de Guerra. Pero este proceso, para la fecha en que entró en vigencia dicho Decreto-ley, se encontraba en la etapa del sumario.

Estas conclusiones han sido tomadas por la Sala en varias providencias, de las cuales cabe citar la de 27 de julio de 1961 (Casación del agente de la Policía Nacional, Miguel A. Crispín Ruiz, por homicidio) y la de 17 de mayo de 1962 (Casación del Agente de la Policía Nacional, Pedro Luis Velásquez Restrepo, por homicidio), en la última de las cuales se dice lo siguiente:

"Del alcance de la sentencia del 27 de julio de 1961 y de lo expuesto en la providencia de 18 de abril del corriente año antes citada y de lo que se dice en este fallo, se desprende, como norma general relacionada con el tránsito de procedimiento y competencia para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, lo siguiente: Si el hecho incriminado tuvo ocurrencia luego de entrar en vigencia el Decreto legislativo 1705 de 1960, su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, puesto que no hay conflicto de competencias. Pero si fue cometido antes de la fecha de este decreto, cabe distinguir estas dos situaciones: Si ya se había, por lo menos, proferido el auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, dado que el juez competente ya estaba determinado, precluye la exclusión del fuero castrense y, por tanto, el juzgamiento corresponde a la justicia penal militar. Pero si en el negocio no se había dictado, por lo menos, dicho auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal (que como se dijo, es el más análogo al auto de proceder), el negocio debe ser conocido por la justicia ordinaria".

Dado lo anterior, resulta innecesario debatir los cargos señalados por el demandante, pues ellos suponen la existencia del fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional en la fecha en que se abrió el juicio en este asunto, fecha para la cual —26 de agosto de 1960— ya no estaba vigente.

No corresponde, por tanto, invalidar la sentencia recurrida, pues no se profirió, como anota el demandante, en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, que dé lugar a la causal cuarta de casación alegada.

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 1º Delegado en lo Penal, no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el 26 de junio de 1961, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Verjura Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA. SUJECION A LAS NORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO. TECNICA DE CASACION.

Correcta aplicación del Decreto 12 de 1959 en el caso presente. No se dieron nulidades constitucionales. Tampoco hubo errores evidentes en la estimación de los hechos. Incorrecta formulación del cargo consistente en la indebida deducción de circunstancias de mayor peligrosidad.

1. Es verdad que la Sala de Casación Penal ha aceptado en varios juicios la causal cuarta y reconocido la nulidad supralegal, con fundamento en que "sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa"; pero para el caso sub judice no se está ante el supuesto tránsito de legislaciones, dada la fecha en que se cometió el delito, y por lo mismo, no es pertinente la invocación de la referida doctrina.

2. En la sentencia de la Corte sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto 0012 de 1959, se dejaron establecidos estos puntos: "No por ser restrictivas o menos favorables las disposiciones del Decreto, comparadas con las del derecho procesal común suspendidas en los Departamentos que aún se hallan en estado de sitio, se ha de seguir necesariamente el quebranto de la Constitución. El derecho de defensa subsiste garantizado, aunque no de modo tan amplio como en la legislación ordinaria.

La Constitución lo consagra: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las normas propias de cada juicio'; reconoce y consagra el derecho, pero no da la medida exacta de su ejercicio, ni ha determinado las formas que componen cada uno de los juicios, motivo por el cual ello corresponde al Congreso. Y en caso de emergencia al Gobierno, en uso de las facultades del artículo 121 y si bien no puede suprimir el derecho, está eventualmente facultado para acondicionar su ejercicio a la suprema necesidad de restablecer el orden...".

3. Condición para que la causal segunda prospere y dé oportunidad a la Corte como Tribunal de Casación para enmendar el error y la violación indirecta de la ley penal, ha de ser la de que el fallo de segundo grado, contra el cual se entabla la casación, comporte notoriamente la indebida o errada apreciación de los hechos, de tal suerte que surja con indiscutible evidencia que la sentencia descansa sobre premisas falsas, sin recaudo probatorio que las sustenten jurídica y racionalmente.

4. Se invoca la causal primera de casación, para impugnar la individualización de la pena, por cuanto en la sentencia se dedujeron circunstancias de mayor peligrosidad al acusado, que según el demandante no existen o no están demostradas. En este particular la Sala se abstiene de considerar el cargo por no estar técnicamente formulado. Tratándose de circunstancias que influyen o pueden influir en la dosimetría penal la demostración del error en la sentencia ha de procurarse a través de la causal segunda, no de la primera, que se alega apenas como consecuencia de la anterior.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, once de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Alcides Nieto Gutiérrez, condenado por el delito de homicidio a la pena principal de nueve (9) años de presidio y accesorias correspondientes, en sentencia de 20 de febrero del año próximo pasado, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, interpuso en la debida oportunidad recurso extraordinario de casación contra el referido fallo, del cual procede la Sala a decidir, agotados los trámites de rigor.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1º En la demanda de casación presentada por el doctor Carlos E. Camacho E., apoderado constituído por el recurrente, se da de los hechos la siguiente versión:

"En los albores del día 26 de diciembre de 1959, el señor Camilo Correa, quien se encontraba en completo estado de embriaguez, penetró al Bar 'Los Cuyos', establecimiento de cantina situado en el cruce de la carrera 10 Bis con la calle 29 de la ciudad de Pereira. Dentro del citado establecimiento de cantina se encontraban algunas personas dedicadas a ingerir licor, entre las cuales se contaban varias mujeres. Camilo Correa ofreció media docena de cerveza a las personas que estaban dentro del reservado y un paquete de cigarrillos, se tomó un trago de aguardiente y luego salió hacia la carrera 10. Siendo las cinco y media de la mañana, volvió a pasar nuevamente y en avanzado estado de embriaguez gritando vivas al partido liberal, tomando la carrera 10 con dirección a la calle 28 y por ésta regresó a la calle 29. Como los gritos de carácter político despertaron el latente odio partidista en un sujeto de vestido gris que en las proximidades se encontraba, éste armado de cuchillo le propinó varias cuchilladas que posteriormente determinaron su fallecimiento por anemia aguda al señor Camilo Correa Díaz. El agresor se dirigió por la carrera 10 Bis hacia la calle 29, luego cruzó calle abajo hacia la carrera 11. El agredido, tambaleante, se dirigió hasta la calle 28 con carrera 29, en cuya esquina se desplomó y sin que ninguna persona le hubiera prestado los auxilios indispensables dado su grave estado".

2º Habida consideración de la fecha en que el delito tuvo ocurrencia, por hallarse para entonces el Departamento de Caldas, entre otros, bajo el régimen de estado de sitio, al proceso se le dio el trámite previsto en el Decreto 0012 de 1959, en el curso de las instancias ordinarias, culminando con la sentencia condenatoria a que se contrae el recurso.

Fue así como el Juzgado 1º Superior de Pereira, por auto de 28 de mayo de 1960, a más de ordenar someter el "presente negocio por 'homicidio' al procedimiento que indica el Decreto 0012 de 1959", declaró cerrada la investigación y dispuso correr "traslado a las partes, por el término de tres días hábiles, para que presenten sus alegaciones".

3º De este término sólo hizo uso el señor Fiscal de la instancia, quien después de un completo examen de las pruebas allegadas al informativo, solicitó del Juzgado la condenación de Nieto Gutiérrez por homicidio calificado de asesinato "toda vez que hubo indefensión e inferioridad por parte de la víctima por su edad (unos 50 años) y su avanzado estado de embriaguez por lo cual le fue imposible defenderse de su atacante. Esto lo contempla el artículo 363 en su ordinal 5º". Además, según el mismo concepto del Ministerio Público, "No queda ninguna duda de la responsabilidad del sindicado Nieto Gutiérrez ya que se han comprobado varios indicios y éstos vienen a constituír la plena prueba".

4º La sentencia del *a quo* (15 de junio de 1960) aceptó procesalmente demostrados el cuerpo del delito de homicidio, y, de otra parte que "los indicios están plenamente probados, son varios y graves, independientes unos de otros, no tienen el mismo origen, son convergentes y se coordinan entre sí, condiciones todas que exige la doctrina para que un indicio se tenga como elemento de convicción de la responsabilidad", dando por satisfechos, en esta forma, los presupuestos del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. No aceptó el Juzgado la tesis del fiscal en cuanto a las circunstancias constitutivas de asesinato, estimadas en el fallo como simplemente indicativas de mayor peligrosidad.

5º En la segunda instancia se practicaron, a solicitud del apoderado, las pruebas de que da cuenta el memorial de folios 58 y 59 del cuaderno número 2; se recibió el alegato de conclusión del mismo representante del acusado, y se dictó el fallo confirmatorio del proferido por el Juzgado.

DEMANDA DE CASACION

Por medio del escrito que obra de folios 10 a 37 del cuaderno número 3, en un todo ajustado a las formas que el recurso exige, el doctor Carlos E. Camacho E., impugna la sentencia del

Tribunal con fundamento en las causales cuarta, segunda y primera de las contempladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, acusación que desarrolla así:

Causal cuarta. Es "la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", por cuanto "se siguió un procedimiento en extremo desfavorable a los intereses del procesado como es el señalado en el Decreto 0012 de 1959, en lugar del procedimiento ordinario, en el cual se puede ejercitar dentro de ámbitos más amplios la defensa del procesado".

En orden a demostrar su aserto, el señor apoderado se ocupa en extenso de todas las restricciones que dicho estatuto estableció en lo tocante a los medios y oportunidades de defensa del acusado y principalmente la ausencia de juicio en su sentido exacto, lo cual, en su concepto, "viola lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional que es una norma de superior jerarquía que deberá tenerse en cuenta en casos como el presente, para preferir el procedimiento del Código Procesal ordinario, a cambio del restrictivo señalado en el ya citado Decreto 0012 de 1959. El derecho inalienable de defensa está consagrado en la Constitución Nacional, especialmente en su artículo 26, y cuando él se quebranta como en el caso de autos, tenemos que por este aspecto también se viola el artículo 215 de la Constitución Nacional, en razón de que allí se ordena que cuando haya una ley de procedimiento que sea contraria al mandato de la Carta, se preferirá el mandato contenido en la Constitución Nacional".

A modo de segundo cargo —dentro de la causal *cuarta*— arguye el impugnador que el representante del Ministerio Público no emitió concepto de fondo en la segunda instancia, lo que entraña también violación del artículo 26 de la Constitución, por inobservancia de las "formalidades propias del juicio".

Si la Corte estuviera acorde, como sí lo está el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con los motivos de cargo hechos con base en la causal aludida, podría eximirse de examinar los relacionados con las otras causales aducidas, pero como es otro su criterio, necesariamente tendrá que avocar su estudio.

Causal segunda. Son dos los cargos resultantes a la sentencia:

1º "La sentencia recurrida quebrantó los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal por cuanto que la prueba tomada como base para condenar a José Alcides Nieto Gutiérrez no reune los requisitos exigidos por nuestro estatuto procedimental penal", afirma el señor apoderado. Esto porque la decisión "impugnada tomó como base fundamental para su promulgación la precaria prueba indiciaria recaudada al proceso", la que "no puede merecer los serios motivos de credibilidad que la ley exige para que pueda ser base de la condena de un hombre".

Aquí, con toda prolijidad y dentro de la función que es propia al debate de las instancias del juicio, el demandante entra a ocuparse "de los testimonios de cargo que fueron allegados al expediente y la prueba de carácter indiciario tomada como base para la condena" no sin antes solicitar de la Sala "que para analizar y dirimir los argumentos presentados para sustentar la causal segunda de casación, se transforme en Tribunal de Instancia, tal como lo tiene establecido la alta Corporación en abundante jurisprudencia". Al efecto cita el siguiente aparte del fallo de casación en causa contra Felipe Hurtado, *Gaceta Judicial* número 2230-31:

"Cuando la Corte hace las veces del Tribunal de instancia por estar sujeto el delito a los trámites especiales del Decreto 0012 de 1959 —que promulgado para una situación de orden público suspendió el juicio con la intervención del Jurado en los Departamentos en estado de sitio—, a tal consideración es necesario atender en lo referente al recurso de casación. De suerte, no interviniendo el Jurado en el juzgamiento, por estar expresamente suprimida su intervención, formulada en la demanda la causal segunda de casación, su examen es obligatorio".

Los elementos de prueba a cuya crítica se refiere la demanda son los testimonios de Jesús Arrullo Toro (fs. 9), Jorge Bedoya (fls. 2), Nadith Cardona de Correa (fls. 5), Helí Pineda (fls. 7), e indagatoria del procesado (fls. 17).

Entiende el señor apoderado que de lo dicho por los declarantes citados no surge la "prueba exigida por la ley para dictar sentencia" y que tampoco tiene "valor la versión que el procesado suministró en su injurada, por cuanto en ella afirma que el vestido gris que tenía el día de autos, resultó manchado de sangre en virtud del auxilio que él quiso prestarle a la víctima. Dicha afirmación tiene el valor que nuestro Estatuto Procesal Penal le da en su artículo 255, por cuanto en contra de ella no existe prueba plena que la infirme. Por tal motivo, el Tribunal Superior le dio a dicha confesión un valor probatorio que realmente no tiene, al tomarla en lo desfavorable para fundar la sentencia condenatoria, violando por este aspecto el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal por cuanto con dicha afirmación (el testimonio del

propio procesado) y los testimonios de Nadith de Correa, Jesús Arnulfo Toro, José Bedoya, Helí Pineda, Ramón Gómez Marín, no reunen, como atrás se dijo, los presupuestos procesales para dictar en su contra sentencia condenatoria. En el peor de los casos para los intereses de José Alcides Nieto, se plantearía una duda, que ha debido resolverse a favor de dicho procesado por mandato imperativo del citado artículo 204".

Para reasumir el cargo, expresa el demandante:

"1º Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior que condenó a José Alcides Nieto Gutiérrez porque en la sentencia se les dio un valor probatorio que no tienen, a los testimonios de Helí Pineda, Nadith de Correa, Jesús Arnulfo Toro, José Bedoya, Ramón Gómez Marín, por cuanto que afirman que el autor del delito de homicidio, fue un sujeto de vestido gris.

"2º Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior, por cuanto en la sentencia recurrida por habársele negado 'un valor probatorio que sí tiene' a favor del procesado, a la diligencia de reconocimiento visible a folios 68 del informativo, por cuanto los testigos Helí Pineda y Nadith Cardona de Correa no pudieron reconocer a José Alcides Nieto Gutiérrez en la rueda de presos como la misma idéntica persona que le diera de puñaladas en las primeras horas de la mañana del 26 de diciembre de 1959, al señor Camilo Correa en una de las calles de Pereira.

"3º Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior por cuanto que en la sentencia se le negó el valor probatorio demostrativo de la inocencia del procesado, a la afirmación que éste hace en su indagatoria, la que tiene el valor determinado en el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal en razón de que en ella afirmó que las manchas de sangre que le resultaron en el vestido que llevaba la noche de autos, fueron causadas cuando pretendió prestarle alguna ayuda al herido señor Camilo Correa Díaz".

2º Consiste el otro cargo en que la Sentencia "es claramente violatoria de los presupuestos que la ley exige para considerarla como prueba indiciaria (sic), con lo cual se violaron los artículos 217, 222 y 223 del Código de Procedimiento Penal en forma directa, los que incidieron en violación indirecta de los artículos 203, 204 de la misma obra".

En este particular la demanda trata de desvirtuar el mérito de los varios indicios tenidos en cuenta por el sentenciador, y de demostrar que están lejos de constituír plena prueba de responsabilidad. En el fondo el impugnador ensaya un planteamiento sobre los mismos presupuestos probatorios examinados en el primer cargo, apoyándose para su demostración en los conceptos universalmente reconocidos por la doctrina penal en materia de prueba indicial.

Causal primera. Ser la sentencia "violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Aparece sustentada con estos razonamientos principales, en torno a la violación de los artículos 36, 37 y 39 del Código Penal:

"El Tribunal Superior dio 'indebida aplicación' al artículo 37 del Código Penal por cuanto tomó como circunstancia de mayor peligrosidad 'haber obrado por motivos innobles o fútiles' cuando Nieto antes de atacar a Correa como consecuencia de las vivas (sic) que al partido liberal había lanzado el hoy occiso, le dijo: '¿Qué es lo que este viejo hijueputa quiere?' El Tribunal le dio interpretación errada a dicha circunstancia, por cuanto que en razón de la exacerbación (sic) a que han llegado nuestras luchas partidistas entre nosotros y que azotan nuestra nacionalidad como un torbión incontenible, los gritos que se lancen a determinado partido político generan en el ánimo de las gentes un odio implacable contra el que lanzó la vida (sic), que la mayor parte de supresión de las vidas humanas que ocurre en nuestro país, se debe a que las gentes consideran como grave ofensa tener ideas políticas disímiles a las de su contendor. Es tan cierto esto que el Gobierno del Frente Nacional dictó el Decreto 0328 del año de 1958, en el que se concedía la amnistía para los delitos de carácter político. Si fuera esta una circunstancia de mayor peligrosidad, claro que está que el Gobierno no la hubiera considerado como circunstancia eximente de responsabilidad penal.

"En cuanto al lugar de ejecución del delito, tampoco puede considerarse como para elevarlo a circunstancia de mayor peligrosidad, por cuanto de autos aparece que fue en un establecimiento de cantina y cuando ya estaba por venir el nuevo día (5½ de la mañana). En relación con el modo de ejecución del delito, tampoco se puede tomar como de mayor peligrosidad, puesto que conforme la diligencia de necropsia del cadáver del señor Correa, las heridas que recibió fueron cuando estaba de frente a su agresor. No aparece que éste haya recibido ninguna herida por la espalda, ni que éstas le hayan sido inferidas cuando hubiera estado caído, ni cuando se había dado a la fuga huyendo de la persecución de su agresor.

"Afirma el Tribunal que el procesado abusó de las condiciones de inferioridad personal del ofendido. Nieto Gutiérrez ignoraba la edad de la víctima, si ésta estaba armada o no o si estaba en avanzado estado de embriaguez. Todo esto lo ignoraba, de tal manera que en su ánimo no tuvo la intención criminosa especial o sea el dolo en su más alto grado para abusar de esas condiciones y consumar el delito.

"Por las anteriores consideraciones impugno la severidad de la pena que le fue impuesta al procesado, ya que conforme a la realidad procesal, en el peor de los casos, la pena imponible, sería de ocho años de presidio, en lugar de los nueve a que fue condenado por el honorable Tribunal Superior".

Sin apoyo en causal alguna y sin pedimento concreto al respecto, se dice en la parte final de la demanda que la sentencia no reune los requisitos del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, "por cuanto que en ella nada se dijo sobre la condena condicional y el perdón judicial", lo que "viola por ese aspecto el artículo 80 del Código Penal, por haberlo dejado de citar".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal refiere su respuesta a la demanda a la causal *cuarta*, punto en que comparte los planteamientos del apoderado, al estimar vulnerado el derecho de defensa con la aplicación al proceso de los trámites del Decreto 0012 de 1959.

Como sólo estudia el señor Representante del Ministerio Público la nulidad cuestionada, conviene transcribir lo expuesto al respecto por el distinguido colaborador, así la Corte no haya de prohijar su tesis:

"Acerca de la procedencia de la causal 4ª de casación en los negocios tramitados de conformidad con las normas del Decreto 0012 de 1959, ha dicho esta Procuraduría lo que sigue:

"Lo restrictivo de las normas del Decreto 0012 se hace ostensible en comparación con las disposiciones de la Ley 94 de 1938. Al respecto, basta señalar, que el auto de detención proferido en los procesos tramitados por el decreto mencionado es inapelable (art. 5º del dicho estatuto) y el término del emplazamiento más reducido que el ordinario (art. 5º ibídem), que en ningún caso se puede conceder excarcelación (art. 6º), que al sobreseído temporalmente sólo se le puede conceder la libertad cuando tal decisión se haya confirmado por el superior (art. 7º), que el auto de aceptación o rechazo de la práctica de una prueba en el sumario es inapelable (art. 15), que las causales de nulidad se limitaron y lo mismo la oportunidad para alegarlar (art. 22). Tales algunas de las restricciones que conlleva la aplicación del Decreto 0012 de 1959.

"Mas lo que en concepto de este Despacho, resulta más desfavorable dentro de las preceptaciones del citado decreto, es la abolición de la etapa denominada 'juicio' en el sentido estricto, y es, precisamente, el artículo 26 de la Carta el que ordena cumplir tan trascendental actuación dentro del proceso, por lo cual su omisión conlleva la infracción de esta norma con el efecto consiguiente de que se produce por tal motivo una nulidad de índole supralegal.

"Si tras el pronunciamiento del auto de proceder, cuando se reúnen los requisitos del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal el juicio se abre a pruebas y se deben practicar las conducentes y solicitadas en tal etapa, se lleva a cabo la audiencia pública y durante ella el procesado puede nombrar vocero. Si en determinados casos es necesaria la intervención del jurado durante la audiencia pública, es obvio que tales actuaciones queden eliminadas al abolirse el juicio, propiamente tal, regulado por el Libro III, Título I, a Título III del Código de Procedimiento Penal y disposiciones que lo complementan, en detrimento notorio del derecho de defensa que asiste al reo. En efecto, si es en el auto de enjuiciamiento cuando se hace la formulación de los cargos al procesado, para que éste responda en razón de los mismos, al no existir tan fundamental providencia dentro del proceso (y ello a causa de la abolición del juicio) le resulta difícil al reo ubicar su defensa dentro de los límites precisos que le traza la sociedad en el pliego de cargos, vale decir, no existe la controversia que constituye el estricto juzgamiento. En ausencia de una acusación concreta no puede existir una defensa igualmente concreta.

"Por lo anterior es principalmente por lo que resulta odioso o restrictivo el Decreto 0012 de 1959 en comparación a las normas del Código de Procedimiento Penal. Y a causa de ello se hace manifiesta violación del artículo 26 de la Constitución por lo cual se genera una nulidad de índole supra-legal, al dar aplicación a los preceptos del referido decreto.

"Tal nulidad ha sido reconocida por la honorable Corte en sentencias del 14 y 15 de marzo del corriente año entre otras (1961).

"No considera necesario el Despacho agregar nada a lo discurrido dentro de lo transcrito anteriormente, para dar respuesta a los cargos que

contiene la demanda en estudio; por ello, da como prósperos y demostrados estos cargos fundamentados en la causal 4ª de casación..."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En su orden y con el detenimiento que el caso requiere, procede la Sala a estudiar los motivos de impugnación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira.

Causal cuarta. En el primer cargo, a través de esta causal coinciden, según lo atrás expuesto, el demandante y el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, pues ambas partes sostienen que concurre el *derecho de defensa* y afecta las *formas propias del juicio* la aplicación del procedimiento extraordinario o de excepción establecido por el Decreto 0012 de 1959, originándose así la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, con la consiguiente nulidad supralegal en el proceso.

Sea dado observar, ante todo y para disipar equívocos, que el delito a que los autos se refieren tuvo su cumplimiento el 26 de diciembre de 1959, es decir, cuando ya estaba en vigencia el Decreto 0012, y que los fallos en las instancias fueron producidos también bajo el ejercicio de ese régimen procesal y antes de que la Corte —Sala Plena— se pronunciara sobre la inexequibilidad de algunos de los textos del Decreto (Sentencia de 24 de julio de 1961).

Es verdad que la Sala de Casación Penal en sentencias dictadas a partir del 14 de marzo de 1961, con aplicación del artículo 215 de la Constitución Nacional, ha aceptado en varios juicios la causal cuarta y reconocido la nulidad supralegal, pero ello dentro de un ámbito restringido, en cuanto algunos de los ordenamientos del Decreto se estimaban en abierta y flagrante oposición con el artículo 26 de la Carta.

Fue así como la Corte expresó en su fallo de 15 de marzo de 1961 (causa por homicidio contra Walter Vidal), refiriéndose a la retroactividad de la ley penal:

"Lo que la Carta establece en cuanto a ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando, eso sí, a salvo el canon fundamental de la retroactividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

"... Las leyes de procedimiento no sólo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas en los juicios criminales. Muchas de sus disposiciones, las más importantes, consagran los recursos contra las providencias judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, la asistencia profesional del acusado, los medios de defensa, los recursos extraordinarios, los motivos de detención preventiva, entre otras cosas, todas ellas tan fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden de modo esencial afectarse los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

"... Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa..."

Pero para el caso *sub judice* no se está ante el supuesto tránsito de legislaciones, lo que indica que la excepción de inconstitucionalidad no es pertinente.

Sin dejar de reconocer la Sala que el acotado Decreto restringió hasta el extremo el derecho de defensa, al prescindir del auto de vocación a juicio y del plenario, en momento alguno, por vía de excepción, aceptó motivos de nulidad, en razón de las formas del juicio. En la sentencia de la Corte sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto 0012, la Corporación, al examinar los artículos 5º (Parágrafo), 6º, 7º, 14, 15, 16 y 17, consideró:

"13. El grupo de disposiciones acusadas en este capítulo se refiere al procedimiento, a las facultades y derechos del procesado, en una palabra, a las formas, respecto de las cuales el artículo 121, como antes se vio, autoriza al Presidente de la República para suspender los preceptos legales incompatibles con la tarea restauradora de la paz, siempre que con ello no se quebrante el artículo 26 de la Carta. Repite ahora la Corte lo expuesto al examinar la acusación del artículo 3º, en lo atinente a la supresión del auto de proceder.

"14. No ser restrictivas o menos favorables las disposiciones del Decreto, comparadas con las del derecho procesal común suspendidas en los Departamentos que aún se hallan en estado de sitio, se ha de seguir necesariamente el quebranto de la Constitución. El derecho de defensa subsiste garantizado, aunque no de modo tan amplio como en la legislación ordinaria. La Constitución lo consagra: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'; reconoce y consagra el derecho, pero no da la medida exacta de su ejercicio, ni ha determinado las formas que componen cada

uno de los juicios, motivo por el cual ello corresponde al Congreso, como antes se expuso. Y en caso de emergencia al Gobierno, en uso de las facultades del artículo 121 y si bien no puede suprimir el derecho, está eventualmente facultado para acondicionar su ejercicio a la suprema necesidad de restablecer el orden. No podrá deducirse de los textos acusados, la cancelación de tan elemental como básica garantía ciudadana, sino el empleo de un conjunto de medidas encaminadas a remover obstáculos que dificultan la represión de la violencia, medidas claramente adecuadas en épocas de emergencia, como la presente, cuyos rasgos característicos denotan escasa madurez política en la nación, en daño invaluable para la unidad de acción y en perjuicio del desarrollo armónico de su potencia cultural y económica. Una prueba palpitante de que se conserva garantizado el derecho de defensa es la de que ya han sido infirmados por la Corte varios fallos proferidos por los Tribunales Superiores en los procesos ventilados según el Decreto número 12.

"En síntesis: Las disposiciones del Decreto consideradas en este capítulo, proveen a la reglamentación de un juicio que consta de dos instancias, asistido el procesado por apoderado que nombra libremente; que vela en la etapa sumarial por una instrucción recta; alega tanto en la primera como en la segunda instancia; recurre de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior; solicita de éste la práctica de pruebas que juzgue necesarias a la defensa, y demanda en casación, si fuere el caso. No puede decirse, en verdad, que haya sido destituído de garantía constitucional quien puede servirse de estos medios para defender su libertad".

De suerte, argumenta la Sala en último término, para desechar el primer cargo fundado en la causal *cuarta*, que ni siquiera el fallo de inexequibilidad parcial del Decreto, daría mérito a la impugnación, con igual celo formulada por el representante del acusado y Agente del Ministerio Público.

Como se ataca igualmente la sentencia y se dice que hubo violación del artículo 26 de la Constitución porque el Fiscal del Tribunal no emitió concepto de fondo para el fallo de segundo grado, al respecto hay que decir que esta omisión no incide en las garantías del juicio penal, ni determina situaciones procesales que puedan afectar el derecho de defensa. Es una informalidad y el incumplimiento de un deber por el representante de la sociedad, pero no constituye nulidad legal ni constitucional.

Causal segunda.

Con fundamento en ésta, tal como ya se anotó, la demanda formula dos cargos que, en el fondo, contienen el mismo planteamiento.

Pretende demostrarse que la prueba de cargo no alcanza la plenitud requerida por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, y que ante la debilidad de los indicios que comprometen la responsabilidad del encausado, lo racional y jurídico es estarse a lo dispuesto en el artículo 204 ibídem para desatar las dudas en su favor. De otra parte y siempre dentro del mismo razonamiento arguye el impugnador que esa prueba ameritada en el fallo no reúne, legalmente, las condiciones impuestas por los artículos 217, 222 y 223 del citado estatuto, lo que permite deducir la violación indirecta de la ley por error o indebida interpretación de los hechos.

Es claro que frente a sentencias pronunciadas en puro derecho, vale decir, sin intervención del Jurado, como en el caso de autos, cuando se invoca la causal segunda, el error de hecho alegado, que necesariamente ha de versar sobre una apreciación indebida o impropia de los elementos de juicio, la casación tiene apariencias de una tercera instancia, pero no es dado asimilarla a ese grado procesal en absoluto sin desvirtuar su naturaleza y finalidades porque en casación se ataca el fallo por estimarlo contrario a la ley y no simplemente para dirimir criterios valorativos discrepantes que pueda haber entre los sentenciadores y las partes.

Condición, entonces, para que la causal segunda prospere y dé oportunidad a la Corte como Tribunal de Casación para enmendar el error y la violación indirecta de la ley penal, ha de ser la de que el fallo de segundo grado, contra el cual se entabla la casación, comporte notoriamente la indebida o errada apreciación de los hechos, de tal suerte que surja con indiscutible evidencia que la sentencia descansa sobre premisas falsas, sin rocando probatorio que las sustenten jurídica y racionalmente.

En el proceso a estudio el impugnador aísla caprichosamente en el libelo los hechos constitutivos de indicios para decir con relación a cada uno de ellos que no demuestran la autoría del delito y la consiguiente responsabilidad del procesado. En ese orden de ideas es obvio que en ningún caso sería válida y convincente la prueba de indicios, la que, precisamente por exigir una estimación inductiva ha de elaborarse y ameritarse concatenando, dentro de una teoría lógica, los distintos hechos demostrados que puedan conducir la inteligencia del juzgador a dar

por cierto el hecho principal de cuya comprobación se trata.

El *ad quem*, con toda sindéresis, luego de enunciar en la sentencia, los distintos hechos plenamente establecidos en el proceso, sintetiza de este modo los indicios que obran en contra del acusado y suficientes para afirmar su responsabilidad:

"a) Varios testigos vieron a un sujeto de vestido gris y sin sombrero cuando agredía a puñaladas al interfecto. El acusado dice que en esa trágica mañana él llevaba puesto un vestido color gallineto y no tenía sombrero. Un vestido de ese color, a alguna distancia se ve gris.

"b) Esos testigos no vieron sino a dos personas: el agredido y el agresor, al paso que el acusado afirma que con él, que llegó en esos momentos a prestarle auxilio al herido, eran tres, por lo cual esta parte de su injurada, se desvirtúa en forma plena.

"c) Se demostró en forma fehaciente por la propia confesión del acusado que el vestido que tenía puesto en esa madrugada, resultó manchado de sangre, aunque explica que eso ocurrió cuando él le prestaba auxilio al herido, en momentos en que un individuo de vestido gris, de su misma estatura y sin sombrero le daba puñaladas. Pero como allí no había tres personas sino dos, es lógico concluir que el sujeto de vestido gris y sin sombrero, no era otro que el acusado.

"d) El haberse cambiado inmediatamente la ropa para huir a renglón seguido para Santuario.

"e) El haber regresado muchos días después y a altas horas de la noche a su casa y el haber tratado de huir, saltando un muro de varios metros para pasarse a la casa vecina, cuando llegó la policía a capturarlo".

Analizados estos diversos indicios la Sala no encuentra que la afirmación de responsabilidad en la sentencia recurrida descanse sobre presupuestos probatorios, errada o indebidamente apreciados. Es más: racionalmente el proceso no da margen a formular otra hipótesis sobre la autoría del delito, pues la prueba circunstancial es de tal modo lógica que permite calificarla de plena. Las propias explicaciones que el acusado da en su indagatoria, que no constituyo *confesión*, como equivocadamente la denominan el Tribunal y el demandante, contribuyen con singular eficacia a reforzar los demás indicios, hasta eliminar toda duda respecto de su responsabilidad.

No es válida, pues, la invocación de la causal segunda, respecto de los dos cargos enunciados en la demanda.

Causal Primera.

Se invoca para impugnar la individualización de la pena, por cuanto se dedujeron circunstancias de mayor peligrosidad al acusado, que no existen o no están demostradas.

En este particular la Sala se abstiene de considerar el cargo por no estar técnicamente formulado. Tratándose de circunstancias que influyen o pueden influir en la dosimetría penal la demostración del error en la sentencia ha de procurarse a través de la causal segunda, no de la primera, que se alega apenas como consecuencia de la anterior.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— conforme a lo dispuesto en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinio León L., Secretario.

EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD. PROCEDIMIENTO PENAL ADUANERO. TERMINO PROBATORIO Y DERECHO DE DEFENSA.

Procedimiento aplicable a los procesos penales sobre contrabando a partir de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 700 de 1954.

1. Cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición legal que derogaotro ordenamiento éste recobra su vigencia por efecto de dicha declaratoria, dado que al decidir la Corte que una ley es inexequible se limita a declarar con autoridad, y erga omnes, que la norma declarada inexequible nació sin fuerza vinculatoria, por violar alguno o algunas disposiciones de la Carta Fundamental y, en consecuencia, no podía producir el efecto propio de la ley válida, de derogar expresa o tácitamente otra norma legal anterior.

2. El fallo de la Corte que declaró inconstitucional el Decreto 700 de 1954, tuvo por sí mismo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que dicho decreto expresamente había derogado por medio de su artículo 113. Entre estas disposiciones expresamente derogadas por el Decreto 700 se encuentra el 3134 de 1952, que estableció un procedimiento especial y sumario para los juicios por contrabando, reformando así el procedimiento ordinario, aplicable con anterioridad, de acuerdo con lo que había dispuesto el artículo 6º de la Ley 119 de 1938. Pero esta ley no podía recobrar su vigencia por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 700 de 1954, pues ello equivaldría a atribuirle a esta declaratoria un extraño efecto retroactivo, que no se compadece con la naturaleza y contenido jurídico del fallo de inexequibilidad.

3. El procedimiento aplicable a los procesos penales aduaneros, en relación con hechos consumados con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 700 de 1954, y por efecto de esta declaratoria, no es el procedimiento penal ordinario que estableció la Ley 119 de 1938, sino el consagrado con posterioridad a esta Ley por algunos decretos que fueron derogados por el Decreto declarado inconstitucional, y entre ellos se cuenta el procedimiento especial establecido por el Decreto 3134 de 1952, en cuanto no se oponga a las disposiciones procesales consagradas por decretos legislativos expedidos con posterioridad al Decreto 700.

4. La etapa probatoria es una de las formas propias del juicio que tienden a garantizar la adecuada y eficaz garantía del derecho de defensa, consagrado por nuestra Constitución, especialmente en su artículo 26, pues dentro del término de pruebas es cuando oportuna y legalmente puede el acusado solicitar y hacer practicar las que han de servirle para ejercitar plenamente aquel derecho.

5. Tan importante y trascendental es en el derecho penal aduanero el término probatorio, que el ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, erige como motivo de casación el "no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas". Pero es claro que si, como ocurrió en este proceso, no se dictó el auto de apertura a pruebas que ordena el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, tampoco podía notificarse tal providencia que no se dictó. Por lo tanto, le asiste la razón al recurrente cuando afirma que "la inobservancia del período probatorio previsto en el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, hace incurrir en la causal de casación expresamente señalada por el artículo 20 del Decreto 188 de 1958 en su ordinal 2º".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Aduanas, en sentencia del veinticinco de febrero del año pasado, reformatoria del fallo de primer grado proferido por el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena, condenó a Juan Gallego Carvajal, José Agustín Curriel y Guillermo Antonio Castro Jiménez, a la pena principal de tres años de prisión y a las accesorias correspondientes como responsables del delito de contrabando de que trata este proceso. En el mismo fallo se absolvió a César Augusto Olivera González y Julio Coqui Polo, y se hicieron otras declaraciones relacionadas con el remate de la mercancía declarada de contrabando, decomiso del vehículo en que era transportada y reconocimiento de los aprehensores y de las participaciones a que éstos tienen derecho.

Los apoderados de Juan Gallego Carvajal y José Agustín Curriel interpusieron el recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas. Cumplido el trámite propio de este recurso se procede a decidirlo por medio de esta providencia.

ANTECEDENTES

El día 16 de octubre de 1959, algunos Agentes de la Policía Nacional capturaron, en las inmediaciones de la ciudad de Cartagena, un camión marca Ford, F-6, modelo 1952, con placas K-26620, conducido por José Agustín Curriel, cargado con mercancías de procedencia extranjera. Tanto el camión como la mercancía fueron decomisados y sus ocupantes señores Juan Gallego Carvajal, José Agustín Curriel y César Olivera fueron privados de libertad y puestos a órdenes del instructor.

Posteriormente fueron también detenidos Guillermo Castro Jiménez, dueño del camión que transportaba la mercancía y Julio Coqui Polo, amigo y compañero de Castro.

La investigación fue iniciada y adelantada por el Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera de Cartagena el 19 de octubre de 1959, quien dictó el auto cabeza de proceso, con base en el informe rendido por el capitán de la Policía Bernardo A. García al Comandante de la Policía de Bolívar.

Practicadas las pruebas decretadas en el auto cabeza de proceso, por el Juez Instructor y considerando perfeccionada la investigación, el negocio fue remitido al Juez Superior de Aduanas de Cartagena, quien avocó su conocimiento por auto del 1º de diciembre de 1959 y para el perfeccionamiento de la instructiva decretó la práctica de algunas pruebas.

El Juez del conocimiento, una vez practicadas las pruebas por él ordenadas, y considerando que se encontraba perfeccionada en lo posible la investigación, ordenó, por auto del 23 de febrero, la celebración de la audiencia pública, la cual efectivamente no se realizó el día y hora señalados, por no haber concurrido a ella el Agente del Ministerio Público, ni el defensor de los sindicados, quien, en cambio, presentó un alegato escrito resumiendo las tesis sustentadas en el proceso a favor de éstos, en las varias peticiones sobre su libertad. La mercancía decomisada a bordo del camión que conducía Curriel fue avaluada por los peritos designados por el Juez de Instrucción en la suma de $ 144.313.00, moneda legal. Este avalúo no fue objetado dentro del término del traslado legal. El camión que transportaba la mercancía decomisada fue avaluado en la cantidad de $ 2.000.00.

Aunque en ninguna providencia se citan expresamente las disposiciones legales de carácter procesal que se aplicaron en este juicio, claramente se deduce, del contenido de la actuación, que éste se desarrolló en la primera instancia de acuerdo con lo previsto en los artículos 54 y 55 del Decreto 0700 de 1954.

El Juez Superior de Aduanas, con fecha 2 de marzo de 1961, dictó la sentencia de primera instancia, cuya parte resolutiva dice:

"Primero. Declarar como en efecto declara, que la mercancía a que se refiere este proceso contra los señores Juan Gallego Carvajal y otros, es de contrabando por haber sido introducida al país en forma fraudulenta. Esta mercancía fue avaluada en la suma de $ 144.313.00. En consecuencia se decreta su decomiso en favor del Estado y ordena su remate para que su producido ingrese definitivamente al Tesoro Nacional previa las deducciones a que tienen derecho los aprehensores conforme a la ley.—Segundo. Reconócese como aprehensores a los señores, Mario Fuentes Narváez, Andrés Escorcia Iñán, Juan Elles Martínez, Jorge Tharon Rodríguez a quienes se les pagará las participaciones que les corresponda de conformidad con la ley.—Ter-

cero. Absolver, como en efecto absuelve a los señores Juan Gallegos Carvajal, César Olivera, Guillermo Castro Jiménez y Julio Coqui Polo, de los cargos o hechos por los cuales fueron indagatoriados en este proceso.—Cuarto. Condenar al procesado José A. Currier Sierra, de anotaciones civiles ya expresadas, a la pena única de un año de prisión como responsable del delito de fraude a las Rentas Nacionales de Aduanas de que se hizo mérito en esta providencia.—Quinto. Conceder al procesado José A. Curriel Sierra la gracia de suspensión de la ejecución de la pena impuesta, señalándole un período de prueba de dos años, con la obligación de observar buena conducta y de constituír una caución por la suma de doscientos pesos ($ 200.00), que habrá de suscribir en este Juzgado. Como el señor Curriel Sierra, está actualmente detenido se le concede la libertad provisional que será garantizada con la caución prendaria por la cuantía ya indicada. En caso del incumplimiento el agraciado perderá el beneficio adquirido.—Sexto. Confírmase la devolución del revólver de propiedad del señor Juan Gallegos Carvajal, como también la devolución del Jeep del señor Guillermo Castro Jiménez.—Séptimo. Ordénase la devolución provisionalmente al señor Guillermo Castro Jiménez, del camión de su propiedad que venía conduciendo José Curriel Sierra el día de los sucesos, previa caución en dinero Bancario o de Compañía de Seguros por la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, para garantizar los resultados de la sentencia definitiva que en relación con dicho vehículo haya de dictarse dentro del respectivo proceso.—Prestada la caución ordenada líbrese oficio al señor Comandante del Resguardo de esta ciudad, ordenando la entrega del camión referenciado dentro del proceso".

El Tribunal Superior de Aduanas, por consulta de la sentencia de primer grado, profirió el fallo que ha sido recurrido en casación por los apoderados de José Agustín Curriel y Juan Gallego Carvajal, quienes dentro de la oportunidad legal presentaron separadamente las respectivas demandas.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de contestar las demandas de casación propuestas, por considerar que al trámite del recurso de casación en materia penal aduanera, reglamentado por el Decreto 0188 de 1958, no le es aplicable, entre otras disposiciones, el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que después de vencido el término del traslado al recurrente, se entregarán los autos a las partes no recurrentes, para que contesten la demanda o demandas de casación.

La Sala estudiará de preferencia la demanda de casación propuesta por el doctor Rito Antonio Galvis G., como defensor del acusado José Agustín Curriel Sierra, por cuestión de técnica y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, por cuanto en dicha demanda se invoca, de preferencia una nulidad supralegal, consistente en la violación del artículo 26 de la Constitución, por haberse quebrantado las formalidades propias del juicio, o sea por error *in procedendo*, cosa que no ocurre con la demanda presentada por el doctor Gregorio Becerra Becerra, quien se limita a impugnar el fallo acusado alegando únicamente la causal 1ª del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, por estimar que la sentencia recurrida viola indirectamente la ley sustantiva, por error de hecho y por error de derecho en la apreciación de las pruebas, en cuanto a la existencia del delito y a la responsabilidad de su defendido, o sea por error en el juicio.

DEMANDA PROPUESTA POR EL DEFENSOR DE JOSE A. CURRIEL SIERRA

La demanda propuesta por el defensor de José A. Curriel Sierra se ciñe a los requisitos exigidos por la ley y por la jurisprudencia con respecto al escrito en el que se formaliza el recurso extraordinario de casación, aplicables también a este recurso extraordinario en materia penal aduanera, dada la naturaleza de este medio de impugnación, y por cuanto la reglamentación establecida por los artículos 19 a 24 del Decreto 188 de 1958 no pugna en este aspecto con lo establecido por el artículo 531 del Código Judicial, aplicable también a la casación penal.

El demandante principia por hacer un resumen de los hechos que dieron origen al proceso y de los fundamentos, así como de la parte resolutiva de los fallos de primera y segunda instancia.

Después alega principalmente la causal consagrada en el ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, y con fundamento en esta disposición invoca una nulidad supralegal, por inobservancia de las formalidades propias del juicio, es decir por violación del artículo 26 de la Constitución; con base en esta nulidad supralegal el actor propone tres cargos en los cuales pretende demostrar que en este proceso se empleó un procedimiento arbitrario, reñido con las garantías fundamentales del derecho de defensa, que al través de las formas propias del respec-

tivo juicio garantiza nuestra Carta Fundamental.

Posteriormente el impugnador invoca también la causal establecida en el ordinal primero del artículo 20 del Decreto 158 de 1958, con fundamento en la cual trata de demostrar que en la sentencia acusada el Tribunal Superior de Aduanas violó la ley sustantiva por indebida aplicación del ordinal e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940 y el artículo 18 del Decreto 188 de 1955.

Con apoyo en esta causal el actor formula dos cargos para demostrar que la violación de las disposiciones legales en que incurrió la sentencia recurrida provino, por una parte, de un evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas sobre la existencia del delito de contrabando (primer cargo), y por otra parte de un error de hecho y de derecho en cuanto a la estimación de la prueba indiciaria que se tuvo en cuenta para deducir la responsabilidad de José A. Curiel (segundo cargo).

NULIDAD CONSTITUCIONAL

El actor, antes de plantear separadamente cada uno de los cargos formulados con fundamento en la causal de nulidad supralegal que alega, y como justificación de dicho planteamiento, da previamente una explicación en relación con los dos criterios o tesis sostenidas por los doctrinantes en lo tocante a los efectos de los fallos de inexequibilidad, especialmente cuando se trata de normas derogatorias de otras disposiciones legales.

A este respecto el demandante expone:

"La Corte, en jurisprudencia continuada ha sostenido, que la declaratoria de inexequibilidad no revive las normas derogadas por el mandamiento declarado inexequible, en atención a que los efectos de la inexequibilidad no pueden ser equiparados a los de una nulidad absoluta. (Sentencia de 17 de julio de 1915, XXIII, 423). (Aclaración de la Sentencia de 20 de junio de 1955 por Auto de 5 de agosto del mismo año).

"El Consejo de Estado (Sala de negocios generales), al resolver una consulta del señor Ministro de Hacienda sobre los efectos de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 0700 en virtud de sentencia de la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— 23 de septiembre de 1958, adoptó el criterio sostenido por el doctor Fernando Garavito en su estudio Inexequibilidad de la ley, y sostuvo, en informe rendido por el Magistrado González Charry, aprobado por unanimidad por la Sala el 17 de noviembre de 1958: "Que la derogatoria que hizo el Decreto-ley número 700 de 1954 de preceptos pertenecientes a otros estatutos, debe tenerse por no hecha desde la fecha de ejecutoria del fallo de la Corte que declaró la inexequibilidad del Decreto.

"Si la Sala de Casación adopta la jurisprudencia continuada de la Corte, la violación del artículo 26 de la Constitución se produjo por inobservancia de las normas procesales previstas por el Código de Procedimiento Penal.

"Si la Sala considera que el criterio expuesto por el Consejo de Estado es el acertado, la violación se produjo por inobservancia del procedimiento especial previsto por el Decreto 3134 de 1962.

"Ante este dilema, y en busca de no incurrir en contradicciones dentro de un mismo cargo, formularé estos dos aspectos del problema como cargos separados, exponiendo el que acoge la jurisprudencia continuada de la Corte, como cargo principal por considerarlo más adecuado con nuestro sistema jurídico, y, ofreciendo, como cargo subsidiario, el originado en el no acatamiento de las normas vigentes según el concepto del Consejo de Estado".

Primer cargo.

La base del planteamiento de este primer cargo, para demostrar que en este proceso se incurrió en el quebrantamiento de las formas propias del juicio, es la jurisprudencia que el demandante atribuye a la Corte, aplicada a los efectos de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 0700 de 1954, cuyo artículo 113 derogó expresamente los Decretos 266 de 1952, 3134 del mismo año, 2187 de 1953, en varios de sus artículos, y en el artículo 7º del Decreto 2602 de 1951.

El recurrente expone:

"Este proceso se inició el día 19 de octubre del año de 1959; como la honorable Corte Suprema de Justicia había declarado inexequible el Decreto-ley 0700 de 5 de marzo de 1954 por sentencia de 23 de septiembre de 1958, ha debido darse aplicación en este proceso a las Normas Procedimentales previstas por el Código de Procedimiento Penal. No se hizo así, y por lo tanto, se incurrió en una notoria violación de nuestro mandamiento constitucional.

"*Demostración.* A raíz de la expedición de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), el proceso por contrabando se regía y tramitaba según los preceptos de dicho Estatuto.

"Este orden duró hasta la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal. Después de la promulgación del Código se expidió la Ley 119 de 1938 (octubre 17), que remitió el proceso por contrabando a la tramitación de los juicios penales ordinarios; es decir, que estableció para el juzgamiento de esas infracciones, el mismo procedimiento del Código de Procedimiento Penal.

"Esta situación se mantuvo hasta el 20 de diciembre de 1952, fecha en la cual se dictó el Decreto 3134 que estableció un procedimiento especial para esta clase de delitos, el cual contemplaba la eliminación del juicio, y venía a sustituír las normas del Código de Procedimiento. Este Decreto fue adicionado por algunos artículos del Decreto 2187 de 21 de agosto de 1953; y posteriormente, fue reglamentado por el Decreto 2435 de 18 de septiembre de 1953. Estas disposiciones reemplazaron al Código de Procedimiento Penal por su notoria contradicción con el Juicio Penal Ordinario. Debe decirse: Que suspendieron la Ley 119 de 1938, porque no podían derogarla.

"Estas normas gobernaron el proceso por contrabando hasta la expedición del Decreto 0700 de 5 de marzo de 1954; éste derogó todos los ordenamientos anteriores con excepción de la Ley 119 de 1938 que continuó suspendida.

"El Decreto 0700 fue reformado por el Decreto 188 de 4 de junio de 1958, que estableció especial reglamentación para la 2ª instancia, pero dejó la primera con el mismo trámite del Decreto 0700 de 1954.

"En este estado, la honorable Corte Suprema declaró inexequible el Decreto 0700 por sentencia de 23 de septiembre de 1958.

"Desaparecido el Decreto 0700, y no reviviendo los Decretos extraordinarios derogados por éste, el proceso penal por contrabando debía ser regido por la Ley 119 de 1938 que había sido suspendida por los Decretos 3134 de 1952 y 0700 de 1954. Vale decir, que el proceso por contrabando volvía a ser tramitado conforme al Código de Procedimiento Penal.

"Como este sumario se inició el 19 de octubre de 1959, ha debido someterse al procedimiento previsto por el Código de Procedimiento Penal. No se hizo así, y por lo tanto se incurrió en violación del artículo 26 de la Constitución, porque no se aplicó la Ley procedimental correspondiente al juicio.

"Al folio 183 vuelto del cuaderno principal del expediente, se encuentra un Auto que declara perfeccionada la investigación y que señala la fecha para la Audiencia Pública. La llamada Audiencia se suspendió según constancia visible al folio 187; se procedió a continuación a dictar sentencia. Esto demuestra que no se cumplió la etapa del juicio previsto por el libro tercero del Código de Procedimiento Penal. Algo más, ni siquiera se cumplió con la calificación del sumario, ni con el trámite ordenado por el Título 4º, Capítulo I del Libro 2º de la misma obra (artículos 419 y siguientes).

"Al omitirse etapa tan importante del proceso, se viola notoriamente el artículo 26 de la Constitución pues se imposibilita al sindicado para ejercer el derecho de defensa.

"El procedimiento usado fue el prescrito por el Decreto 0700 que había sido declarado inexequible. Este procedimiento caprichoso e ilegal privó a los sindicados de la oportunidad legal de conocer los cargos para poderlos impugnar, y por lo tanto, de ejercer plenamente su defensa con la totalidad de las garantías establecidas en la Suprema Carta.

"Ante tan notoria omisión y ante tan indudable violación de las garantías constitucionales, el proceso está viciado de nulidad sustancial, y se ha incurrido en causal de casación por no haberse venecido el juicio con las formalidades propias del proceso por contrabando.

"*Conclusión*. Está plenamente demostrado que en este expediente se omitió el Capítulo relativo a la calificación del Sumario porque no se dictó Auto de Proceder. Está plenamente demostrado que se omitió el juicio previsto por el Libro tercero del Código de Procedimiento Penal. Está demostrado que este proceso ha debido tramitarse conforme al juicio criminal ordinario por ordenarlo así la Ley 119 de 1938. En estas condiciones, la violación de la norma constitucional es demasiado protuberante y excluye de mayores consideraciones al respecto.

"En atención a lo expuesto, pido a la honorable Corte que case la sentencia impugnada y que declare la nulidad de lo actuado a partir del Auto de Citación para audiencia inclusive, con el fin de que el procedimiento se ajuste a los ordenamientos constitucionales".

SE CONSIDERA

En primer lugar cabe anotar que no es exacto que la Corte, por lo menos por medio de esta Sala, haya sostenido que la declaratoria de inexequibilidad no revive las normas derogadas por el mandamiento declarado inexequible. Por el contrario, esta Sala, en relación con la cuestión, sostuvo en fallo de casación del 6 de junio de 1960, lo siguiente:

"Pero los efectos propios de la declaración de inexequibilidad no son rigurosamente equiparables a los de la derogación de la ley. Cada una, la derogación y la declaración dicha, se rige, en sus efectos, por principios diversos, por más que puedan encontrarse puntos de contacto entre unos y otros efectos.

"Si, por ejemplo, es declarada inexequible una ley simplemente derogatoria de otra, es claro que ésta revive y adquiere su plena vigencia, por el solo hecho de la declaración de inexequibilidad. De otra suerte, la acción habría sido baldía, sin utilidad jurídica y práctica real. El principio establecido en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 no tiene aplicación alguna en tal caso, pues el fallo de inexequibilidad no *deroga* la ley acusada, sino que declara la imposibilidad jurídica de que se mantenga como ordenamiento obligatorio, precisamente como violadora de otro ordenamiento superior. Otra cosa es que los efectos de la declaración de inexequibilidad puedan ser retroactivos, cuestión sobre la cual existen opiniones encontradas y que, dada la calidad de los reparos o argumentos de la demanda, no es necesario analizar en este capítulo". (G. J., T. XCII, nos. 2225-2226, pág. 1.034).

Esta Sala estima que debe mantener el criterio por ella sostenido en el fallo transcrito, por cuanto es la tesis que está más de acuerdo con el contenido y naturaleza jurídica de la declaratoria de inexequibilidad que la Corte hace en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Carta, especialmente cuando declara la inconstitucionalidad de una disposición legal que deroga otro ordenamiento, el que recobra su vigencia por efecto de dicha declaratoria, dado que cuando la Corte decide que una ley es inexequible se limita a declarar con autoridad, y *erga omnes*, que la norma declarada inexequible nació sin fuerza vinculatoria, por violar alguna o algunas disposiciones de la Carta Fundamental, y en consecuencia, no podía producir el efecto propio de la ley válida, de derogar expresa o tácitamente otra norma legal anterior.

La Corte en ejercicio de la función que le confiere el artículo 214 de la Ley de leyes, no tiene la atribución de derogar las leyes o decretos demandados por inconstitucionales; cuando en ejercicio de dicha función decide que la ley acusada es inconstitucional, su misión se limita a reconocer la existencia de un vicio que afecta la norma declarada inexequible, vicio que nació con la ley y que persiste durante todo el tiempo de su virtual eficacia e impide que produzca los efectos propios de una ley constitucional.

Por otra parte, la afirmación que el recurrente hace al plantear este primer cargo, de que el fallo de inexequibilidad de 23 de septiembre de 1958, produjo el efecto de restablecer para los asuntos penales aduaneros el procedimiento ordinario consagrado por la Ley 119 de 1938, no solamente carece de toda demostración, sino que contradice y está en desacuerdo con la tesis en que se pretende sustentarla. En efecto, si el fallo que declaró inexequible el Decreto 0700 de 1954, no tuvo la eficacia de restablecer la vigencia de las disposiciones legales que este Decreto expresamente había derogado, lógicamente tampoco podía tener dicho fallo la virtud de revivir la Ley 119 de 1938, en cuanto consagró el procedimiento penal establecido por el Código de Procedimiento Penal para el juzgamiento de los delitos de contrabando. Si se sustiene la tesis de la irretroactividad de la declaratoria de inexequibilidad, por equiparar esta declaratoria a la derogación de la ley, habría que aplicarle al fallo de inexequibilidad la regla de lógica jurídica contenida en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, que dispone que: "Una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma que aparezca reproducida en una ley nueva".

Resulta, por lo tanto, ilógico y contradictorio afirmar, como lo hace el demandante, que la sentencia de inexequibilidad del Decreto 0700 de 1954 no revivió las disposiciones legislativas expresamente derogadas por este Decreto, pero en cambio sí tuvo el efecto de restablecer la vigencia de la Ley 119 de 1938, que había sido a su vez abolida por las disposiciones expresamente derogadas por el Decreto declarado inconstitucional.

Aplicando lo dicho al caso de la Declaratoria de inexequibilidad del Decreto 0700 de 1954, se concluye que el fallo de la Corte que declaró inconstitucional este decreto, sí tuvo por sí mismo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que dicho decreto expresamente había derogado por medio de su artículo 113. Entre estas disposiciones expresamente derogadas por el Decreto 0700 se encuentra el Decreto 3134 de 1952, que estableció un procedimiento especial y sumario para los juicios por contrabando, reformando así el procedimiento ordinario aplicable con anterioridad y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 119 de 1938; pero esta norma no podía recobrar su vigencia, como lo afirma el actor, por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 0700 de 1954, pues ello equivaldría a atribuírle a esta

declaratoria un extraño efecto retroactivo, que no se compadece con la naturaleza y contenido jurídico del fallo de inexequibilidad.

De lo expuesto se sigue, que aunque es cierto que a este proceso no se aplicaron las formas propias del juicio ordinario penal, que para los negocios por contrabando había establecido la Ley 119 de 1938, ello no quiere decir que por este aspecto se hubiera incurrido en una nulidad constitucional, pues según se ha visto, el procedimiento aplicable a los procesos penales aduaneros, en relación con hechos consumados con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 0700, y por efecto de esta declaratoria, no es el procedimiento penal ordinario que estableció la citada Ley 119, sino al bien consagrado con posterioridad a esta ley por algunos Decretos que fueron derogados por el Decreto declarado inconstitucional, entre el que se cuenta el procedimiento especial establecido por el Decreto 3134 de 1952, en cuanto no se oponga a las disposiciones procesales consagradas por decretos legislativos expedidos con posterioridad al Decreto 0700 de 1954.

En consecuencia, no prospera el primer cargo.

Segundo cargo.

Para fundamentar este cargo, el recurrente expresa:

"Si la honorable Corte considera que una vez declarado inexequible el Decreto 0700 de 1954, reviven las disposiciones por éste derogadas, y que por tanto para la época de la iniciación de este proceso estaba vigente el Decreto 3134 de 1952, acuso la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Aduanas, por estar viciado de nulidad substancial el proceso, en razón de que no se cumplió con la etapa probatoria prevista por el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952.

"Este cargo lo formulo como subsidiario del anterior, porque solamente en el caso de que la honorable Corte estime que la Ley 119 de 1938 y el Código de Procedimiento Penal no son aplicables porque continúan suspendidos por el Decreto 3134 de 1952, entra a tener viabilidad.

"*Demostración.* En esta causa se utilizó el procedimiento previsto por el artículo 54 del Decreto 0700 de 1954, pese a que se inició con posterioridad al 23 de septiembre de 1958, fecha en la cual fue declarado inexequible.

"Al folio 133 del cuaderno principal, se encuentra visible un Auto que ordena enviar el negocio al Juez Superior por vencimiento del término de instrucción tal como lo manda el artículo 54 citado.

"Al folio 165 del mismo cuaderno está visible un Auto que decreta pruebas, al tenor de lo prescrito por el mismo artículo 54 del Decreto 0700, fuera de que usa el término inaudito de 20 días.

"Al folio 183 vuelto se observa un auto que señala fecha para la celebración de la audiencia pública, conforme a lo estipulado por el mismo artículo 54 del Decreto 0700 que ya no estaba vigente.

"A continuación se dictó sentencia dentro de los términos señalados por el artículo 55 del Decreto 0700 (folios 200 a 208 del cuaderno principal).

"La aplicación de las normas del Decreto 0700 excluye la aplicación de lo mandado por el Decreto 3134 de 1952.

"Por otra parte, no aparece a lo largo del expediente que si se hubiera cumplido con lo ordenado por el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, que ordena abrir el proceso a pruebas por un término de 10 días, este Auto de apertura a pruebas ha debido ser notificado, y como no fue dictado, no hubo lugar a su notificación personal.

"La falta de notificación personal del Auto de apertura a pruebas es causal de nulidad en el procedimiento penal ordinario y causal de casación según lo dispuesto por el ordinal segundo del artículo 20 del Decreto 168 de 1958.

"No puede confundirse el Auto que decreta pruebas con el de apertura a pruebas, porque el primero permite ordenar las pruebas que el Juez crea convenientes sin dar lugar a la iniciativa de los sindicados. El auto de apertura a pruebas con el de apertura a pruebas, porque el que dentro del término señalado, los sindicados están en capacidad de producir las que crean necesarias para la defensa de sus intereses.

"En este expediente se ordenaron pruebas, pero no se abrió el proceso a pruebas, como lo ordena el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952.

"El período probatorio se considera tan indispensable para el derecho de defensa que el Decreto 168 en su artículo 20 incluye la falta de notificación del mismo, como causa de casación. El término de cinco días al apersonamiento en juicio de que trata el artículo anteriormente citado, no es aceptable en este caso, porque nadie puede reclamar sobre la notificación de un auto que no se ha dictado.

"La inobservancia del procedimiento prescrito por el Decreto 3134 de 1952 constituye violación del artículo 26 de la Constitución y por lo tanto afecta el proceso de nulidad sustancial.

"Además la inobservancia del período probatorio previsto por el artículo 16 del Decreto

3134 de 1952, hace incurrir en la causal de casación expresamente señalada por el artículo 20 del Decreto 188 de 1958 en su ordinal segundo.

"*Conclusión*. El procedimiento arbitrario empleado por el juzgador, y la consiguiente inobservancia del procedimiento fijado por el Decreto 3134 de 1952, vician el proceso de nulidad constitucional por falta de aplicación de las normas propias del juicio, y por la consiguiente violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Como las garantías constitucionales no son un cuerpo muerto y se pueden alegar en cualquier momento según lo expresado por la honorable Corte en numerosas providencias, pido que se case la sentencia acusada y que en su lugar se decrete la nulidad de la actuación irregular para que se subsane el procedimiento defectuoso".

SE CONSIDERA:

1º Como se vio anteriormente al estudiar el primer cargo, la sentencia en que la Corte declaró la inexequibilidad del Decreto 0700 de 1954, sí produjo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que este Decreto expresamente había derogado, entre las cuales se encuentra el Decreto 3134 de 1952, que creó un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos de contrabando y que modificó, por lo tanto, el procedimiento ordinario penal señalado por la Ley 119 de 1938.

2º Como el hecho que dio origen a este proceso se consumó después del 23 de septiembre de 1958, fecha en que se publicó el fallo de inexequibilidad del Decreto 0700 de 1954, es obvio que el procedimiento que ha debido aplicarse al juicio es el especial establecido en el Decreto 3134 de 1952, en cuanto no se oponga a las disposiciones de carácter procesal dictadas con posterioridad al Decreto 0700, declarado inexequible.

3º Entre las disposiciones procesales del Decreto 3134 de 1952 aplicables a este proceso, se cuenta su artículo 16, que ordena que: "Recibida la declaración indagatoria o cumplidos los requisitos de emplazamiento, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, el funcionario abrirá el proceso a prueba por el término de diez (10) días y decretará la retención de la mercancía, vehículos y demás elementos empleados para la comisión del delito, si no lo hubiere hecho antes".

4º Como fácilmente puede comprobarse, de la actuación en este proceso, se omitió dar cumplimiento al artículo transcrito, ya que el negocio no se abrió a pruebas, pues las decretadas durante la instrucción de él fueron las ordenadas en el auto cabeza de proceso y posteriormente las decretadas por el Juez del conocimiento, en auto del 1º de diciembre de 1959 (fl. 151, c. 1º)

5º La etapa probatoria es una de las formas propias del juicio que tienden a garantizar la adecuada y eficaz garantía del derecho de defensa, consagrado por nuestra Constitución, especialmente en su artículo 26, pues dentro del término de pruebas es cuando oportuna y legalmente puede el acusado solicitar y hacer practicar las pruebas que han de servirle para ejercitar plenamente aquel derecho.

Tan importante y trascendental es en el proceso penal aduanero el término probatorio, que el ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, erige como motivo de casación el "no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas". Pero es claro, que si como ocurrió en este proceso, no se dictó el auto de apertura a pruebas que ordena el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, tampoco podía notificarse una providencia que no se dictó.

Por lo tanto, le asiste la razón al recurrente cuando afirma que "la inobservancia del período probatorio previsto por el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, hace incurrir en la causal de casación expresamente señalada por el artículo 20 del Decreto 188 de 1958 en su ordinal segundo".

De lo expuesto se concluye que el cargo prospera, y en consecuencia la Sala habrá de invalidar el fallo acusado, a efecto de que se reponga a partir del auto del 27 de noviembre de 1959, en que el Juez de Instrucción Penal Aduanera de Cartagena envió el proceso al Juez Superior de Aduanas de dicha ciudad, pues el artículo 18 del Decreto 3134 de 1952 dispone que: "Cumplido el término probatorio, si el funcionario instructor no fuere competente por razón de la cuantía, remitirá el expediente al juez que corresponda". Esto indica que es antes de enviarse el proceso al Juez competente, por razón de la cuantía, cuando debe abrirse el negocio a pruebas por el respectivo funcionario que instruye el proceso.

Como la Sala encuentra fundada la causal de nulidad alegada, no entrará a estudiar las restantes causales propuestas en la demanda de casación formulada por el apoderado de Curiel Sierra.

DEMANDA DE CASACION DE JUAN MARIA GALLEGO

Como la causal que prospera en la demanda antes estudiada afecta el procedimiento, es innecesario examinar la propuesta por el apoderado de Juan María Gallego, puesto que la irregularidad alegada y que da lugar a que se invalide la sentencia, favorece también a este procesado y aun al reo no recurrente, Guillermo Antonio Castro, según reiterada jurisprudencia de esta Sala.

No está de sobra advertir, que de acuerdo también con jurisprudencia de esta Sala de la Corte, "la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del Tribunal".

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida la sentencia objeto del recurso de casación, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas en este juicio y dispone que se devuelva el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera de Cartagena, para que reponga el procedimiento desde el auto del veintisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, en que se dispuso remitir el negocio al Juez Superior de Aduanas de dicha ciudad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL. INDEBIDA Y ERRADA APRECIACION DE LOS HECHOS. VALOR DEL ACERVO PROBATORIO. OPINION SOBRE LA NECESIDAD SUBJETIVA DE DEFENSA.

1. Cuando se invoca la causal segunda en sentencias pronunciadas en juicios en que no ha intervenido el jurado, tramitados con sujeción al Decreto extraordinario número 0012 de 1959, corresponde a la Corte un detenido estudio de la prueba que el Tribunal tuvo en cuenta para condenar al sindicado y que constituye el fundamento de la impugnación al alegar un error de hecho, que tiene como necesaria consecuencia el de dirigirse a demostrar la indebida apreciación de los elementos de juicio que informan el proceso, ya que de establecerse este extremo, la causal tiende a prosperar.

Pero es condición de esta resultante —ha dicho la Sala— para que tenga oportunidad la Corte de enmendar el error y corregir la violación indirecta de la ley penal, que el fallo enjuiciado a través del recurso extraordinario "comporte notoriamente la indebida y errada apreciación de los hechos, de tal suerte que surja con indiscutible evidencia que la sentencia descansa sobre premisas falsas, sin recaudo probatorio que la sustenten jurídica y racionalmente".

2. La siguiente doctrina de la Corte aclara en cuáles oportunidades y dentro de qué límites puede desestimarse una prueba, cuando apenas se sospecha sobre su idoneidad como criterio de verdad:

"El Código de Procedimiento Penal establece los motivos en virtud de los cuales el Juez puede valorar el testimonio con la crítica del mismo, para reconocer o rechazar su credibilidad. Fuera de esta norma, que es el artículo 234, no puede partirse de meros supuestos, fundados en presunciones acomodaticias para negar imparcialidad al testimonio, porque este procedimiento llegaría a limitar tanto la prueba testifical, que en lugar de operar la presunción de buena fe del declarante, se partiría de su mala fe, para desconocer el valor que para la justicia aporta con sus afirmaciones, lo que constituiría una inversión de los principios que fundamentan la apreciación de los medios probatorios en postulados totalmente distintos" (G. J., Tomo LXXII, pág. 627).

De consiguiente, no puede menos de admitir la Sala que tiene razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al conceptuar que del examen global de la prueba es indispensable atribuir a lo dicho por el procesado en su indagatoria, una especie de confesión calificada, que por ser de esta naturaleza "es necesario confrontar con las declaraciones rendidas por los testigos in facto para aceptar que lo expuesto de propia ciencia por el acusado, al contrario de ser increíble, es sencillamente verosímil" y que si "en los autos figuran declaraciones que corroboran en lo esencial al acusado, y que, particularmente, sacan valedero su dicho en lo que atañe a las circunstancias que lo llevaron a creer que su vida corría un grave e inminente peligro, como consecuencia de la agresión de obra de que lo hizo objeto Misael Chaves", es obvio que se está en presencia de una causal de no responsabilidad que debe ser reconocida al decidir el recurso de casación interpuesto.

3. "La errónea opinión sobre la necesidad subjetiva de defenderse, debe ser apreciada de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar y especialmente habida consideración del estado de ánimo en que se halla el sujeto". Doctrina que el maestro Carrara concreta así:

"La gravedad del mal no debe buscarse en la verdad absoluta, que puede haber permanecido oculta para el agredido, sino en la opinión razonada del mismo agredido" ("Programa", Nº 298).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

El doctor Francisco Naranjo Mejía, en representación del procesado César Sánchez López, oportunamente interpuso el recurso de casación contra la sentencia de 22 de julio de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la que se condenó a su defendido a la pena principal de ocho (8) años de presidio e incorporales anexas, como responsables del delito de homicidio, dando confirmación en esta forma a la dictada por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito, con fecha 31 de agosto de 1960.

La demanda con que tal recurso se sustenta llena a satisfacción los requisitos establecidos por la ley. En atención a ello, la Sala procede a decidir sobre el mismo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Comparte la Sala el resumen que de los hechos materia de este proceso hace el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, e igualmente, las observaciones que formula al respecto. Dice así el señor Agente del Ministerio Público:

"La Procuraduría no está de acuerdo con los resúmenes, que a manera de analizar las cosas, dan de los hechos controvertidos tanto el sentenciador como el apoderado recurrente, pues considera la primera relación un tanto ajena a lo realmente probado en autos, y estima la segunda como demasiado breve y, por lo mismo, poco comprensiva de todas las circunstancias de hecho que rodearon el lance ocurrido entre el acusado y la víctima.

"Se impone, pues, reseñar los hechos acaecidos de la manera que sigue:

"La madrugada de autos fue la del día 26 de diciembre de 1959 y el teatro de los sucesos, un barrio mal habitado del Municipio de Palmira, y más precisamente dentro del barrio, una casa de diversión o cantina cuya propietaria, la concubina del occiso llamada Inés Calderón, tenía a su servicio licencioso y en calidad de encargada de divertir a los parroquianos, bailando con ellos y dándoles de beber al alcanzarles las copas o los vasos de licor, a una mujer de mancebía de nombre María Noelia Zuluaga.

"Transcurría la primera hora del citado día en ambiente propio de vulgar barriada, bebiendo algunos de los contertulios y bailando otros a los sones de música ligera y libidinosa de un gramófono automático. Fue entonces cuando hizo entrada a la cantina en mientes el acusado César Sánchez López, al parecer, en compañía de María Lourdes Cano y de Flover Zúñiga Sarria (ver fl. 9 vto. y 12 cuad. 1º). El acusado pidió 'unas cervezas y unos aguardientes' y se acercó 'al pie del mostrador', luego de lo cual se sentó a la mesa que ya ocupaba Zúñiga y la Cano, dedicándose con éstos a libar y a conversar. Se refería él a su mujer cuando sucedió que la propietaria Inés Calderón se acercó a la mesa y manifestándose contrariada con Sánchez López, le reclamó a éste el porqué hablaba mal de ella (declaración de Flover Zúñiga), o se acercó a la mesa y ofendió de palabra a Sánchez y a sus acompañantes porque supuso que el acusado estaba maldiciendo de ella (declaración de María Lourdes Cano), o se acercó para decir (según la testigo María Ruiz Barona viuda de Saavedra) 'que a ella le chocaba mucho que rajaran de las mujeres y que a ella ningún hijueputa le podía escupir la cara'. Al reclamo hecho por la Calderón contestó Sánchez expresándole a ésta 'que no era con ella la conversación que él tenía' (declaración de María Ruiz v. de Saavedra). Acto seguido, por haberse enterado desde el sitio en que se encontraba, terció en la discusión a favor o en defensa de su concubina, el señor Misael Chaves, quien dirigiéndose al acusado le preguntó 'qué le pasaba con la mujer de él', que él, Chaves, 'arrastraba consecuencias y comenzó a tratar en malas palabras, al mismo Sánchez (fl. 6), o 'a tratarlo mal y a nombrarle la madre' (fl. 7), véase también el folio 10 y el 12 sobre el mismo respecto.

"El agredido por Chaves se retiró un instante y volvió a salir armado de una peinilla que llevaba 'entre los pantalones', según declara el testigo Zúñiga, y de acuerdo con la declarante Aura María v. de Saavedra, después de que Chaves le dijo a Sánchez 'que arrancara', los contrincantes estaban de pie, ocurriendo en seguida que 'el señor dueño de la cantina metió la mano en la cintura como sacando un arma y amenazándole le dijo: 'arranca hijueputa' y el señor no le contestó nada, entonces fue cuando oí un tiro pero yo no vi arma de ninguna clase'. (fl. 10).

"A esta altura de los acontecimientos, son los testigos José Enrique Parra, Miguel Antonio Alzate Ramírez y Bernardo García quienes manifiestan haber presenciado el final de la pelea entre el acusado y la víctima.

"Al respecto, tales deponentes son más o menos contestes en afirmar que desde la calle cada cual se dio cuenta de que de la cantina de marras un individuo salía retrocediendo y otro le perseguía o acosaba armado de una peinilla, todo lo cual dio ocasión a que el acosado, que en un momento de la pelea se resbaló, para defenderse

de la agresión de obra que era inminente, empuñara un revólver y disparara contra su agresor, quien resultó mortalmente herido.

"Desde ahora se anota, que los citados García, Alzate y Parra, al relatar el momento culminante de la tragedia de autos confirman en lo esencial la versión dada por el acusado al rendir indagatoria y confesar ser el autor de la muerte de Misael Chaves".

El proceso adelantado contra César Sánchez por los anteriores hechos, fue tramitado de conformidad con los preceptos del Decreto 0012 de 1959. El fallo condenatorio proferido por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Cali en primera instancia, fue apelado ante el Tribunal. Al responder el traslado, el señor Fiscal de dicha Corporación, luego de estudiar ampliamente la prueba testimonial y las diversas etapas en que se sucedieron los hechos, solicita que se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva al procesado, por haber obrado éste en los extremos de una legítima defensa subjetiva, "pues que las declaraciones se refieren a que la víctima se armó de arma cortante para agredir a su contrincante y éste apeló a su arma de fuego para quitarle la vida a aquél".

Concluye el señor Agente del Ministerio Público aludido su concepto con las siguientes apreciaciones, que resulta pertinente reproducir:

"La confesión que hace el matador está de acuerdo con los testimonios de las personas que estuvieron en el teatro de los acontecimientos en la noche mencionada y cobra mayor verosimilitud el dicho de éste porque de las piezas que informan el expediente se puede concluír que obró por la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona, pues además de haber sido provocado por la víctima, ésta se armó para realizar el ataque.

"Y hubo legítima defensa subjetiva porque César Sánchez creyó firmemente hallarse en condiciones de peligro ante la acometividad de su contrincante, ya que la actitud de Misael Chaves no significaba otra cosa. El miedo operó entonces para perturbarle y llenarle de angustia ante la que él creyó como peligroso, real o imaginariamente..." (Fls. 104 y 105 del cuad. 1º).

DEMANDA:

El recurrente impugna la sentencia del Tribunal con base en la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. "Concretamente me propongo —dice— demostrar que hubo esa errada apreciación de los hechos, porque se les negó el valor probatorio que tienen, siendo ellos elementos modificadores de la responsabilidad, si es que no comportan una eximente total de la misma".

Prosigue así el demandante: "El honorable Tribunal acepta como un hecho evidente en el proceso, que al momento de originarse la tragedia estaban presentes los declarantes María Lourdes Cano, Flover Zúñiga Sarria y Ana María Ruiz v. de Saavedra, quienes deponen en forma favorable al sindicado y contrariamente a lo expuesto por la dueña de la cantina Inés Calderón y su empleada María Noelia Zuluaga.

"De acuerdo con lo aseverado, resulta claro que el occiso, sin justa causa, injurió soezmente al acusado y tras de armarse de peinilla se abalanzó sobre él en actitud agresiva, provocando así la reacción de Sánchez".

En seguida, cita el testimonio de los que, dentro de las circunstancias en que se desarrollaron los hechos podría denominarse el segundo grupo de declarantes, constituído por María Lourdes Cano, Flover Zúñiga Sarria y Ana María Ruiz vda. de Saavedra, en contraposición del primer grupo compuesto por la dueña de la cantina Inés Calderón y su empleada María Noelia Zuluaga. El tercer grupo de declarantes está integrado por Jorge Enrique Parra, Miguel Antonio Alzate Ramírez y Bernardo García, cuyos testimonios concuerdan con el rendido por el procesado.

Con base en tales citas, el recurrente afirma que de esas versiones se deduce que no hubo de parte del sindicado acto alguno de provocación contra el occiso. Sobre este aspecto, argumenta así: "Unas frases dichas por Sánchez y mal entendidas por la dueña de la cantina, dieron pie para que esta respondiera en términos ofensivos contra aquél, al expresar que 'ningún hijueputa le podía escupir la cara', y para que provocara la intervención de su concubino, el occiso Chaves, en forma que no era la aconsejable en el caso, inició agresiones verbales de la peor calaña contra Sánchez, quien, repito, no se las merecía ni la había motivado. Tomarse un trago y mentarle la madre fue todo uno. Y acompañó la acción a la palabra 'arranca hijueputa' avanzando hacia Sánchez, armado al parecer de peinilla. Tal parece, como lo indican los testigos, que inicialmente Sánchez quiso calmar a su agresor y a su concubina, pero ninguno lo atendió y ante la actitud asumida por Chaves hubo de reaccionar en la forma que indica el proceso".

El impugnador critica la interpretación que el Tribunal dio a los testimonios de Flover Zúñiga y María Lourdes al afirmar que éstos "de tener algún interés en falsear la prueba, lo sería natu-

ralmente en favor del sindicado". Dice el recurrente que siendo estas personas hábiles ante la ley para rendir testimonio, su dicho no puede desecharse. Al respecto cita una doctrina de la Corte, en la que se basa para afirmar lo siguiente:

"Luego tales testimonios no pueden descartarse porque sí, máxime si ellos están aseverando hechos que sitúan al procesado en una posición excepcionalmente favorable ante la ley... No ocurre lo mismo con los testimonios rendidos por la concubina del occiso y su empleada (la Calderón y la Zuluaga), porque éstos sí ofrecen serias tachas, habida consideración a los vínculos existentes, los lazos de afecto y de dependencia, su interés manifiesto en incriminar al sindicado y en favorecer al occiso y, en fin, por el modo mismo como deponen y que resultan en abierta pugna con la realidad.

"Resulta así que a esas pruebas se les negó el valor que realmente tienen, para darles otro que legalmente no corresponde. Por este aspecto podía sostenerse la eximente de la legítima defensa, subjetiva para el caso, ya que todos sus elementos se conjugan a la faz de la ley y la doctrina: violencia actual; injusta; inminencia de peligro y proporción entre la ofensa o ataque y la defensa. El hecho de que el occiso no hubiera alcanzado a sacar el arma, no implica que el peligro no existiera y no obligaba al sindicado a esperar que ello ocurriera para reaccionar, pues lo más probable es que no hubiera tenido después tiempo para defenderse".

Más adelante el actor argumenta de esta manera:

"¿Podía exigirse a Sánchez otra actitud, vista la forma como procedió a insultarle el occiso de palabra y obra, las frases graves que pronunció '*arranca hijueputa*' y el acometimiento que inició y que no deja dudas de que, aun desarmado iba a proporcionarle daño al agredirlo? ¿No son sus palabras, pronunciadas al recibir el disparo mortal, '*me mataste hijueputa*' una clara demostración de la peligrosidad de tal sujeto? ¿Tiene acaso aquí importancia que apareciera el arma, para configurar la defensa? ¿Y no está demostrado, con los testimonios analizados, que el arma no podía aparecer al practicarse el levantamiento del cadáver, porque la concubina del occiso ya la había guardado, con miras a hacerse más gravosa la situación del victimario?

"Si, pues, dado que en la sentencia recurrida se descartó la eximente de la legítima defensa por haberse negado a las pruebas relacionadas el valor probatorio que realmente tienen, resultando así erróneamente apreciados los hechos, cabe solicitar a esa honorable Sala la invalidación del fallo, para que en su lugar se absuelva al sindicado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25, numeral 2º del Código Penal, por tener su acto plena justificación ante la ley".

Hace luego el demandante algunas críticas a la manera como el Tribunal apreció las pruebas y a las contradicciones en que cree haber incurrido éste. Afirma que "no es el hecho de que una palabra tenga tal o cual significado en el argot, sino la ofensa que ella produzca a quien se lanza. Si éste reacciona iracundo ante tal ofensa, bastará que ella tenga gravedad e injusticia, para que el acto sea considerado más benignamente por la ley".

Por último, la demanda plantea otro aspecto del problema que concreta en los siguientes términos:

"Considero de suma importancia esta aclaración:

"En el caso, la negativa de la eximente de la legítima defensa, parte de la base de que no está probado, al decir del Tribunal por su errónea apreciación de los hechos, que el occiso agrediera a mano armada al victimario. Mas, aclarado esto, es claro que procede el reconocimiento de esa figura jurídica.

"Negada ella, por esa errónea apreciación, queda en pie la circunstancia modificadora, porque se reúnen también todos sus elementos. De ahí que no me parezca como incompatible, o una doble postura, hablar de ambas..."

"...Si el juzgador niega la existencia de la agresión, porque cree que no es legalmente aceptable hasta no demostrarse que el occiso sacó la peinilla, no puede en ningún caso negar la provocación, así sea que el sindicado no la presentara ajustada a la terminología jurídica para invocar una excusa a su actuación. Lo esencial es que la puso de presente, al igual que los demás declarantes que deponen con sinceridad en el proceso. Menos le es dable negar la gravedad e injusticia de esa provocación. La actitud asumida por el occiso y las frases pronunciadas contra Sánchez, no dejan ninguna duda al respecto.

"De allí que en el peor de los casos, y solo —repito— porque por una equivocada apreciación de los hechos y sobre la figura jurídica en que ellos inciden —legítima defensa subjetiva—, se descarta la eximente total de responsabilidad anotada, cabe alegar, con base en los hechos aceptados pero erróneamente apreciados para darles el valor que tienen, el reconocimiento de la circunstancia modificadora comentada".

El actor concreta su petición en los siguientes términos:

"Que se invalide la sentencia que es materia del recurso extraordinario, dictada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha 22 de julio de 1961, en la cual se condena a César Sánchez L. a la pena principal de ocho años de presidio y accesorias correlativas, para que en su lugar la honorable Corte falle:

"a) Declarando absuelto al señor Sánchez, por haber actuado en legítima defensa de su vida; o

"b) Imponiéndole al señor Sánchez una sanción que se amolde a los preceptos del artículo 362 y 28 del Código Penal, por haber actuado en estado de ira e intenso dolor a causa de grave e injusta provocación".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina minuciosamente las diversas etapas del proceso, haciendo una crítica a la manera como el Tribunal apreció la prueba testimonial obrante en autos. Concluye así su exhaustivo y acertado análisis el señor colaborador Fiscal de la Corte:

"Notoriamente erró, por consiguiente, el sentenciador al dividir la confesión del acusado, pues nada vale que en autos contradigan a éste último, testigos como la concubinaria Calderón y la pupila de ésta, a quienes el interés en mentir es manifiesto, como no lo es en aquellos declarantes que de una u otra manera confirman las de por sí verosímiles explicaciones dadas por César Sánchez López.

"En consecuencia, es el caso de considerar que prospera la causal segunda invocada y sustentada...".

"... Respondida como ha sido la demanda de que se le corrió traslado, el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal, atentamente solicita a la honorable Corte que proceda a *infirmar* el fallo acusado y en su lugar absuelva al procesado César Sánchez López del cargo de homicidio que se le formuló en el curso de la actuación procesal".

SE CONSIDERA:

Cuando se invoca la causal segunda en sentencias pronunciadas en juicios en que no ha intervenido el jurado, como es el caso de este proceso, tramitado con sujeción al Decreto extraordinario número 0012 de 1959, corresponde a la Corte un detenido estudio de la prueba que el Tribunal tuvo en cuenta para condenar al sindicado y que constituye el fundamento de la impugnación al alegar un error de hecho, que tiene como necesaria consecuencia el de dirigirse a demostrar la indebida apreciación de los elementos de juicio que informan el proceso, ya que de establecerse este extremo, la causal tiende a prosperar.

Pero es condición de esta resultante —ha dicho la Sala— para que tenga oportunidad la Corte de enmendar el error y corregir la violación indirecta de la ley penal, que el fallo enjuiciado a través del recurso extraordinario "comporte notoriamente la indebida y errada apreciación de los hechos, de tal suerte que surja con indiscutible evidencia que la sentencia descansa sobre premisas falsas, sin recaudo probatorio que la sustenten jurídica y racionalmente".

El estudio de este proceso reclama un examen detenido de los tres grupos de testimonios que integran el acervo probatorio y que sirven para determinar la forma y circunstancias en que el hecho se cumplió.

Si como lo hizo el Tribunal en la sentencia recurrida se parte de la base del primer grupo de declarantes constituido por la dueña de la cantina, Inés Calderón, concubina del occiso y por parte de la cual comenzó el incidente que culminó con la muerte de Chaves y de la empleada del mismo establecimiento, María Noelia Zuluaga, prescindiendo de los otros elementos probatorios que surgen de las demás personas que se encontraban en el lugar del suceso, es apenas natural que este recorte arbitrario del análisis probatorio conduzca a no ofrecer de manera completa el desarrollo de los hechos.

No puede negarse que por parte de la Calderón, principalmente, y de la Zuluaga en segundo término, existe al menos la posibilidad de que sus testimonios hayan tratado de comprometer la responsabilidad de Sánchez López, disminuyendo, en cambio, la participación en los sucesos de Chaves, porque los vínculos afectivos y patronales entre esas declarantes y el occiso fácilmente determinan que existe motivo que permita inferir que sus testimonios no sean del todo imparciales.

En cambio, dentro de los principios que informan la crítica del testimonio, que es la base y fundamento de la apreciación de las pruebas en el sistema del Código de Procedimiento Penal, no puede desconocerse que si se somete la interpretación de los testimonios del segundo y tercer grupo de declarantes que obran en autos, compuestos por María Lourdes Cano, Flover Zúñiga Sarria y Ana María Ruiz vda. de Saavedra, quienes se encontraban en el interior de la can-

tina cuando los hechos se sucedieron y de los que presenciaron el desenlace final de los mismos, en el momento en que Sánchez López disparaba por una sola vez contra Chaves, quien se le acercaba con el ademán de sacar el arma, que poco antes, al decir de aquellos declarantes, se había metido dentro de la pretina de los pantalones, integrado por los testigos Jorge Enrique Parra, Miguel Antonio Alzate Ramírez y Bernardo García (a. "Culebro"), los cuales dentro de la discriminación que se viene haciendo forman el tercer grupo que presenció los hechos desde la calle, cuando al decir de los mismos, transitaban ocasionalmente por aquel lugar, no puede negarse que se patentiza en la sentencia impugnada una apreciación incompleta del acervo probatorio, toda vez que la confrontación de esos testimonios se hace indispensable para Llegar al convencimiento legal-moral de lo ocurrido y de cada una de las circunstancias que antecedieron y concurrieron al desenlace final que determinó la muerte de Chaves.

De aquí que la crítica que formula el impugnador y que para el señor Fiscal de la Corte es procedente, obligue a la Sala a poner de relieve que en la sentencia acusada se manifiesta un error evidente en la apreciación de dichos elementos de juicio y como consecuencia de ella opere una indebida apreciación que hace viable la causal alegada.

En efecto, para apreciar el verdadero valor de ese acervo probatorio, es indispensable reproducir los testimonios de María Lourdes Cano, Flover Zúñiga Sarria y Ana María Ruiz vda. de Saavedra, lo mismo que la confesión calificada de Sánchez López y los testimonios que la corroboran, constituídos por los dichos de Parra, Alzate Ramírez y García.

Folio 6 del informativo, María Lourdes Cano depone así:

"... nosotros entramos (Flover Zúñiga y ella) por una puerta y al momentico nosotros vimos que entró el tipo por la otra y no se sentó en la mesa en donde nosotros estábamos sino que se fue derechito al mostrador a conversar con la señora que atendía la cantina, y estuvieron alegando un rato en presencia del finado, y después el tipo nos dijo que si nos tomábamos dos aguardientes a mí y a Flover, después le dijo a Flover que el negocio del pescado estaba muy malo, pues que había ido por allá y que la mujer de él estaba berrionda porque no le sacaba a beber y a parrandear, pues se refería a su mujer que no estaba allí, y la señora que estaba en el mostrador pensó que de ella era que hablaba y entonces comenzó a ofendernos en malas palabras, quiero decir al tipo (Sánchez)... Al muerto vi que se paró del mostrador y se fue para la pieza y se armó de una peinilla y se vino a ofender al agresor; nosotros se la vimos cuando él cayó al suelo, y entonces la señora le desabrochó la camisa y le sacó la peinilla y le zafó el reloj y los anillos...".

Por su parte, Flover Zúñiga Sarria, a folio 6 vuelto y 7 y vuelto, declara:

"... Yo cuando entré a la cantina estaban bailando pues había bastante gente, unas muchachas y hasta el muerto estaba bailando y arrimamos allí y allí arrimó el agresor y nos brindó un aguardiente, el agresor sé que se llama César, pues he ido a comprar pescado y él ha ido como comisionista en varios camiones y cuando entró a la cantina nos brindó un trago, y él sacó la plata a pagar y sacó dinero, y entonces no sé por qué caso la dueña de la cantina y él tuvieron un disgusto, pues me parece que eran conocidos ya, y ella le dijo a él que estaba hablando de ella, y yo conversaba con él asunto de negocios de pescado, y entonces comenzó a tratarlo mal y a nombrarle la madre, y el tipo contestó, quiero decir César el agresor, que él no estaba hablando de la señora y volvió a salir el muerto con una peinilla entre los pantalones y la señora cantinera hablaba allí con el agresor como discutiendo, y entonces el muerto y César salieron hacia afuera y oí un disparo y no fue más y el hombre cayó allí... La peinilla se la vi cuando cayó al suelo porque él cayó bocarriba y estaba desabotonado la camisa. Cuando el sujeto cayó, la mujer de él se acercó y le desabrochó la camisa y le vi una peinilla y vi que le quitó el reloj y no vi más porque nos fuimos a dormir...".

Ana María Ruiz vda. de Saavedra, declara lo siguiente (fls. 9 vto. y 10):

"... Misael Chaves les dijo estas palabras: hágame el favor de decirme qué es lo que pasas aquí, entonces el señor a que me he venido refiriendo y que no recuerdo cómo era, le contestó que no pasaba nada, entonces el señor, el agresor, le dijo, refiriéndose a la señora, que no era con ella sino entre ellos en la mesa, entonces el señor dueño de la cantina, quien estaba tragando, pidió un aguardiente y azotó la mesa y dijo que él era el marido de ella y que él era el que mandaba allí y que él arrastraba las consecuencias con cualquier hijueputa y que arrancara, entonces el otro señor se paró del asiento y salió al centro de la sala o salón de la cantina y el señor también se paró y dio la vuelta hacia la puerta, entonces el señor dueño de la cantina metió la mano a la cintura como amenazándolo y le dijo: arranca hijueputa y el señor no le con-

testó nada, entonces allí fue cuando oí un tiro, pero yo no vi arma de ninguna clase...".

De folios 10 vuelto a 12 vuelto del informativo obra la indagatoria rendida por el procesado César Sánchez López, quien narra el hecho culminante de la tragedia así:

"...vi cuando el señor me caminaba sacando una peinilla dentro de la pretina del pantalón, entonces yo cuando salí afuera me resbalé y luego yo viendo que el tipo iba con la peinilla encima de mí, pues la había sacado toda y ya iba a darme, entonces viendo que me iba a matar yo qué hacía, tenía que defenderme..., cuando el tipo me iba a tirar yo le hice el disparo y luego arranqué a correr de miedo...".

El testigo Jorge Enrique Parra, al respecto, declara lo siguiente:

"... El día veinticinco de diciembre pasado, más o menos a la una de la mañana pasaba por la carrera 26 o sea la del parque de Las Delicias, cuando un señor venía retrocediendo de la parte de la cantina para afuera, de una cantina que hay en todo el parque de Las Delicias, cantina que queda en frente de una tienda en la margen izquierda dirigiéndose hacia el barrio de Las Delicias, y vi otro señor que venía de la parte de adentro de la cantina desenvainando una peinilla por dentro de la pretina de los pantalones, y el tipo que venía retrocediendo se resbaló en el andén en la parte de afuera cuando el otro tipo que venía ofendiéndolo fue a sacar el machete o la peinilla para darle, entonces el otro le hizo un disparo, el tipo arrancó a correr y el otro se fue retrocediendo para adentro hasta que cayó al suelo y yo seguí...".

Miguel Antonio Alzate Ramírez, rinde su testimonio en esta forma:

"... El veinticuatro de diciembre próximo pasado, al amanecer el veinticinco como a eso de la una o una y media de la mañana, iba yo para mi casa a dormir, cuando me paré en la esquina del parque de Las Delicias de esta ciudad, pues pensé entrar a una cantinita que hay allí, pero vi unos tipos discutiendo, pues estaban como alegando, entonces no entré sino que me quedé allí parado viéndolos, cuando vi que salió uno y retrocedía y otro detrás de él, y al salir al andén el que seguía al que retrocedía, sacó una peinilla dentro de los pantalones, y entonces cuando el hombre le mandó el primazo, se resbaló el que retrocedía y éste al ver que el otro lo iba a matar con la peinilla, sacó un revólver y lo disparó y ahí mismo se levantó y salió en carrera y cuando el disparo el otro se retrocedió...".

Y Bernardo García expone:

"... El día veinticinco de diciembre pasado como a eso de la una y media de la mañana, es decir al amanecer veinticinco por la carrera 26 con calle 26 por la puerta de la carrera 26 vi que retrocedía un señor a quien no conozco vi que se resbaló en el andén, después de esto vi que otro señor venía detrás, yo lo vi cuando sacó la mano como del saco y sacó una peinilla y dijo: ahora sí vamos a entendernos 'hijo de puta', y sacó la peinilla entonces el otro sacó un revólver y le hizo un disparo y después de que le hizo un disparo salió corriendo. El otro tipo se fue hacia atrás y cayó al suelo, luego de eso nosotros Jorge Parra quien era mi compañero y yo nos fuimos para evitar problemas...".

No resulta improcedente anotar que sin tener en cuenta los anteriores testimonios el señor Fiscal 1º del Tribunal de Cali llegó a conclusiones que exoneran de responsabilidad al procesado porque obró en circunstancias que perfilan una legítima defensa de su vida gravemente amenazada por la actitud peligrosa del occiso en el instante en que aquél hizo el disparo mortal. Con todo, lo cierto es que el proceso no exhibe elemento alguno de juicio que permita atribuir a esos testimonios motivos legales o morales para desecharlos, porque fueron recibidos con las formalidades de rigor y obran en el expediente en virtud de citación que fuera hecha por el investigador, al verificar lo dicho por el procesado en la indagatoria, como claramente se expresa en el contexto de las declaraciones rendidas.

Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal desechan esos testimonios con apreciaciones subjetivas que no encuentran respaldo en los autos. No les otorgan crédito sin explicar en concreto las razones que los autoriza para ello.

Viene aquí muy a propósito la siguiente doctrina de esta Sala de la Corte, porque ella aclara en cuáles oportunidades y dentro de qué límites puede desestimarse una prueba, cuando apenas se sospecha sobre su idoneidad como criterio de verdad:

"El Código de Procedimiento Penal establece los motivos en virtud de los cuales el Juez puede valorar el testimonio con la crítica del mismo, para reconocer o rechazar su credibilidad. Fuera de esta norma, que es el artículo 224, no puede partirse de meros supuestos, fundados en presunciones acomodaticias para negar imparcialidad al testimonio, porque este procedimiento llegaría a limitar tanto la prueba testifical, que en lugar de operar la presunción de buena fe del declarante, se partiría de su mala fe, para desconocer el valor que para la justicia aporta con sus afirmaciones, lo que constituiría

una inversión de los principios que fundamentan la apreciación de los medios probatorios en postulados totalmente distintos". (G. J., Tomo LXXII, pág. 627).

De consiguiente, no puede menos de admitir la Sala que tiene razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al conceptuar que del examen global de la prueba es indispensable atribuir a lo dicho por el procesado en su indagatoria, una especie de confesión calificada, que por ser de esta naturaleza "es necesario confrontar con las declaraciones rendidas por los testigos *in facto* para aceptar que lo expuesto de propia ciencia por el acusado, al contrario de ser increíble, es sencillamente verosímil" y que si "en los autos figuran declaraciones que corroboran en lo esencial al acusado, y que, particularmente, sacan valedero su dicho en lo que atañe a las circunstancias que lo llevaron a creer que su vida corría un grave e inminente peligro, como consecuencia de la agresión de obra de que lo hizo objeto Misael Chaves", es obvio que se está en presencia de una causal de no responsabilidad que debe ser reconocida al decidir el recurso de casación interpuesto.

Para así decidirlo la Corte acoge por justas y jurídicas las siguientes apreciaciones del señor Agente del Ministerio Público, colaborador en este proceso:

"Verificada la anterior apreciación probatoria y resultando de ella que no existe motivo válido alguno para negarle crédito a los testigos que confirman la confesión emitida por el procesado, ciertamente que en seguida se impone inferir que el fallo recurrido carece de verdadero fundamento en la realidad procesal, porque para desconocer, como en efecto desconoce, los efectos de la presunción establecida por el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal, inútil y equivocadamente busca apoyo en lo declarado por un testigo que como Inés Calderón, concubina del occiso y en cierta forma protagonista también de buena parte de lo sucedido, no merece atención, y en lo afirmado por la alegre empleada del establecimiento donde ocurrieron los hechos, quien como subordinada agradecida de la mencionada concubina, llegó hasta el extremo de referir los hechos en forma que no se atrevió a hacerlo su propia patrona, puesto que sostuvo que el acusado, momentos antes de que la tragedia se desatara, ofendió a la Calderón con palabras como éstas: 'por qué sos tan presumida putica de mala clase', y otras de parecido jaez, que la supuesta ofendida nunca afirmó haber escuchado de labios de Sánchez López".

El riguroso examen probatorio anterior, fuera de su contenido intrínseco para reflejar los hechos, tiende también a sugerir la aplicabilidad de esta doctrina que la jurisprudencia tiene adoptada en casos como el de autos:

"La errónea opinión sobre la necesidad subjetiva de defenderse, debe ser apreciada de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar y especialmente habida consideración del estado de ánimo en que se halla el sujeto". Doctrina que el maestro Carrara concreta así:

"La gravedad del mal no debe buscarse en la verdad absoluta, que puede haber permanecido oculta para el agredido, sino en la opinión razonada del mismo agredido" ("Programa", Nº 295).

Aceptada la tesis que la demanda formula en primer término, considera la Sala innecesario referirse a las alegaciones de la misma presentadas subsidiariamente, tendientes a demostrar, al menos, que en el caso de autos se configura un homicidio voluntario atenuado.

En consecuencia, prospera la causal segunda alegada.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, invalida la sentencia recurrida y en su lugar absuelve al procesado César Sánchez López del delito de homicidio que se le imputó en este proceso.

Como aparece que el sindicado se encuentra detenido, líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional, siempre que contra él no exista detención por otro u otros delitos o que sea requerido por alguna otra autoridad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pinquinto León L., Secretario.

CIRCULACION DE MONEDAS FALSIFICADAS

Audiencia pública. La falta de asistencia del Fiscal del Juzgado a ella, no es motivo que constituya nulidad del proceso. Consonancia entre los cargos propuestos en el auto de proceder y la sentencia. Causal 2ª de casación penal. La Corte no puede oficiosamente suplir los vacíos o defectos de la demanda de casación.

1. La falta de asistencia del señor Fiscal del Juzgado Superior al acto de la audiencia pública no es informalidad que constituya motivo de nulidad de ninguna clase y menos constitucional, como lo pretende el demandante, pues el artículo 465 del Código de Procedimiento Penal dispone que: "La audiencia se celebrará públicamente con la asistencia del Agente del Ministerio Público, del procesado y su defensor, y de la parte civil o su apoderado si quisieren concurrir". La expresión "si quisieren concurrir", empleada en la disposición copiada, muy claramente está indicando que la asistencia de las partes o sus apoderados a la audiencia pública, en juicios en que no interviene el jurado, es cuestión que la ley deja al arbitrio de quienes pueden intervenir en dicho acto.

De acuerdo con el artículo 466 del mismo Código, el enjuiciado es el único que obligatoriamente debe asistir en estos juicios a la audiencia pública, lo que se cumplió en este proceso, pues en el acta respectiva consta que los procesados concurrieron a ella asistidos por su defensor.

Siendo, por lo tanto, facultativa la asistencia del Fiscal a la audiencia pública, el no haber concurrido a ella, mal puede constituir un vicio sustancial que afecte la actuación cumplida en el proceso.

2. Se anota que no es exacto, como lo afirma el actor, que en este proceso exista ningún desacuerdo entre los cargos propuestos en el auto de proceder y la sentencia, pues en la parte resolutiva de aquella providencia se cumplió estrictamente con lo ordenado en el último inciso del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, al llamar a responder en juicio a los procesados "como responsables de uno de los delitos que encajan dentro de la denominación genérica "de la falsificación de monedas, Papeles de Crédito público y otros valores" de que trata el Código Penal en su Libro II, Título VI, Capítulo I°", pues ésta es precisamente la denominación genérica empleada por el Código de las penas para este tipo de delito, siendo la circulación de monedas una especie de dicho delito, contemplada en el ordinal 4º del artículo 214, pues este artículo está comprendido en el citado capítulo y título del libro segundo del expresado código.

3. Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se limita a enunciarla sino a demostrarla; es decir, que debe establecer en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideran violadas por la sentencia acusada.

Por esto, y especialmente en relación con la causal segunda en estudio esta Sala ha sostenido:

"Cuando en casación se acusa la sentencia con base en la causal segunda, la naturaleza misma de las cosas le impone al demandante el deber de analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas, las saca el juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un aná-

lisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es árduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia (Casación Penal, diciembre 7 de 1954, G. J., 2149)".

4. Cuando la demanda de casación es deficiente o incompleta, o no se ajusta a los requisitos de la técnica del recurso extraordinario de casación, la Corte oficiosamente no puede suplir los vacíos o defectos de aquélla, tomando el lugar del demandante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Juzgado Superior de Neiva, en sentencia del veinticuatro de febrero del año pasado, condenó a Libardo Piedrahita Henao y a Pastora Triana Linares a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsables del ilícito de circulación de monedas falsificadas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, al revisar el fallo de primer grado, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el reo Piedrahita Henao, lo reformó en el sentido de elevar a siete años de presidio la pena impuesta a éste, y en lo demás lo confirmó.

Contra el fallo de segunda instancia proferido por el citado Tribunal, calendado el quince de junio de mil novecientos sesenta y uno, interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación los procesados. Como este recurso fue admitido y el trámite correspondiente se ha cumplido, procede esta Sala a resolverlo por medio de esta providencia.

ANTECEDENTES

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar la demanda de casación, da de los hechos que dieron origen a este proceso el resumen siguiente:

"Eran los días en que se celebraba la festividad de San Pedro, llegaron al Hotel "Amigo" situado en la ciudad de Neiva un sujeto que, posteriormente, fue identificado como Libardo Piedrahita el cual se hallaba acompañado de dos mujeres, una de ellas reconocida más tarde como Pastora Triana. En la mañana del 28 de junio de 1960 se solicitó la cuenta del alojamiento para cuyo pago Pastora Triana entregó un billete de cincuenta pesos ($ 50.00) habiendo recibido el excedente que quedaba a su favor, en forma incompleta porque la dueña del hotel citado no tenía dinero suficiente, en ese momento; por tal motivo le quedó debiendo a Pastora Triana la suma de ocho pesos que en ningún momento fuera exigida posteriormente. Mientras ocurría lo anterior, Libardo Piedrahita agasajaba a los dueños del hotel con bebidas embriagantes, para luego pagar la cuenta respectiva con otro billete de cincuenta pesos, recibiendo el saldo a su favor.

"En la misma fecha, Libardo Piedrahita estuvo en el establecimiento denominado 'Bar Manolo'", de la ciudad mencionada, en donde libó algunas cervezas, habiendo entregado para su pago un billete de cincuenta pesos ($ 50.00), siendo el valor de la compra de aproximadamente cinco pesos recibiendo el excedente a su favor de manos del cajero, señor Jaime Serrato.

"Los tres billetes de cincuenta pesos de que se ha hecho mención resultaron falsos, al igual que dos más que le fueron decomisados a Pastora Triana al momento de ser esta mujer capturada. Todos ellos se hallan visibles al folio 1º del cuaderno 1º. Carecen de serie y poseen el mismo número".

El Juez Superior de Neiva, al calificar el mérito del sumario, por auto del 4 de noviembre de 1960, que fue confirmado por el Tribunal Superior de Neiva, resolvió:

"Llamar a responder en juicio criminal, por el procedimiento ordinario a Libardo Piedrahita Henao, de 31 años de edad, hijo de Jesús y Carmen, natural de Betulia (Ant.) y vecino de Ibagué, soltero, de profesión cacharrero, quien dice ser analfabeto, sin documentos de identidad y sin pasado judicial conocidos, y a Pastora Triana Linares, natural de Purificación (Tl.) y vecina de Ibagué, de 38 años de edad, soltera, cupera de profesión, se ignora el nombre de los padres, de instrucción elemental, sin documentos de identidad y sin pasado judicial conocidos, como responsables de uno de los delitos que encaja dentro de la denominación genérica "de la falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores" de que trata el código penal en su Libro IIº, Título VI, Capítulo Iº".

La audiencia pública la celebró el Juez Superior, el 22 de febrero de 1961 y a ella dejó de concurrir el Fiscal, según expresa constancia dejada en el acta respectiva.

La sentencia recurrida se fundó en los testimonios de Adalgisa Gutiérrez, Emperatriz Barón, Marcelino Calderón, Policarpa Calderón de Muñoz, Gilberto Jánregui y en los reconocimientos en rueda de presos de los procesados, verificados por algunos de estos testigos, así como en los informes de los Agentes Secretos números 1070, 1106 y 1101.

Los billetes que los procesados hicieron circular, así como los decomisados a Pastora Triana, fueron examinados en el Banco de la República y agregados al expediente.

En el informe del Gerente del Banco de la República en Neiva, ratificado bajo juramento, se expresa:

"En respuesta a su atento oficio número 465 de 21 del presente con el cual recibimos para su inspección la cantidad de cinco billetes de $ 50.00 cada uno, todos con el número 0576309 impreso en el anverso de la parte superior derecha e izquierda de los mismos, tenemos para manifestarle que dichas especies aparte de presentar el detalle de llevar todas el mismo número, carecen también de serie, son de pésima fabricación y, por lo mismo ilegítimas".

DEMANDA DE CASACION

El abogado doctor Carlos E. Camacho E., obrando como apoderado de los recurrentes y dentro del término legal, presentó la correspondiente demanda de casación, que formalmente se ciñe a las exigencias del artículo 531 del Código Judicial, de aplicación en la casación penal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. En ella se proponen, en su orden, las causales cuarta y segunda del artículo 567 del citado estatuto de procedimiento penal.

Causal cuarta.

Con invocación de esta causal, o sea, que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, el actor formula dos cargos, que en su concepto, entrañan otras tantas nulidades supralegales, por haberse violado el artículo 26 de la Constitución.

El primer cargo lo hace consistir el demandante, en que a la audiencia pública convocada por el Juez Superior, no concurrió el señor Agente del Ministerio.

Con el propósito de demostrar este cargo el impugnador arguye que:

"Si en el acto de la Audiencia Pública no concurren todas las partes que tienen la obligación de concurrir a un acto de tanta trascendencia para la justicia, no se puede sostener que el juzgamiento se verificó con 'la completa observancia de las formalidades legales, o en otros términos: 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio' que prescribe la Constitución Nacional en su artículo 26.

"El artículo 92 del Código de Procedimiento Penal obliga al señor Agente del Ministerio Público 'como representante (sic) de la sociedad, debe procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. En cumplimiento de estos deberes, el Ministerio Público pedirá la práctica de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad, la detención o la libertad del procesado cuando sean pertinentes y, en general, intervendrá en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal'".

"Si el señor Agente del Ministerio Público tiene la obligación de representar los intereses de la sociedad 'en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal', dicha misión implica una formalidad propia del juicio penal, y si dicha formalidad se omite, no se puede decir que en el proceso penal se observaron 'la plenitud de formas' que expresamente exige nuestra Constitución Nacional.

"En el caso de autos, el señor Agente del Ministerio Público dejó de concurrir al acto de la Audiencia Pública en la que jugaba la suerte de los procesados como anteriormente ya se dijo. La no asistencia del representante de la sociedad al acto de la Audiencia Pública, determinó que la sociedad estuvo ausente de este acto de vital importancia para la vida del derecho, lo que implica por esta otra parte, otra informalidad generadora de un quebrantamiento del artículo 26 de la Carta Fundamental.

"RESUMEN DEL CARGO

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Neiva porque en el juzgamiento de Libardo Piedrahita y Pastora Triana Linares se quebrantó directamente el artículo 26 de la Constitución Nacional, que determina una nulidad supralegal".

Como segundo cargo a la sentencia acusada se presenta el que "en el auto de vocación a juicio se llamó a responder a Pastora Triana Linares y Libardo Piedrahita por la 'falsificación de monedas, papeles de crédito público y

otros valores' y en la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior se les condenó por el delito de circulación de monedas... cosa bien distinta". Se afirma que por este motivo "la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder que es el pliego de cargos que se formula al procesado para que se defienda".

Con el fin de demostrar este segundo cargo el actor expresa:

"Nuestro Código Procesal Penal prescribe que la sentencia condenatoria deberá dictarse de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder. Si el Juez de derecho se aparta del pliego de cargos que la sociedad le ha formulado por su conducto al procesado, el juicio es completamente nulo, en razón de que se le condenó por un cargo que no le había sido formulado en el auto de enjuiciatorio para que hubiera tenido la oportunidad de defenderse de él en el término probatorio de la causa.

"Determina el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal que:

"La parte resolutiva contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, del llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar el género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que considera aplicable".

"En este negocio penal se afirmó en el auto de proceder que se llamaba a responder en juicio criminal a los procesados por el delito de 'por la falsificación de monedas', y en la sentencia del Juzgado se les condenó por el delito de 'circulación de monedas'. Falsificar la moneda quiere decir 'hacerla', 'fabricarla', o sea la 'contrafacción', según el término empleado por Carrara. Es muy distinto fabricar una moneda, que ponerla en circulación. Para lo primero se necesita tener algunos conocimientos técnicos y algunos elementos aptos para la fabricación de la moneda. Poner a circularla no se necesita ningún conocimiento y lo puede hacer cualquiera, con intención dolosa o sin ella.

"Si en el auto de vocación a juicio se les imputó a los procesados el cargo de falsificación de moneda, y en la sentencia se les sancionó por el delito de circulación de moneda, como atrás dijimos, la sentencia no se acomoda a los cargos formulados en el auto de proceder".

Luégo el demandante transcribe alguna jurisprudencia de la Corte que considera aplicable al caso en estudio.

Causal segunda.

Como fundamento y a modo de demostración, de que el Tribunal Superior de Neiva "desconoció en la sentencia impugnada el valor probatorio de las indagatorias de los procesados, el actor afirma:

"La pieza procesal de la indagatoria de Libardo Piedrahita lo mismo que la de Pastora Triana Linares es una pieza indivisible al tenor de lo dispuesto en el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal que manda que la confesión del procesado se tenga como verdadera cuando dentro del proceso no tiene existencia procesal ningún otro elemento demostrativo de la responsabilidad del procesado que tenga el valor suficiente para infirmarlo.

"Teniendo en cuenta que la presunción de inocencia que ampara al sindicado tiene operancia procesal dentro del presente negocio, dicha presunción constituye prueba eficaz en derecho para comprobar la circunstancia modificadora de la responsabilidad de los procesados. Pero si dicha circunstancia no fue suficiente para los juzgadores de instancia, ahora dentro del recurso de casación, dentro de las facultades que tiene la honorable Corte para examinar todo el acervo probatorio recaudado a los autos cuando se invoca la causal segunda de casación, para decir si dicha presunción de inocencia tiene o no existencia procesal para poder tomarla en cuenta a favor del procesado. Pero si esto no resultare suficiente, a continuación me permito enunciar los hechos que no fueron tomados en cuenta por el honorable Tribunal al fallar el negocio.

"Pastora Triana Linares, dice en su injurada:

"A mí me llevaron al Sic, y después me volvieron a traer otra vez al Hotel La Rosa, y allí me hicieron una requisa; yo sacudí el maletín y ellos sacudieron mi cartera y encontraron el sobre y dentro del sobre habían dos billetes de cincuenta pesos y otro de a peso".

"Preguntado: 'Ud. abrió el sobre que se había encontrado por los lados de la galería, o lo guardó sin darse cuenta qué contenía el citado sobre? Contestó: 'Yo lo agarré y lo eché a la cartera sin darme cuenta qué contenía el citado sobre'.

"Libardo Piedrahita, afirma en su indagatoria: 'Yo pagué la cuenta de las cervezas con un billete bueno de cinco pesos de a cinco pesos' y nadie me dijo que esos billetes eran falsos. A mí ninguno me dijo que ese billete era malo. Yo

pagué pero estaba muy borracho y no me di cuenta".

"Cuando a mí me capturaron junto a la Galería quemada, los agentes del Sic me llevaron para las oficinas del Sic, y entonces estaba allí un muchacho y un señor de edad, quienes me dijeron que yo les había dado un billete falso de a cincuenta, pero que ellos no querían perjudicarme porque no sabían si yo lo había hecho de borracho o de intento, que les devolviera la plata, que eso era lo que les interesaba".

"Entonces yo les dije a los agentes del Sic que eso había sido inconsciente, porque yo no conozco de billetes malos, que entonces siempre y cuando el señor decía que yo era el que había dado el billete, que entonces le devolvieran los cincuenta pesos al señor de la plata que me había decomisado el Sic, me dijeron ellos que no habían decomisado ciento cinco pesos".

"2º El elemento a sabiendas que expresamente exige el ordinal 3º del artículo 214 del Código Penal para que sea delito la acción imputada a los procesados, no tiene configuración legal en los autos, por cuanto que ni Piedrahita ni la Triana, tienen capacidad suficiente para falsificar o poner a circular los billetes materia del cuerpo del delito, ya que hasta uno de ellos es completamente analfabeto, como está demostrado en los autos. Por tal motivo, los procesados no sabían si los billetes eran malos o no, luego el elemento 'A Sabiendas' no tiene existencia procesal dentro de este negocio, siendo por tal motivo improcedente y contraria a derecho la prueba tomada como base de la condena.

"3º Pastora Triana Linares afirmó que los billetes se los había encontrado en la Galería dentro de un sobre que no había examinado, y por tal motivo, no sabía si ellos eran falsos o no. Dicha versión está amparada por la presunción de veracidad determinada por el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal y la procesada tiene derecho en guarda el principio *'In dubio pro reo'* a que toda duda se resuelva a su favor, principio de la más sabia prudencia que el código consagra en el artículo 204, del Estatuto Procesal Penal.

"4º El Tribunal quebrantó el principio restrictivo de la aplicación de la pena, imponiéndole a los imputados la pena de seis años de presidio, con lo cual se quebrantó el artículo 214 del Código Penal siendo que los procesados tenían derecho a que su situación jurídica se les definiera en el peor de los casos, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 del Código Penal que contempla la circunstancia de que el procesado reciba de buena fe, moneda falsificada o alterada. Tal es el caso de Libardo Piedrahita. El recibió los billetes de buena fe, y con buena fe los entregó al cajero del Bar Manolo para pagarle el consumo de las cervezas que había ingerido. No estando demostrado el elemento 'A Sabiendas', tiene derecho a que su situación jurídica se resuelva con aplicación de la norma citada. (Art. 217 del C. P.).

"RESUMEN DEL CARGO

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Neiva que condenó a los procesados Libardo Piedrahita y Pastora Triana Linares porque se los condenó a una pena demasiado alta, contrariando el principio restrictivo de aplicación de la ley penal sustantiva".

Como conclusiones de sus planteamientos, el impugnador solicita que se invalide la sentencia, declarando la nulidad del juicio y disponiendo devolver el proceso al Juez Superior de Neiva, para que se reponga el procedimiento, en caso de que prospere la causal cuarta primeramente invocada, o "que se case la sentencia recurrida con la recta interpretación del principio consagrado en el artículo 204 del Código Penal (sic) porque en el caso de autos, la prueba para condenar no reúne las exigencias del artículo 203, por cuanto que el artículo 220, inciso segundo del Código de Procedimiento Penal dice que el elemento a "sabiendas" no constituye sino un solo indicio, y un solo indicio no es plena prueba para condenar, conforme lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, por tal motivo se violó la ley sustantiva", como consecuencia de la prosperidad de la causal segunda. Lo que parece deducirse de esta enrevesada redacción es que el impugnador en este último caso solicita que se absuelva a sus poderdantes, por falta de pruebas para condenar, casando para ello la sentencia acusada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de hacer un resumen de los hechos procesales y de la forma como el actor plantea los cargos con los cuales pretende imprimirle prosperidad al recurso de casación, entra a formular una metódica y acertada crítica de cada una de las causales invocadas, rebatiendo con toda claridad y lógica los argumentos con los cuales se trata de demostrar los cargos propuestos, para concluir solicitando que no se case el fallo acusado, "por ausencia de comprobación de las causales invocadas".

SE CONSIDERA:

Causal cuarta.

Como se ha visto, con fundamento en la causal cuarta de casación, que contempla el caso de que "la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", y alegando nulidades de carácter supralegal, por violación del artículo 26 de la Constitución, el demandante propone dos cargos, que en síntesis los hace consistir:

1º En el hecho de no haber asistido el Fiscal al acto de la audiencia pública celebrado en el trámite de la primera instancia.

2º En que la sentencia recurrida no está en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder.

El primer cargo carece enteramente de toda eficacia, pues si bien es cierto, según constancia que aparece en el acta respectiva, el señor Fiscal del Juzgado Superior de Neiva no asistió al acto de la audiencia pública, esta falta de asistencia no es informalidad que constituya motivo de nulidad, de ninguna clase y menos constitucional, como lo pretende el demandante, pues el artículo 465 del Código de Procedimiento Penal dispone que: "La audiencia se celebrará públicamente con la asistencia del Agente del Ministerio Público, del procesado y su defensor, y de la parte civil o su apoderado si quisieren concurrir". La expresión "si quisieren concurrir", empleada en la disposición copiada, muy claramente está indicando que la asistencia de las partes o sus apoderados, a la audiencia pública, en juicios en que no interviene el jurado, es cuestión que la ley deja al arbitrio de quienes pueden intervenir en dicho acto.

De acuerdo con el artículo 466 del mismo código, el enjuiciado es el único que obligatoriamente debe asistir en estos juicios a la audiencia pública, lo que se cumplió en este proceso, pues en el acta respectiva consta que los procesados concurrieron a ella asistidos por su defensor.

Siendo, por lo tanto, en este proceso, facultativa la asistencia del Fiscal a la audiencia pública, el no haber concurrido a ella, tal puede constituir un vicio sustancial que afecte la actuación cumplida en el proceso.

Por esto, con toda razón anota a este respecto el señor colaborador Fiscal:

"El artículo 465 del Código de Procedimiento Penal concede, en forma indubitable, la facultad a las partes de asistir o no a la audiencia pública pues de resto no tendría explicación alguna la expresión utilizada por el legislador 'si quieren concurrir'. El artículo 466 del mismo estatuto al exigir obligatoriamente la asistencia del enjuiciado 'aun cuando se halle gozando del beneficio de excarcelación', con excepción del caso a que se refiere el artículo 433 ibídem, está indicando, a *contrario sensu*, que la asistencia de las demás partes *no es obligatoria*.

"Si el planteamiento anterior no admite réplica valedera alguna, es obvio que la asistencia del agente del Ministerio Público a la audiencia pública, en este proceso no era imprescindible y, en consecuencia, ninguna formalidad sustancial se omitió que haya determinado la inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio penal. La violación del artículo 26 de la Carta no ha sido demostrada, por lo cual el primer cargo es improcedente".

El segundo cargo propuesto con invocación de la causal cuarta es completamente improcedente, pues si el actor realmente creyó que la sentencia acusada estaba en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, para obrar con sujeción a la técnica del recurso de casación, ha debido proponer este cargo con invocación de la causal tercera, pues este es uno de los motivos de impugnación contemplados en el ordinal 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pero no, como lo hizo, al través de la causal cuarta.

Aparte de lo dicho, se anota que no es exacto, como lo afirma el actor, que en este proceso exista ningún desacuerdo entre los cargos propuestos en el auto de proceder y la sentencia, pues en la parte resolutiva de aquella providencia se cumplió estrictamente con lo ordenado en el último inciso del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, al llamar a responder en juicio a los procesados "como responsables de uno de los delitos que encajan dentro de la denominación genérica 'De la falsificación de monedas, Papeles de Crédito Público y otros valores' de que trata el Código Penal en su Libro II, Título VI, Capítulo I", pues ésta es precisamente la denominación genérica empleada por el código de las penas para este tipo de delito, siendo la circulación de monedas, una especie de dicho delito, contemplada en el ordinal 4º del artículo 214, pues este artículo está comprendido en el citado capítulo y título del libro segundo del expresado código.

De modo que la sentencia recurrida que condenó a Libardo Piedrahita y a Pastora Triana como responsables del específico delito de circulación de monedas falsificadas o alteradas, imponiéndoles la sanción establecida en el mencionado artículo 214 del Código Penal, fue proferida en un todo de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, con lo cual

el derecho de defensa de los procesados quedó a salvo.

Síguese de lo expuesto que no puede prosperar la causal cuarta.

Causal segunda.

El cargo que el recurrente propone con invocación de esta causal y que lo hace consistir, en que el Tribunal Superior de Neiva desconoció en la sentencia impugnada el valor probatorio de las indagatorias de Libardo Piedrahita y la de Pastora Triana, violando el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal que consagra la presunción de veracidad de la confesión de los procesados, mientras no se presente prueba en contrario, carece enteramente de demostración y es una afirmación gratuita sin eficacia ninguna.

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se limita a enunciarla sino a demostrarla; es decir, que debe establecer en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideran violadas por la sentencia acusada.

Por esto, y especialmente en relación con la causal segunda en estudio esta Sala ha sostenido:

"Cuando en casación se acusa la sentencia con base en la causal segunda, la naturaleza misma de las cosas le impone al demandante el deber de analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas, las saca el juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia. (Casación Penal, diciembre 7 de 1954. G. J. 2149)".

Como se vio, el recurrente, para demostrar que el Tribunal Superior de Neiva incurrió en error al no concederle crédito a lo dicho por los procesados en sus indagatorias, se limitó a transcribir parte de dichas indagatorias, pero se abstuvo de analizar y aún de hacer alusión a los testimonios de Adalgisa Gutiérrez, Emperatriz Barón, Policarpa Calderón de Muñoz, Marcelino Calderón, Gilberto Jáuregui, ni a los informes rendidos por los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, el 28 de junio y el 29 de agosto de 1960, pruebas que sí tuvo en cuenta dicho Tribunal para deducir la responsabilidad de Libardo Piedrahita y Pastora Triana y para concluír que éstos obraron "a sabiendas", al poner en circulación, en distintas ocasiones, por lo menos tres billetes de banco falsificados, que con dos más, que le fueron decomisados a ésta, cuando fue capturada, se agregaron al expediente. Dado el contenido de dichos testimonios y el reconocimiento que algunos de los declarantes hicieron, en rueda de presos, de Piedrahita así como de la Triana, era razonable y lógico que los jueces de instancia no le concedieran mérito probatorio a las disculpas que éstos dieron en sus indagatorias, pretendiendo excusarse, el primero afirmando que no sabía leer ni escribir, y que por lo tanto, no podía distinguir si los billetes que puso en circulación eran falsificados, a pesar de que confiesa que su profesión es la de "cacharrero", y explicando, la última, que los dos billetes falsificados por valor de $ 50.00, que le fueron decomisados, los había hallado ocasionalmente dentro de un sobre que se había encontrado en las galerías de la ciudad de Neiva, sobre que guardó sin darse cuenta de su contenido.

Por esto, el señor Procurador Delegado en lo Penal, al referirse a este cargo formulado en la demanda, replica muy acertadamente, lo siguiente:

"La sentencia impugnada contiene un análisis cuidadoso, lógico y ordenado de los diversos elementos de juicio aportados al informativo. En realidad, se valoraron los testimonios de Adalgisa Gutiérrez, Emperatriz Barón, Policarpa Calderón de Muñoz, Marcelino Calderón, Gilberto Jáuregui, Gerardo Morales, Gonzalo España, Alvaro Flórez. Lo afirmado por los reos Libardo Piedrahita y Pastora Triana, fue, igualmente, materia de examen por parte del *ad quem*, lo mismo que los informes rendidos por los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con fechas agosto 29 de 1960, junio 28 de 1960 y el informe rendido por el Gerente del Banco de la República, del cual se prodnjo la ratificación bajo la gravedad del juramento. También los reconocimientos en rueda de presos.

"Incluso se comentó acerca del escrito visible al folio 38 del cuaderno 1º. Basta examinar el anterior acervo para concluír, sin mayor esfuerzo, que la labor del recurrente fue deficiente porque apenas se dedicó a insistir en el hecho de que la confesión de los procesados debía aceptarse como indivisible y respaldada por la pre-

sunción de veracidad de que habla el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal. Con ocasión de no haber analizado el impugnador los diversos elementos de juicio valorados por el *ad quem* llegó a una conclusión que no encuentra respaldo en el proceso. Del estudio conjunto de las probanzas examinadas en la sentencia demandada se llega lógicamente a sostener que los siguientes hechos están plenamente demostrados.

"Que tanto Libardo Piedrahita como Pastora Triana pusieron en circulación billetes falsos, conociendo que adolecían de tal falsedad porque resulta absurdo que en poder de ellos se encontrara un número de cinco billetes de la cuantía de cincuenta pesos, cuando el mismo Libardo Piedrahita acusa que su profesión es la de vendedor de 'cacharros', lo que necesariamente exige poseer billetes de menor cuantía a los indicados que faciliten las pequeñas operaciones comerciales a que Piedrahita dice se hallaba dedicado. Pero el absurdo resalta más si se tiene en cuenta que él como vendedor de 'cacharros' estaba más obligado a distinguir (así no sepa escribir, como él lo afirma) los billetes que constituyen la moneda nacional, toda vez que por el trato permanente con los clientes se veía precisado a evitar que le defraudaran en sus operaciones comerciales; un simple acto de legítima defensa de los bienes ha obligado a todas las personas, alfabetas o analfabetas, a conocer suficientemente los billetes de las diversas cuantías que circulan en la actualidad. Y es más absurdo pretender que Piedrahita hubiera sido víctima de quienes le entregaron los dos billetes falsos que puso en circulación cuando el mismo material en que estaban confeccionados revela ostensiblemente que tales billetes son de la más rudimentaria fabricación. Pero si se tiene en cuenta que a su compañera en las aventuras del delito le fueron hallados dos billetes con las mismas características de los entregados por Libardo Piedrahita a sus víctimas y que la misma Pastora Triana hizo circular uno idéntico a los anteriores entonces habrá de llegarse a la conclusión inexorable de que conocían que tales billetes eran falsos. La explicación que suministra Pastora Triana en cuanto al hallazgo de un sobre con los dos billetes que le fueron decomisados por los agentes del 'DAS', al momento de su captura, es increíble en cuanto asevera que se los encontró en su camino y no había tenido tiempo de examinar el contenido del sobre; aquí sí que se violó el hecho que confirma la experiencia: la curiosidad femenina. Por esto también, lo aseverado por la procesada Pastora Triana es absurdo en sus detalles más elementales. La negativa dada por Pastora Triana al pago que hizo en el hotel 'Amigo', cuando fue reconocida como la aludida persona, la incriminaba más aún. Son todas estas circunstancias concurrentes las que permitieron al Tribunal *ad quem* destruir la presunción de veracidad a que se refiere el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal".

Lo anterior es suficiente para establecer que el cargo que el recurrente formula con invocación de la causal segunda es completamente inepto e ineficaz, por cuanto no fue debidamente demostrado, y bien sabido es, que cuando la demanda de casación es deficiente o incompleta, o no se ajusta a los requisitos de la técnica del recurso extraordinario de casación, la Corte oficiosamente no puede suplir los vacíos o defectos de aquélla, tomando el lugar del demandante.

Por lo tanto, de lo expuesto se concluye que la causal segunda de casación tampoco puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con lo solicitado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Neiva, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO NO CALIFICADO

Causal cuarta. Improcedencia de la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el Jurado. La fiscalización del veredicto es cuestión atribuída exclusivamente a los Jueces de instancia. Causal primera.

1. La omisión de no haberse citado en la parte resolutiva del auto de proceder el título ni el capítulo correspondiente al delito de "homicidio", por el cual fue llamado a juicio el recurrente, no es una informalidad que dé origen a la nulidad prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, pues dicha omisión de ninguna manera constituye un error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por cuanto la omisión consiste en dejar de hacer o de expresar algo necesario o conveniente, mientras que el error es la falta de consonancia entre los conceptos y la realidad, o dicho en otros términos, en tomar una cosa por otra. El recurrente para sustentar esta causal, ni siquiera intenta demostrar que el juez de instancia se hubiera equivocado al llamar a los sindicados a responder ante el jurado por el delito de "homicidio", término éste empleado en la parte resolutiva del auto de proceder y que es el mismo que encabeza el Capítulo I del Título XV, Libro 2º del Código Penal, y que corresponde exactamente a la denominación genérica del delito que dio origen a este proceso.

Por otra parte como atinadamente lo observa el señor Agente del Ministerio Público, el inciso último del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder "se le diga al enjuiciado en qué título o capítulo del Código de las Penas, se halla previsto el hecho que, criminalmente da lugar al enjuiciamiento. No. La ley apenas pide que se determine en forma genérica el delito que se le atribuye al sindicado, debiendo el juzgador tener el cuidado de no precisar "dentro del género del delito la especie a que pertenezca", "porque si así no se procede, se tendría entonces que al reo se le formula una acusación específica y no genérica, que como tal no es susceptible de modificación en la causa".

2. Aunque es cierto que en un principio, recién entrado en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal, la Sala ciñéndose demasiado a la antitécnica redacción del numeral 2º del artículo 567 de dicho código, y aplicando un criterio de exagerada amplitud, le dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación en los juicios penales en que interviene el jurado, posteriormente, y a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, rectificó su criterio al respecto y desde entonces ha venido sosteniendo reiteradamente la tesis de la improcedencia de dicha causal en estos juicios, fundándose para ello en poderosas razones, bien conocidas por haber sido expuestas en numerosísimas sentencias de casación.

Estas razones pueden resumirse así: a) en que en la enumeración que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal hizo de las causales de casación no se incluyó la de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, como sí la contenía la ley anterior, o sea la 118 de 1931, exclusión que tuvo por objeto, según lo expresó claramente la comisión redactora de dicho código, el dejar claramente establecido que la causal segunda no era admisible en los juicios en que interviene el tribunal de conciencia; b) que de no ocurrir así, la causal segunda conduciría necesariamente a aceptar una tercera instancia en los juicios en que interviene el jurado, ya que la declaratoria de contravidencia o de injusticia notoria del veredicto es función exclusivamente privativa de los falladores de instancia, de acuerdo con lo

dispuesto en los artículos 537 y 554 de dicho código; c) que el jurí no profiere su veredicto sujetándose en la apreciación de las pruebas a un criterio derecho, sino ateniéndose únicamente a su íntima convicción, y el recurso de casación es, ante todo, un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado, sentencia que se basa directamente en la decisión o veredicto del jurado y no en las pruebas producidas en el proceso; d) que de ser admisible y al prosperar la causal segunda en estos juicios penales, careciendo la Corte de la facultad legal de declarar la contrevidencia del veredicto, tendría forzosamente, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, que invalidar la sentencia acusada y dictar la que debe reemplazarla, pasando así por alto y desconociendo, por lo tanto, el veredicto proferido por el jurado, con lo cual se violaría ostensiblemente el artículo 480 del mismo Código, en cuanto dispone: "La sentencia se hará de acuerdo con la calificación que 'el jurado' dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

La Sala únicamente ha admitido la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el jurado, cuando se trata de circunstancias que hayan de influir en la determinación de la pena, y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal corresponde apreciarlas exclusivamente a los jueces de derecho, y que por lo tanto, son extrañas a lo que compete resolver al jurí.

3. El hecho de que la causal segunda de casación no sea admisible en los juicios con intervención del jurado, no quiere decir que el veredicto no sea "fiscalizable", como lo da a entender el recurrente, ya que la fiscalización de la decisión del jurí es cuestión exclusivamente atribuída por nuestra ley procesal a los jueces de instancia, de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 537 y 554, que expresamente facultan al juez de primera instancia y al Tribunal Superior respectivo, para declarar la contrevidencia del veredicto, cuando éste sea notoriamente injusto por desconocer la verdad procesal.

4. Siendo inoperante la causal segunda que se acaba de estudiar, lógica y necesariamente tampoco puede prosperar la causal primera de casación, que en último término se invoca en la demanda, dado que ésta se subordina a aquélla por cuanto la violación de la ley penal por indebida aplicación de la misma, en que según el actor se incurrió en la sentencia, la deduce del error manifiesto en la apreciación de los hechos procesales que calificó el jurado, error que el demandante ha pretendido demostrar, como era del caso, al través de la causal segunda.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Cumplidos los trámites de rigor, procede la Sala a resolver sobre el recurso extraordinario de casación propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, el seis de julio del año próximo pasado, en la que se condenó a los cónyuges José Dolores Vargas Díaz y Custodia Rivera Vivieseas de Vargas, a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como coautores del delito de homicidio consumado en la persona de Esteban Durán Rivera, en la población de Villanueva, del Municipio de Barichara, en la noche del 2 de mayo de 1960.

Contra la expresada sentencia, oportunamente interpuso el recurso de casación, únicamente el reo José Dolores Vargas Díaz, quien confirió poder al doctor Agustín Gómez Prada para que sustentara dicho recurso ante la Corte.

ANTECEDENTES

Los falladores de instancia hacen de los hechos que originó este proceso el resumen siguiente:

"Dan cuenta los autos que en las primeras horas de la noche del dos de mayo, se suscitó una pelea entre dos niños, hijos de Esteban Durán y José Dolores Vargas, respectivamente, pelea que terminó con un altercado o discusión acalorada entre los padres de los peleadores.

"Dos horas más tarde cuando los acusados se dirigían hacia su habitación, se encontraron con Esteban Durán con quien se cruzaron algunas palabras, sobresaliendo y llevando la iniciativa, la mujer Custodia Rivera, quien fue igualmente la primera en dar comienzo a la agresión disparando toda la carga de su revólver contra el cuerpo de Esteban Durán. Al caer Durán mortalmente herido, José Dolores Vargas se abalanzó sobre el caído y lo remató, hundiendo por cuatro veces su cuchillo en el cuerpo de la víctima. Cumplida su obra, marido y mujer, se alc-

jaron a toda prisa del lugar de los acontecimientos".

Perfeccionada y cerrada la investigación y rendido el concepto del Agente del Ministerio Público, el Juez Primero Superior de San Gil, a quien le correspondió conocer de este proceso, por auto del 17 de septiembre de 1960, abrió causa criminal contra los sindicados, resolviendo:

"Llamar a responder en juicio criminal y por los trámites en que interviene el Jurado a José Dolores Vargas Díaz, hijo de Tobías y María Antonia, de treinta y cinco años de edad, casado, natural y vecino de Barichara, agricultor de oficio, y a Custodia Rivera Vivieseas, hija de Vicente y Rosaura, de treinta y dos años de edad, natural y vecina de Barichara, y como autores responsables del delito de homicidio en la persona de Esteban Durán Rivera, consumado en la noche del dos de mayo del año de mil novecientos sesenta, en la población de Villanueva del Municipio de Barichara".

Verificada la audiencia pública, el Jurado contestó afirmativamente, con un "sí", los cuestionarios que les fueron propuestos y redactados de acuerdo con el auto de proceder.

En desarrollo del veredicto proferido por el Tribunal de conciencia, el Juez del conocimiento, en sentencia del 14 de marzo de 1961, resolvió condenar a los procesados Vargas Díaz y a su esposa Custodia Rivera Vivieseas, a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, así como al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados por el delito.

El Tribunal Superior de San Gil, al revisar por vía de consulta, la sentencia de primer grado, la confirmó en todas sus partes, por medio del fallo recurrido.

DEMANDA

La demanda propuesta por el distinguido representante del recurrente se ajusta a los requisitos formales que exige la ley. En ella invoca el recurrente, en su orden, las causales cuarta, segunda y primera de casación, que establece el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, procediendo en capítulos separados a fundamentar dichas causales, exponiendo los argumentos que en su concepto son adecuados para sustentar los motivos de impugnación del fallo acusado en casación.

Como consecuencia de lo alegado, el actor pide que la sentencia se invalide, bien para que se reponga el procedimiento, desde el auto de proceder, en caso de prosperar la causal cuarta, o para que se declare contravidente el veredicto y se ordene convocar un nuevo jurado, en caso de que se acoja la causal segunda.

Causal cuarta.

Con el propósito de demostrar que la sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental, por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, el recurrente principia por reproducir el primer ordinal de la parte resolutiva del auto de proceder, con el objeto de establecer que no se cumplió en esta providencia lo que ordena el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no se citó en ella ni el capítulo, ni el título respectivo del Código Penal, incurriéndose por ello en la nulidad prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del mismo código, que considera como causa de nulidad el "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

En apoyo de su tesis el demandante transcribe alguna jurisprudencia de la Corte, relacionada con el artículo 945 del anterior Código de Procedimiento Penal, que considera igual al artículo 431 de la ley procedimental vigente, deduciendo de la jurisprudencia que cita, que la nulidad alegada es clara, puesto que: "Aquí los enjuiciados no saben qué título, ni qué capítulo, pero ni siquiera qué código señala el homicidio como delito".

Causal segunda.

A pesar de que en este proceso la cuestión de la responsabilidad de los sindicados fue decidida por los jueces de conciencia, mediante un veredicto condenatorio, el actor propone la causal segunda de casación, tratando de demostrar, primeramente, con transcripciones de algunos fallos de casación, anteriores al del 3 de noviembre de 1944, y con cita de algún expositor extranjero, que esta causal sí es procedente en los juicios en que interviene el jurado, intentando en esta forma rebatir la tesis sostenida reiteradamente por la Corte, desde hace muchos años.

El argumento capital del demandante para sostener la tesis de la procedencia de la causal segunda de casación, en juicios en que interviene el jurado es el de que aunque éste no está sometido, para formar su convicción, a ninguna tarifa probatoria, ello no quiere decir que goce de una libertad absoluta al respecto, y que por lo tanto, cuando el veredicto es contrario a la evidencia probada, así debe declararse, por cuanto la convicción del jurado tiene que ser "comunicable y fiscalizable".

Como el distinguido abogado recurrente, cuando fue Magistrado de la Corte sostuvo la doctrina contraria a la que ahora acoge en el ejercicio de su profesión, para que no se le tache de inconsecuente o de que tiene una doble moral, da la siguiente explicación:

'Quiero prevenir un argumento sobre las doctrinas sostenidas por el apoderado siendo Magistrado, para que no se tache de doble moral la posición que en este proceso asume. Aquí no obra como funcionario, sino como representante de unos acusados y 'el derecho natural exige absolutamente... que todo reo o acusado pueda presentar su defensa', en la cual 'el defensor habla en nombre del acusado' y, 'por consiguiente, aquél puede comportarse como éste'. Y no solo puede, sino que 'tiene para con su cliente incluso *la obligación de mostrar por todos los medios legítimos* que la culpabilidad no está establecida jurídicamente', o por lo menos, 'puede y debe insistir sobre las circunstancias atenuantes' (José Salsmans, S. J., Deontología Jurídica, página 265).

A continuación el demandante hace un estudio de las pruebas del proceso, en orden a establecer: "que el Tribunal declaró una responsabilidad pura y simple por homicidio, y que lo que está probado es que los acusados actuaron en legítima defensa, o por provocación grave e injusta o en riña imprevista".

Causal primera.

Para fundamentar esta causal de casación, o sea que la sentencia acusada es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, el recurrente razona así:

"En efecto, el Tribunal consideró que se trataba de un homicidio simplemente voluntario, y por ello condenó a los sindicados a la pena de ocho años de presidio, según el artículo 362 del Código Penal.

"*Legítima defensa.* Pero ya se vio que en el caso ocurrió una clara y legítima defensa de la vida. Eso lo demuestra el cuchillo encontrado en las manos de la víctima; lo demuestra también el incidente anterior, en que José Dolores Vargas trató de esquivar la pelea con Durán; lo demuestra el alegato de palabras al encontrarse inopinadamente Vargas y su mujer con Esteban Durán; lo demuestran las indagatorias de los acusados, en forma esplendente, puesto que no actuaron sino cuando se vieron atacados por su contendor.

"Las pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta sólo acreditan el encuentro de los protagonistas, pero nunca las circunstancias reales de los hechos. No por dolo ni malicia, sino por los engaños que produce la imaginación en los declarantes, que declaran lo que creen honestamente haber oído y visto, pero no lo que en realidad oyeron y percibieron.

"De acuerdo con el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, no se puede dictar sentencia condenatoria sin que estén probados plenamente el cuerpo del delito y la responsabilidad.

"Y de conformidad con el artículo 24 del Código Penal, no ha lugar a responsabilidad en los casos de justificación del hecho, y el hecho se justifica, según el artículo 25 del mismo código por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, siempre que haya proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

"Estas condiciones se cumplieron en el caso del presente proceso.

"Pero como la responsabilidad debe ser definida por el jurado, la sentencia debe invalidarse para que se convoque un nuevo jurado (art. 537 del C. de P. P.).

"*Provocación.* Para el caso de que no se acepte la anterior tesis, que estimo ajustada a la realidad jurídica, deberá aceptarse, que hubo una provocación injusta y grave, de parte de Esteban Durán, ocasionada por la pelea de los hijos de éste y de Vargas. Ya se vio cómo Durán, al tener noticia de la pelea de los muchachos, se dirigió a la casa de Balbino Vargas, a desafiar a pelea a Vargas, pelea que éste no quiso aceptar.

"El incidente final apenas fue continuación del anterior. Y ha de considerarse como injusta y grave una provocación a matarse, hecha en términos ultrajantes del honor, motivada por una pelea de muchachos.

"De acuerdo con el artículo 28 del Código Penal, la pena ha debido reducirse a la tercera parte del mínimo señalado en el artículo 362 del mismo código, o sea, a 32 meses de presidio.

"Pero como también la calificación debe ser hecha por el jurado, ha de procederse como se indica en el aparte anterior.

"*Riña imprevista.* En el peor de los casos y para el caso de que no se acepte una de las dos tesis anteriores, habría que concluír que hubo una riña suscitada de modo imprevisto para los acusados.

"En este caso la sanción puede disminuírse hasta la mitad, o sea, a cuatro años de presidio, según los artículos 352 y 384 del Código Penal".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia recurrida, fundándose para ello en las consideraciones siguientes:

"Es, para el Ministerio Público, indudable que al hacer el demandante referencia a vetustas doctrinas de esa superioridad, que apenas tienen que ver con una legislación derogada, incurre en notorio desacierto. Por lo demás, no es cierto que, conforme a los mandamientos de la ley procedimental vigente, constituya causa de nulidad de un proceso penal el simple hecho de no citar de manera expresa, en la parte resolutiva del respectivo auto de proceder, el título o el capítulo del Código Penal en que se estatuye sobre el delito que sea materia de la imputación.

"En manera alguna el artículo 431 de la Ley 94 de 1938 preceptúa que en dicha parte del proveído encausatorio se le diga al enjuiciado en qué título o capítulo del Código de las Penas, se halla previsto el hecho que, criminalmente, da lugar a su encausamiento. No. La ley apenas pide que se determine en forma genérica el delito que se le atribuye al sindicado, debiendo el juzgador tener el cuidado de no precisar 'dentro del género del delito la especie a que pertenezca', porque si así no se procede, se tendría entonces que al reo se le formula una acusación específica y no genérica, que como tal no es susceptible de modificación en la causa.

"A este mismo respecto, expresó la Procuraduría, en ocasión pasada, lo siguiente:

"'Al ordenar la ley que la acusación sea simplemente genérica, lo que se propone es dar ocasión a que tanto el derecho de defensa cuanto los intereses de la sociedad, representados estos últimos por el Ministerio Público, puedan ser ejercidos en igualdad de condiciones y sin limitación alguna, impidiéndose de esta suerte que durante el plenario, así el fallador como la Defensa y el Fiscal, queden forzosamente atados a los cargos formulados en el auto de proceder y resulte, por lo mismo, inocua la apertura del juicio a prueba'.". (Vista Fiscal rendida el 2 de mayo de 1959, en el proceso seguido a Miguel García Sánchez por el delito de peculado).

"Ahora bien: si es cierto que el Juzgador cumplió estrictamente con el requisito de indicar, en la parte resolutiva del auto de proceder visible al folio 77 del cuaderno 1º de este asunto, y de modo genérico, el delito materia del enjuiciamiento de José Dolores Vargas Díaz, y si resulta, de otro lado, evidente que en la parte motiva de esa misma providencia se dijo que el proceso reúne los presupuestos de que habla el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, 'para enjuiciar criminalmente y ante el Jurado, a José Dolores Vargas y Custodia Rivera, como autores responsables (coautores) del homicidio en Esteban Durán consumado en circunstancias de simple voluntariedad, artículo 191 y 362 del Código Penal', es forzoso reconocer que la cuestionada resolución judicial no da lugar a admitir que en el presente caso se ha incurrido en una nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

"En consecuencia, la causal cuarta que ha sido invocada, carece absolutamente de fundamento, y debe ser, por lo tanto, desechada.

"b) *Causal segunda.*

"No obstante tratarse de un proceso en que la responsabilidad penal de los acusados, fue cuestión sometida a la consideración del jurado y por éste afirmada, el señor demandante invoca la causal segunda.

"Las alegaciones que al respecto hace, con la advertencia de que al defender a su patrocinado propugnando la tesis de que como apoderado bien puede apelar a todos los medios que sean debidos o lícitos, sin incurrir en una doble moral por sostener como abogado lo contrario de lo que como Magistrado de esa Superioridad en otro tiempo sostuvo, no son susceptibles de consideración o estudio por parte del Ministerio Público, porque la verdad es que este Despacho no solamente comparte sin reserva alguna la reiteradísima y vigente doctrina sentada por la honorable Corte en el sentido de que la causal segunda de casación no es procedente en tratándose de juicios en que haya intervenido el Jurado de conciencia, ya que si lo fuera, se convertiría la honorable Corte en un tribunal de tercera instancia, sino que también es cierto que fue la Procuraduría una decidida defensora de la tesis en que se inspira tal jurisprudencia. Por lo demás, su criterio de ayer que es el mismo de hoy, no lo modifican las respetables razones expuestas por el actor en defensa de su patrocinado.

"En consecuencia, responde que la causal segunda debe también ser desechada por ese Supremo Tribunal.

"c) *Causal primera.*

"Comoquiera que esta otra causal de casación tiene carácter de consecuencial o subsidiaria de la segunda, ya que al invocarla y pretender darle fundamento, el actor se remite a lo que ha

intentado probar con base en la valoración que hace de las pruebas que obran en autos. es más que obvio que este Despacho considere que tampoco puede prosperar este nuevo motivo de impugnación del fallo".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Causal cuarta.

La omisión de no haberse citado en la parte resolutiva del auto de proceder el título ni el capítulo correspondiente al delito de "Homicidio", por el cual fue llamado a juicio el recurrente, no es una informalidad que dé origen a la nulidad prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, pues dicha omisión de ninguna manera constituye un error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por cuanto la omisión consiste en dejar de hacer o de expresar algo necesario o conveniente, mientras que el error es la falta de consonancia entre los conceptos y la realidad, o dicho en otros términos, en tomar una cosa por otra. El recurrente para sustentar esta causal, ni siquiera intenta demostrar que el juez de instancia se hubiera equivocado al llamar a los sindicados a responder ante el jurado por el delito de "homicidio", término este empleado en la parte resolutiva del auto de proceder y que es el mismo que encabeza el Capítulo I del Título XV, Libro 2º del Código Penal, y que corresponde exactamente a la denominación genérica del delito que dio origen a este proceso.

Por otra parte como atinadamente lo observa el señor Agente del Ministerio Público, el inciso último del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder "se le diga al enjuiciado en qué título o capítulo del Código de las Penas, se halla previsto el hecho que, criminalmente da lugar al enjuiciamiento. No. La ley apenas pide que se determine en forma genérica el delito que se le atribuye al sindicado, debiendo el juzgador tener el cuidado de no precisar "dentro del género del delito la especie a que pertenezca", "porque si así no se procede, se tendría entonces que al reo se le formula una acusación específica y no genérica, que como tal no es susceptible de modificación en la causa".

En consecuencia, no puede prosperar la causal que se ha estudiado.

Causal segunda.

En relación con la improcedencia de esta causal, en juicios, en que como en el presente intervino el jurado, es bien poco lo que hay que agregar a la nutrida jurisprudencia que durante muchos años ha sostenido al respecto la Corte.

Aunque es cierto que en un principio, recién entrado en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal, la Sala, ciñéndose demasiado a la antitécnica redacción del numeral 2º del artículo 567 de dicho código, y aplicando un criterio de exagerada amplitud, le dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación en los juicios penales en que intervino el jurado, posteriormente, y a partir del fallo del 3 de noviembre de 1944, rectificó su criterio al respecto y desde entonces ha venido sosteniendo reiteradamente la tesis de la improcedencia de dicha causal en estos juicios, fundándose para ello en poderosas razones, bien conocidas por haber sido expuestas en numerosísimas sentencias de casación.

Estas razones pueden resumirse así: a) en que en la enumeración que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal hizo de las causales de casación no se incluyó la de ser el veredicto contrario a la vigencia de los hechos procesales, como sí la contenía la ley anterior, o sea la 118 de 1931, exclusión que tuvo por objeto, según lo expresó claramente la comisión redactora de dicho código, el dejar claramente establecido que la causal segunda no era admisible en los juicios en que interviene el tribunal de conciencia; b) que de no ocurrir así, la causal segunda conduciría necesariamente a aceptar una tercera instancia en los juicios en que interviene el jurado, ya que la declaratoria de contraevidencia o de injusticia notoria del veredicto es función exclusivamente privativa de los falladores de instancia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 537 y 554 del mismo código; c) que el juri no profiere su veredicto sujetándose en la apreciación de las pruebas a un criterio de derecho, sino ateniéndose únicamente a su íntima convicción, y el recurso de casación es, ante todo, un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado, sentencia que se basa directamente en la decisión o veredicto del jurado y no en las pruebas producidas en el proceso; d) que de ser admisible y al prosperar la causal segunda en estos juicios penales, ejerciendo la Corte, de la facultad legal de declarar la contraevidencia del veredicto, tendría forzosamente, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, que invalidar la sentencia acusada y dictar la que debe reemplazarla, pasando así por alto y desconociendo, por lo tanto, el veredicto proferido por el jurado, con lo cual se violaría ostensiblemente el artículo 480 del mismo código.

en cuanto dispone que: "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que 'el jurado' dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

La Sala únicamente ha admitido la causal 2ª de casación en los juicios en que interviene el jurado, cuando se trata de circunstancias que hayan de influir en la determinación de la pena, y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal corresponde apreciarlas exclusivamete a los jueces de derecho, y que por lo tanto, son extrañas a lo que compete resolver al juri.

Pero en el presente caso la impugnación del fallo acusado, con invocación de la causal segunda no se refiere a estas circunstancias, ni a ellas podría referirse, ya que para nada se tuvieron en cuenta por los jueces de instancia, puesto que a los procesados se les impuso el mínimo de la pena privativa de la libertad, ocho años de presidio, prevista en el artículo 362 del Código Penal, que define y sanciona el delito de homicidio no calificado.

En cambio, como se ha visto, lo que el actor pretende al través de la causal segunda invocada, es que se reabra el debate sobre el mérito probatorio, en relación con cuestiones que decidió el jurado, y que como consecuencia de ello, la Sala declare la contraevidencia del veredicto, lo cual es del todo improcedente, según se ha visto, ya que los argumentos propuestos por el actor carecen de eficacia para desvirtuar las poderosas razones que esta Sala ha tenido en cuenta para sostener reiteradamente, y desde hace muchos años, la tesis de la improcedencia de la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el jurado.

El hecho de que la causal segunda de casación no sea admisible en los dichos juicios, no quiere decir que el veredicto no sea "fiscalizable" como lo da a entender el recurrente, ya que la fiscalización de la decisión del juri es cuestión exclusivamente atribuída por nuestra ley procesal a los jueces de instancia, de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 537 y 554, que expresamente facultan al juez de primera instancia y al Tribunal Superior respectivo, para declarar la contraevidencia del veredicto, cuando este sea notoriamente injusto por desconocer la verdad procesal.

Causal primera.

Siendo inoperante la causal segunda que se acaba de estudiar, lógica y necesariamente tampoco puede prosperar la causal primera de casación, que en último término se invoca en la demanda, dado que ésta se subordina a aquélla, por cuanto la violación de la ley penal por indebida aplicación de la misma, en que según el actor se incurrió en la sentencia, la deduce del error manifiesto en la apreciación de los hechos procesales que calificó el jurado, error que el demandante ha pretendido demostrar, como era del caso, al través de la causal segunda.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha 6 de julio de 1961, por la cual se condenó al recurrente José Dolores Vargas Díaz a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes como coautor y responsable del homicidio consumado en Esteban Durán Rivera.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pisquinto León L., Secretario.

TENTATIVA DE HOMICIDIO

Causal 4ª de casación. El repartimiento no constituye factor determinante de la competencia o de la jurisdicción. Pretermisión de importante formalidad en el juzgamiento. Quebrantamiento de las garantías del procesado por violación del artículo 26 de la Carta. Invocación de los numerales 7º, 3º y 5º del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

1. El repartimiento no constituye un factor determinante de la competencia o de la jurisdicción. Por el contrario, la supone. Su finalidad esencial consiste en obtener la equitativa distribución del trabajo entre los funcionarios judiciales de igual categoría. De allí que el artículo 449 del Código Judicial, aquí aplicable en virtud del 7º del Código de Procedimiento Penal, diga expresamente que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción, "si proviene de falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente".

2. Resulta evidente que la tentativa de homicidio planteada al jurado de conciencia se hace derivar no solo de las heridas causadas por el procesado a su víctima con arma de fuego, sino de las que le causaron a ésta "desfiguración facial y perturbación funcional de carácter permanente por pérdida del ojo derecho", cargo mucho más comprensivo del que se le formuló en el auto de proceder. En otros términos: la cuestión sometida a los Jueces de hecho altera gravemente el pliego de cargos determinando un veredicto que en materia fundamental, desconoce la verdad histórica de los hechos. Ello constituye, a juicio de la Sala, la pretermisión de una importante formalidad del juzgamiento, quebrantándose las garantías del procesado y violándose, por ende, el artículo 26 de la Constitución. Un error de tal naturaleza y magnitud es subsanable en casación a través de la causal cuarta, cuanto ésta ha sido eficazmente sustentada por el actor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

En sentencia del diez de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve el Juzgado Décimo Superior de Bogotá condenó a Luis Francisco Frías a la pena principal de cuatro (4) años y seis meses de presidio, a las correspondientes sanciones accesorias y al pago "de todos los daños y perjuicios que hubiere causado con la comisión de su delito", por considerarlo responsable de tentativa de homicidio "en la persona de Vidal Gómez Perilla, conforme a hechos consumados el veinticinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el poblado de El Guamal, dentro de la jurisdicción Municipal de Acacías.

El Tribunal Superior de Villavicencio al conocer, por apelación, del aludido fallo, lo confirmó plenamente en el suyo de 28 de noviembre de 1960. Contra la sentencia de segundo grado interpuso el defensor de Frías el recurso extraordinario de casación, el cual fue oportunamente sustentado ante la Corte por el doctor Pedro Nel Rueda Uribe. Sobre el mérito de la respectiva demanda procede la Sala a decidir.

ANTECEDENTES

Los hechos a que se contrae el proceso fueron expuestos acertadamente en la vista fiscal visible a folios 233 y siguientes del cuaderno primero:

"El veinticinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, los vecinos del partido El Guamal, Jurisdicción Municipal de

Acacías, estaban de fiesta con motivo de la llegada del señor Obispo de la Diócesis y como manera de expresar su alegría se dieron a las libaciones; allí se habían instalado con anterioridad numerosos individuos, unos de procedencia tolimense y otros santandereanos, formándose dos grupos que emulaban alegando cada uno su supremacía. Ese día desde las horas de la mañana se reunieron varios santandereanos entre quienes se encontraban Luis Carlos Frías, Rafael León Pita, José Vicente Salamanca, Constantino Pacheco y otros. A Frías se le vio entre tres y cuatro de la tarde esmorrón y pendenciero, cuando prevalido de la compañía de sus amigos golpeó con una botella a un muchacho Luis Carlos Hoyos a la vez que lo ultrajaba y le preguntaba qué era la cosa con los santandereanos (40). Entre los tolimenses que recorrían las calles y cantinas se encontraban Vidal Gómez Perilla, Eliécer Rubio, un muchacho de nombre Gerardo y otros a quienes no fue posible identificar.

"Los dos grupos lanzaban 'vivas' y 'abajos' endilgando estos últimos a quienes estimaban como contendores, de manera que los ánimos se iban enardeciendo como presagio de los dolorosos hechos que habrían de ocurrir. A eso de las cuatro de la tarde, Frías y sus compañeros entraron a la tienda de Héctor Franco, lo que también hicieron los acompañantes de Vidal Gómez. Inmediatamente se oyeron voces de grueso calibre como 'abajo los H. P. tolimenses', sin embargo Gómez y sus acompañantes guardaron compostura soportando los ultrajes hasta que uno de los del grupo de Frías avanzó hasta la mesa de aquéllos y en ademán de provocación dejó caer fuertemente una botella sobre el mueble y otro lo tomaba por la camisa, momento en el cual Gómez desenfundó su cuchillo lanzando 'puntadas' a diestra y siniestra, instantes en que se oyeron dentro de la misma cantina varias detonaciones de arma de fuego de corto alcance. Gómez en sus movimientos rápidos, cuchillo por delante lesionó mortalmente a Rafael León Pita y a José Vicente Salamanca y como a su paso encontrara a Frías también arremetió contra él hiriéndolo con el cuchillo, mas en este mismo instante, Frías lo recibió — según se dice— desde el suelo a balazos lesionándolo también; pero Gómez en un esfuerzo sobrehumano logró salir a la carretera yendo a caer muy cerca entre la cuneta, hasta donde llegó Frías provisto de revólver y viéndolo en el suelo le hizo otros disparos a quema-ropa algunos de los cuales también hicieron blanco, hecho este que, según algunos testimonios no muy consistentes, repitió un individuo que no pudo ser identificado. Frías, no contento con los últimos disparos no solamente lanzaba puntapiés a Gómez, sino que pretendió rematarlo dejándole caer una pesada piedra que afortunadamente no siguió la dirección que el atacante le diera. Miguel Antonio Becerra también resultó lesionado en la feroz contienda, pero ni él mismo supo quién fue su heridor, tal era la aglomeración de tolimenses y santandereanos aquella tarde en el escenario de los hechos".

Concluida la etapa investigativa y oído el dictamen del Ministerio Público, el Juzgado Séptimo Superior de Bogotá procedió a calificar el sumario mediante auto del diez y siete de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, cuya parte resolutiva, en lo pertinente, está concebida en los siguientes términos:

"3º Llámase a responder en juicio criminal con intervención del Jurado a Luis Francisco Frías por el delito de Homicidio que sanciona el Código Penal en su Libro II, Título XV, Capítulo 2º, consistente en el que pretendió consumar en la persona de Vidal Gómez Perilla, utilizando para ello arma de fuego (revólver), con intención y propósito de darle muerte, para lo cual dio principio a su ejecución, pero que si la defunción no se produjo fue por causas ajenas a su voluntad. Los hechos tuvieron su cumplimiento en el paraje El Guamal, Jurisdicción del Municipio de Acacías (Intendencia del Meta), al atardecer del día 25 de diciembre de 1954".

Contra esta resolución interpuso el defensor de Frías el recurso de reposición, apelando en subsidio. En providencia del 8 de mayo de 1956 el Juez negó el recurso principal para conceder, en cambio, el interpuesto con carácter subsidiario. El Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del auto recurrido, le introdujo a éste algunas modificaciones en relación con algunos de los otros procesados, pero confirmó el enjuiciamiento ya ameritado (fs. 259 y siguiente, cuaderno Nº 1).

Ejecutoriado el aludido auto de proceder, dentro del cual también fue llamado a juicio Vidal Gómez Perilla, por los delitos de homicidio en Rafael León Pita y José Vicente Salamanca, y de lesiones personales en Luis Francisco Frías, y agotados los términos del plenario, se celebró la audiencia pública, con intervención del Jurado, durante los días 22 y 27 de mayo de 1959 y 26 y 28 de agosto del mismo año.

Con respecto a Luis Francisco Frías, al Tribunal popular se le propuso la cuestión siguiente:

"¿El procesado Luis Francisco Frías... es responsable sí o no de haber causado a Vidal Gómez Perilla con intención y propósito de dar-

le muerte, lo cual no consiguió por causas ajenas a su voluntad, heridas, que le ocasionaron a éste, cuarenta días de incapacidad, desfiguración facial y perturbación funcional permanente por pérdida del ojo derecho; verificando tales lesiones con arma de fuego —revólver—, conforme a hechos consumados el día 25 de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el poblado de 'El Guamal', dentro de la jurisdicción Municipal de Acacías, y en consecuencia, dentro de la comprensión de este Distrito Judicial?".

El Jurado respondió, por unanimidad: "Sí es culpable" (fs. 423, cuaderno primero).

Sobre estas bases se produjo la sentencia de primer grado. Apelado el fallo en cuestión, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde se le imprimió el trámite propio de la segunda instancia hasta el 4 de junio de 1960, fecha en que pasó al despacho para sentencia (fs. 1 a 40, cuaderno Nº 2).

Hallándose el asunto en tal estado, el sustanciador dictó, con fecha 5 de julio del mismo año, el siguiente auto: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 118 de 1959, el anterior proceso es de competencia del honorable Tribunal de Villavicencio. En consecuencia devuélvase al señor Juez Décimo Superior, a fin de que se sirva enviarlo al mencionado Tribunal. Notifíquese y cúmplase" (f. 41, C. 2º).

Como ya se expresó, el Tribunal Superior de Villavicencio, en sentencia del 28 de noviembre de 1960, confirmó "en todas sus partes" el fallo recurrido (fs. 45 y ss., C. Nº 2).

LA DEMANDA DE CASACION

Formulada con arreglo a las exigencias legales, la demanda impugna la sentencia del *ad quem* con fundamento en las causales de casación previstas en los numerales cuarto, séptimo, tercero y quinto del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, observándose que la última de las invocadas se propone como "subsidiaria de todas las anteriores".

Causal cuarta. Nulidad del juicio.

Tres son los motivos principales de acusación que el demandante plantea y desarrolla al amparo de esta causal.

a) La sentencia es violatoria de la ley procedimental, "por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción del Tribunal que la profirió".

Tal nulidad surge, según el demandante, del hecho de que no obstante haberle correspondido en reparto el conocimiento de este negocio al Juez Séptimo Superior de Bogotá, repentinamente, sin que dicho Juzgado "hubiera sido eliminado y sin que el Juez hubiese sido separado del conocimiento por impedimento o recusación ni hubiese perdido la competencia privativa que tenía, viene a adquirirla, sin causa legal alguna y previo un reparto inexplicable, el señor Juez 10 Superior, quien, a pesar de carecer de competencia, siguió conociendo del negocio, ordenó sorteo de jurados, presidió las audiencias y lo falló en primera instancia".

"Todo ello quiere decir —agrega— que ese Juez 10 ejerció jurisdicción sin tenerla legalmente, es a saber, que la usurpó, y que en consecuencia el juicio es nulo, de nulidad absoluta, desde el momento de esa usurpación en adelante".

Esta conclusión se alcanza a través de las disposiciones contenidas en los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal y 97, 145 y 149 del Código Judicial.

b) Pide el actor en el aparte c) del capítulo relativo a la causal 4ª que el cargo allí formulado se estudie antes del contenido en el aparte b) del mismo capítulo, por implicar dicho cargo el planteamiento de una nulidad supra-legal.

"Aduzco la misma causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal —expresa el demandante— para acusar la sentencia por nulidad constitucional consistente en violación de las garantías instituídas en el artículo 26 de la Carta, consumada a través de la violación directa de las disposiciones procedimentales contenidas en los artículos 508 y 517 del respectivo Código de Procedimiento Penal.

"La primera de estas dos disposiciones fue vulnerada gravemente, por cuanto no fueron jurados en el juicio aquellos cuyos nombres correspondieron, en la lista del Juzgado 10 Superior de Bogotá a los números 146, 78 y 69 que fueron los sorteados.

"La segunda se violó por haberse omitido 'las diligencias necesarias para la notificación de la designación' a los jurados sorteados y por haberse ordenado y efectuado un sorteo *total* para instituír en esa forma un tribunal de conciencia, distinto del que legalmente y en forma privativa les correspondía a los procesados".

Con el propósito de demostrar el cargo, el impugnador cita los pasos pertinentes de la actuación procesal, insistiendo en que "lo cierto y lo que el proceso dice y grita es que no se hicieron las diligencias necesarias para efectuar la notificación y que se dejó en poder de un agente de policía la facultad de cambiarles a los pro-

cesados el tribunal de conciencia que en forma privativa debía conocer de su caso".

c) A juicio del acusador, el tercer motivo de impugnación aducido dentro del ámbito de la causal cuarta estructura también, como el reseñado en el aparte a) la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. El planteamiento del cargo puede sintetizarse así:

La segunda instancia del proceso se adelantó ante el Tribunal Superior de Bogotá hasta que, habiendo quedado en firme el auto de citación para sentencia, el asunto pasó al Despacho del sustanciador para fallo. Hallábase en tal estado la actuación cuando el ponente, en providencia de 5 de julio de 1960 y con fundamento en el artículo 10 de la Ley 118 de 1959, dispuso enviarlo al Tribunal Superior de Villavicencio, por conducto del Juzgado Décimo Superior de Bogotá. El asunto llegó a este último Tribunal, entidad que profirió el fallo de segundo grado (fs. 16 y 17, Cuad. de la Corte).

Considera el recurrente "que a pesar de la Ley 118 de 1959 invocada por el Tribunal de Bogotá para desprenderse voluntariamente y de hecho del conocimiento del proceso y traspasárselo a la entidad par de Villavicencio, esta última no adquirió legalmente jurisdicción y se incurrió, desde ese otro punto de vista y por ese otro concepto, en el adefesio judicial de que el Tribunal de Villavicencio viniera a conocer de un recurso de apelación contra una providencia dictada por un juez de otro Distrito Judicial". Y desarrolla su tesis en los siguientes términos:

"Esa nulidad se produjo por violación de los citados artículos 145 y 148 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el 41 del procedimiento penal y además de los artículos 43 y 40 de la Ley 153 de 1887, en los cuales, acaso debió pensar el Magistrado bogotano para ordenar la remisión del proceso a otro Distrito.

"Dice el primero de los dos artículos que 'la ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal y que nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que dio lugar al juicio'. Agrega la disposición que tal norma 'solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento', a las cuales sí se aplicará la ley nueva, pero *con arreglo* al artículo 40.

"Ahora, si bien ese artículo 40 al cual se remite la norma en consideración, sienta la regla general de que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, consagra esta excepción: 'Pero los términos que hubieren empezado a correr *y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas*, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'.

"Esto quiere decir que si conforme al artículo 43 de la ley nueva que establece un nuevo tribunal prefiere a la anterior, esto no reza con las actuaciones que se hubiesen iniciado antes de la vigencia de la ley nueva, debiendo regirse tales actuaciones por la ley coetánea al hecho.

"La ley no define o que es 'la actuación', pero parece lógico identificar el significado de esa expresión con el de esta otra: lo actuado o con lo por actuar en determinada etapa del proceso. Ese término no es, desde luego, sinónimo de 'proceso'; ni siquiera sinónimo de 'juicio'. Si en ese amplísimo sentido lo hubiese querido tomar el legislador de 1887, hubiera preferido, dentro de la precisión que debe distinguir al legislador y que en forma especial distinguió al de esa legislatura, emplear el término 'proceso' o 'juicio'.

"Pero si en la interpretación de la norma no sería lícito usar de semejante amplitud para darle al vocablo por ella usado semejante generalidad, tampoco es lícito, dentro de una sana hermenéutica restringirlo, adelgazarlo y reducirlo en su significado hasta el extremo de hacerlo sinónimo de 'diligencia' o de 'providencia'. Porque también cabe observar que en ese evento, el legislador así lo hubiese precisado, diciéndolo expresamente, sin apelar a anfibologías. Y la prueba de que no lo usó en ese sentido restringido de mera diligencia, es que habló de '*actuaciones y diligencias*'.

"El hecho de que los autos y sentencias estén definidos como 'resoluciones judiciales' permite deducir que cuando el legislador empleó la palabra 'actuaciones', tampoco quiso reducir su significado al de autos o sentencias, porque entonces hubiera empleado la expresión 'resoluciones judiciales' (art. 466 C. P. C.) con que en forma correcta las comprendió.

"Si para los efectos de la Ley 153 de 1887, 'las actuaciones' no pueden ser todo el proceso, ni todo el juicio, ni tampoco una simple diligencia o un auto o una sentencia o una constancia secretarial cualquiera, o una simple notificación, sí lo es 'la tramitación de un recurso de apelación, que la misma ley, en los códigos procesales civil, penal, administrativo y militar, llama 'actuación de segunda instancia', sin que esa sea exclusiva, puesto que también lo serían para los mismos efectos de aquella ley, la tramitación que adelante un juez comisionado en

un proceso, la actuación formada por el conjunto probatorio, la actuación sobre un incidente de recusación, etc. Y digo para los efectos de aquella ley porque si bien en términos generales una indagatoria, por ejemplo, es una actuación y puede hablarse también de la actuación procesal comprendiendo en ella la tramitación íntegra del sumario y del juicio, solo dándole al término la extensión y el contenido de que he hablado, puede ser entendida y aplicada aquella norma.

"Pero si esta alegación estuviese equivocada y el nudo o mero hecho de dictar sentencia pudiera ser una de 'las actuaciones' de que habla la Ley 153, habría que convenir en que esa actuación ya se había iniciado con la ejecutoria del auto que *citó para sentencia*, con la entrada del expediente al despacho para esos efectos, con el transcurso de la mayor parte del término concedido por la ley para dictar la sentencia y con la iniciación del estudio para emitirla, demostrada con el auto mismo en que se ordenó enviar el expediente a Villavicencio, pues ese auto no pudo dictarse sino después de que el Magistrado ponente, al estudiar el asunto, constató el lugar en que se sucedieron los hechos que dieron lugar a él.

"Quiere decir lo anterior que la racional interpretación de la ley hace que deba considerarse como injurídica y como ilegal la cesión de la jurisdicción que hizo el Tribunal de Bogotá y como injurídica e ilegal la jurisdicción que luego vino a ejercer el Tribunal de Villavicencio.

"Lo que, además, está muy de acuerdo con la sindéresis judicial y con la armonía de las jurisdicciones, porque repugna que determinado tribunal pueda revisar, para confirmar o para revocar o anular, lo actuado por jueces de un Distrito diferente. Porque en este proceso, con ocasión del recurso de apelación del auto de enjuiciamiento, actuó el Tribunal de Bogotá, y si se acepta que el de Bogotá tuvo competencia o jurisdicción es preciso concluir que se puso en las manos de un Tribunal la facultad de derogar a título de nulidad, por ejemplo, lo resuelto o decidido por otro Tribunal.

"O sea que para salvar los principios básicos de las jerarquías judiciales, de las jurisdicciones y de las competencias, la única interpretación lógica de la ley, es la que me he permitido hacer en este capítulo de la acusación a la sentencia del Tribunal de Villavicencio.

"El jurado, en nuestro sistema procedimental, no es simple calificador. Alguna vez existió entre entre nosotros el jurado calificador y jurado de juzgamiento. Este último es el que subsiste. Y si fue el Tribunal popular de Bogotá el que emitió el veredicto sobre responsabilidad, ¿cómo puede corresponder a un Tribunal de otro distrito aplicarlo o ponerlo en ejecución? No es inteligible.

"Más: La apelación, según la ley procedimental, es un recurso que se concede ante *el superior* respectivo, de donde se deduce que la dependencia del juez en relación con el Tribunal es uno de los integrantes *esenciales* de la competencia del último, pudiendo decirse con entera propiedad que si no existe esa relación de dependencia que establece la superioridad inmediata en la escala judicial del respectivo Distrito, no existe el recurso de apelación en debida forma.

"El único caso de excepción, y ello porque lo consagra de manera expresa la ley, es el del cambio de radicación de que habla el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

"Pero para que ese evento se cumpla, es preciso que existan condiciones peculiares extremas que obliguen a romper las normas sobre competencia para salvar la recta administración de justicia del peligro grave y serio de la parcialidad de los encargados de administrarla o de la coacción o desnaturalización por fuerzas extrañas o externas. Es esa una excepción que atiende a la defensa de los intereses de la justicia y a la seguridad de las garantías de los procesados. Pero para hacerla, ha habido necesidad de ley expresa, que además de los requisitos mencionados, exige el concepto favorable de la más alta entidad de la República". (Subrayó el demandante. Fs. 17 a 20, Cuad. de la Corte).

Causal séptima. Al invocar esta causal, expresa el recurrente que acusa la sentencia "por haberse dictado sobre un veredicto contradictorio y falso".

Arguye que si se tiene en cuenta la cuestión propuesta en relación con su poderdante y la respuesta del Jurí, el veredicto es el siguiente:

"Luis Francisco Frías..., es culpable de haber causado a Vidal Gómez Perilla, con intención y propósito de darle muerte, lo cual no lo consiguió (sic) por causas ajenas a su voluntad, heridas que le causaron a éste cuarenta días de incapacidad, desfiguración facial y perturbación funcional permanente por pérdida del ojo derecho; verificando tales lesiones con arma de fuego (revólver) conforme a hechos consumados el día 25 del mes de diciembre de 1954,...

"Es contradictorio el veredicto —agrega— porque acoge implícita pero necesaria y clara (sic) las probanzas periciales sobre existencia y naturaleza de las lesiones recibidas por Gómez Perilla y a la vez les cambia esa naturaleza, como paso a explicarlo:

"En la parte historial hice mérito de las dos únicas constataciones sobre las lesiones recibidas

por Gómez. La una es pericial meramente descriptiva y la otra es pericial deductiva. Ellas establecen que las lesiones más graves recibidas por Gómez, especialmente la que ocasionó la pérdida del ojo derecho, no fueron causadas con arma de fuego, sino con arma corto-punzante.

"De la primera de las dos experticias se deduce que ninguna de las heridas con arma de fuego afectó el ojo derecho o siquiera la región facial derecha. En la segunda se puntualiza todavía más que la lesión que ocasionó la pérdida del ojo fue causada con arma corto-punzante que dejó, inclusc, algunas chispas metálicas.

"Los jurados de conciencia para emitir su veredicto, no pudieron tener, en cuanto al cuerpo del delito o materialidad del delito, otro elemento de juicio distinto de aquellos dictámenes. El auto de proceder, además, fijó las bases del juicio sobre esas premisas periciales, y sobre ellas, además, los alcances de cualquier decisión.

"Eso sentado, es preciso concluír que el veredicto es contradictorio en sí mismo en cuanto acepta y a la vez rechaza el mismo hecho, y en cuanto cambia la naturaleza de las lesiones, todo lo cual hace, además, que sea falso.

"Esa postura contradictoria no carece de consecuencias para Frías. Porque al convertir en lesión causada por arma de fuego la que se causó con arma cortante, echa sobre mi cliente la autoría material de ella y la responsabilidad sobre sus consecuencias.

"La prueba es que en la sentencia se condenó a Frías a pagar los perjuicios causados por las lesiones que ocasionó, entre las cuales, si se respeta el veredicto, estarían la pérdida del ojo y las secuelas de ello y de las demás heridas causadas con instrumento cortante, punzante y contundente, mientras el mismo veredicto solo imputa a Frías actuación con arma de fuego, apareciendo así todavía más clara la contradicción entre dos afirmaciones: uso exclusivo de arma de fuego y autoría material y responsabilidad en las lesiones que no causó, puesto que el jurado eliminó el uso, por parte de este procesado, de otra y otras armas.

"Tan contradictorio es ese veredicto, que no es posible aplicarlo. Sin que importe, por lo demás, que esa contradicción pueda explicarse por la forma contradictoria en que fue propuesto el cuestionario.

"Al folio 158 corre el dictamen del Instituto de Medicina Legal, y que solicito que se dé por insertado aquí".

Causal tercera. Manifiesta el actor que acusa también el fallo recurrido con apoyo en "la causal tercera de casación penal por los dos extremos que la forman, alternativamente: Inconsonancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder y desacuerdo entre ella y el veredicto del jurado (art. 567, ordinal 3º)". He aquí las razones expuestas para respaldar el cargo:

"En el auto de proceder, dictado el 17 de febrero de 1957 se llamó a juicio a Frías por homicidio tentado, 'utilizando para ello arma de fuego —revólver—' (f. 189 C. 1º).

"Al sustentar el enjuiciamiento, en el capítulo 'Considerandos', fundó más ampliamente el Juzgado esa providencia:

'También queda establecido que quien lesionó a Vidal Gómez fue Luis Francisco Frías, pues en dos ocasiones le hizo disparos... Ahora bien, si se tiene en cuenta el *arma utilizada*, la región anatómica vulnerada y los móviles de la riña, es evidente que aparece de plano el propósito de matar por parte de Frías' (f. 185).

"Sin embargo, la sentencia, al acoger el veredicto del jurado dedujo el homicidio imperfecto no de tales heridas causadas con arma de fuego, sino de otras causadas con arma cortante o principalmente de éstas, lo que ya implica una inconsonancia grave entre el auto de proceder y el fallo.

"En la providencia del Tribunal que confirmó el enjuiciamiento no solo se limitan los cargos contra Frías a las heridas causadas con arma de fuego y a una pedrada, eliminándose así las ocasionadas con arma cortante, sino que expresamente se dice y reconoce que estas últimas se las causaron a Gómez sus contendores León Pita y Salamanca (f. 262). El auto formula los cargos así: 'III. Fue Luis Francisco Frías, de otra parte, el autor de las graves lesiones que sufrió Vidal Gómez con *arma de fuego*' (f. 277). Y agrega luego, para descargar enfáticamente a Frías de las lesiones corto-punzantes: 'VI. Ya se dijo en el resultando i) que la declaratoria de extinción de la acción penal con respecto a Rafael León Pita y José Vicente Salamanca por razón de los cargos que a cada uno le aparece por haber lesionado con arma blanca a Vidal Gómez Perilla, debe hacerse por separado' (f. 278).

"Pero a despecho de lo asentado en esos autos de enjuiciamiento, el Juzgado, al acoger el veredicto, condenó a Frías por homicidio tentado por medio de heridas o lesiones que no solo no se le imputaron a él sino que se le imputaron a otros, lo que revela y demuestra algo más que una inconsonancia, una verdadera contrariedad entre el fallo y el auto de enjuiciamiento.

"En la hipótesis de que no prosperara este cargo por el primero de los extremos de la causal tercera se llegaría a la conclusión fatal de que

si hay acuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, no podría haberlo entre aquélla y el veredicto, puesto que como es patente, en este último se aceptó y dedujo la tentativa de lesiones que no solo no se imputaron a Frías, sino que se le imputaron a otros.

"Ello querría decir que se impone la prosperidad de la acusación por el segundo extremo de la causal tercera que he formulado y reitero subordinándolo a la no prosperidad de la causal por inconsonancia entre el fallo y el enjuiciamiento, sin que aparezca necesario repetir que esta causal tercera, en ambos extremos, es apenas subsidiaria de los cargos formulados con base en la causal cuarta". (Subrayó el demandante).

Causal quinta. Se aduce "en forma igualmente subsidiaria de todas las anteriores, porque el orden lógico así lo manda..." El fallo acusado, en sentir del demandante, no expresa "clara y terminantemente cuáles son los hechos que consideró probados ni los fundamentos jurídicos en que se apoya".

"En efecto —argumenta—, a Frías se le condenó a 'la indemnización de todos los daños y perjuicios' causados a Vidal Gómez, sin haber expresado en parte alguna cuáles fueron los daños sufridos por éste y particularmente cuáles fueron las heridas o lesiones que el primero le causó al segundo y cuáles las consecuencias de ellas.

"No es posible condenar en perjuicios, ni determinadamente ni genéricamente, sin que se establezca o se enuncie en qué consisten esos perjuicios.

"¿Fue condenado Frías a pagar los perjuicios sufridos por Gómez por concepto de todas las lesiones que recibió en Guamal el 25 de diciembre? No lo dice el fallo.

"Fue condenado a indemnizar solo los perjuicios ocasionados por alguna o algunas de esas tantas lesiones. Tampoco lo dice.

"Y en este particular, como en tantos otros, el fallo no expresa en forma alguna los hechos. Menos puede decirse que los exprese clara y determinadamente, por lo cual, si los cargos formulados anteriormente no prosperan, prosperaría este que propongo y formulo en último subsidio.

No solo omitió el fallo la enunciación de los hechos sino también la del derecho en que se funda, ya que no citó una sola disposición legal para fundamentar esa condena en perjuicios".

Concluye el distinguido recurrente proponiendo un nuevo motivo de acusación, con apoyo en la invocada causal cuarta:

"Pero como ya aduje la causal cuarta por el aspecto de la nulidad constitucional, adiciono la fundamentación que le di invocando el precepto legal contenido en el artículo 28 de la Ley 1ª de 1943, que fue violado, con violación incidente en la garantía constitucional del artículo 26 de la Carta, porque como lo he dicho atrás, el cuestionario contradijo las determinaciones del auto de proceder y se formuló de una manera tan deficiente, abstrusa y contradictoria, que para que el jurado hubiera podido evitar esa respuesta también contradictoria y absurda, que convirtió en lesión de arma blanca una de fuego, no hubiera tenido otro camino que el de contestar negativamente el cuestionario.

"Las deficiencias del veredicto truncó ocasionadas por un cuestionario irregular que no se acomoda a las prescripciones de la citada Ley 4ª, han sido aceptadas por la Corte como motivo de cargo en casación, y yo me permito invocar esa jurisprudencia que corre publicada en el Tomo LXXXIX de la G. J., página 215 y ss.".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de examinar separada y detenidamente todos y cada uno de los cargos que al amparo de las causales invocadas se formulan en la demanda al fallo recurrido, concluye que ninguno de ellos puede prosperar, y, en consecuencia, solicita a la Corte que no case la sentencia acusada.

Cuando ello fuere oportuno, la Sala se referirá a las razones expuestas por la Procuraduría para sustentar su criterio.

SE CONSIDERA:

Causal cuarta. Se estudiarán los cargos relativos a esta causal en el mismo orden en que han sido propuestos por el impugnador.

a) El hecho de que el Juez Séptimo Superior de Bogotá hubiera conocido inicialmente del proceso, para pasar éste posteriormente, "previo un reparto inexplicable", según el decir del actor, al conocimiento del Juez Décimo Superior de la misma ciudad, no estructura la causal de nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Ese hecho no implica la falta de capacidad subjetiva en abstracto, es decir, no tener el Juez la investidura de tal, ni carencia de la capacidad subjetiva en concreto, o sea no poder conocer de determi-

nado negocio, que son los eventos a que se refiere el ordinal aludido.

Por ello expresaba la Corte en sentencia del 21 de junio de 1949, que "la capacidad en concreto o competencia propiamente dicha que tiene un Juez para conocer de un negocio determinado, no se deriva de la adjudicación que se le hace en la distribución entre los varios Jueces de igual categoría de un Circuito, sino de tener el carácter de Juez y de ser el Juez que, en virtud de las normas que rigen la ordenación de la competencia (materia y territorio), puede conocer de tal negocio" (G. J. t. LXVI, pág. 269).

El repartimiento no constituye un factor determinante de la competencia o de la jurisdicción. Por el contrario, las supone. Su finalidad esencial consiste en obtener la equitativa distribución del trabajo entre los funcionarios judiciales de igual categoría. De allí que el artículo 449 del Código Judicial, aquí aplicable en virtud del 7º del Código de Procedimiento Penal, diga expresamente que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción, "si proviene de falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente".

Comparte en consecuencia la Sala el criterio expuesto por la Procuraduría cuando, refiriéndose a este motivo de impugnación, dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"Por lo mismo, si el repartimiento apenas propende a la igualdad en la distribución de la tarea de administrar justicia, es obvio concluír —contra el decir del actor— que no se evidencia violación de las normas relativas a la jurisdicción y a la competencia cuando ocurre, como en el presente proceso, que entre jueces de una misma categoría y función, y precisamente para que rija la equidad de que se habla, se hace un nuevo reparto de los asuntos que estaban conociendo, a virtud del cual el Juzgado Décimo Superior del Distrito judicial de Bogotá avocó el conocimiento de la causa seguida a Luis Francisco Frías, a partir del 12 de julio de 1957".

b) La nulidad supra-legal a que se refiere el segundo motivo de casación se estructura, como se ha visto, sobre el hecho de que los jurados de conciencia que originalmente resultaron sorteados, fueron luego "indebidamente" reemplazados por otros, por cuanto, en el sentir del actor no se agotaron las diligencias necesarias para notificar a los primeros la designación en ellos recaída se infringieron así los artículos 508 y 517 del Código de Procedimiento Penal. Y al no observarse la plenitud de las formas propias del juicio, se violó el artículo 26 de la Carta.

Carece de validez el cargo. Para demostrarlo basta reproducir las atinadas consideraciones que al respecto formula el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su réplica a la demanda:

"Ciertamente que no es obligación del Secretario de un Juzgado Superior proceder él mismo a localizar para que concurran al Despacho, a uno y otro ciudadano que hayan sido sorteados como jurados de conciencia, a fin de que intervengan como tales en una causa criminal determinada.

"Dicha tarea le corresponde a otra clase de empleado al que se le llama portero, o a un agente de la policía, al que generalmente se le destina a prestar servicios en los juzgados y se le encarga de efectuar esa clase de trabajo, a objeto de que luego el Secretario pueda cumplir con lo que es propiamente de su resorte, cosa que precisamente sucedió en el presente asunto penal.

"En efecto, al Agente de la Policía Nacional Buenaventura Yepes Mayorga, distinguido con las placas 06509, se le dio el encargo de localizar y citar a los señores Roberto Guzmán A., Armando M. de la Cruz y Darío Cadena, por haber sido éstos sorteados como jurados.

"El comisionado cumplió con su deber ocurriendo a la postre que no le fue posible dar con el paradero de los nombrados ciudadanos, lo que así manifestó al Juzgado 10 Superior en escritos de fechas 28 de agosto y 6 de septiembre de 1958. El mismo agente después juró haber dicho verdad en los informes rendidos.

"En tales circunstancias, al Secretario del Juzgado del conocimiento no le era dable cumplir con una y otra de las órdenes impartidas al folio 345 vuelto; y el Juzgado, para no perjudicar los intereses del acusado, demorando inútilmente la continuación del proceso ante la imposibilidad de localizar a los Jurados Guzmán, de la Cruz y Cadena, y por no estar en condiciones de presumir que el agente de Policía Buenaventura Yepes hubiera faltado a la verdad al rendir los informes en cuestión, dictó un nuevo proveído ordenando un segundo sorteo total de jurados. Y conociera también que el Jurado Luis Fernando González resultó ser vecino de Armero (Tolima), se vio, asimismo, precisado a reemplazarlo, lo que en efecto hizo.

"Los nuevos jurados entraron a actuar.

"El Juez Décimo Superior y el Secretario del Despacho habían, por tanto, cumplido con la ley. La nulidad supralegal es, por lo mismo, cuestión absolutamente inexistente, con más veras si se tiene en cuenta que quienes fueron jurados y como tales decidieron de la responsa-

bilidad penal del poderdante del doctor Rueda Uribe, figuraban en la lista de Jurados del Juzgado Décimo Superior de Bogotá, lista correspondiente al año de 1958, lo que significa que sí estaban en capacidad de administrar justicia o de ejercer transitoriamente funciones judiciales".

c) El auto del 5 de julio de 1960, mediante el cual se consideró que el proceso era "de competencia del honorable Tribunal Superior de Villavicencio" y, consecuentemente, se dispuso enviarlo a esa entidad, por conducto del Juez de primer grado, no constituye el fruto de una determinación arbitraria, sino precisamente el cumplimiento de una disposición legal, la contenida en el artículo 10 de la Ley 118 de 1959, "por la cual se crea y organiza el Departamento del Meta", cuyo texto expresa:

"Los negocios de orden judicial, contencioso-administrativo y laborales, originarios de la Jurisdicción atribuída al Tribunal de Villavicencio, y que se encuentren pendientes ante cualquier autoridad, pasarán al conocimiento de los respectivos funcionarios del mismo distrito, a partir del 1º de julio de 1960".

Correlativamente y en virtud de esta misma disposición, el Tribunal Superior de Villavicencio, al proferir el fallo de segunda instancia, lejos de usurpar jurisdicción, no hizo sino ejercer la que legalmente le había sido conferida. Tampoco existe, pues, por este aspecto, la nulidad prevista por el Código de Procedimiento Penal en el ordinal 1º de su artículo 198.

"Por lo demás —como lo expresa la Procuraduría en su respuesta a la demanda—, carece de razón el planteamiento hecho en torno a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, porque si no es remitible a discusión que los términos que hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligencias que en el presente proceso estuvieran ya iniciadas, han debido ser y fueron efectivamente regulados según la ley vigente a tiempo de comenzar el mismo proceso, de tal cosa no puede inferirse que la apelación de la sentencia de primer grado, por el solo hecho de haber sido interpuesta antes del 1º de julio de 1959 (fecha en que entró a regir la Ley 118 en todo lo concerniente a los Tribunales y Juzgados que creó), tenía que ser desatada por el Tribunal de Bogotá que, como autoridad judicial, había perdido la competencia para continuar conociendo de la causa seguida a Luis Francisco Frías".

No prosperan, en consecuencia, los cargos examinados. Mas acontece que, como se ha visto con fundamento en la misma causal, un cuarto motivo de impugnación se adujo contra la sentencia acusada, el cual obtuvo del señor Procurador la siguiente respuesta:

"El cuestionario no es que sea deficiente y contradictorio de las determinaciones del auto de proceder, sino que lo que ocurre con él es que el Juez al redactarlo se excedió al querer detallar, sin que ello fuera legal y jurídicamente necesario, lo relativo a la simple actividad física ejecutada por el justiciable Luis Francisco Frías, siendo que lo importante o trascendental de la pregunta por formularle al Jurado, dada la modalidad del delito atribuído en el auto enjuiciatorio, era lo pertinente al propósito de matar abrigado por el agente al delinquir, cuestión ésta que sí supo preguntar con entera idoneidad y que los jueces de conciencia contestaron afirmativamente con toda propiedad.

"Por consiguiente, al escribirse el cuestionario no se incurrió, con el exceso de que se habla, en infracción alguna del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, pero mucho menos es dable decir que se configure con ese mismo exceso una nulidad sustancial de tipo supra-legal que por ser de tal entidad implique el cercenamiento de las garantías constitucionales consagradas en favor de todo acusado".

Pudo observarse en el capítulo que en esta sentencia se dedica a los hechos y a la actuación procesal, que el Juez de primer grado llamó a juicio a Luis Francisco Frías por tentativa de homicidio, "utilizando para ello arma de fuego (revólver)", cargo que, como lo recuerda el demandante al sustentar la causal tercera de casación, fue ratificado por el Tribunal, al confirmar la providencia enjuiciatoria, en los siguientes términos: "III. Fue Luis Francisco Frías, de otra parte, el autor de las graves lesiones que sufrió Vidal Gómez con arma de fuego".

La concreción del cargo cobra mayor nitidez cuando el superior, en la aludida oportunidad, expresó: "VI. Ya se dijo en el resultando i) que la declaratoria de extinción de la acción penal con respecto a Rafael León Pita y José Vicente Salamanca por razón de los cargos que a cada uno le aparece por haber lesionado con arma blanca a Vidal Gómez Perilla, debe hacerse por separado, como lo dispuso el Juzgado en su providencia de calificación del sumario". De lo cual se desprende que el *ad quem* no sólo descarga a Frías de la imputación de haber causado a Vidal Gómez lesiones con arma blanca, sino que atribuye la autoría de éstas a personas distintas.

Estas conclusiones del auto de proceder hallan respaldo en los elementos de juicio obrantes en el informativo, especialmente en los conceptos médico-legales. En efecto, el primer examen que los legistas practicaron a Vidal Gómez, a

los cuatro días de haber ocurrido los hechos de que se ocupa el proceso, es decir, el 29 de diciembre de 1954, produjo el siguiente resultado:

"... presenta; seis heridas que fueron identificadas como causadas por proyectil de arma de fuego de pequeño calibre, con las siguientes características: a) una con orificio de entrada en el flanco derecho y salida en la región lumbar derecha; por esta herida se le practicó la paratomía exploradora comprobándose que no llegó a causar lesiones internas; b) una con orificio de entrada en el reborde costal izquierdo posterior, y salida cuatro dedos abajo y afuera de la tetilla izquierda; ésta debió ser penetrante de la cavidad toráxica que presenta enfisema de la región; c) una con sus orificios de entrada y salida en las partes anterior y posterior de la región deltoidea izquierda; d) una con sus orificios de entrada y salida en las caras anterior y posterior del antebrazo izquierdo en su tercio medio; e) una con sus orificios de entrada y salida en las caras anterior y posterior del antebrazo derecho en su tercio medio; f) y una con orificio de entrada en el pómulo izquierdo, y una incisión quirúrgica por la cual se extrajo sobre la rama horizontal izquierda del maxilar inferior. Siete heridas lineales correspondientes a instrumento cortante así: dos de uno y tres centímetros respectivamente en el tercio superior del antebrazo izquierdo; dos, de 3 centímetros cada una en la región de la mastoides izquierda; una de 1 centímetro sobre la extremidad interna de la ceja izquierda; una de 2 centímetros sobre la ceja derecha, y una de 2 centímetros, en la región frontal derecha; además, las siguientes contusiones representadas por edemas, equimosis y escoriaciones de la piel: una leve en la región axilar izquierda y cara interna del brazo correspondiente; una muy pequeña sobre el omoplato izquierdo; una amplia sobre mejilla, zona periorbitaria y frente del lado izquierdo; y por último gran contusión sobre el ojo derecho" (f. 13, cuaderno 1º).

Y del segundo reconocimiento hecho a Vidal Gómez Perilla en el Instituto de Medicina Legal de Bogotá el día 28 de octubre de 1955, resultó lo siguiente:

"Presenta las cicatrices consecutivas a las lesiones descritas en el reconocimiento transcrito (se alude al del 29 de octubre de 1954), y además la enucleación del ojo der., como consecuencia de una herida a nivel de la región orbitaria der., donde según las radiografías que le fueron tomadas hay chispas metálicas alojadas dentro de las partes blandas de la región supraorbitaria der., lesiones que con buen tratamiento y sin complicaciones le debieron producir una incapacidad definitiva de cuarenta (40) días, contados desde la fecha de las lesiones. Por la pérdida del ojo der., le queda desfiguración facial y perturbación funcional permanentes e irreparables" (f. 158, id.).

No obstante lo anterior, a la consideración del Jurado se sometió la cuestión siguiente:

"¿El procesado Luis Francisco Frías... es responsable sí o no de haber causado a Vidal Gómez Perilla con intención y propósito de darle muerte, lo cual no consiguió por causas ajenas a su voluntad, heridas, que le ocasionaron a éste, cuarenta días de incapacidad, desfiguración facial y perturbación funcional permanente por pérdida del ojo derecho; verificando tales lesiones con arma de fuego —revólver—, conforme a hechos consumados el día 25 de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el poblado de El Guamal, dentro de la jurisdicción Municipal de Acacías, y, en consecuencia, dentro de la comprensión de este Distrito Judicial?"

Resulta así evidente que la tentativa de homicidio planteada al jurado de conciencia se hace derivar no sólo de las heridas causadas por Frías a Gómez con arma de fuego, sino de las que le causaron a éste "desfiguración facial y perturbación funcional de carácter permanente por pérdida del ojo derecho" cargo mucho más comprensivo del que se le formuló en el auto de proceder. En otros términos: la cuestión sometida a los jueces de hecho altera gravemente el pliego de cargos, determinando un veredicto que, en materia fundamental, desconoce la verdad histórica de los hechos. Ello constituye, a juicio de la Sala, la preterinisión de una importante formalidad del juzgamiento, quebrantándose las garantías del procesado y violándose, por ende, el artículo 26 de la Constitución. Un error de tal naturaleza y magnitud es subsanable en casación a través de la causal cuarta, cuando ésta, como ocurre en el presente caso, ha sido eficazmente sustentada por el actor. Se impone, por tanto, en armonía con el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, reponer el procedimiento, lo cual deberá hacerse a partir del auto del 17 de septiembre de 1958, mediante el cual se señaló fecha y hora para el sorteo total de jurados (f. 351, cuaderno 1º).

Es obvio que al prosperar la causal cuarta, con fundamento en el motivo de impugnación que acaba de estudiarse, es innecesario el examen de las otras causales invocadas.

Cabe observar, además, que la infirmación del fallo recurrido debe ser parcial, y que, por tanto, ésta no afecta al procesado no recurrente, que tiene en su favor la sentencia absolutoria del Tribunal.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor agente del ministerio público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida parcialmente el fallo recurrido a que se ha hecho mérito y ordena remitir el proceso al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Villavicencio (reparto), por conducto del Tribunal de origen, a efecto de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo, Octavio Laserna Villegas, Conjuez.

Pioquinto León L., Secretario.

COAUTORES EN EL DELITO DE HOMICIDIO (ASESINATO)

Error de hecho. Demostración deficiente de la causal 2ª de casación. Fallas técnicas al ser sustentado el recurso. Causal 1ª de casación penal.

1. Es obvio que tratándose de un juicio criminal desarrollado bajo las normas del Decreto 0012 la causal segunda de casación es procedente, dentro de la técnica del recurso, para enjuiciar, frente a la ley, la sentencia materia de acusación. Pero la viabilidad del recurso por lo que a los presupuestos de forma se refiere no es suficiente a los fines pretendidos, si de otra parte el impugnador no comprueba y demuestra los cargos de invalidez del fallo, es decir, la errada o indebida apreciación de los hechos por el sentenciador.

2. El error de hecho, como motivo de casación, supone en todos los eventos previstos en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que la sentencia del ad quem atribuyó un valor probatorio a elementos de juicio que no lo tenían, o que dejó de reconocérselo a aquellos que sí eran ameritables, determinando así una resolución contraria a la verdad procesal, y, consecuentemente, violatoria del derecho y de la ley sustantiva penal.

Pero ese error, lo ha dicho y repetido la Sala, no lo conforma la disparidad de criterios entre el Tribunal y el recurrente en el juicio valorativo de la prueba, ni la simple inconformidad del actor con la decisión de instancia. Ha de consistir necesariamente en un error de fondo, manifiesto, ostensible y claro, hasta el punto de permitir a la Corte señalar sin equívocos la violación indirecta de la ley. De otra manera se desvirtuaría el recurso extraordinario de casación, en su naturaleza, fundamentos y fines, para hacer de él una instancia más y permitir a las partes debatir cuestiones legítimamente resueltas en las etapas ordinarias del juicio.

3. En el caso sub judice el señor apoderado endereza su argumentación solo contra algunos de los elementos de prueba tenidos en cuenta por el ad quem para el fallo condenatorio, lo que fácilmente puede observarse de los apartes transcritos de las tres demandas, sin ocuparse en un todo del caudal probatorio analizado por el Tribunal. Con este procedimiento la acusación no es demostrativa de error y los planteamientos hechos quedan en simples hipótesis, acerca de las cuales el propio recurrente no ofrece un criterio firme ni definido, pues lo mismo sustenta la invalidez de la sentencia por no haber en los autos prueba para condenar a los procesados, que demanda, alternativamente, el reconocimiento de modalidades específicas de atenuación —no concurrentes— como la provocación, la riña imprevista y la complicidad correlativa.

4. Si el recurso de casación exige al demandante no sólo formular los cargos, sino demostrarlos, este último empeño, tratándose de cualquier causal y particularmente de la segunda, no permite al actor planteamientos contradictorios, ni alternativos, ya que cuando así se procede la argumentación se demerita y aniquila, por su base, el recurso.

En las demandas de que se trata el señor apoderado incurre en la lamentable contradicción jurídica cabozada, y no cabe entender que sean solicitudes subsidiarias a la negación completa de la prueba de cargo las demás hipótesis, máximo si las supuestas situaciones de responsabilidad aminorada quieren edificarse sobre pruebas que se estiman inválidas, o si se formulan sin respaldo alguno, olvidando el recurrente su imperiosa obligación, cuando de la causal segunda de casación se trata, de establecer inequívocamente el error de hecho.

5. Estas fallas técnicas al ser sustentado el recurso impiden que pueda prosperar, pues no sería función propia de la Sala de Casación Penal sin demanda fundada, comprometerse en un examen de prueba para ver de sacar verdadera alguna de las varias hipótesis planteadas por el impugnador. Equivaldría esto, sin lugar a dudas, a una tercera instancia, en la que la Sala se vería llevada a desconocer, sin fundamento, la autonomía de los Jueces ordinarios en la valoración de los hechos, y a darle a la casación alcance, contenido y fines que le son, por ministerio de la ley, extraños.

6. La causal primera, alegada por el señor apoderado como consecuente de la segunda, no es preciso estudiarla a espacio, ni requiere particular examen por parte de la Sala, pues no demostrado el error de hecho, lógico es que la supuesta violación de la ley penal sustantiva tampoco sea admisible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Por el delito de homicidio (asesinato) y en el grado de *coautores*, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, condenó a Luis Antonio Garzón Lozano, Sixto Díaz Sarta, Abelino Montealegre Guapacho, Tomás Guzmán Díaz y Víctor Sánchez Montealegre, a la pena principal de quince (15) años y seis meses de presidio, los tres primeros, y a la de quince (15) años y nueve (9) meses de igual sanción al último, con las correspondientes accesorias. Este fallo, de 17 de marzo de 1961, a conocimiento de la Corte en virtud del recurso extraordinario de casación interpuesto por algunos de los acusados y su defensor, reformó el de primer grado, proferido el 12 de agosto de 1960 por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito, que había señalado penas inferiores, con fundamento en una distinta apreciación de los hechos.

Compete a la Sala, agotados los trámites del recurso, resolver sobre la sentencia acusada en relación con los recurrentes Garzón Lozano, Díaz Sarta y Montealegre Guapacho, quienes por medio de apoderado legalmente constituído presentaron las correspondientes demandas.

HECHOS

Tuvieron cumplimiento en la fracción denominada "El Llano de la Virgen", jurisdicción del Municipio de Coello (Departamento del Tolima), y de ellos ofrece el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al responder las demandas, el siguiente resumen:

"En las últimas horas de la tarde del día veintiuno (21) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) se encontraban en el establecimiento-cantina de Eliécer Montealegre varias personas, entre ellas Fidel Rubiano, Sixto Díaz, Tomás Guzmán Díaz, Juan Bautista Gómez, el menor José Santos Montealegre, Alfonso Méndez, Alejandrino Lancheros y el mismo propietario del negocio, el señor Eliécer Montealegre. Algunos de ellos se hallaban dedicados a jugar 'pablillo' y a ingerir bebidas embriagantes.

"Ocurrió que, de modo imprevisto, se suscitó una discusión entre Juan Bautista Gómez y Alejandro Lancheros, por motivo de que éste se negó a ofrecerle unos tragos de aguardiente al primero. Gómez incitó a Lancheros para que pelearan, lo que hizo en términos ultrajantes para su presunto contendor, el cual ante las ofensas verbales recibidas decidió llorar. Estando en el incidente anterior, la mayor parte de los concurrentes al establecimiento de Eliécer Montealegre salieron al patio y de la misma manera hizo Juan Bautista Gómez, el cual fue incitado por Sixto Díaz Zarta a pelear con éste, quien se hallaba portando peinilla o machete en mano y lanzaba imprecaciones de palabra contra Juan Bautista Gómez. Eran aproximadamente las ocho de la noche del día mencionado y ya los vecinos del lugar se habían alertado para darse cuenta del insuceso que determinó la muerte de Juan Bautista Gómez. En efecto:

"Ante el ataque dirigido por Sixto Díaz contra Juan Bautista Gómez, éste se vio precisado a defenderse esgrimiendo un machete que portaba, pero haciéndose difícil su seguridad por cuanto el mismo Sixto Díaz con una linterna que llevaba en la mano izquierda pretendía dificultar la visibilidad de Gómez. Ante la situación apremiante a que se vio abocado dicho sujeto, emprendió la retirada con tan mala suerte que tropezó y cayó en un hoyo abierto con el fin de sacar tierra. Fue entonces cuando Sixto Díaz pretendió eliminar a machetazos a Juan Bautista Gómez quien pudo levantarse y escapar gracias a la ayuda ofrecida por Noé Gómez, el cual se opuso a que Sixto Díaz cumpliera su propósito. No obstante lo anterior, cuando Gómez intentaba levantarse recibió un machetazo, por la

espalda, dado por Abelino Montealegre. A pesar de ello emprendió la retirada siendo seguido desde ese momento por Sixto Díaz, Víctor Sánchez, Luis Garzón, Tomás Guzmán Díaz y Abelino Montealegre, quienes portaban machetes, cada uno.

"Resta decir que Juan Bautista Gómez, una vez que se puso en pie, después de recibir el machetazo de manos de Abelino Montealegre, emprendió carrera para huir de sus agresores, se encontró en su camino a Eliécer Montealegre a quien le propinó un machetazo en un brazo, tras ello siguió su huída, perseguido por los sujetos ya indicados.

"Más tarde fue encontrado el cuerpo de Juan Bautista Gómez completamente mutilado y presentaba múltiples heridas, en total de veinticuatro (24) ..." (fls. 47 a 49, Cuad. Nº 2).

ACTUACION PROCESAL

1º Llegado el sumario al Juzgado Primero Superior de Ibagué, por reparto, dispuso en providencia de 20 de junio de 1960 adelantar la actuación por los trámites del Decreto 0012 de 1959, y luego por auto de 6 de julio del mismo año, declaró cerrada la investigación y ordenó "poner el expediente a disposición de las partes, por el término común de tres días, para que presenten los alegatos de conclusión".

2º Sin que se produjeran alegaciones en ningún sentido, la instancia dictó sentencia el 12 de agosto de 1960, proveído en el cual, una vez examinados los hechos y los medios probatorios, estimó el homicidio como calificado de asesinato por "la inferioridad en que se encontró la víctima en los momentos culminantes del delito debido a la superioridad numérica de los atacantes y, la sevicia por la crueldad excesiva con que se obró, demostrándola apiertamente el número de lesiones graves que se le causaron". Pero, de otro lado, reconoció en favor de los encausados "la atenuante de haber obrado en estado de intenso dolor causado por grave e injusta provocación por parte de la víctima", lo mismo que la complicidad correlativa. De este modo individualizó las sanciones con aplicación de los artículos 28, 36, 34, 37, 363 y 385 del Código Penal.

El Tribunal, de acuerdo con su colaborador fiscal, reformó la sentencia de primer grado por considerar que no había complicidad correlativa sino, simplemente, coautoría de los acusados, ni tampoco el motivo específico de atenuación previsto en el artículo 28 del Código Penal. Para fundar su decisión hace el *ad quem* estas consideraciones:

"Elevan a la categoría de agravado el homicidio perpetrado en la persona de Juan Bautista Gómez el hecho de haberse provocado a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad y el de emplearse la sevicia, de acuerdo con los numerales 5º y 7º del artículo 363 del Código Penal, por lo cual la pena debe oscilar entre 15 y 24 años de presidio.

"A favor de los procesados existen como circunstancias de menor peligrosidad su buena conducta anterior y el haber obrado bajo embriaguez no preordenada, pero no se puede partir del mínimo de la pena establecida en el artículo 363 del Código Penal, por motivo de haber más de una causal que elevan a la categoría de asesinato el homicidio inferido en la persona de Juan Bautista Gómez, siendo entonces prudente aumentarla en seis meses más, quedando de esta manera sometidos a una pena de 15 años y 6 meses de presidio; pero como el procesado Víctor Sánchez Montealegre aparece condenado en primera y segunda instancias por el Juzgado Penal del Circuito del Espinal y esta Corporación, se cae en esta circunstancia de mayor peligrosidad que contempla el artículo 37 en su numeral 2º debiéndose entonces aumentar su condena en 3 meses más.

"No se encuentra asidero probatorio ni legal alguno para estructurar a favor de los procesados el atenuante de haber obrado en estado de ira por intenso dolor causado por grave e injusta provocación, pues en primer lugar ni los mismos procesados en sus indagatorias plantean esa oportunidad y en segundo lugar cuando Juan Bautista Gómez emprendía la huída para salvaguardarse de sus perseguidores vino a herir a Eliécer Montealegre, de manera que ya el ánimo de causarle daño por sus gratuitos enemigos existía en éstos, y no fue precisamente la herida causada a Eliécer Montealegre la que originó la desbandada de Juan Bautista Gómez.

"No encuentra la Sala cómo aplicar la teoría de la complicidad correlativa de que trata el artículo 385 del Código Penal, pues todos los procesados iban armados de puñillas o machetes y las heridas mortales que se le causaron a Juan Bautista Gómez fueron hechas con esta clase de arma, y el número de lesiones que se le produjeron al cuerpo de Gómez dan margen para concluir que todos y cada uno intervinieron materialmente en la ejecución de la pluralidad de lesiones, no dando lugar entonces a pensar de que el número de lesiones fuera inferior al número de atacantes o procesados ni de que los instrumentos fueran inferiores en su número al de los procesados, no olvidando que las heridas fueron 24 en su totalidad".

DEMANDAS DE CASACION

Como antes se indicó, tres de los recurrentes constituyeron apoderado ante la Corte para demandar la casación. En dicho carácter, presentó los correspondientes libelos el doctor Néstor Aya Z., acusando en todos ellos la sentencia con fundamento en las causales *segunda* y *primera*, de las previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque los escritos de impugnación coinciden en muchos aspectos y descansan en las mismas premisas, la Sala, para mayor claridad, los reseñará en su orden, principalmente por lo que toca con los motivos de cargo a través de la causal segunda.

1º *Demanda en favor de Sixto Díaz Zarta.*

a) Se acusa el fallo del Tribunal "por haber incurrido el sentenciador en errada interpretación y también en errada apreciación de los hechos del proceso, habiendo dado un valor probatorio a elementos de prueba que de conformidad con la Ley no lo tienen, habiendo negado a otras (sic) el que sí tienen y habiendo pretermitido elementos probatorios de innegable valor para la defensa...".

Este error de hecho y consecuente violación indirecta de la ley penal sustantiva, lo plantea el señor apoderado por no reconocer el *ad quem* que los procesados, si delinquieron, fue en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal ya que, como lo acepta la sentencia de primer grado, el señor Juan Bautista Gómez provocó gravemente a Eliécer Montealegre. Esa verdad "incontrovertible" a que alude el demandante debió llevar al Tribunal "a una conclusión: la aceptación de la circunstancia atenuante de la ira e intenso dolor y de la grave e injusta provocación de la víctima, que dio lugar a una riña imprevista, si por otra parte apareciera que en esa riña tomaron parte los procesados, entre ellos mi mandante..."

Luego de insistir la demanda en este punto circunstancial que, al menos en hipótesis, da por cierta la participación de Díaz Zarta en el delito, ataca de fondo la prueba que compromete su responsabilidad, con estos razonamientos:

"Al propio tiempo, al darle valor probatorio a testimonios como el de Misael Gómez, Noé Gómez y Clementina Montealegre comete un grave error de derecho, porque es apenas de lógica, de infantil razonamiento que esos testigos están mintiendo, están declarando sobre hechos que estaban en imposibilidad de apreciar, ya que a las ocho de la noche en los campos y más siendo oscura la noche como lo afirman algunos declarantes y con la simple luz de una lámpara de petróleo, no es posible distinguir, reconocer a una persona a más de cinco metros de distancia y porque desde los sitios en que ellos dicen que estaban colocados la noche de autos, no podían observar algunos de los hechos que relatan, según pudo establecerse en la diligencia de inspección ocular; y porque personas que corren por entre una plantación de yuca o de cachaco (plátano), no se pueden reconocer ni de día y, por último, porque ninguno de ellos afirma que vio cuando los procesados hirió (sic) a Juan Bautista Gómez, pues todos ellos afirman que lo encontraron gravemente herido en la puerta de la casa de Tomás Guzmán.

"Para que el indicio valga como prueba es necesario que el hecho indicador esté plenamente demostrado. Si no está plenamente demostrado que Sixto Díaz Zarta fuera uno de los perseguidores, machete en mano, de Juan Bautista Gómez, el indicio sobre su responsabilidad cae por su base. Admitirlo, darlo por establecido como lo hace el sentenciador, con base en las declaraciones de los señores Gómez y de la concubina de Gómez, Clementina Montealegre, es incurrir en error grave de derecho en la apreciación de las pruebas, pues se les da un valor que no tienen, para deducir de ellas consecuencias sobre la responsabilidad penal de mi defendido.

"El desprecio o preterm isión de la diligencia de inspección ocular y de reconstrucción de los hechos, que puso de presente las falsedades de los declarantes de cargo a que me he venido refiriendo, como la de haber visto cuando Sixto Díaz pasó una peinilla a Lancheros, constituye un grave error de hecho y de derecho claramente manifiestos, pues es el desconocimiento de una prueba que además de tener pleno valor probatorios (sic), sirve para desvirtuar los testimonios de cargo y para establecer la verdadera situación jurídica de los procesados.

"Por último: Sixto Díaz Zarta ha afirmado que él salió de la cantina de Eliécer Montealegre, inmediatamente después de que éste fuera herido, para Girardot, en compañía de otros parientes y en el carro de Jesús Luna. Este hecho, fundamental en el proceso, está plenamente demostrado con las declaraciones de Alfonso Méndez, Alexander Lancheros, Verónica Nagüera, Susana Montealegre, etc., quienes confirman la versión dada por Sixto Díaz Zarta. Pues bien... sobre este extremo procesal el Tribunal guarde un silencio sepulcral. Ni menciona siquiera las pruebas a que aludo que demuestran que mi poderdante no estaba en el lugar de los hechos cuando fue muerto Juan Bautista Gómez por-

que se encontraba camino de Girardot o en la propia ciudad.

"...Si el Tribunal hubiera puesto atención a este hecho fundamental del proceso hubiera concluído en forma completamente diferente, pues habría tenido que reconocer sin titubeos la inocencia de mi representado. Esa es la única verdad de este proceso porque la tesis sobre responsabilidad quedó completamente destruída con el análisis de las pruebas de cargo en que se puso de presente la falsedad de los declarantes".

b) La acusación por haber sido violada directamente la ley sustantiva, por "interpretación errónea, aplicación indebida y no aplicación al caso que se juzga", la refiere el señor apoderado a los artículos 19, 23, 362, 363, 384 y 385 del Código Penal.

La demostración de este cargo resulta en cierta forma contradictoria con el ataque hecho a la sentencia con base en la causal segunda, según la última parte transcrita de la demanda, ya que después de sostener enfáticamente la inocencia del acusado, plantea las hipótesis penales de la complicidad correlativa, riña provocada por el occiso, estado de ira e intenso dolor. Y más de bulto surge la contradicción jurídica cuando con invocación de la misma *causal primera* o dentro del capítulo a ella destinado, dice haber "partido del supuesto de la posible responsabilidad penal de Sixto Díaz Zarta", así esté "demostrado procesalmente que no estaba en el lugar del crimen cuando se realizó o tuvo lugar", para concluir que "de ninguna manera cabría la aplicación de los artículos 362 y 363 del Código Penal que sólo tendría cabida si se hubiera demostrado que mi representado fue uno de los partícipes de la muerte de Juan Bautista Gómez".

2º *Demanda en favor de Garzón Lozano.*

Suficiente es decir que, con ligeras variaciones de forma, no de fondo, contiene iguales cargos que la anterior contra la sentencia del Tribunal y que los fundamentos de la impugnación coinciden plenamente. La única alegación hecha respecto a la situación jurídica de Garzón Lozano es la de que los cargos contra éste "son distintos de los supuestos cargos que se hacen a otros de los sindicados", pero no se detiene el señor apoderado a demostrar su aserto, ni siquiera a fijar cuál pudo ser el error del fallo en este particular.

3º *Demanda en favor de Montealegre Guapacho.*

Se invocan aquí, también, las causales *segunda* y *primera*, con estos fundamentos:

a) Que hubo "errada apreciación e interpretación de los hechos del proceso" porque se preterm itieron pruebas de innegable valor, se aceptaron otras entre las cuales hay manifiesta contradicción y "por haber colocado a los procesados en igualdad de posición, cuando sus situaciones jurídicas son bastante diferentes. A consecuencia de esos errores de hecho y de derecho claramente manifiestos en la apreciación de las pruebas, el Tribunal sentenciador entró a deducir una responsabilidad penal que no cabía, violando en esa forma la ley".

En concreto arguye el señor apoderado:

"En el resumen de los hechos puse de presente cómo la situación del sindicado Abelino Montealegre es diferente a la de los demás. Sólo aparece incriminado por Clementina Montealegre y este testimonio no ofrece los menores motivos de credibilidad porque como lo expresé en mis anteriores escritos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que estaba colocada no le permitían apreciar las cosas como ella las narra. Este testimonio, solitario en los cargos, debe desecharse.

"El denunciante Misael Gómez no menciona a Abelino Montealegre para nada ni le hace cargo alguno concreto. José Santos Montealegre afirma que vio cuando Abelino le dio un machetazo a Juan Bautista Gómez, pero esta afirmación es falsa por cuanto con la luz existente en el lugar a esas horas de la noche la visibilidad era imposible y porque de conformidad con la diligencia de inspección ocular el reconocimiento de personas en los sitios a que los declarantes se refieren no era posible. Noé Gómez Devia para nada menciona a Abelino Montealegre".

Aunque en la demanda sostiene con particular énfasis la insular situación jurídica del procesado a que se refiere, no obsta el planteamiento para que el impugnador afirme que "está plenamente demostrado el hecho del cual se deriva la ira y el intenso dolor por grave e injusta provocación de parte del occiso, lo mismo que la riña imprevista, pues es lo cierto que ninguno de los presentes estaba en capacidad de vislumbrar o de adivinar que Gómez fuera a crear esa situación conflictiva". Este razonamiento, común a las tres demandas, destruye la otra hipótesis de no haber en los autos prueba legal para el fallo condenatorio.

b) La *causal primera* es propuesta en los mismos términos antes reseñados para las otras demandas.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al dar respuesta a los libelos ameritados, conceptúa que no hay lugar a la invalidación del fallo recurrido, conclusión a la cual llega después de un prolijo examen de los cargos y de los fundamentos dados al recurso.

En primer término, observa con toda razón el señor Procurador Delegado que el *ad quem* pronunció la sentencia condenatoria, no sólo con apoyo en la prueba criticada por el impugnador, como que tuvo en cuenta los testimonios de Misael Gómez, José Santos Montealegre, Noé Gómez Devia, Alirio Montealegre y Clementina Montealegre, a más de las injuradas de los procesados. Cita al efecto estos pasajes del fallo recurrido, en los que aparece condensado el criterio del Tribunal:

"Sobre la responsabilidad de Luis Antonio Garzón Lozano, Sixto Díaz Zarta, Abelino Montealegre Guapacho, Tomás Guzmán Díaz y Víctor Sánchez Montealegre en la muerte de Juan Bautista Gómez no sólo existe el señalamiento que le hacen Misael Gómez, José Santos Montealegre, Noé Gómez Devia, Clementina Montealegre y el menor Alirio Montealegre, todos estos hermanos, concubina e hijos naturales de la víctima y a su turno parientes consanguíneos de los sindicados, pues Abelino Montealegre Guapacho es hermano de Clementina Montealegre y a su turno Abelino es primo de Víctor Sánchez Montealegre y cuñado de Sixto Díaz, como también Víctor Sánchez Montealegre es primo de Clementina Montealegre; ... sino también otros indicios tales como en el que en aquella noche a todos estos procesados se les vio armados de peinilla y las lesiones que se le causaron a Gómez precisamente fueron con armas de esta clase, el número de heridas que se le identificaron en 24 en la diligencia de levantamiento del cadáver habla del número de los atacantes, la insensata respuesta dada por Tomás Díaz Guzmán de que se encontraba dormido cuando fue golpeado Gómez en la puerta de su casa por sus atacantes y sólo vino a darse cuenta cuando salió a los gritos de que Gómez había cortado a Eliécer Montealegre, la negativa rotunda tomada por los procesados en su totalidad con explicaciones inaceptables, el silencio logrado por todos ellos para relacionar la forma como sucedieron los hechos, el parentesco mismo entre sí de los sindicados que los inhabilita moral y legalmente para hacerse incriminaciones, la ausencia de interés, por parte de los sindicantes por ser parientes de los sindicados dan lugar a concluír de que los autores materiales de la muerte de Juan Bautista Gómez son los procesados mencionados.

"Las críticas hechas a los testimonios de Clementina Montealegre, Noé Gómez y Misael (Gómez por parte del doctor Lozano no alcanzan) a desvirtuar su valor probatorio, y menos cuando se está en presencia de indicios que vienen a reforzarlos (fls. 239 del cuad. 1º)".

Anota, en segundo lugar, que el impugnador en las tres demandas limita sus críticas a los testimonios de Misael Gómez, José Santos Montealegre, Noé Gómez Devia, Alirio Montealegre y Clementina Montealegre, como si sólo en ellos hubiera fundado el Tribunal su fallo condenatorio, cuando la verdad procesal es la de que otras pruebas, directas e indirectas, fueron ameritadas para la decisión condenatoria. Ese examen restringido por parte del demandante, estima el señor Procurador Delegado, no alcanza a ser "la demostración plena y ordenada de que existió error *notorio* de hecho y de que *todas* las pruebas valoradas por el *ad quem* lo fueron equivocadamente". "Lo contrario permitiría —sigue diciendo el distinguido colaborador— llegar a esta absurda conclusión: como en la apreciación de esta prueba se incurrió en error (sin siquiera demostrar que el error es notorio) de hecho, las conclusiones del *ad quem* son equivocadas, a pesar de que al mismo resultado se llega por otras pruebas que al no haber sido criticadas conservan el valor que les atribuyó al fallador en la sentencia demandada".

Anticipándose al prolijo análisis del recaudo probatorio que permitió la condenación de los encausados, expresa el Ministerio Público que "ante una crítica probatoria superficial de algunas probanzas de autos se pretende pensar de error manifiesto de hecho en la valoración que de ellas se hace en el fallo" y "la demostración deficiente de la causal segunda de casación no puede hallar otra solución sino la de desestimar los cargos propuestos, por carecer de comprobación adecuada".

El análisis de las pruebas de cargo a que se alude comprende todos los testimonios de importancia allegados a la investigación y la diligencia de inspección ocular (reconstrucción de los hechos), de la que con tanta insistencia se ocupa el señor apoderado para descalificar la credibilidad de algunos de los deponentes.

Respecto a la expresada diligencia y para refutar los asertos del impugnador, el señor Procurador Delegado arguye:

"Pues bien: En el anterior dictamen se rechaza apenas que el testigo Misael Gómez hubiera podido escuchar lo que éste afirmó haber oído y, por lo mismo, quién hacía determinadas provocaciones de palabra. Sin embargo sobre el particular se observa que de tal hecho no se puede concluir *a priori* que dicho testigo miente, pues otras bien distintas han podido ser las circunstancias en que se desarrollaron los acontecimientos la noche de autos. Pero ante todo conviene anotar que en el acta de la inspección ocular (reconstrucción de los hechos) no hay constancia de que se hubiera reproducido la escena de haber proferido amenazas en tono alguno dentro del lugar en que se presumía fueron lanzadas la noche del insuceso; de manera que el dictamen de los peritos se fundamentó en una cuestión subjetiva y nada más. Tal cosa significa que por esta falta el concepto de los peritos no merece ser estimado como prueba que controvierta lo aseverado por Misael Gómez.

"Mas a pesar de todo, es el mismo dictamen de los peritos el que corrobora la veracidad del testimonio de Misael Gómez (en cuanto sí podía percibir a quien pasara cerca de la casa de Juan Bautista Gómez) y sobre el hecho de poder reconocer a determinadas personas, según las distancias indicadas en la inspección ocular, es conveniente tener presente que la noche de los hechos tanto Sixto Díaz como Abelino Montealegre perseguían a Juan Bautista Gómez precisamente alumbrándolo con sendas linternas, lo cual facilitaba la percepción de quien iba huyendo y cuáles eran sus seguidores. Además, como el medio en que ocurrieron los hechos y los protagonistas de los mismos facilitaban el mutuo conocimiento de Sixto Díaz, Abelino Montealegre, entre otros, como también de Juan Bautista Gómez, es claro que el testigo Misael Gómez podía apreciar a distancia los hechos que revela.

"La credibilidad del testigo Noé Gómez halla respaldo en el dictamen pericial en cuanto a la posibilidad de ver y escuchar los hechos que refirió en su testimonio. Lo mismo ocurre en relación con el testimonio de Clementina Montealegre en lo relativo a la percepción auditiva de algún quejido hacia la casa de Tomás Gómez. Los peritos se pronuncian, negativamente en cuanto a la posibilidad de este testigo para darse cuenta de algunos movimientos que refiere en su declaración sobre la entrega de un machete verificada por Sixto Díaz a Alejandro Lancheros (ver f. 182).

"Acerca de lo afirmado por el testigo José Santos Montealegre, en la diligencia de inspección ocular, a manera de constancia del Juzgado, aparece consignado en el acta respectiva lo que sigue:

"...Al reproducir la escena correspondiente a la entrega de una peinilla por parte de Sixto Díaz a Alejandro Lancheros, señaló posiciones diferentes de ubicación sobre la banca de estas dos personas citadas; además manifestó que la peinilla que le pasó Sixto a Lancheros la tomó el primero del lado izquierdo del cuerpo y expresó que la tenía encubierta, poniéndose en contradicción con la de su madre tanto el aspecto de la ubicación de Sixto y Lancheros, como también respecto de la peinilla que dice le fue pasada' (f. 182 vto.).

"Al examinar la anterior apreciación del Juez se observa que apenas resulta en duda cuáles fueron los lugares precisos en los cuales se hallaban Sixto Díaz y Alejandro Lancheros, dentro del establecimiento de Eliécer Montealegre, y cuáles fueron los movimientos realizados por dichos sujetos. Este hecho no controvierte ninguna de las afirmaciones del testigo José Santos Montealegre relativas a quiénes fueron los agresores de Juan Bautista Gómez, pues al respecto hay concordancia en lo afirmado por los testigos Misael Gómez, Noé Gómez, Clementina Montealegre y Alirio Montealegre. Por la circunstancia de que algunas de las afirmaciones del testigo José Santos Montealegre resulten contrarias a las de Clementina Montealegre no puede concluírse, sin incurrir en una exageración *a priori*, que tanto el primero como la última están mintiendo en todo lo que afirman, pues otros de sus asertos hallan respaldo en los demás testimonios que incriminan a los procesados Sixto Díaz, Abelino Montealegre, Luis Antonio Garzón Lozano, Víctor Sánchez Montealegre y Tomás Guzmán Díaz".

En opinión del señor Procurador Delegado, en el proceso tienen plena demostración los siguientes hechos:

"1º Que los procesados Sixto Díaz, Abelino Montealegre, Luis Antonio Garzón, Víctor Sánchez Montealegre y Tomás Guzmán portaban peinillas o machetes la noche de autos.

"2º Que dentro del establecimiento de Eliécer Montealegre no tuvo lugar ningún incidente en el cual Juan Bautista Gómez hubiera lesionado de un machetazo a aquél.

"3º Que Eliécer Montealegre fue lesionado cuando Juan Bautista Gómez huía de la agresión iniciada por Sixto Díaz y proseguida por Abelino Montealegre, habiéndole éste propinado ya a Gómez un machetazo por la espalda.

"4º Que la persecución de Gómez se llevó a cabo por Sixto Díaz y Abelino Montealegre, inicialmente, y por Luis Antonio Garzón, Víctor Sánchez y Tomás Guzmán, posteriormente.

"5º Que Sixto Díaz y Abelino Montealegre, además de machete o peinilla, llevaban sendas linternas con las cuales pretendían impedir a Juan Bautista Gómez que éste pudiera mirar a sus agresores, vale decir que aquellos trataban de alumbrarle la cara 'encandelizándole', según el decir de Alirio Montealegre.

"6º Que la persecución de Juan Bautista Gómez se llevó a cabo por entre un 'cachacal' existente en el lugar del incidente, no obstante la intervención de Noé Gómez para impedir que aquel fuera eliminado por sus agresores.

"7º Que hubo por parte de Juan Bautista Gómez provocación de palabra hacia Alejandro Lancheros, lo que determinó que aquél y éste salieran de la cantina de Eliécer Montealegre, para luego ser agredido Gómez por Sixto Díaz sin que de parte de Alejandro Lancheros hubiera habido intervención agresiva de obra alguna contra Juan Bautista Gómez.

"8º Que entre Juan Bautista Gómez, Sixto Díaz y Víctor Sánchez Montealegre existía enemistad de vieja data por motivo de peleas anteriores.

"9º Que tanto los procesados, como su víctima y los testigos hacen parte de un grupo social reducido que habita en un pequeño caserío, lo cual permite una fácil localización o reconocimiento de estas personas entre sí.

Todo lo analizado por el Ministerio Público, por lo que al recaudo probatorio se refiere, le "permite concluir que la causal segunda de casación, invocada y en apariencia fundamentada por el recurrente, carece de la demostración necesaria y, por lo tanto, no puede determinar la invalidación de la sentencia demandada".

Los cargos hechos al fallo con invocación de la *causal primera*, tampoco son de mérito en concepto de la Procuraduría, pues de la inicial provocación de Juan Bautista Gómez a Lancheros, no hay lugar a concluir que los acusados obraron en las circunstancias previstas en los artículos 28, 364 y 365 del Código Penal. Si el demandante en forma alguna ha demostrado el error de hecho por parte del sentenciador, mal puede afirmarse la violación de la ley penal sustantiva y formularse, sin respaldo probatorio, hipótesis penales que jurídicamente no se avienen dentro de la realidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1ª Es obvio que tratándose de un juicio criminal desarrollado bajo las normas del Decreto 0012 la causal segunda de casación es procedente, dentro de la técnica del recurso, para enjuiciar, frente a la ley, la sentencia materia de acusación. Pero la viabilidad del recurso por lo que a los presupuestos de forma se refiere no es suficiente a los fines pretendidos, si de otra parte el impugnador no comprueba y demuestra los cargos de invalidez del fallo, es decir, la errada o indebida apreciación de los hechos por el sentenciador.

2ª El *error de hecho*, como motivo de casación, supone en todos los eventos previstos en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que la sentencia del *ad quem* atribuyó un valor probatorio a elementos de juicio que no lo tenían, o que dejó de reconocérselo a aquéllos que sí eran ameritables, determinando así una resolución contraria a la verdad procesal y, consecuentemente, violatoria del derecho y de la ley sustantiva penal.

Pero ese *error*, lo ha dicho y repetido la Sala, no lo conforma la disparidad de criterios entre el Tribunal y el recurrente en el juicio valorativo de la prueba, ni la simple inconformidad del actor con la decisión de instancia. Ha de consistir necesariamente en un error de fondo, manifiesto, ostensible y claro, hasta el punto de permitir a la Corte señalar sin equívocos la violación indirecta de la ley. De otra manera se desvirtuaría el recurso extraordinario de casación, en su naturaleza, fundamentos y fines, para hacer de él una instancia más y permitir a las partes debatir cuestiones legítimamente resueltas en las etapas ordinarias del juicio.

3ª En el caso *sub judice* el señor apoderado endereza su argumentación sólo contra algunos de los elementos de prueba tenidos en cuenta por el *ad quem* para el fallo condenatorio, lo que fácilmente puede observarse de los apartes transcritos de las tres demandas, sin ocuparse en un todo del caudal probatorio analizado por el Tribunal. Con este procedimiento la acusación no es demostrativa de error y los planteamientos hechos quedan en simples hipótesis, acerca de las cuales el propio recurrente no ofrece un criterio firme ni definido, pues lo mismo sustenta la invalidez de la sentencia por no haber en los autos prueba para condenar a los procesados, que demanda, alternativamente, el reconocimiento de modalidades específicas de atenuación —no concurrentes— como la *provocación*, la *riña imprevista* y la *complicidad correlativa*.

4ª Si el recurso de casación exige al demandante, no sólo formular los cargos sino demostrarlos, este último empeño, tratándose de cualquier causal y particularmente de la segunda, no permite al actor planteamientos contradictorios, ni alternativos, ya que cuando así se procede la argumentación se desmorona y aniquila, por su base, el recurso.

En las demandas de que se trata el señor apoderado incurre en la lamentable contradicción jurídica esbozada, y no cabe entender que sean solicitudes subsidiarias a la negación completa de la prueba de cargo las demás hipótesis, máxime si las supuestas situaciones de responsabilidad aminorada quieren edificarse sobre pruebas que se estiman inválidas, o si se formulan sin respaldo alguno, olvidando el recurrente su imperiosa obligación, cuando de la causal segunda de casación se trata, de establecer inequívocamente el error de hecho.

5ª Estas fallas técnicas al ser sustentado el recurso impiden que pueda prosperar, pues no sería función propia de la Sala de Casación Penal, sin demanda fundada, comprometerse en un examen de prueba para ver de sacar verdadera alguna de las varias hipótesis planteadas por el impugnador. Equivaldría esto, sin lugar a dudas, a una tercera instancia, en la que la Sala se vería llevada a desconocer, sin fundamento, la autonomía de los jueces ordinarios en la valoración de los hechos, y a darle a la casación alcance, contenido y fines que le son, por ministerio de la ley, extraños.

6ª La *causal primera*, alegada por el señor apoderado como consecuente de la *segunda*, no es preciso estudiarla a espacio, ni requiere particular examen por parte de la Sala, pues no demostrado el error de hecho, lógico es que la supuesta violación de la ley penal sustantiva tampoco sea admisible.

Así las cosas, procede dar aplicación al artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito, y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Escobar Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Casación Penal profirió también durante los meses de mayo, junio, julio y agosto de 1962, las sentencias que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

Recurso de Revisión. En este negocio, por delitos conexos de robo agravado, está pendiente de tramitar y decidir el recurso de casación oportunamente interpuesto, y ello motivó el que se denegara la revisión pedida. Por sentencia de 4 de mayo de 1962, se niega el recurso de revisión propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso adelantado contra Arturo Tovar Rozo. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Cambio de radicación. En este caso faltó la prueba de las afirmaciones en que se basa la solicitud de cambio de radicación. El proceso versa sobre los delitos de homicidio y robo. Por providencia de 4 de mayo de 1962, se emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso seguido en el Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla contra Jorge Palacio y otros, por los delitos de robo y homicidio. Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.

Prevaricato. Los hechos a que se refieren estos autos no comprometen a los Magistrados de Tribunal acusados, pues no constituyen delito alguno. Elementos que deben concurrir para que se configure el prevaricato. Reiterada y sostenida jurisprudencia de la Corte. Por providencia de 7 de mayo de 1962, se sobresee definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, doctores Eduardo Supelano Medina y José C. Abaunza Jiménez, por el supuesto delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Delitos comunes y delitos militares. Se define la colisión negativa planteada entre la justicia militar y la civil sobre la competencia para conocer de un proceso. En realidad, la posesión de la dinamita que fue hurtada o robada, implica imputación de dos delitos conexos, sometidos a distintas autoridades. Por providencia de 8 de mayo de 1962, se dirime la colisión de competencias suscitada en el proceso seguido contra Servio Revelo Paredes y otros, sindicados de haber sustraído dos cajas de dinamita. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Homicidio. No se demostraron los cargos tendientes a obtener la casación del fallo condenatorio del Tribunal. Los autos no respaldan la tesis de la legítima defensa subjetiva, alegada por el procesado. Técnica de la casación. Con fecha 8 de mayo de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Daniel Salazar Delgado como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Homicidio. Causal segunda de casación penal. No se demostró error alguno, en relación con la valoración de las pruebas, en la sentencia que condenó por homicidio simplemente intencional. Ni la pretendida legítima defensa, ni la grave provocación, encuentran respaldo en el proceso. Con fecha 8 de mayo de 1962 no se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva por medio del cual condenó a José Serafín Rodríguez por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.

Colisión positiva de competencias entre la justicia civil y la militar. Se refiere el incidente a la investigación y juzgamiento de dos agentes

secretos, al servicio de la Policía Nacional, sindicados de homicidio. Por providencia de 8 de mayo de 1962, se desata la colisión de competencia positiva suscitada en el proceso adelantado a Carlos Fernández Franco y otro, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.

Cambio de radicación de procesos penales. Necesidad de demostrar los hechos que se alegan como motivos del cambio. Obligada discriminación entre éstos y las causales de impedimento. Por providencia de 8 de mayo de 1962, se emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso seguido en el Juzgado Segundo Superior de Cartagena, por el delito de homicidio, contra el suboficial de la Armada Nacional José William Osorio. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo

Etica profesional del abogado. Prescribe la acción correspondiente a sanciones disciplinarias y se ordena, en cambio, abrir investigación penal, por presumirse que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de delito. Por providencia de 10 de mayo de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual se declaró prescrita la acción penal adelantada contra el abogado doctor Sergio Mejía Jaramillo, por presuntas faltas contra la moral profesional. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Sobreseimiento definitivo para un Juez de Circuito. Considera la Corte que no ha debido adelantarse contra dicho funcionario investigación penal alguna. Por providencia de 21 de mayo de 1962, se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso adelantado al doctor Augusto Prieto Fernández, Juez Segundo Penal del Circuito de Magangué, por el delito de abuso de autoridad por abandono del cargo. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Califica la Sala el mérito de una investigación. Sobreseimiento definitivo para tres ex-Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas y temporal para el cuarto. También fue sobreseído definitivamente, en relación con ciertos cargos que se le habían hecho, uno de los Fiscales de dicha Corporación. Por providencia de 21 de mayo de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de los ex-Magistrados doctores Francisco González Torres, Alvaro Hinestrosa y Miguel J. Durán, y del Fiscal 1º de dicho Tribunal, doctor Antonio José Iragorri Rodríguez, por los cargos a que dio lugar la investigación; y se sobresee temporalmente a favor del doctor Rodrigo Peña Baena, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas por el cargo que se le formuló. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Recusación. Propuesta contra un Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas con apoyo en la causal establecida por el Decreto 3346 de 1950. Necesidad de acompañar las pruebas en que se fundamenta la recusación. Por providencia de 23 de mayo de 1962, se declara infundada la recusación propuesta, en el proceso seguido por el delito de contrabando a Samuel Restrepo y otros, contra el Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas doctor José de León Martínez. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Recusación. Por providencia de 4 de junio de 1962, se declara que no hay lugar a tramitar el recurso de reposición propuesto contra el auto de 23 de mayo último, por medio del cual la Sala declaró infundada la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas doctor José de León Martínez, en el proceso adelantado a Samuel Restrepo y otros por el delito de contrabando. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Violencia carnal. Inútilmente pretendió obtenerse la invalidación de la sentencia condenatoria. A la luz de la crítica, no merecen credibilidad los testimonios con los cuales intentó acreditarse que el procesado había incurrido en error esencial de hecho, respecto de la edad de la menor ofendida. Con fecha 21 de mayo de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto por Jairo Gartner Belancourt contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó como responsable del delito de violencia carnal. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Abuso de autoridad y prevaricato. Sobreseimiento definitivo en favor de un Magistrado de Tribunal Superior. Los hechos averiguados no constituyen delito alguno. A quién corresponde el conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones de los Jueces comisionados. Elementos subjetivos en el abuso de autoridad. Prueba del prevaricato. Por providencia del 24 de mayo de 1962, se sobresee definitivamente en favor del Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta doctor Gabriel Pimienta, por los cargos que se le formularon en el proceso. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Cambio de radicación. Por providencia de 24 de mayo de 1962, se conceptúa desfavorablemente sobre el cambio de radicación del proceso adelantado por el Juez 342 de Instrucción Criminal, contra los Agentes de la Policía Nacional Silvio Augusto Castaño y otros, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.

Derecho de defensa del procesado. Fue absoluto la carencia de defensa del procesado y no aparece en todo el expediente un solo memorial ni actuación alguna por parte del personero judicial, nombrado de oficio para asistir al reo. Con fecha 26 de mayo de 1962, la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Ibagué por medio del cual condenó a Patrocinio Gómez Rodríguez como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.

Delito contra la Administración Pública. Prevaricato y abuso de autoridad. El elemento a sabiendas. El simple error del funcionario y el abuso de autoridad. Abuso de autoridad y morosidad del Juez. Usurpación de funciones públicas. En el caso de autos no se configuró ningún delito. Por providencia de 30 de mayo de 1962, se sobresee definitivamente en favor de los doctores Eduardo Supelano Medina y José C. Abaunza Jiménez, por los cargos que les fueron hechos en el proceso, como Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Técnica de casación. Manifiestos defectos de orden técnico en la demanda que impugnó una sentencia condenatoria, por delitos de falsedad y peculado, dictada por el Tribunal Superior Militar. Con fecha 8 de junio de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Leonardo Charris Luna como responsable de los delitos de falsedad en documentos y peculado. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Impugnación a una sentencia condenatoria por lesiones personales. La Corte no encuentra demostrado el error evidente. Con fecha 18 de junio de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Levy Avella Bernal contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que lo condenó por lesiones personales. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Se abstiene la Corte de abrir investigación penal contra un comisario. Los datos reunidos permiten establecer con certeza que los hechos imputados no constituyen peculado ni delito alguno. Por providencia de 20 de junio de 1962, así lo resuelve la Corte respecto del ex-Comisario Especial del Amazonas, Capitán de Fragata Jorge H. Bello S. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Etica profesional del abogado. Por sentencia de 26 de junio de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado al doctor Alfonso Lozano Caballero, por medio de la cual se le absolvió de los cargos que se le formularon. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Cambio de radicación. A causa del ambiente de hostilidad pública contra el acusado en el lugar donde se cometió el delito y donde ha de ser juzgado por jueces de conciencia. Por providencia de 26 de junio de 1962, se emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Tercero Superior de Cartagena al Suboficial de la Armada Nacional señor Jorge William Osorio, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Defectuosa e infundada impugnación a una sentencia condenatoria por delito de homicidio. Se invocaron las causales cuarta, segunda y primera de casación. Con fecha 27 de junio de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado José Irne Escobar Ruano contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que lo condenó como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Infundada impugnación contra una sentencia condenatoria por delito de asesinato. Con fecha 9 de julio de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Gilberto Antonio Flórez Amarís contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que lo condenó como responsable del delito de asesinato. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Nulidades procesales. Técnica de casación. Infundada impugnación a una sentencia condenatoria por delito de homicidio. Con fecha 13 de julio de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Claret de Jesús Bermúdez Bermúdez contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que lo condenó por

el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Prescripción de la acción penal en un proceso, por abuso de autoridad, que se adelanta contra un ex-Gobernador Departamental. Por providencia de 16 de julio de 1962, así lo resuelve la Corte y ordena cesar todo procedimiento contra el ex-Gobernador del Departamento de Caldas, coronel Daniel Cuervo Arroz. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Restitución de términos por causa de enfermedad. Por providencia de 18 de julio de 1962, se deniega la restitución de términos solicitada en el proceso adelantado a José Eduardo Cardona F. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Nulidades en el proceso penal. La actuación quedó viciada de nulidad a causa de un defectuoso llamamiento a juicio. La elaboración del cuestionario también fue incorrecta. El conocimiento del proceso no corresponde a la justicia castrense sino a la ordinaria. Con fecha 19 de julio de 1962 la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior Militar que condenó a Ceferino Carrillo como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Sentencia absolutoria en favor de un ex-Gobernador de Departamento. La conducta del enjuiciado se reduce a una falta administrativa. Pruebas allegadas en la etapa del juicio determinaron un cambio sustancial, favorable al procesado, de su posición jurídica. Por sentencia de 23 de julio de 1962, se absuelve al Coronel Daniel Cuervo Arroz —ex-Gobernador del Departamento de Caldas—, en el proceso que se le adelantó por el delito de peculado. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Prescripción de la acción penal. Condición requerida para que el auto de proceder interrumpa la prescripción. Se trata de un proceso adelantado contra un ex-Juez de Circuito Penal por delito de cohecho. Por providencia de 23 de julio de 1962, se revoca el auto de proceder proferido por el Tribunal Superior de Cali, y en su lugar se ordena cesar todo procedimiento penal contra el doctor Joaquín Serrano Serrano, ex-Juez 3º Penal del Circuito de Cali. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Nulidad supralegal del proceso penal. Indebida aplicación del Decreto 0012 de 1959 a un hecho cometido con anterioridad a su vigencia. Ratifica la Sala su doctrina sobre irretroactividad de la ley procesal desfavorable. Con fecha 25 de julio de 1962 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira por medio de la cual condenó a Enrique Arbeláez Montero y otros como responsables del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

Irretroactividad de la ley procesal desfavorable al reo. Excepción de inconstitucionalidad. Reafirma la Corte las doctrinas que tiene sentadas al respecto, con ocasión de la indebida aplicación del Decreto 12 de 1959 al caso presente. Con fecha 25 de julio de 1962 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual condenó a Joaquín Cupitra o Vinche Cupitra como responsable de homicidio agravado. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

El recurso de casación en materia penal aduanera. Condiciones legales necesarias para que pueda concederse este recurso extraordinario. Por providencia de 27 de julio de 1962, se estima bien denegado el recurso de casación propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas en el proceso adelantado a Harry Child D., por el delito de contrabando. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Causal segunda de casación en juicios con Jurado. Graduación de la sanción imponible. Facultades y limitaciones del juez de derecho, frente al veredicto condenatorio del jurado, para graduar la pena que haya de aplicarse al reo. Con fecha 31 de julio de 1962 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla por medio de la cual condenó a la procesada Niles Cecilia de la Hoz Cervantes como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Faltas contra la delicadeza y decoro profesionales. Asistencia en derecho al procesado. Obligaciones del defensor. Cuando los alegatos de defensa están fundados en una convicción sincera, mal pueden ser lesivos de la moral profesional. Prescripción de las contravenciones. Con fecha 13 de agosto de 1962, la Corte confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual fue absuelto el doctor Libardo Palacios por cargos contra la delicadeza y decoro profesionales que sanciona la Ley 69 de 1945. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Causal segunda de casación penal. Error ostensible. Con fecha 31 de agosto de 1962 la Corte invalida parcialmente el fallo recurrido, pronunciado por el Tribunal Superior de Neiva mediante el cual condenó a Víctor Félix Ordóñez Rojas como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

Revisión. Causal quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Requisitos para que prospere este recurso. Con fecha 14 de agosto de 1962, la Corte niega la revisión de la causa seguida contra Justo Rincón, por medio de la cual se le condenó por el caso de especial peligrosidad previsto en el ordinal 1º del artículo 7º del Decreto extraordinario número 014 de 1955. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Delito de contrabando. Objeto y naturaleza del recurso de casación. Fallos que admiten este recurso. La casación en negocios de la Justicia Penal Aduanera, es viable sólo cuando se cumplen las exigencias del artículo 19 del Decreto número 0188 de 1955. En providencia de 20 de agosto de 1962, la Corte encuentra bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Marcos Estepa Ramírez contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas que lo condenó como responsable del delito de contrabando. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Atribuciones de la Corte en relación con la causal segunda de casación penal. Con fecha 29 de agosto de 1962 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual condenó a Olivario Rojas Urquiza por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces doctor Luis Ignacio Segura.

CONTRATO DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACION PUBLICA

Indemnización moratoria para los empleados oficiales ligados por contrato de trabajo. Normas que rigen las relaciones de trabajo entre el Banco Popular y sus empleados. La relación entre las partes litigantes no se rige por el Código del Trabajo.

1. Las normas citadas por la sentencia acusada, incisos 1º y 3º, parágrafo 2º, artículo 1º del Decreto 797 de 1949, regulan la situación del empleado oficial ligado a la administración pública por contrato de trabajo. Para el caso de despido o retiro del trabajador ordenan la suspensión del contrato por noventa días, término dentro del cual la administración está obligada a cubrirle las deudas por salarios, prestaciones e indemnizaciones causadas, previniendo que si no pone a sus órdenes el importe de aquéllas, o no consigna su valor ante la autoridad competente, los contratos de trabajo recobran su vigencia conforme a la ley.

2. La mora en el pago de salarios y prestaciones sociales al trabajador tiene, según lo expuesto, la misma sanción, trátese de contrato de trabajo entre particulares o de la misma figura jurídica entre el funcionario oficial y la administración pública, como lo ha aceptado últimamente la jurisprudencia; con la diferencia, entre otras, de que en la segunda hipótesis la mora no comienza a correr, como en el artículo 65 del Código del Trabajo, al terminar el contrato, sino al expirar el término de noventa días desde la fecha de la conclusión del vínculo.

3. Un establecimiento bancario oficial o semioficial es una institución similar a una particular y, a la vez, susceptible de ser fundado y manejado por los particulares en forma semejante al de creación legal, de donde se deduce que la relación de trabajo entre los empleados del Banco Popular y éste encajan en dos de los casos de excepción a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., nueve de mayo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Armando Carbonell Ospino promovió juicio ordinario laboral contra el Banco Popular, Sucursal de Barranquilla, representado por su Gerente, para que, previos los trámites de rigor, fuera condenado a pagarle el auxilio de cesan-

tía, indemnización de perjuicios por mora y las costas del juicio.

Dijo su apoderado en la demanda, que Armando Carbonell trabajó al servicio de la Sucursal del Banco desde el 1º de diciembre de 1956 hasta el 20 de enero de 1956, habiéndose convenido como retribución de la labor la suma de $ 180.00 mensuales; que al terminar el contrato el Banco no quiso pagarle el auxilio de cesantía, alegando que no tenía derecho a la prestación por hallarse en período de prueba; y que a la fecha de la presentación de la demanda (12 de septiembre de 1958) no le había cubierto la cesantía ni consignado su valor.

El apoderado del establecimiento bancario, en la respuesta a la demanda, aceptó el contrato de trabajo, la remuneración pactada y el tiempo servido. En cuanto a la cesantía manifestó que su valor se hallaba a disposición del demandante en las oficinas del Banco, si a la prestación tenía derecho. En su defensa alegó la teoría del abuso del derecho y para sustentarla transcribe párrafos de una sentencia de la Corte.

Terminó la relación de primer grado por sentencia dictada por el Juzgado 3º del Trabajo de Barranquilla. Su parte resolutiva condena al Banco a pagar al demandante la suma de $ 25.00 por auxilio de cesantía, a la cantidad de $ 6.00 diarios, a partir del 21 de enero de 1956 hasta la fecha en que pague la deuda anterior, a título de indemnización moratoria, y a las costas del juicio.

Apeló la parte vencida. La sentencia de segundo grado, decisoria del recurso de alzada, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, reformó la del Juzgado *a quo* en el sentido de condenar al Banco demandado al pago de la suma de $ 6.954.00, valor de los salarios por mora en la cancelación de la cesantía, confirmándola en lo demás. También lo condena al pago de las costas de la instancia.

Contra la anterior providencia interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal. Elevados los autos a esta Superioridad, admitido por ella el recurso y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA DEMANDA

Persigue la quiebra de la sentencia del *ad quem* en cuanto condena al Banco Popular al pago de la suma de $ 6.954.00 por salarios caídos, y a que la Corte en instancia, revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, lo absuelva de la condena por el expresado concepto.

Invoca el recurso la primera causal de casación y, con base en ella, formula un solo cargo. Acusa en él el fallo recurrido por violación directa del artículo 65 del CST., por haberlo aplicado a una situación que no contempla, y los artículos 3º, 4º y 492 ibídem, por falta de aplicación.

Sostiene el recurrente que, de acuerdo con las normas legales relacionadas en segundo término, el artículo 65 no es aplicable a los trabajadores oficiales aunque sus relaciones laborales con el patrono sean de orden contractual. Cita las leyes normativas del Banco Popular desde su origen hasta el Decreto legislativo 2061 de 1954 que lo calificó como entidad de crédito oficial, y manifiesta que fue ignorada por el Tribunal con el argumento de que su existencia no se demostró en el juicio. Agrega el acusador que las leyes reguladoras de la actividad del Banco demuestran que es un establecimiento público, por lo cual el vínculo con sus servidores no se rige por las disposiciones del Código del Trabajo. En consecuencia, afirma el cargo, la sentencia violó directamente el artículo 65 de ese estatuto, inaplicable al caso, y los demás que la acusación detalla por haberlos dejado de aplicar.

SE CONSIDERA:

Sostuvo el apoderado del Banco en el juicio, en su alegato de conclusión (fs. 8 a 11), que en el asunto litigioso el vínculo laboral entre las partes fue de naturaleza contractual, pero que, siendo el Banco un establecimiento público, lo concerniente a la indemnización por mora no se rige por el artículo 65 del CST. sino por el Decreto 797 de 1949 (parágrafo 2º de su art. 1º).

Sobre la cuestión debatida en el proceso la tesis del fallador es la de que, no habiéndose acreditado en el juicio el hecho de que el demandante hubiera sido empleado oficial, vinculado al Banco por una relación de servicio público, esto es, sujeto a una situación legal y reglamentaria, la súplica de la demanda inicial relativa a la condena al pago de la indemnización de perjuicios por mora, queda bajo el imperio del artículo 65 de CST. Sin embargo, también sitúó el Tribunal el caso de la litis dentro del ámbito de la relación de trabajo entre el empleado oficial y la administración cuando por excepción se considera de naturaleza contractual, según lo previsto en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. En efecto, dice el fallador en la motivación de la sentencia: "Igualmente alega la parte demandada que debe aplicarse al caso *sub lite* el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por ser el Banco Popular un establecimiento público, y que existe por ello un conflicto entre esa norma

y el artículo 65 del CST.". Agrega la decisión recurrida: la citada norma del decreto es la misma contenida en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, adicionada con dos parágrafos. Transcribe en seguida, del artículo 1º del Decreto 797, el parágrafo 2º y su inciso 3º, y agrega: "Por consiguiente, en el supuesto de que fuera indiscutible la calidad de trabajador oficial que el apoderado de la empresa le atribuye al señor Carbonell Ospino por la naturaleza oficial de la entidad demandada, cuestión ésta no probada dentro del juicio, las consecuencias serían las mismas, porque el Decreto 797 de 1949 no tiene otra diferencia con el artículo 65 del Código del Trabajo que la de que durante los noventa días siguientes a la terminación del contrato, éste sólo se considerará suspendido, pero pasado dicho término la norma que establece la sanción por la mora en el pago de prestaciones recobra toda su aplicabilidad. De manera que, aún considerando al demandante como trabajador oficial la sanción a que se refiere el Decreto 797 de 1949 le es aplicable a la institución bancaria, ya que solamente hizo el depósito de lo que estimó deber tres años después de haberse terminado el contrato de trabajo".

Las normas de los incisos 1º y 3º, parágrafo 2º, artículo 1º del Decreto 797 de 1949, a que se refiere el Tribunal, regulan la situación del empleado oficial ligado a la administración pública por contrato de trabajo. Para el caso de despido o retiro del trabajador ordenan la suspensión del contrato por noventa días, término dentro del cual la administración está obligada a cubrirle las deudas por salarios, prestaciones e indemnizaciones causados, previniendo que si no pone a sus órdenes el importe de aquéllas, o no consigna su valor ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobran su vigencia conforme a la ley.

Según lo expuesto, la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales al trabajador, tiene la misma sanción trátese de contrato de trabajo entre particulares o de la misma figura jurídica entre el funcionario oficial y la administración pública, como lo ha aceptado últimamente la jurisprudencia, con la diferencia, entre otras, de que en la segunda hipótesis la mora no comienza a correr, como en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al terminar el contrato, sino al expirar el término de noventa días desde la fecha de la conclusión del vínculo. Tal es el concepto del fallador, que la Sala halla ajustado a derecho.

Queda por esclarecer el punto relativo a la situación jurídica del demandante, es decir, si como lo admite el fallo del *ad quem* fue empleado oficial vinculado a la administración pública por contrato de trabajo, o simple trabajador oficial ligado a ella por una relación de servicio público, como parece insinuarlo el recurrente.

Define la cuestión enunciada el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, cuyo texto es el siguiente:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados oficiales y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

El Banco Popular es una entidad de crédito oficial, calificación que le dio el Decreto 2061 de 1954 (art. 3º), y, a la vez, un establecimiento público, es decir, un servicio descentralizado, dotado de personería jurídica, dirigido y administrado con independencia del Estado. Así se deduce de las leyes y decretos extraordinarios que cita el recurrente. Su fundación fue autorizada por el Decreto extraordinario 2143 de 1950 y es la ley la que gobierna su actividad. Entre otras basta citar la 7ª de 1951. Ahora bien: un establecimiento bancario oficial o semioficial es una institución similar a uno particular, y, a la vez, susceptible de ser fundado y manejado por los particulares en forma semejante al de creación legal. Más todavía: en el país los establecimientos bancarios se deben a la iniciativa del capital privado; lo excepcional es el banco estrictamente oficial. Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que la relación de trabajo entre los empleados del Banco Popular y éste encajan en dos de los casos de excepción a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Así las cosas, la decisión del fallador, con fundamento en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, no ofrece reparos de orden legal.

Acierta el recurrente al decir que el contrato entre las partes no se rige por el Código del Trabajo, normativo de las relaciones laborales entre particulares, por lo cual no era aplicable al caso de autos el artículo 65 de ese estatuto. Empero la equivocación carece de trascendencia y no conduce a la quiebra del fallo impugnado, pues como se anotó, la litis fue resuelta por el *ad quem* no sólo con vista en el indicado precepto sino también a la luz del artículo 1º del Decreto de 1949 ya citado. Y ocurre que sobre esta apreciación de la sentencia recurrida guarda absoluto

silencio el acusador, y como constituye uno de sus soportes básicos, no es el caso de infirmarla según jurisprudencia reiterada y constante de la Corporación, pues para tal fin es necesario que se destruyan todos sus fundamentos.

La relación de trabajo entre el empleado oficial y la administración pública, o entre aquél y el establecimiento público, en los casos de excepción que relaciona el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, se rige por la legislación anterior al Código del Trabajo, reguladora del contrato laboral entre particulares, como se infiere de lo estatuído en dicho precepto. A la referida legislación pertenece el Decreto 797 de 1949, cuya violación no acusa el cargo. Para la solución del litigio tuvo en cuenta el Tribunal los artículos 3º, 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, pues sólo en virtud de lo que ellos ordenan podía acoger el Decreto 797 de 1949, de manera que el reparo de haber infringido los tres mandatos citados del Código, por falta de aplicación, es inconducente. En caso semejante al actual dijo esta Sala de la Corte en sentencia del 19 de diciembre de 1956 (G. J., 83, Nos. 2174 y 2175, pg. 1154): "La situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los particulares, prevista en el artículo citado (alude al 4º del Decreto 2127 de 1945), no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar 'las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo de Trabajo, oficiales y particulares' (art. 3º), excluyó expresamente de su régimen 'las relaciones de Derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...', las cuales se regularán 'por los estatutos especiales que posteriormente se dicten' (art. 4º ib.) y, mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo, las cuales continúan vigentes para los trabajadores del grupo de excepción, por mandato del artículo 492 ibídem, pues sólo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren 'al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares' y 'al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores' (art. 491 ib.)".

El recurrente se limita a decir que el Banco Popular es una entidad de crédito oficial y, a la vez, un establecimiento público, pero no intenta demostrar que, por tal motivo, las relaciones de trabajo con sus servidores sean de derecho público. De la referida afirmación no se deduce que el vínculo jurídico entre el Banco y sus empleados sea simplemente legal y reglamentario, porque, si como ocurre en el asunto litigioso, se ajusta a uno de los casos de excepción previstos en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reviste naturaleza contractual, sea que el Estado obre como patrono directamente o que actúe como tal un establecimiento público.

De acuerdo con el fallo del *ad quem* la sanción por mora corre desde el día siguiente al de la desvinculación contractual (21 de enero de 1956). Así se infiere de la liquidación que hizo del importe de la indemnización. La fecha inicial de la mora no era la indicada según lo prescrito en el Decreto 797 de 1949, sino transcurrido el término de noventa días que fija ese estatuto, contados desde el siguiente al de expiración del contrato de trabajo. Aunque la motivación de la sentencia así lo reconoce, no se atuvo a tal concepto en la decisión de derecho. La Sala se limita a rectificar el error de juicio en la aplicación de la norma, pero se abstiene de infirmar sobre tal punto la resolución impugnada en atención a que el *petitum* del recurso no contiene al respecto súplica alguna ni el recurrente la formula en el desarrollo de la acusación.

El cargo no prospera.

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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, José Joaquín Rodríguez, Luis Gómez Moreno, Conjuez; *Diógenes Sepúlveda Mejía*, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS
ATRIBUCIONES DE LA MEDICINA DEL TRABAJO

Distinción entre la inconsonancia con lo pedido y la reformatio in pejus. Causal segunda de casación laboral y el cargo de incongruencia. La función pericial y la función arbitral de la Medicina del Trabajo.

1. No existe en la sentencia acusada el vicio de la reformatio in pejus que el impugnador formula, puesto que esta figura procesal sólo se presenta cuando la sentencia de segunda instancia decide con agravio del único apelante, y en este proceso ambas partes interpusieron el recurso de alzada contra el fallo del Juzgado a quo.

2. La incongruencia del fallo de segundo grado puede presentarse habiendo apelado del de primero una sola de las partes o ambas; en cambio, la reformatio in pejus sólo se produce cuando apela el litigante parcialmente vencido y la providencia de segundo grado desmejora la situación en que lo había colocado la del primero. Son, pues, dos fenómenos procesales diferentes.

3. La incongruencia entre lo pedido y lo fallado por el Tribunal ad quem, planteado como error in procedendo o vicio de actividad, no es procedente en la casación del trabajo por la causal segunda.

4. Ya dijo la Corte en anterior oportunidad que la Medicina Industrial actúa como árbitro, pero únicamente en lo atinente a la clasificación de la incapacidad resultante del accidente o de la enfermedad profesional. Si se le pide concepto sobre cuestión distinta a lo sumo podrá verse en él un dictamen pericial, a juicio del sentenciador, que lo estimará según las reglas de la sana crítica, sin valor obligatorio para los litigantes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

I

ANTECEDENTES DEL LITIGIO:

El mandatario judicial de Alfonso Luqueta Tolosa, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Sogamoso, contra la sociedad anónima denominada "Acerías de Paz de Río", representada por su director, para que por sentencia fuera condenada a pagar a su poderdante lo siguiente:

Primero. Reintegro de una suma de dinero por descuento ilegal del salario, vacaciones, prima de servicio, preaviso, indemnización de perjuicios morales, compensatorios y moratorios, y recargo por trabajo nocturno.

Segundo. El valor de once meses de salario, auxilio monetario y prestaciones en especie, conforme a lo dispuesto en el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de accidente de trabajo.

Tercero. Auxilio monetario y las prestaciones en especie de que trata la norma legal citada en el punto anterior, a causa de enfermedad profesional.

Cuarto. Auxilio monetario establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y las prestaciones en especie establecidas en el artículo 277 del mismo Código, hasta por seis meses, como consecuencia de enfermedad no profesional.

Suplica además al *petitum* de la demanda que se declaren ilegales los despidos del actor efectuados por la empresa, y se la condene al pago de los intereses legales de las deudas a su cargo, al de las obligaciones que resulten probadas en

el juicio, en decisión *ultra o extra petita*, y a las costas que se causen en la instancia.

Afirma la demanda que Alfonso Luqueta le prestó servicios personales a "Acerías de Paz de Río" como Jefe de Avances en la Sección de Mecánica General, mediante dos contratos de trabajo celebrados por escrito, de duración indeterminada, así:

PRIMER CONTRATO

Se inició el 17 de noviembre de 1955 y terminó por despido injusto de la empresa el 8 de octubre de 1956. El 4 de mayo de este año el actor sufrió un accidente de trabajo, debido a la incrustación en el ojo derecho de una esquirla de acero, sin haber recibido del patrono la indemnización correspondiente. Cuando fue despedido padecía de una úlcera gástrica o duodenal, que, previa incapacidad para trabajar durante treinta días, fue tratada por el patrono en su hospital de Belencito. Al ingresar al servicio el trabajador no renunció a las prestaciones derivadas de procesos ulcerosos en las vías digestivas ni a la disminución de la agudeza visual en los dos ojos. Al terminar el contrato la empresa no le cubrió el preaviso legal, las vacaciones por un año de trabajo, el valor de una prima de servicio y la indemnización por mora. (Hechos de los numerales 1º, 4º a 11, 23 y 30).

SEGUNDO CONTRATO

Empezó el 10 de enero de 1957 y terminó por decisión unilateral de la empresa, sin justa causa, el 16 de mayo de 1958. Al ingresar al servicio fue obligado a renunciar a las prestaciones sociales por disminución de ocho décimas partes en la visión del ojo derecho, ocasionada por el accidente de trabajo que había padecido, pero la renuncia no comprendió las correspondientes a las hemorroides externas de que padecía. El certificado de sanidad dice que el trabajador no aparece con síntomas de úlcera péptica en evolución. Las radiaciones emanadas de la soldadura autógena o eléctrica han aumentado las disminuciones de la visión ocasionada por el accidente de trabajo ocurrido durante el primer contrato. En vigencia de éste contrajo la afección gástrica, según dictamen de facultativos particulares, afección que dio lugar a una enfermedad profesional, siendo de la misma clase la lesión a la vista. Al expirar la relación laboral la empresa no le cubrió al demandante las prestaciones en dinero y en especie derivadas de las dos enfermedades por accidente de trabajo, ordinarias o comunes y profesionales que alteraron su salud. La empresa hizo una deducción ilegal del salario del empleado destinada a cubrir el valor de unos anteojos prescritos por el departamento médico, y, al despedirlo, no alegó la cláusula de reserva pactada en el contrato sino una distinta, consistente en la deficiencia en el trabajo. (Hechos de los numerales 2º, 12 a 22, 24 y 27 a 29).

Por último, afirma la demanda: Alfonso Luqueta trabajó en diferentes turnos rotativos en los seis días de la semana, en horas extras, hasta completar un total de 1.126.27, sin recibir el recargo legal correspondiente. La empresa le debe al actor los intereses legales de las deudas a su cargo. (Hechos de los numerales 32 a 41).

Como fundamentos de derecho cita el demandante las normas pertinentes del Código del Trabajo.

"Acerías de Paz de Río" se abstuvo de contestar la demanda. En la continuación de la primera audiencia de trámite propuso su apoderado las excepciones de pago y cosa juzgada (f. 57).

II

LOS FALLOS DE INSTANCIA

El de primera condena a la sociedad a pagar a Alfonso Luqueta Tolosa la suma de $ 95.40, valor de la deducción que le hizo al trabajador de su salario, por concepto de unos anteojos que le formuló su departamento médico para corregir una disminución visual. La absuelve de los demás cargos y se abstiene de la condena en costas.

El de segunda, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja, resolvió el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la anterior resolución, así: Confirmó la condena impuesta a la empresa por el fallo del Juzgado *a quo* (numeral primero). Por el segundo modifica la sentencia del inferior en esta forma: condena a la sociedad demandada a pagar a Alfonso Luqueta la suma de $ 168.00 por prima de servicio y a la de $ 223.30 por auxilio monetario derivado de enfermedad no profesional durante la vigencia del primer contrato de trabajo. La condena al pago del mismo auxilio y por la misma especie de enfermedad (úlcera del duodeno) presentada durante el tiempo del segundo contrato, conforme al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, y, además a prestar al actor asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta por seis

meses, originada de enfermedad no profesional (úlcera del duodeno); al pago del cincuenta por ciento de las costas de primera instancia, absolviéndola de los demás cargos. Por el numeral tercero la exime de las costas en el segundo grado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido, disponiendo el envío de los autos a esta Superioridad. Admitido aquí el recurso y debidamente preparado, se pasa a decidir.

III

LA DEMANDA DE CASACION

Invoca las causales primera y segunda establecidas en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral. Persigue con ellas la quiebra de la sentencia, en forma parcial, en cuanto condenó a la sociedad a pagar auxilio monetario por enfermedad no profesional, y a la prestación de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Contra el fallo del *ad quem* formula tres cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Se apoya en la segunda causal de casación. Alega el acusador que el fallo del Tribunal contiene una decisión más gravosa para el patrono que la pedida en la demanda inicial, incurriendo por tal motivo en el vicio de la *reformatio in pejus*.

En sustentación del cargo expone:

Entre lo pedido en la demanda de instancia (súplica tercera) con fundamento en los hechos de los numerales 8, 9, 16, 17 y 18, para la cual se invocó el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo (prestaciones por enfermedad profesional) y lo resuelto por la decisión recurrida (condena al pago de prestaciones por enfermedad no profesional), consistente en una úlcera del duodeno, de acuerdo con lo establecido en los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, no hay conformidad, sin que pueda argüirse en contrario que ambas partes apelaron, pues con el recurso el actor no podía perseguir el cambio de los elementos de la *litis contestatio*, ni el Tribunal modificarlos sin extralimitar jurisdicción. En consecuencia —concluye el cargo— el sentenciador hizo uso de una facultad que no tenía y se pronunció sobre pretensiones que, de acuerdo con los hechos respectivos, no se habían demandado, fallando fuera de lo pedido y con quebranto del fenómeno procesal antes citado.

Segundo cargo.

Invoca la causal primera de casación. Acusa el fallo del *ad quem* por violación de los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, y, 217, numeral 2º ibídem, en relación con el 78 del Código de Procedimiento Laboral, por falta de aplicación, a causa de evidente error de hecho, por no haber estimado la sentencia el dictamen del director de la división de medicina del trabajo (fs. 116 a 118).

El recurrente motiva el cargo diciendo que desde la primera audiencia de trámite las partes hicieron valer el acta de conciliación celebrada ante el Inspector del Trabajo (fs. 4 a 6), el dictamen del médico seccional del trabajo de Sogamoso (f. 53) y los conceptos de la División de Medicina del Trabajo, de Bogotá (fs. 77 a 79 y 116 a 118), decisorio el último de la controversia médico-laboral de que da cuenta el documento de folios 90 y 91.

Expresa que, por no haber aceptado las partes el dictamen de los médicos del patrono, solicitaron, sobre los puntos de divergencia, el dictamen de los médicos de la oficina nacional de medicina e higiene industrial, de obligatoria aceptación según el artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo; que el concepto de esta oficina confirmó el emitido por el médico seccional de medicina de Sogamoso, el cual exoneró a la empresa de toda obligación por concepto de la úlcera duodenal padecida por el demandante. Si tal dictamen —agrega el acusador— es obligatorio para las partes, al negarle valor la sentencia del *ad quem*, violó la norma legal citada, por falta de aplicación, y, en consecuencia, los artículos 227 y 277 del mismo Código, por aplicación indebida, pues desconoció el principio de la cosa juzgada contenido en el artículo 78 del Código de Procedimiento Laboral.

Tercer cargo.

También aduce la causal primera de casación. Señala como violados, de manera directa, los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, y el artículo 217 ibídem en relación con el 78 del Código de Procedimiento Laboral, por falta de aplicación.

Dice el acusador que en el juicio obran tres dictámenes de la medicina del trabajo, que el fallo recurrido transcribe en parte; que la intervención de los médicos oficiales se produjo

ante el Inspector del Trabajo a solicitud de los litigantes; que, conforme al artículo 217 del Código el dictamen del médico oficial es de obligatoria aceptación para las partes y tiene el valor de cosa juzgada, según el artículo 78 del Código de Procedimiento Laboral; que, de haber recibido la sentencia los nombrados textos legales, no habría podido desconocerle ese valor al concepto del médico director, corriente a folios 116 a 118 del expediente; que la falta de aplicación de las dos normas citadas llevó al fallador a aplicar indebidamente los artículos 227 y 277 del estatuto laboral sustantivo, los cuales crean obligaciones cuyo reconocimiento no es posible decretar por hallarse definidas en providencia con valor de cosa juzgada, contenida en el dictamen pericial; que éste, por su naturaleza, es indivisible y de él no puede tomarse una parte, la relativa a la calificación de la enfermedad sufrida por el actor, común o profesional, y sus consecuencias, como lo hizo el Tribunal, y desechar el resto, en cuanto admitió la renuncia del trabajador a las prestaciones derivadas de la enfermedad.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. No existe el vicio de la *reformatio in pejus* que el acusador formula en el primer cargo. Esta figura procesal sólo se presenta cuando la sentencia de segunda instancia decide con agravio del único apelante, y en el proceso ambas partes interpusieron el recurso de alzada contra el fallo del Juzgado *a quo*.

2. Cuando la resolución del Tribunal, en segunda instancia, no guarda consonancia con lo pedido en la demanda, habiendo apelado el actor y el demandado del fallo dictado en primera, tal defecto, constitutivo de una causal de casación en el proceso civil (art. 520, numeral 2º del C. J.) no equivale, ni en ese proceso ni en el de trabajo, a la decisión con agravio del único apelante, como lo entiende el recurrente. Son dos fenómenos procesales distintos: la incongruencia del fallo de segundo grado puede presentarse habiendo apelado del de primero una sola de las partes o ambas; la *reformatio in pejus* sólo se produce cuando apela el litigante parcialmente vencido y la providencia de segundo grado desmejora la situación en que lo había colocado la del primero.

3. La incongruencia entre lo pedido y lo fallado por el Tribunal *ad quem*, planteado como error *in procedendo* o vicio de actividad, no es procedente en la casación del trabajo por la causal segunda.

4. En el juicio obran estos dictámenes, emitidos por médicos dependientes del Ministerio del Trabajo, a saber:

a) El número 43, de fecha 17 de julio de 1958, suscrito por el Médico Seccional del Trabajo de Sogamoso (fs. 53 y 54).

Dice el experto que la úlcera duodenal de que venía padeciendo el demandante fue curada desde agosto de 1957, como lo demuestra la historia clínica del enfermo y las placas radiológicas correspondientes. Con tal fundamento llega a la conclusión de que el actor no tiene incapacidad laboral protegida por el Código del ramo.

b) El número 197-D, de fecha 17 de octubre de 1958, producido por la División Nacional de Medicina del Trabajo de Bogotá (fs. 77 a 79).

Decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el dictamen de que trata el punto anterior.

La pericia, en su parte motiva, dice que la úlcera del duodeno de que venía sufriendo el demandante volvió a presentarse y tenía esa lesión al ser retirado de la empresa, hallándose en ese momento incapacitado para trabajar. En consecuencia, reforma el dictamen, en el sentido de considerar que Luqueta Tolosa es acreedor a las prestaciones sociales establecidas en el artículo 277 del Código del Trabajo.

c) El número 001-D de fecha 5 de enero de 1959, emitido, como el del punto que precede, por la División Nacional de Medicina del Trabajo (fs. 116 a 118).

Resuelve este dictamen el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada contra el contenido en el punto que precede, el cual repone, confirmando, en su lugar, la pericia número 43 del 17 de julio de 1958, emanada del Médico Seccional de Sogamoso.

Fundan la decisión, entre otras razones, las siguientes:

Según el examen de admisión del trabajador, practicado por el médico del patrono el 9 de enero de 1957, presentaba una úlcera gástrica cicatrizada, por lo cual la empresa le exigió la renuncia de prestaciones sociales para ser recibido, como lo autoriza el artículo 341 del Código Sustantivo del Trabajo. El Médico Seccional Industrial de Sogamoso autorizó la renuncia por diversas anomalías, como lo acredita el certificado número 42 del 16 de enero de 1957 (f. 12), en el cual se lee la nota de que no presenta sintomatología de úlcera péptica en evolución, sin que el Médico hubiera dejado en la autorización de renuncia constancia del antecedente ulceroso, circunstancia que no la invalida, pues el

hecho de no encontrar signos de la afección no descartaba el antecedente de la úlcera. Frente a la renuncia nada significa el hecho de que la empresa hubiera suministrado al trabajador asistencia médica para el tratamiento de la enfermedad.

De acuerdo con los hechos relatados, el demandante renunció a las prestaciones sociales derivadas de la úlcera gástrica, por lo cual, de ellas no es responsable la empresa. Es la conclusión a que se llega de conformidad con el dictamen del Médico Seccional de Sogamoso, del 17 de julio de 1958, distinguido con el número 43, confirmado por la División de Medicina del Trabajo de Bogotá y a que se refiere su último concepto de que se viene haciendo mérito.

5. Sostiene el acusador que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al no haber estimado la pericia de la División de Medicina del Trabajo, esto es, la del 5 de enero de 1959, y, de consiguiente, en violación de las normas legales que cita en el segundo cargo.

No es exacta la afirmación. El sentenciador analiza los tres dictámenes médicos. Con referencia al último, expone: "La empresa solicitó reconsideración del anterior dictamen (alude al producido por la División de Medicina del Trabajo, que revocó el del Médico Seccional de Sogamoso) y el Médico Director repuso su experticio basado en las razones consignadas en el concepto visible a folios 116 a 118.

"En realidad, al folio 12 del informativo aparece el examen de admisión del trabajador Luqueta Tolosa al iniciarse la relación laboral y consta que 'actualmente no presenta sintomatología de úlcera péptica en evolución'.

"De este dictamen se desprende que el trabajador no renunció a esta prestación y como al ser retirado por segunda vez se encontraba incapacitado para trabajar, síguese que el caso debe estar cobijado por las normas legales pertinentes". Como tales cita las contenidas en los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

El Tribunal, como se ve, no sólo apreció el dictamen corriente a folios 116 a 118, sino que lo desestimó. No compartió la opinión de la División de la Medicina del Trabajo, según la cual, el demandante renunció a las prestaciones derivadas de úlcera gástrica, dándole al documento de renuncia (f. 12) distinta significación, pues en su sentir no contiene declaración alguna en tal sentido.

Así las cosas, el cargo es inconducente. Para su examen habría sido necesario que el ataque se hubiera formulado por errónea estimación no sólo del dictamen sino también del documento del folio 12, en el cual basa su apreciación el fallador. Empero, como el punto de vista del recurrente es el de que la pericia es obligatoria para las partes y tiene valor de cosa juzgada, tema de la acusación contenida en el segundo y en el tercer cargo, la Sala entra a considerarlo.

6. Dice el acusador que la controversia entre las partes, relativa al hecho de que el trabajador estuviera sufriendo o no de úlcera gástrica a su retiro de la empresa y, por tanto, hubiera adquirido el derecho a las prestaciones establecidas en la ley (arts. 227 y 277 del CST.) fue sometida por los litigantes al dictamen de los facultativos de la Medicina Industrial del Ministerio del Trabajo en la forma prevista por el artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo acredita el acto conciliario surtido ante el Inspector del Trabajo de Sogamoso (fs. 4 a 6); que solicitaron tal intervención por no haber aceptado el concepto del médico patronal.

Ninguna de las mencionadas aseveraciones es cierta. En efecto, ante el Inspector del Trabajo, según consta en el acta correspondiente, del 22 de mayo de 1958, formuló varios reclamos el demandante, entre otros, los siguientes: el pago de dos meses y medio de salario, por despido injusto, hallándose enfermo de una úlcera gástrica y de una afección a la vista. Para acreditar esos hechos pidió la práctica de una inspección ocular en los libros de la empresa, expresando su apoderado que Luqueta Tolosa se abstendrá de recibir salarios y prestaciones mientras no disponga la práctica de los exámenes médicos correspondientes y agrega que si así no lo hace "solicita respetuosamente del Inspector ordene los reconocimientos del caso para constatar si mi patrocinado padece o no de enfermedades profesionales y no profesionales". Acerca de tal reclamo dijo el representante de la empresa en la diligencia: ignora el patrono que Luqueta padezca de úlcera gástrica, y, además: no se puede aceptar que la empresa le deba o no auxilios médicos, porque aún no ha terminado el departamento de sanidad "el proceso de su examen de retiro"; pero "me adelanto a manifestar que si los interesados no se declaran satisfechos con los dictámenes de la empresa", no hay inconveniente en aceptar que pueda seguirse el trámite oficial para dirimir la posible controversia, por conducto de la Inspección del Trabajo.

De conformidad con lo expuesto, lo que los médicos oficiales de la Medicina del Trabajo debían definir, según el acuerdo de las partes, era este punto: si las enfermedades por úlcera gástrica y afecciones a la vista eran o no profesionales.

Ahora bien: a vista de lo prescrito en el artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo, los médicos del patrono están obligados, al ocurrir un accidente de trabajo, o al diagnosticarse una enfermedad profesional, a certificar si el trabajador queda o no incapacitado para continuar desempeñando sus labores, y a calificar la incapacidad al terminar la atención médica (inciso 1º, literales a) y c). Y a términos del inciso 2º de la norma, si el patrono o el trabajador no aceptaren la certificación del médico patronal, "pueden solicitar, sobre los puntos que rechazan, el dictamen de los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, o en su defecto, de los médicos legistas. Tal dictamen es de obligatoria aceptación".

En el asunto litigioso la Medicina del Trabajo fue requerida para emitir un dictamen pericial, no para decidir la controversia como árbitro. Y sólo cuando actúa en función de árbitro su concepto es de obligatoria aceptación para las partes.

Las diversas atribuciones de la medicina del trabajo, según las leyes y decretos correspondientes, fueron materia de estudio por esta Sala de la Corte en fallo de casación del 27 de mayo de 1961, dictado en el juicio seguido por José Joaquín Laserna Hernández contra "La Compañía Cafetera La Victoria Ltda.", no publicado aún en la *Gaceta Judicial*. A ese fallo pertenecen los siguientes pasos:

"Se debe anotar que no todo dictamen de la Medicina Industrial es de obligatoria aceptación para las partes. Para que tenga ese alcance se requiere, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo, y el Decreto 832 de 1953, la concurrencia de estos requisitos: a) Que sea hecho aceptado por el patrono y el trabajador la existencia del accidente de trabajo; b) Que haya terminado la atención médica prestada por aquél; c) Que concluida esa atención, el médico del patrono califique las consecuencias del accidente; d) Que cualquiera de los interesados, rechace, en todo o parte, la certificación del médico patronal, y e) que ambos soliciten ante el Inspector del Trabajo la calificación de la incapacidad por la Medicina Industrial, comprometiéndose a acatar su dictamen.

"La Medicina Industrial actúa como árbitro, pero únicamente en lo atinente a la clasificación de la incapacidad resultante del accidente o de la enfermedad profesional. Si se le pide concepto sobre cuestión distinta a lo sumo podrá verse en él un dictamen pericial, a juicio del sentenciador, que lo estimará según las reglas de la sana crítica, sin valor obligatorio para los litigantes".

La misma sentencia, en el capítulo que lleva por título *"Conclusiones"*, expresa:

"La Medicina Industrial presta a la autoridad administrativa del trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración, de carácter técnico, así: una en conciliación ante el Inspector del Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación administrativa; otra ante la justicia laboral, como perito únicamente.

"a) *Función arbitral.* De la normación legal que la regula resulta: que la diferencia entre las partes (calificación de incapacidades provenientes de accidente de trabajo o enfermedad profesional) y la persona del árbitro (la Medicina Industrial) son cuestiones reglamentadas por la ley. El arbitraje no puede versar sobre punto distinto, aun mediante convenio de las partes. Para llegar al arbitraje se requiere: 1) Que los interesados convengan ante el Inspector del Trabajo en someter la diferencia ya anotada al dictamen de la Medicina Industrial, y 2) Que, además, se obliguen a acatarlo.

"Lo expuesto deja ver la diferencia entre el compromiso propiamente dicho y el que se examina. Aquél versa sobre cuestión jurídica y el de la Medicina Industrial sobre una de orden técnico. En el primero el árbitro lo nombran las partes e igualmente fijan ellas la materia litigiosa, y su decisión está sometida a recurso de homologación. En el segundo la cuestión por definir y la designación del árbitro son hechos del resorte de la ley, y el dictamen, una vez en firme, no está sujeto a ningún recurso. La circunstancia de que los interesados, al pactar el compromiso, se obliguen a aceptarlo, sustrae el dictamen de todo medio de impugnación ante la justicia ordinaria.

"b) El fallo arbitral emanado del compromiso o de la cláusula compromisoria tiene un valor equivalente al pronunciamiento judicial de mérito, produce la cosa juzgada material y si es de condena la acción decidida, su cumplimiento puede exigirse ejecutivamente. El dictamen de la Medicina Industrial no reconoce derechos ni declara obligaciones. Constata hechos de relevancia jurídica y es apto para que con base en él las partes apliquen espontáneamente la norma legal pertinente. En caso de desacuerdo, el juicio jurídico corresponde a la justicia del trabajo, si para ello es requerida.

"c) El dictamen de la Medicina Industrial en calidad de árbitro debe limitarse a calificar las incapacidades...

"d) El dictamen de la Medicina Industrial es de obligatoria aceptación para las partes y en

su caso para el Juez, si emana de la División Nacional, sin otro requisito que el de su notificación a los interesados...

"*Función pericial.* Puede cumplirse ante el Inspector del Trabajo o ante la justicia laboral y versar sobre cualquier punto de la medicina del trabajo, incluso el de calificación de incapacidades por accidente de trabajo o enfermedades profesionales. Al respecto cabe hacer estas consideraciones:

"1ª Si la pericia se rinde ante el Inspector admite la reposición si proviene de la División Nacional, y reposición y apelación subsidiaria si emana del Médico Seccional o del Legista. No es aquélla de obligatoria aceptación para las partes ni para el Juez si se aduce como prueba en juicio. En éste el Juez la aprecia libremente y le da el valor que a bien tenga, según las reglas de la sana crítica.

"2ª Si el dictamen se produce en juicio, tampoco es de obligatoria aceptación para los litigantes ni vincula al Juez...".

Las razones expuestas llevan al convencimiento de que la tesis sostenida por el acusador es errónea y completamente inadmisible, pues parte de hechos sin comprobación en el proceso.

Como consecuencia de lo dicho por la Sala en el estudio de la demanda de casación, ninguno de los tres cargos prospera.

En tal virtud, 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 del Distrito Judicial de Tunja.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez, Luis Gómez Moreno, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PACTO COLECTIVO. INDEMNIZACION POR DESPIDO ILEGAL DEL TRABAJADOR.

Formalidades esenciales para la validez de la convención colectiva. Cómo se prueba la existencia de una convención.

1. El antiguo Tribunal Supremo del Trabajo sentó la siguiente doctrina, que la Sala ratifica: Dos son las formalidades esenciales para que un convenio colectivo tenga vida jurídica: 1ª, que conste por escrito, y 2ª, que se haya hecho público. La primera de estas condiciones requiere el otorgamiento de un documento escrito, en el cual consten todas las cláusulas del convenio; la segunda es, sencillamente, el hecho de depositar en poder del funcionario público correspondiente un ejemplar del convenio, lo que equivale a su publicidad.

2. Para acreditar la existencia de un convenio colectivo es necesario recurrir a la expedición de la copia correspondiente, por el funcionario en cuya oficina se encuentra el documento, pues no basta que se certifique acerca de su existencia y con respecto a las cláusulas que se consideren pertinentes para la solución de la controversia que se suscite con ocasión de su cumplimiento.

3. Las exigencias del artículo 47 de la Ley 6ª de 1945 coinciden esencialmente con las del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que en éste se dispone que la convención conste por escrito y que un ejemplar de ella se deposite en el Departamento Nacional del Trabajo (hoy División de Asuntos Industriales). De modo que si la que obra en un proceso es copia simple de la convención colectiva, no se le puede otorgar mérito legal por no haber sido expedida por la autoridad a la que se ha encomendado su depósito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., mayo 29 de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Por medio de apoderado, Efraín Durango presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad "Ingenio Central del Tolima S. A.", a fin de que fuese condenada a pagar: indemnización de perjuicios (fuero cesante), auxilio de cesantía, prima de servicios, daño emergente y las costas del juicio.

Las anteriores peticiones se fundamentaron en los siguientes hechos:

"1º El 21 de junio de 1956 entró a trabajar el señor Efraín Durango a la sociedad demandada, habiéndole destinado a la limpieza de canales, deshierbes, etc. El primer sueldo fue de seis pesos con cuarenta centavos ($ 6.40).

2º Posteriormente, el Ingenio le hizo varios aumentos de salarios, llegando a ganar un promedio en el último año de ocho pesos con cuatro centavos ($ 8.04) diarios.

3º Mi mandante se comportó ejemplarmente, dando muestras de una gran habilidad en el trabajo, consagración a las tareas encomendadas y obediencia a los delegados del patronio.

4º El actor pertenece al Sindicato del Ingenio Central del Tolima S. A., que actualmente está en funcionamiento, desde hace más de tres años. En dicho Sindicato, denominado "Sindicato de Trabajadores del Ingenio Central del Tolima S. A." está desempeñando las funciones de Presidente el señor Jesús Eduardo Vasco y de Secretario el señor José Manuel Rubio.

5º Pese a su intachable conducta, la empresa le dirigió al trabajador una carta el 30 de agosto último en la cual rompía unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo existente con el señor Efraín Durango, bajo el pretexto de que estaba haciendo política en sitios de trabajo. Tal impugnación no sólo es falsa, sino que, de ser cierta, no es causal justa para dar por terminado el contrato de trabajo.

6º Con anterioridad, el diecinueve (19) de marzo del año cursante, la empresa demandada y su sindicato firmaron una convención colectiva, cuya cláusula sexta reza: "La empresa mantendrá la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado, sin perjuicio de las justas causas de despido..."

7º Después de firmada la convención referida, la empresa desató contra el sindicato y contra el personal sindicalizado una aguda represión a fin de liquidar la organización gremial de los trabajadores. El propósito del Ingenio —que todavía lo está ejecutando— es constituir un sindicato patronal que no aplique la convención colectiva antes referida.

8º Uno de los últimos actos de persecución sindical fue la ruptura ilegal del contrato de trabajo de mi representado, a sabiendas de que, de conformidad con la cláusula 15ª de la convención, en asocio de la 6ª, el término del contrato es por tiempo determinado, vale decir, hasta el 30 de septiembre del año venidero.

9º De conformidad con la misma Convención, todos los contratos de trabajo existentes entre la empresa y su sindicato tienen vigencia hasta el día atrás mencionado".

En derecho se citaron los artículos 46, 64, 467 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y el 74 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral.

La cuantía fue estimada en suma superior a los diez mil pesos.

La sociedad demandada, por conducto de apoderado, descorrió el traslado de la demanda negando los hechos en ella expuestos y oponiéndose a que se hicieran las condenas impetradas.

Correspondió el conocimiento de la litis al Juzgado Civil del Circuito de Ambalema. El día 11 de marzo de 1960 el Juez *a quo* profirió su decisión de fondo en el sentido de condenar a la empresa demandada a pagar en favor del actor la suma de $ 3.291.60 por concepto de indemnización por lucro cesante. A la parte vencida se la condenó en costas.

Por apelación de la parte demandada subieron los autos al Tribunal Superior de Ibagué —Sala Laboral—. La alzada fue resuelta por sentencia de 6 de julio de 1960, por la cual se reformó la de primer grado rebajando la condena del Juzgado a la suma de $ 2.829.60 pero confirmándola en lo demás. No hubo condena en costas en la segunda instancia.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la sociedad demandada. En vista de que ha sufrido el trámite de rigor se pasa a resolverlo previo el examen de la demanda que lo sustenta. No se presentó escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue la casación de la sentencia acusada y que, la Corte, convertida en Tribunal de instancia, revoque la de primer grado absolviendo al Ingenio Central del Tolima S. A. de todos los cargos formulados en la demanda inicial.

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo el recurrente formula un solo cargo que a continuación examina la Sala.

Cargo único.

Se enuncia en estos términos:

"La sentencia acusada viola por vía indirecta los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 48 (Decreto 616 de 1954, artículo 1º) y 469 del Código Sustantivo del Trabajo al dejar de aplicarlos y los artículos 64, 66, 467, 470 y 471 (Decreto 18 de 1958, artículo 2º) ibídem al aplicarlos indebidamente, por haber incurrido el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué —Sala Laboral— en errores de hecho y de derecho ostensibles y de manifiesto en los autos provenientes de la apreciación equivocada de las pruebas que a continuación me permito individualizar..."

Las pruebas sobre las cuales se hacen recaer los errores anotados por el casacionista son las siguientes: el documento en copia que contiene el pacto o convención que se afirma suscribieron la empresa demandada y el Sindicato de Trabajadores de la misma; la comunicación de agosto 31 de 1959 dirigida por el Subgerente de la demandada a Efraín Durango en que le notifica la terminación del contrato de trabajo; el ejemplar del contrato suscrito entre las partes; el comprobante de pago de 45 días de preaviso; las posiciones absueltas por el demandante; y los testimonios de Segundo Alfonso Zambrano, Benjamín Rodríguez Sánchez, Eliécer Lozano Bermúdez y Gabino Caicedo.

En relación con la prueba primeramente citada el recurrente arguye en esta forma:

"Esta copia no está autenticada por el Ministerio del Trabajo (División de Asuntos Industriales) ni aparece acompañada por la certificación sobre su depósito en dicha dependencia en el término señalado por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo.

No es prueba de la Convención por cuanto no tiene autenticación alguna y por haberse omitido los requisitos establecidos en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo no produce ningún efecto.

El Juzgador de segunda instancia al admitir como prueba de la Convención Colectiva un documento no autenticado por el Ministerio del Trabajo (División de Asuntos Industriales) y sin la certificación de dicha dependencia sobre su depósito dentro del término de quince (15) días posteriores a la fecha de aquélla, ha incurrido en error de derecho. Este error consiste en dar por establecida la existencia de un Pacto o Convención Colectiva entre la sociedad "Ingenio Central del Tolima S. A.", y el Sindicato de Trabajadores de tal empresa con fecha 19 de marzo de 1959, con un medio probatorio (copia al carbón) no autorizado por la ley, por cuanto el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo ya citado exige al efecto la solemnidad del depósito en el Ministerio del Trabajo dentro de los quince (15) días siguientes a la firma del respectivo documento para la validez del acto".

En su orden de presentación el recurrente analiza cada una de las pruebas acusadas y concluye puntualizando los errores de hecho y de derecho alegados así:

"A) Dar por demostrado, sin estarlo, que la Convención Colectiva de que trata el documento visible a folios 7, 8, 9, 10 y 11 del expediente surtía sus efectos legales y ampara al demandante Efraín Durango.

B) Dar por demostrado, sin estarlo, que la Convención Colectiva de que trata el documento visible a folios 7, 8, 9, 10 y 11 del expediente abolió la cláusula de reserva y el plazo presuntivo de los contratos individuales de trabajo y convirtió el que existía entre los litigantes en de plazo fijo hasta el 30 de septiembre de 1960.

C) Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo que vinculaba a las partes fue terminado por la sociedad "Ingenio Central del Tolima S. A." sin aplicación de la cláusula de reserva pactada.

D) No dar por demostrado, estándolo, que el contrato individual de trabajo suscrito por las partes visibles a folios 20 y 20 vuelto terminó legalmente el 30 de agosto de 1959 por decisión unilateral de la sociedad demandada y en aplicación de la cláusula de reserva.

E) No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad "Ingenio Central del Tolima S. A." dio por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba al señor Efraín Durango mediante aplicación de la cláusula de reserva con el pago efectivo del valor de 45 días de salario por concepto de preaviso.

F) No dar por demostrado, estándolo, que las partes no sustituyeron por ningún medio las cláusulas del contrato individual de trabajo suscrito entre ellas con fecha 20 de junio de 1955.

G) No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo que vinculó a las partes fue de duración indeterminada con facultad para terminarlo en cualquier tiempo mediante preaviso o desahucio con antelación no inferior a 45 días o el pago por la empresa del valor de los salarios correspondientes a 45 días.

H) No dar por demostrado, estándolo, que, no obstante tener la empresa un motivo suficiente para dar por terminado el contrato sin previo aviso, pagó al señor Efraín Durango el valor de 45 días de salario por concepto de preaviso, con lo cual la sociedad "Ingenio Central del Tolima S. A." dio aplicación legal a la cláusula respectiva pactada libremente por las partes".

Se estudia el cargo.

Es de observar que el Tribunal Sentenciador consideró que no hubo justa causa de la empresa para prescindir de los servicios de Durango y, por esta razón, la condenó al pago de la indemnización de perjuicios (lucro cesante) consistente en los salarios del tiempo faltante para el vencimiento del plazo estipulado en la convención colectiva cuya copia aparece en autos.

La motivación del *ad quem* es del siguiente tenor:

"En este proceso, pues, correspondía al Ingenio demostrar la verdad del motivo alegado o sea la intervención en política dentro del sitio del trabajo del obrero y no la probó, como lo acepta el Juzgado, toda vez que la diligencia de posiciones no arroja la demostración de ese hecho, y la prueba testimonial aducida por la empresa, tampoco deja la certeza de lo ocurrido en la mente de la justicia. Así, el testimonio que más se acerca a los hechos es el que dice que debajo de la cama del obrero se hallaron unos bonos del partido comunista; ese solo hecho no demuestra en forma inequívoca que fueran de su propiedad, y menos que los tuviera allí con un fin determinado, pues la sola posesión de una cosa no está demostrando la finalidad con que se tiene. Una persona puede tener un revólver en su baúl con muchas finalidades; inclusive puede ser un coleccionista de armas que no las usa con ánimo belicoso.

La actividad política, sólo habría resultado de la demostración de que el obrero repartía con fines políticos la propaganda de determinado partido.

El hecho de vender un periódico, tampoco implica una actividad política prohibida por la ley; generalmente los voceadores al vender la

prensa no tienen intención política en su actividad, sino que ejercen una función meramente comercial. El demandante dice que vendía el periódico para ganarse cinco centavos por ejemplar.

En cambio, hay testimonios en el proceso que abonan su buena conducta.

En su cláusula décimaquinta, el pacto dice: 'El presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960'.

Ese compromiso contractual, prácticamente convirtió la inamovilidad pactada para el personal sindicalizado hasta esta fecha, es decir, dio un término fijo de duración de la garantía de inamovilidad por dicho lapso.

Teniendo entonces el obrero derecho a que se le conservara al servicio de la empresa, mientras su conducta contractual fuera normal, hasta esta fecha, la conducta de la compañía, al romper unilateral e injustamente la relación jurídica que los vinculaba, la hace acreedora a la sanción que le impuso el Juzgado de Ambalema. Tiene ella su fundamento en el numeral 2º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo que dice:

'2. En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador; por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo'."

En relación con el mérito que el fallador le da a la copia informal de la convención que existió entre las partes, ya esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de tal clase de documento en sentencia de noviembre 13 de 1959 en que se dijo lo que sigue:

"Estima la Corte que la escritura privada en que debe consignarse la convención colectiva es solemnidad esencial de ese acto jurídico, cuya omisión conduce a su inexistencia".

Sobre el particular el antiguo Tribunal Supremo ha sentado la siguiente doctrina, que la Sala ratifica:

"Dos son las formalidades esenciales para que un convenio colectivo tenga vida jurídica: 1º Que conste por escrito, y 2º Que se haya hecho público. La primera de estas condiciones requiere el otorgamiento de un documento escrito, en el cual consten todas las cláusulas del convenio; la segunda es sencillamente el hecho de depositar en poder del funcionario público correspondiente un ejemplar del convenio, lo que equivale a su publicidad.

"Para acreditar la existencia de un convenio colectivo es necesario recurrir a la expedición de la copia correspondiente, por el funcionario en cuya oficina se encuentra el documento, pues no basta que se certifique acerca de su existencia y con respecto a las cláusulas que se consideren pertinentes para la solución de la controversia que se suscite con ocasión de su cumplimiento" (*Gaceta del Trabajo*, T. 2º, pág. 549).

El fallo en que obran los pasos insertos se pronunció bajo el imperio de la Ley 6ª de 1945, pero debe observarse que ese estatuto en su artículo 47 conserva las mismas formalidades que sobre formación y prueba de la convención colectiva establece la Ley 21 de 1920, con la única diferencia de que el depósito del escrito en que consta la convención debe hacerse ante el Ministerio del Trabajo, en vez del funcionario señalado en el estatuto últimamente citado.

La prueba preconstituída, que de ordinario es documental, se funda en razones de certeza, de estabilidad y de seguridad jurídica, teniendo en cuenta la importancia de ciertos contratos y los fines a que están destinados. La contratación colectiva en el derecho social no interesa únicamente a las partes sino también a la comunidad, pues su objeto es definir pacíficamente toda una serie de diferencias, especialmente de orden económico, cuya solución por los propios interesados contribuye a mantener la armonía entre las clases sociales en conflicto y al reconocimiento de legítimos derechos de los trabajadores.

Basta la anterior observación para concluir que el escrito de la convención colectiva tiene la trascendencia de formalidad solemne, cuya omisión, como la relativa a la prueba que lo recoge, induce inexistencia del acto.

Don Fernando Vélez en su estudio sobre el derecho civil colombiano (t. 6º, Nº 586) dice sobre el particular: "Las formalidades que se exigen para crear legalmente actos o contratos solemnes no pueden suplirse con pruebas de ninguna clase, ni aun con la confesión de la parte o partes correspondientes por la sencilla razón de que sólo puede probarse lo que tiene existencia y estos actos o contratos se miran como no celebrados o ejecutados..." (Juicio seguido por Julián Molina contra Frontino Gold Mines Ltda. *Gaceta Judicial*, Tomo XCI, página 1072).

Es de observar que las exigencias del artículo 47 de la Ley 6ª de 1945 coinciden esencialmente con las del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que en éste se dispone que la convención conste por escrito y que un ejemplar de ella se deposite en el Departamento Nacional del Trabajo (hoy División de Asuntos Industriales).

De modo, pues, que como la que obra en el proceso es una copia simple de la convención co-

lectiva, las consideraciones jurisprudenciales que anteceden sirven de base a la Sala para no darle mérito legal al cuestionado escrito que, como aparece en autos, no ha sido expedido en copia autorizada por la autoridad a la que se ha encomendado su depósito.

Por lo expuesto, la Sala considera que se ha configurado el error de derecho alegado por el recurrente y, por consiguiente, el cargo prospera. A continuación se provee en instancia.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Consta en el fallo acusado que el *ad quem* consideró que la sociedad demandada no había justificado adecuadamente el despido de Durango. La Sala comparte este punto de vista pues ciertamente no existe la prueba que acredite a satisfacción la causal alegada para la terminación contractual. De modo, pues, que el despido hay que calificarlo como contrario a la Ley y, por lo mismo, con la obligación de reparar los perjuicios ocasionados al trabajador demandante. Como se sabe, esta indemnización, en cuanto al lucro cesante, según el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, es equivalente al tiempo que falte para el vencimiento del plazo pactado o presuntivo. En este orden de ideas, al no aceptar la Sala el plazo determinado en la convención por las razones antes expuestas, el tiempo faltante será el del plazo indefinido convenido en el contrato individual. Teniendo en cuenta, pues, que la prestación de servicios se inició el 21 de junio de 1955 y terminó el 30 de agosto de 1959, quedan faltando tres (3) meses y veinte (20) días para la expiración de un renovado término presuntivo del contrato. Como el trabajador recibió 45 días de salario por preaviso, solo resta por reconocer el valor de dos (2) meses y cinco (5) días que, a razón de $ 8.045, da un total de $ 522.93.

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, casa la sentencia recurrida y en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, reforma la de primer grado en el sentido de rebajar la condena por lucro cesante, a la cantidad de $ 522.93. 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.

AGENTES COLOCADORES DE CEDULAS DE CAPITALIZACION

Su situación jurídica antes de la expedición del Decreto 3129 de 1956. En el caso de autos se reunieron los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Antes de la expedición del Decreto 3129 de 1956 los agentes colocadores de títulos de ahorros o cédulas de capitalización, en la prestación de sus servicios estaban sujetos a la regulación general contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia la actividad concerniente a sus funciones podía asumir legalmente la categoría contractual de trabajo dependiente, mediante la concurrencia, en cada caso, de los elementos esenciales requeridos por el artículo 23 del citado Código.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., mayo treinta de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Héctor D. Cerón E., mayor y vecino de Pasto, por medio de apoderado, demandó por la vía ordinaria laboral a la sociedad anónima denominada Banco Central Hipotecario para que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicio, indemnización de perjuicios (lucro cesante), daño emergente, indemnización moratoria y costas del juicio.

Como hechos de la demanda se relataron éstos:

Que el 20 de febrero de 1950 el Banco demandado contrató los servicios personales del actor encargándolo de la venta de Cédulas de Capitalización en el Departamento de Nariño; que durante el tiempo comprendido entre el 20 de febrero de 1954 (sic) y el 18 de junio del mismo año Cerón se dedicó personalmente y con exclusividad a dicha labor; que él no tenía facultad para delegar en otras personas la función que se le había encomendado por lo cual ésta fue cumplida por él personalmente; que durante su tiempo de servicios permaneció bajo la continuada dependencia del Banco y que éste le fijó los precios de venta de las cédulas, las condiciones de ésta, la zona de trabajo, la remuneración por sus servicios, los itinerarios, la obligación de rendir cuentas de las ventas, etc.; que a partir del 30 de diciembre de 1952, el Banco le señaló a Cerón un horario para las consignaciones por razón de las ventas; que mientras permaneció al servicio del Banco en ningún momento constituyó por sí mismo una empresa o establecimiento comercial; que por concepto de remuneración recibió un salario mensual promedio de $ 600.00; que durante el último año de servicios vendió cédulas por un monto neto superior a $ 75.000 de valor asegurado correspondiente a más de 18 pólizas aceptadas y emitidas por el Banco; que estuvo ligado al Banco por sucesivos contratos escritos y verbales, de plazo presuntivo; que estando vigente un renovado plazo presuntivo, el Banco dio por terminado el contrato con fecha 18 de junio de 1954; que el despido intempestivo de Cerón le ha ocasionado innumerables perjuicios materiales y morales; que de la simple lectura del texto de los contratos suscritos con el Banco se deduce la intención de éste de eludir el reconocimiento de prestaciones sociales; que el motivo aducido por el Banco para la terminación del contrato no es lícito; y que el Banco no ha cancelado a Cerón el valor de sus prestaciones sociales.

En derecho la demanda se apoyó en los artículos 14, 16, 19, 20, 21, 24, 32, 43, 47, 49, 54, 55, 64, 65, 66, 84, 95, 97, 127, 186, 187, 306 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo; en las disposiciones pertinentes del Código Procesal del Trabajo; en los artículos 1524, inciso 2º, 1546, 1602, 1613, 1614 y 1618 del Código Civil; y en

la jurisprudencia del honorable Tribunal Supremo del Trabajo y la doctrina de los tratadistas de Derecho Laboral.

La cuantía fue estimada en suma superior a $ 35.000.00.

El Banco Central Hipotecario, por conducto de apoderado dio respuesta a la demanda negando los hechos fundamentales en ella expuestos. Se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas y manifestó no tener obligación alguna para con el actor por concepto de prestaciones sociales, ya que alegó que la situación de Cerón era la del comisionista. Propuso las excepciones de "carencia de derecho para demandar, inexistencia de obligaciones por parte del Banco e improcedencia de la acción".

Conoció de la litis en primera instancia el Juzgado del Trabajo de Pasto, el cual la resolvió por fallo de 14 de julio de 1956 declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando al Banco demandado a pagar al demandante la suma de $ 6.999.52 por concepto de cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicios y lucro cesante. Absolvió de los demás cargos. Hubo condena parcial en costas.

Del fallo anterior apelaron ambas partes. Correspondió resolver la alzada al Tribunal Superior de Pasto —Sala Laboral—, Corporación que lo hizo por sentencia de 19 de octubre de 1956 reformando la de primer grado en el sentido de rebajar la condena en $ 2.00, de modo que la suma a pagar por el Banco Central Hipotecario quedó en la cifra de $ 6.997.52. Confirmó en lo demás el fallo de primer grado. Se dispuso condena parcial en costas para el Banco.

Contra el proveído del Tribunal interpusieron el recurso de casación los apoderados judiciales de las partes. El recurso del demandante fue declarado desierto y no presentó escrito de oposición. La parte demandada sustentó oportunamente el recurso extraordinario. En vista de que se han cumplido los trámites de rigor, se entra a decidirlo.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue la casación del fallo recurrido y la revocatoria de las condenas proferidas por el Juzgado del conocimiento.

Con invocación de la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral se formulan tres cargos que pasa a estudiar la Sala.

Primer cargo.

Se presenta en esta forma:

"Violación, por interpretación errónea, de los artículos 19, 94, 95 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo, que le llevó a aplicar al caso, no siendo aplicables, dichos preceptos y los distinguidos con los números 249, 253, 186, 189, 306 y 64 del mismo Código y el artículo 7º del Decreto 617 de 1954. El fallador entendió que a los agentes colocadores de cédulas de capitalización, comisionistas independientes cuya actividad no está regulada por las normas propias del contrato de trabajo sino desde la fecha de expedición del Decreto número 3129 de 1956, le son aplicables los artículos 94, 95 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Tal interpretación es equivocada, ya que el Código Sustantivo del Trabajo considera como casos excepcionales y especiales el de los agentes colocadores de pólizas de seguros (art. 94) y el de los representantes, agentes viajeros y agentes vendedores (art. 98), por lo cual las normas a ellos referentes son de aplicación restrictiva. Y la aplicación supletoria de que trata el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo no puede tener lugar sino frente a situaciones jurídicas claras e indiscutiblemente ubicadas dentro del concepto específico de contrato de trabajo...".

Se considera.

Para la mejor comprensión del problema jurídico que el cargo plantea, conviene dar a conocer las razones que tuvo el *ad quem* para deducir una relación de carácter laboral entre las partes. A este respecto son del fallo acusado los siguientes pasajes:

"... El artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, prevee el caso y ordena que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen en el propio Código casos semejantes.

"Este Código reglamenta el trabajo que los Agentes Colocadores de Pólizas de Seguros y el de los Representantes, Agentes Viajeros y Agentes Vendedores, para darle el carácter de contrato de trabajo, cuando dichos trabajadores se dediquen personal y exclusivamente a esa labor, bajo continuada dependencia de la respectiva compañía mediante una remuneración y siempre que no constituyan por sí mismos una empresa comercial (Arts. 94 y 98 del C. S. del T.).

"Por lo dicho anteriormente, se deduce que en el presente caso se hallan cumplidos esos requisitos: del contrato aparece que la labor debía ejecutarse personalmente; la parte demandada

no ha contradicho este punto, ni ha intentado probar que la colocación de Cédulas de Capitalización la hiciera persona distinta de la obligada; la dependencia continua, aparece del mismo contrato y de los hechos posteriores antes citados; la remuneración, que como se ha visto, se encuentra fijada en el mismo contrato y no hay prueba alguna que haga presumir que el demandante tuviera, por su cuenta, una agencia o empresa comercial dedicada a prestar ese servicio al Banco Central Hipotecario o a otras instituciones de esa índole, o siquiera empresa o agencia comercial en general.

"Además, según las voces del artículo 95 de la misma obra, se presume que el Colocador se ha dedicado exclusivamente y bajo continuada dependencia a la labor de colocación de Pólizas, cuando el monto total en el año de lo asegurado asciende a $ 75.000.00 y cuya primera prima haya sido pagada.

"Del concepto pericial aparece que en el presente caso se han cumplido esos requisitos porque las cédulas colocadas son más de dieciocho en el año con un valor que asciende a más de setenta y cinco mil pesos ($ 75.000.00), habiendo sido pagadas las primeras cuotas, tanto que se cancelaron también las comisiones. Por manera que si no existieran esos tres elementos, que sí existen como ya se vio, para deducir el trabajo personal y la continuada dependencia, podría también llegarse a concluir que existen esos elementos en virtud de la presunción citada, por aplicación analógica al caso *sub judice*, sin que valga decir que la remuneración no se pagó como salario sino como comisión, porque la forma de pago y la denominación que se le dé no influye para la configuración del contrato de trabajo si ella tiene por causa un trabajo personal realizado bajo la continuada dependencia del patrono. (Art. 127 del C. S. del T.).

"Es verdad que en el contrato se le dio a la gestión del mandante el nombre de comisión, pero para descartar esta figura jurídico-comercial basta considerar que el demandante no tenía ninguna facultad que lo convirtiera en representante de la entidad bancaria, ni tenía libertad para obrar a nombre propio, ni para obrar en la forma que le pareciera más conveniente, porque los términos de los contratos son standard, no podía salirse de ellos y todos se celebran directamente con el Banco sin que el Agente Colocador aparezca para nada en ellos.

"Establecido que al demandante y al demandado los ligó un contrato de trabajo, que no importa que pueda hallarse involucrado o unido a otro de derecho común, cumple analizar ahora cada una de las prestaciones e indemnizaciones demandadas para dictaminar el derecho a ellas".

El recurrente cita como interpretadas erróneamente las disposiciones sobre agentes colocadores de pólizas de seguros, representantes, agentes viajeros y agentes vendedores, igual que el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo sobre normas de aplicación supletoria. Sin embargo en los preceptos primeramente indicados nada se dice sobre los elementos estructurales del contrato de trabajo. Y ocurre, como puede verse en la motivación del fallo del Tribunal, que éste se refiere a los tres elementos que le dan fisonomía propia al contrato laboral, cuales son: el servicio personal, la continuada dependencia y la remuneración. Puede tener razón el recurrente en cuanto a que las disposiciones que tratan de los agentes de seguros, agentes viajeros y agentes vendedores, por ser excepcionales, son de aplicación restrictiva. Pero, a juicio de la Sala, ahí no estriba el problema sino en la circunstancia de que el Tribunal tuvo en cuenta primordialmente que en el *sub lite* se estructura un contrato de trabajo, conforme a las normas contenidas en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Y sucede que el impugnador omitió referirse a este soporte básico de la sentencia recurrida. Siendo esto así, la acusación resulta incompleta y, por lo mismo, sin poder suficiente para quebrantar la decisión impugnada.

Segundo cargo.

Se enmienda así:

"Violación directa de los artículos 94, 95, 97 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con los artículos 22, 23, 24, 27, 127, 186, 189, 249, 253, 306 y 64 del mismo Código y 7º del Decreto 617 de 1954, por haberlos aplicado, no siendo aplicables al caso. El fallador da por establecido, como evidentemente lo está, que el demandante fue agente colocador de cédulas de capitalización del Banco Central Hipotecario, y da también por establecido, como es lo cierto, que la actividad de esta especie de agentes de comercio no está regulada expresamente por el Código del Trabajo. Ello no obstante, con pretexto de analogía, aplica los artículos sobre agentes colocadores de pólizas de seguros, representantes, agentes viajeros y agentes vendedores, que tienen carácter excepcional, y así condena al Banco Central Hipotecario al pago del auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicios y lucro cesante".

Se considera.

Ciertamente el Sentenciador tiene en cuenta las normas que el recurrente cita en el cargo. Mas a juicio de la Sala lo fundamental del análisis que hace el *ad quem* es que encuentra reunidos en el *sub lite* los elementos que configuran el contrato individual de trabajo, como son el servicio personal, la continuada dependencia y la remuneración. Precisados estos aspectos del vínculo laboral, no había necesidad de referirse a otras modalidades especiales del contrato de trabajo con ciertos trabajadores. Ya la Corte ha aclarado ampliamente este problema, como puede verse en su fallo de 27 de noviembre de 1959, en que se dijo lo siguiente:

"La Corte considera que antes de la expedición del Decreto 3129 de 1956 los agentes colocadores de títulos de ahorros o cédulas de capitalización en la prestación de sus servicios, estaban sujetos a la regulación general contenida en el Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia la actividad concerniente a sus funciones podía asumir legalmente la categoría contractual de trabajo dependiente, mediante la concurrencia, en cada caso, de los elementos esenciales requeridos por el artículo 23 *ibidem*, sin tener que acudir, para así definirlo, a los regímenes particulares, como por ejemplo, el relativo a los agentes colocadores de pólizas de seguros, porque como se ha dicho antes, todo régimen especial de trabajo tiene un campo restringido de aplicación". (Juicio de Luis Alberto Morissi contra Banco Central Hipotecario. *Gaceta Judicial*, Tomo XCI, pág. 1146).

Aclarado así el problema jurídico que plantea el cargo, la Sala considera que al haber concurrido en el caso que se controvierte los elementos esenciales del contrato de trabajo, como lo dedujo el fallador, no se ha producido la infracción legal que propugna el recurrente, ya que la situación contemplada coincide con el criterio jurisprudencial que se ha transcrito y que reitera la Sala.

Por lo anotado el cargo no prospera.

Tercer cargo.

Reza así:

"Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 24, 127, 186, 189, 249, 253, 306 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo y 7º del Decreto 617 de 1954, a consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas. El error de hecho consistió en dar por establecido, sin estarlo, que el demandante señor Héctor D. Cerón prestó sus servicios en forma personal y exclusiva bajo la dependencia o subordinación del Banco Central Hipotecario, y en no dar por establecido, estándolo, que dicho Banco renunció expresamente a la potestad de darle órdenes e instrucciones o imponerle reglamentos, distintos a la exigencia de las obligaciones contraídas por el señor Cerón como comisionista comercial (arts. 263 y 411 del C. del Co.) y que efectivamente no ejerció aquella potestad".

Se considera.

En relación con el cargo en examen, la Sala estima que ilustran con amplitud la posición del fallador de segundo grado estos pasajes de la motivación de su proveído:

"...La duración del contrato se fijó en doce (12) meses a partir de la fecha del documento, pudiendo prorrogarse por voluntad de las partes, o terminarlo unilateralmente con preaviso de quince días.

"Es precisamente sobre este contrato sobre el cual discrepan las partes litigantes en este juicio, pues en tanto que el demandante sostiene que con él se configuró un contrato de trabajo, el demandado por su parte afirma que la relación es comercial, es decir, aquélla que se configura entre comitente y comisionista, entre mandante y mandatario.

"Cuidadosamente estudiado, y después de un análisis detenido del tal documento, no cabe la menor duda de que entre demandante y demandado sí existió una relación de trabajo continua, por todo el tiempo señalado en la demanda ya que así también aparece plenamente demostrado con la propia contestación de la demanda, como con el dictamen pericial y con las declaraciones de los testigos cuyos testimonios fueron rendidos dentro del proceso y en las respectivas audiencias de trámite celebradas en el Juzgado del Trabajo.

"Que el demandante cumplió a cabalidad y personalmente el trabajo puesto a su cuidado, como el servicio o encargo que le confió su contraparte, esto es, la colocación de cédulas de capitalización, de conformidad con las cláusulas contractuales, no ha sido contradicho por el apoderado abogado del Banco, cosa que lo aseguran también los testigos deponentes. Surge de ahí la relación de trabajo, amparada por la presunción legal contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de que allí existe contrato laboral, de modo que al demandado correspondía la carga probatoria para desvirtuarla, sea demostrando que no cumplió con la comisión, o bien probando el desarrollo

y terminación de un contrato diferente, regido por normas de derecho común.

"Y, en relación con el factor subordinación, observamos que se destaca del hecho de que el demandante debía necesariamente colocar 25 cédulas mensuales como mínimo; que para sus correrías debía presentar previamente el itinerario y obtener la aprobación correspondiente. Además, no podía colocar cédulas en los lugares donde tuviera agencias el Banco y en la posibilidad latente de parte del patrono de darle órdenes ya sea en cuanto a las correrías, ya en cuanto a las incompatibilidades que pudieran surgir de las nuevas Agencias que estableciera, las correrías por realizar, las fechas de rendición de cuentas, etc.

"Es verdad que en el contrato se estipuló que el comisionista queda en libertad de dedicarse a otras actividades, y de no encontrarse sujeto a permanecer determinado tiempo en la oficina ni menos presionado al reglamento interno del Banco. Pero, debe tenerse en cuenta que un trabajador puede contraer distintas obligaciones de trabajo sin que ello implique de suyo la inexistencia de los distintos contratos de esa naturaleza, siempre que no se opongan las distintas actividades al cumplimiento de cada uno de los deberes contraídos. En el presente caso no se ha demostrado en forma alguna que el demandante se hubiera dedicado a cumplir otros compromisos que le hubieran impedido satisfacer con los adquiridos con el Banco.

"... Y esto es así porque prestando el señor Héctor D. Cerón E., la colaboración posible, como Agente Colocador de Cédulas de Capitalización, debía observar los preceptos del contrato celebrado y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartía el Banco o su representante en esta ciudad. Mas, por el mismo hecho, no podía colocar cédulas o cosa parecida de otro Banco o de otra entidad, porque el mismo cargo y el mismo contrato se lo impedía. De tal manera, que la libertad de que se habla en el contrato no podía suponerse que se produciría hasta esos límites. Entonces, la subordinación era íntegra y cabal en cuanto al oficio que desempeñaba el señor Cerón E.

"Por el tiempo de que podía disponer, tampoco consideramos que había una libertad fuera de la oficina y al reglamento interno del Banco, porque apenas es natural que el trabajo de colocar cédulas, le imponía al señor Cerón E., su realización, o mejor dicho su ejecución, hacerlo fuera de la oficina, en cualquier día y a cualquier hora, pues su obligación esencial era colocar 25 cédulas en el mes, como mínimo.

"En cambio, por otra parte, existía la posibilidad de darle órdenes porque en el expediente consta que el Banco limitó posteriormente las correrías, los lugares en donde podía colocar las cédulas, pues no podía hacerlo donde tuviera agencias el Banco, y la fijó determinada hora del día para que fuera a rendir cuentas de su trabajo diario".

En relación con las pruebas singularizadas por el recurrente como indebidamente apreciadas, véase qué dice cada una de ellas.

Cláusula c) del contrato escrito. Arguye el casacionista que ella establece "la más completa libertad para dedicarse a otras actividades u ocupaciones diferentes de la colocación de cédulas de capitalización...". Mas acontece que en la realidad el trabajador Cerón sólo se dedicó a la colocación de cédulas de capitalización durante el tiempo en que estuvo al servicio del Banco, esto es lo que se desprende del testimonio del declarante Guillermo Jurado Z., quien era el Agente del Banco demandado con el que Cerón celebró el contrato escrito que aparece en los autos y quien manifiesta: "El señor Cerón y durante el tiempo en que estuvo al servicio del Banco se dedicó únicamente a la colocación de cédulas y en esta forma sí trabajó en forma continuada para el Banco Central Hipotecario". Como se ve, la deposición del propio representante del Banco desvirtúa lo alegado por el impugnador. A esto se puede agregar que las correrías e itinerarios de Cerón tenían que ser aprobadas o rechazadas por el Banco, pues así lo declara el nombrado deponente.

Testimonios. Sostiene el recurrente que de ellos "no se deduce que el demandante señor Cerón desempeñara sus funciones en las condiciones de un verdadero trabajador subordinado". Sobre el particular ya se vio lo que dijo Jurado. Los otros testigos en lo pertinente manifiestan lo que sigue: *Vallota:* "Durante el tiempo ya expresado en mis respuestas anteriores, me consta que el señor Cerón estaba dedicado personalmente y bajo la dependencia del señor Guillermo Jurado a la colocación de cédulas..." *Córdoba:* "Mientras yo estuve trabajando en ese Banco (Central Hipotecario) me consta que el señor Cerón sólo se ocupaba de la venta de cédulas y bajo la inmediata dependencia del señor Jurado... Hubo una circular en la cual nos llamaban a las ocho y media o nueve de la mañana y por la tarde cuando estábamos en Pasto nos presentábamos unas veces a las seis, otras veces a las seis y media y otras a la siete de la noche... Unas veces entregábamos el dinero en las horas

de la mañana y otras por la tarde, pero era obligación de presentarnos al Banco por la mañana...". *Arturo:* "Es verdad y me consta que el señor Guillermo Jurado desempeñaba el cargo de Agente del Banco Central Hipotecario de esta ciudad durante el tiempo que yo estaba prestando servicios en dicho Banco, y éste impartía órdenes a los señores agentes vendedores de Cédulas entre los cuales estaba el señor Cerón. Este (Jurado) les fijaba itinerarios para sus correrías... Me consta que durante el tiempo que estuve prestando servicios al Banco, el señor Cerón se dedicó exclusivamente a colocación de cédulas y este trabajo lo hacía bajo la inmediata dependencia del señor Jurado...". Como es fácil apreciar, los testimonios anteriores desvanecen las dudas del casacionista sobre veracidad de la subordinación de Cerón al Banco.

Dictamen pericial. La crítica que le formula el recurrente en su cargo no tiene mayor importancia por cuanto ya se ha dicho que lo que el Tribunal dedujo, primordialmente, fue el contrato de trabajo. De manera que la referencia a las condiciones especiales que se le exigen a los agentes de seguros es de orden secundario.

El análisis anterior pone de manifiesto que el *ad quem* no incurrió en los errores de valoración probatoria que el recurrente le atribuye. Por consiguiente, el cargo es infundado.

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 el expediente al Tribunal de origen.

Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez, Antonio del Castillo, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES CAUSADAS POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL DEL TRABAJADOR. CONDICION RESOLUTORIA TACITA.

Presupuestos legales que configuran los derechos a los auxilios por enfermedad no profesional. Subsistencia de estos derechos después de la terminación del contrato. Incapacidad del trabajador afectado de tuberculosis. Alcance del artículo 64, sobre condición resolutoria.

1. El Código del Trabajo (artículo 227) le otorga al trabajador auxilio monetario por enfermedad no profesional, en la forma y cuantía allí determinada, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por la enfermedad. El mismo código (artículo 277) le concede al asalariado, además del auxilio monetario, si la empresa es de capital superior a $ 800.000.00, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta por seis meses. Configuran el derecho al auxilio monetario estos supuestos: existencia de una enfermedad no profesional; incapacidad comprobada del trabajador para desempeñar sus labores, a causa de la enfermedad. Los mismos presupuestos y el referente al capital de la empresa, en la cuantía indicada, estructuran el derecho a las prestaciones en especie.

2. Dada la naturaleza de la enfermedad, la tuberculosis pulmonar inhabilita para toda clase de actividades, tanto dependientes como autónomas, por mandato expreso de la ley.

3. Tratándose de una enfermedad no profesional que se ha manifestado durante la prestación del servicio, los derechos que de ella emanan a favor del trabajador, comprobada la incapacidad para continuar la labor, subsisten aunque la convención laboral haya terminado. Tal ocurrencia no tiene el mérito de extinguirlos; nacida la obligación durante la vigencia del vínculo, perdura después de su extinción.

4. No tiene consistencia el reparo de que, habiéndose retirado voluntariamente la empleada, se produjo de pleno derecho la resolución del vínculo, a causa del incumplimiento de sus obligaciones, pues no consagra el artículo 64 del Código dicho fenómeno jurídico por ministerio de la ley, sino la condición resolutoria tácita, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, para lo cual se requiere que la parte lesionada con el incumplimiento de la otra, ejercite la acción correspondiente.

5. El incumplimiento de lo pactado en el contrato de trabajo da derecho para exigir del responsable de la infracción de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, sin que haya necesidad de pedir la resolución del vínculo, según lo tiene resuelto la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., primero de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Por medio de apoderado Elisa Forero promovió juicio ordinario contra la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Fósforos Poker", representada por sus socios administradores, para que por sentencia fuera condenada a pagarle indemnización por la enfermedad de que padece, remuneración por trabajo en dominicales y festivos, certificado de salud, salarios indemnizatorios, drogas, servicio hospitalario y de facultativos especiales, salarios caídos y "el preaviso de ley o contrato presuntivo".

En su relación de hechos afirma la demanda que Elisa Forero prestó servicios personales dependientes a la sociedad desde el 25 de julio de 1956 hasta el 30 de junio de 1959; que el salario convenido fue a destajo o por tares, fluctuando entre $ 6.00 y $ 8.00 diarios; que, sin mediar preaviso, la empresa la despidió, habiendo motivado la determinación la circunstancia de haber resultado la trabajadora con una enfermedad en los pulmones, adquirida durante

el tiempo de servicio; que, al terminar el contrato el patrono no le suministró drogas, asistencia médica ni hospitalaria, y que tampoco le canceló las prestaciones e indemnizaciones causadas.

En derecho las pretensiones se fundan en los artículos 22, 47, 65, 206 y siguientes del Código del Trabajo.

El apoderado de la sociedad en la respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, diciendo que empezó el 27 de julio de 1956 y terminó el 30 de junio de 1959. Exige la prueba del que afirma el salario. Niega que la actora hubiera sido despedida por la empresa, expresando, en relación con las prestaciones, que su valor le fue cubierto mediante consignación judicial. En cuanto a las condenas, se opone a que sean acogidas. Propuso la excepción de pago.

La relación de primer grado terminó por sentencia dictada por el Juzgado 1º del Trabajo de Manizales. Su parte resolutiva declara probada parcialmente la excepción de pago por consignación (numeral 1º); condena a la sociedad a pagar a la demandante la suma de $ 144.85 por cesantía y prima de servicio del último semestre (numeral 2º). Advierte que tal cantidad representa la diferencia entre el valor de las prestaciones y la de $ 315.02, importe de lo consignado judicialmente por el patrono. Por el numeral 3º absuelve a la compañía de los demás cargos, y por el 4º declara que no hay lugar a la condena en costas.

De la anterior providencia apeló la parte demandante. El fallo decisorio del recurso de alzada, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, confirmó los numerales 1º, 2º y 4º de la sentencia de primer grado, adicionando el 1º en el sentido de que deberá librarse oficio al Juzgado 2º del Trabajo para que entregue a la actora, si no lo hubiere hecho, la suma de $ 315.02, que ante dicho funcionario consignó la sociedad (numeral primero); por el numeral segundo condena a la compañía a pagar a la demandante la suma de $ 279.60 a título de auxilio monetario por enfermedad no profesional durante noventa días (del 1º de julio al 30 de septiembre de 1959), y a cubrirle la de $ 2.33 por cada día que se haya prolongado o se prolongue la enfermedad hasta el 31 de diciembre del año citado, previa comprobación por la actora de no haber cesado la dolencia; por el numeral tercero la condena a suministrar a la demandante la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que necesite, hasta por seis meses, por concepto de auxilio derivado de enfermedad no profesional, siempre que la incapacidad subsista por ese término. Se abstiene de la condena en costas.

Contra el fallo del Tribunal interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

EL RECURSO

Persigue que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida en las condenas de sus numerales segundo y tercero y, en instancia, confirme la del Juzgado *a quo*.

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos.

Primer cargo.

Violación de los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida a causa de error de hecho evidente en la estimación de los certificados médicos de folios 32 y 33, y del dictamen del Médico Seccional del Trabajo de Manizales (f. 34).

Sostiene el recurrente que para el reconocimiento de los derechos que consagran las dos normas legales que acusa se requiere la prueba de la incapacidad para trabajar; que el fallo impugnado halló esa prueba en las notas del dispensario antituberculoso de folios 32 y 33 y en el dictamen de la medicina seccional del trabajo de Manizales (f. 34). Comentando la nota del folio 33 dice que, según ella, desde el 1º de junio de 1959 la actora está recibiendo tratamiento para tuberculosis y que como el contrato terminó el 30 de los mismos mes y año, la dolencia no la incapacitó para el cumplimiento de sus funciones. Con referencia al dictamen de la medicina del trabajo, manifiesta que no conceptuó sobre incapacidad de la demandante para desempeñar sus labores ni pudo determinar las consecuencias de la enfermedad, por no haberse efectuado exámenes de laboratorio y de rayos X. El fallo del *ad quem* —concluye el cargo— estimó con desacierto las pruebas relacionadas, incurriendo en error de hecho, pues dedujo una incapacidad de la demandante para continuar prestando sus servicios que no resulta del dictamen médico ni de los informes del sanatorio.

SE CONSIDERA:

Las pruebas mal apreciadas por el fallador son las siguientes:

a) La nota del 24 de septiembre de 1959, suscrita por el Director del Sanatorio Antituberculoso de Manizales. Informa al Juzgado del conocimiento que el 1º de julio anterior se practica-

ron exámenes de laboratorio a Elisa Forero (radiografía pulmonar, baciloscopia en esputo y eritrosedimentación) con este resultado: lesiones de aspecto infiltrativo y precavitarias en la mitad superior izquierda. "Se recomendó formular droga antituberculosa asociada y control a los tres meses".

b) La nota del mismo origen del 17 de noviembre de 1959. Se limita a expresar que Elisa Forero se encuentra asistiendo a tratamiento en el dispensario desde el 1º de junio del año citado.

c) Dictamen pericial de 28 de septiembre de 1959. Proviene del médico seccional del trabajo de Manizales. Sienta estas conclusiones: La señorita Elisa Forero está actualmente afectada de T. B. C. pulmonar, clínicamente no es posible diagnosticar esa enfermedad sin los exámenes complementarios y de rayos X; sin un curso clínico detallado no se puede precisar el comienzo de la dolencia; esta entidad es de origen no profesional. "No deben clasificarse las consecuencias definitivas de la enfermedad sino al término del tratamiento, siendo además indispensable la práctica de exámenes de laboratorio y de control radiográfico".

Al estudiar las pruebas dice el Tribunal: cuando el contrato de trabajo se inició en 1956 la demandante gozaba de buena salud. En junio de 1959, al presentarse a examen médico para revalidar el carnet de sanidad, se sospechó que estaba afectada de tuberculosis pulmonar, sospecha confirmada por el sanatorio antituberculoso; que la afección, adquirida al servicio del patrono, la incapacitó para seguir laborando a su servicio; y que, como según el dictamen de la medicina seccional del trabajo, se trata de enfermedad no profesional, es el caso de reconocerle el auxilio monetario y las prestaciones en especie de que tratan los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

Conocido el contenido de las pruebas y su valoración por el fallador, debe la Sala examinar si la decisión impugnada viola las normas legales que el cargo relaciona.

1. *Auxilio monetario por enfermedad no profesional.*

El Código del Trabajo (art. 227) se lo otorga al trabajador, en la forma y cuantía allí determinada, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por la enfermedad

II. *Prestaciones en especie.*

El mismo Código (art. 277) le concede al asalariado, además del auxilio monetario, si la empresa es de capital superior a $ 800.000.00, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta por seis meses.

Configuran el derecho al auxilio monetario estos supuestos: existencia de una enfermedad no profesional; incapacidad comprobada del trabajador para desempeñar sus labores, a causa de la enfermedad. Los mismos presupuestos y el referente al capital de la empresa, en la cuantía indicada, estructuran el derecho a las prestaciones en especie.

La existencia de la enfermedad (T. B. C. pulmonar) es hecho que acredita el informe del dispensario antituberculoso y el dictamen de la medicina industrial. No lo discute el recurrente; su discrepancia con el fallo del *ad quem* radica en que ni el dispensario ni la pericia conceptuaron sobre la incapacidad de la demandante para continuar sus labores en la empresa. A lo cual la Sala observa: del informe del sanatorio se deduce que la paciente se hallaba incapacitada para el trabajo, pues recomienda tratarla con droga antituberculosa, agregando que debe ser sometida a control a los tres meses. Es razonable entender que el concepto del dispensario en el sentido expuesto, prueba la incapacidad, la cual, por lo demás se infiere de la índole de la dolencia, dado su alto grado de peligrosidad.

De otro lado, aun admitiendo que las dos pruebas no acreditan la incapacidad, no por ello sería aceptable el reparo del recurrente, pues no puede perderse de vista que la tuberculosis inhabilita para toda clase de labores, a tal punto que el Estado tomó a su cargo la prevención y curación de la dolencia en todo el país. Así lo demuestra la ley 27 de 1947. Entre las medidas preventivas establece la vacuna, de que debe dar testimonio el respectivo carnet sanitario, indispensable, conforme al artículo 4º de la ley, "para ejercer por cuenta propia actividades que conlleven frecuente relación con el público", y, entre otros fines, "para celebrar contratos de trabajo". La incapacidad es, pues, secuela de la enfermedad y, en los casos graves, puede conducir al aislamiento del enfermo en sanatorios oficiales, como lo dispone el artículo 2º de la citada ley.

El hecho de que la actora hubiera prestado servicios al patrono hasta el 30 de junio de 1959, no obstante haber certificado el sanatorio que se encontraba en tratamiento desde el día 1º de ese mes y año, no demuestra —como lo sostiene el acusador— que no se encontraba incapacitada para continuar en sus labores, pues, como se ha visto, dada la naturaleza de la enfermedad, in-

habilita para toda clase de actividades, tanto dependientes como autónomas, por mandato expreso de la ley.

El dictamen de la medicina del trabajo exige tratamiento médico, examen de laboratorio y control radiográfico, para clasificar las consecuencias definitivas de la enfermedad. De tal concepto deduce el cargo que la prueba no acredita la incapacidad de la demandante para continuar en el desempeño de sus funciones. No es atendible el argumento, porque se clasifican las consecuencias del mal cuando el trabajador solicita el auxilio de invalidez que consagra el artículo 278 del Código del Trabajo, y en el caso de autos la demanda inicial no lo pide, ni, por tanto, la sentencia lo decreta. Se contrae ésta a la condena sobre reconocimiento de derechos distintos e independientes, establecidos en los artículos 227 y 277 del citado Código.

Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Violación directa del artículo 64-1º del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 51, 53 y 61 ibídem, la cual determinó a su vez la de los artículos 227 y 277 de la misma obra.

La motivación del cargo es la siguiente:

Es hecho demostrado en el proceso la terminación del contrato por voluntad de la trabajadora. Incumplidas por ésta sus obligaciones, el vínculo quedó resuelto de pleno derecho. De ahí el quebranto del artículo 64. Ahora bien: si el contrato terminó por retiro de la demandante, como lo acepta el Tribunal, y por tal motivo eximió a la sociedad al pago del auxilio por cesantía, prestación que se causa como consecuencia de la expiración del vínculo, no podía al propio tiempo imponerle a la empresa la obligación de cubrirle el auxilio monetario por enfermedad común y la cuádruple asistencia en especie de que trata el artículo 277, ya que tales obligaciones surgen durante la vida de la relación contractual y no después de su extinción. Para condenar al pago de la cesantía la sentencia estimó que el contrato había expirado, pero para la relativa a la enfermedad lo consideró simplemente suspendido, confundiendo dos figuras jurídicas independientes y con distintos efectos.

Se examina el cargo.

En el caso de autos, según el informe del sanatorio antituberculoso (f. 33), la actora comenzó a recibir tratamiento desde el 1º de junio de 1959. La sociedad en la respuesta a la demanda admite que el contrato terminó el 30 de junio de ese año. Trátase, pues, de enfermedad manifestada durante la prestación del servicio; por tanto, los derechos que de ella emanan en favor del trabajador comprobada la incapacidad para continuar en la labor, como se anotó en el examen del primer cargo, subsisten, aunque la convención laboral haya terminado. Tal ocurrencia no tiene el mérito de extinguirlos, como lo entiende el recurrente. Nacida la obligación durante la vigencia del vínculo, perdura después de su extinción. Por consiguiente, no ha incurrido el Tribunal en la confusión que le atribuye el recurrente, ni, por otra parte cabe hablar, respecto de las prestaciones derivadas de la enfermedad, de suspensión del contrato, que ni siquiera menciona el *ad quem* en la motivación de su providencia.

Menos consistencia tiene el reparo de que, concluido el vínculo por retiro de la empleada, se produjo de pleno derecho su resolución a causa del incumplimiento de sus obligaciones, pues no consagra el artículo 64 del Código dicho fenómeno jurídico por ministerio de la ley, sino la condición resolutoria tácita, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, para lo cual se requiere que la parte lesionada con el incumplimiento de la otra, ejercite la acción correspondiente. Ahora bien: el incumplimiento de lo pactado en el contrato de trabajo da derecho para exigir del responsable de la infracción los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, sin que haya necesidad de pedir la resolución del vínculo, según lo tiene resuelto la jurisprudencia. No requiriéndose, pues, declaración judicial acerca de la resolución del contrato, y aún siendo procedente, no habiéndola pedido la parte demandada, la argumentación del recurrente resulta sin base jurídica, y, de consiguiente, inatendible.

Basta lo dicho para el rechazo del cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

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.

de descrédito a que fue sometido por la prensa hablada y escrita de Bogotá; que antes de la iniciación del juicio gozaba de general estimación por su comportamiento ejemplar; que por honorarios para atender a su defensa pagó la suma de $ 19.000.00, la cual tuvo que tomar en préstamo con intereses de $ 150.00 mensuales; que en la empresa cumplió sus funciones correctamente, observando buena conducta; que la sociedad ha retenido ilegalmente salarios y prestaciones del empleado: que el 19 de diciembre de 1956 el patrono consignó en favor del trabajador ante el Juzgado 6º del Trabajo de Bogotá, estas sumas de dinero: $ 280.00 por salario correspondiente a los doce primeros días del mes de enero de 1956, liquidado con base en sueldo mensual de $ 700.00; $ 1.400.00 por vacaciones en cuatro años; $ 420.00 a título de ayuda por vacaciones en dos años, de acuerdo con lo establecido en convenciones colectivas de trabajo; y $ 2.530.00 por auxilio de cesantía; que la sociedad se ha negado a pagar al actor las obligaciones reclamadas; que, debido a las acusaciones temerarias que le hizo el patrono, no ha logrado conseguir nueva ocupación.

Como fundamentos de derecho cita las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, el tiempo de servicio y las funciones cumplidas por el actor, negando que como Pagador hubiera tenido los mismos deberes que su antecesor. En cuanto a derechos establecidos en convenciones colectivas, se remite a lo que resulte de su texto. Refiriéndose al proceso penal, manifiesta que el propio actor denunció un alcance a su cargo ante el Juzgado Permanente de Bogotá, habiéndose limitado el patrono a suministrarle datos al investigador y a constituírse en parte civil. Niega que el contrato hubiera terminado por despido de la empresa, la retención de salarios y prestaciones por parte de ésta, y agrega: el demandante era empleado de manejo y se retiró del trabajo sin rendir cuentas, habiendo esperado el patrono su regreso para la liquidación a que hubiera lugar; que, entre tanto, hubo orden judicial de retener lo que le adeudara y que al ejecutoriarse la sentencia que dejó sin efecto la orden de retención, procedió a la consignación judicial de lo debido. Con relación a este acto expresa que la cesantía liquidada al empleado arrojó la suma de $ 6.374.45, de la cual el patrono dedujo la de $ 3.844.45, valor de cesantías parciales, consignando para el pago de esta prestación el saldo de $ 2.530.00. Contesta los demás hechos diciendo que, o no son ciertos, o no son personales del patrono, o deben probarse. Propuso estas excepciones: carencia de acción, prescripción, compensación, pago, petición antes de tiempo y la que denomina genérica.

A su vez, "Gaseosas Colombianas S. A.", por medio de apoderado, formuló contra el actor demanda de reconvención, para que por sentencia se declare que Angel Alberto Clavijo Prieto debe rendirle cuenta de los dineros que le entregó o de los recibidos por clientes y agentes de la compañía, hasta el 12 de enero de 1956, dentro del plazo que el Juzgado le señale (petición primera); que el demandante debe reintegrar el saldo que en el juicio se deduzca como faltante en caja o como diferencia entre los dineros que de ella recibió y los pagos o gastos debidamente efectuados con cargo a dicha sociedad (petición segunda). Solicita también condena en costas.

Son hechos de la contrademanda:

Alberto Clavijo desempeñó en la sociedad el cargo de Cajero-Pagador, desde noviembre o diciembre de 1953 hasta el 12 de enero de 1956; en tal calidad recibió del patrono, de sus agentes, empleados y clientes, diversas cantidades de dinero de cuyo manejo e inversión era responsable; el 12 de enero de 1956 Clavijo se ausentó intempestivamente del trabajo, al cual no regresó, sin haber rendido cuenta, obligación que aún no ha cumplido; por denuncio del mismo Clavijo ante el Juzgado 2º Permanente de Bogotá se supo que en la fecha expresada había un faltante en caja, que, según investigaciones posteriores ascendió a una suma que excede de $ 60.000.00, de la cual debe responder el Cajero-Pagador.

Las pretensiones se fundan en los artículos 55, 58 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

La respuesta al libelo reconvencional pide el rechazo de sus peticiones, y, en cuanto a los hechos, niega los fundamentales, diciendo de los demás que deben demostrarse o que contienen apreciaciones personales de su autor. Propuso estas excepciones: inepta demanda, declinatoria de jurisdicción y cosa juzgada.

En la primera audiencia de trámite (f. 85) el apoderado de la sociedad prescindió de la primera súplica de la demanda de reconvención, expresando que la modificaba en tal sentido, solicitud acogida por el Juzgado en auto dictado en la misma audiencia (f. 86).

Trabado así el doble litigio, lo definió en primera instancia el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá. La sentencia, en su numeral primero, condena a la sociedad a pagar al actor: a) $ 675.00 por reajuste de salarios en el tiempo comprendido entre el 27 de noviembre de 1954 y el 12 de enero de 1956; b) $ 100.00 por compensación de vacaciones; c) $ 5.490.83 por ce-

santía; y d) $ 8.400.00 por salarios caídos. Por el numeral segundo el Juzgado se declara inhibido para resolver la petición relativa a la condena de perjuicios por daño emergente. Por el numeral tercero absuelve a la sociedad de los demás cargos; por el cuarto declara infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y por el quinto, la condena en un cincuenta por ciento de las costas. Decidió la demanda de reconvención declarando probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandante, absolviéndola de los cargos que aquélla le formula (numeral primero). Por el numeral segundo le impone las costas a la parte demandada.

Apelaron ambos litigantes. El fallo decisorio del recurso de alzada, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, confirma (numeral 1º) los ordinales a), b) y d), numeral primero, y los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada; modifica el ordinal c), numeral primero de la misma decisión, en el sentido de condenar a la sociedad a pagar al actor la suma de $ 2.000.00, por reajuste de cesantía (numeral 2º); revoca el numeral segundo de la mencionada sentencia y, en su lugar, absuelve a la sociedad de la súplica sobre condena al pago de perjuicios por daño emergente (numeral 3º); revoca el numeral primero de la resolución del inferior, relativo a la demanda de reconvención y, en su lugar, dispone que la justicia del trabajo no es competente para definirla (numeral 4º); confirma en cuanto a esa demanda lo dispuesto en el numeral segundo del fallo del *a quo* (numeral 5º), y exonera a las partes de las costas en el segundo grado (numeral 6º).

La parte demandada hizo valer el recurso de casación contra la sentencia del *ad quem*, que el Tribunal le otorgó, disponiendo el envío de los autos a esta Superioridad. Admitido aquí el recurso y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte case parcialmente el fallo recurrido, manteniendo "su ordinal primero en cuanto confirma el tercero del fallo de primera instancia" y casándolo en todo lo demás; y a que, en instancia, revoque la sentencia del *a quo* (salvo su ordinal tercero) y, en su lugar, absuelva a la sociedad de todo cargo, acoja la demanda de reconvención en cuanto pide que el actor sea condenado a restituirle $ 62.515.57, y al pago de las costas en ambas instancias.

Invoca la primera causal de casación. Con base en ella formula siete cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 57-4º, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 467 y 471, 476 a 481 ibídem, como consecuencia de error de derecho al admitir la sentencia impugnada como prueba de una convención colectiva de trabajo medio distinto del exigido por la ley.

Sostiene el recurrente que, conforme al artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, según lo ha decidido la casación del trabajo, la convención colectiva requiere, para que produzca efectos, la solemnidad de su depósito ante el Ministerio del ramo, y que cuando a ella se recurre el medio adecuado para probar su existencia es la copia autorizada por esa dependencia, con la certificación de haberse hecho su depósito en la oportunidad que exige la ley; que como prueba de la existencia legal de la convención colectiva de 1953, suscrita por la sociedad y su sindicato, el Tribunal admitió la transcripción que de una de sus cláusulas se hizo en la diligencia de inspección ocular (f. 127) y la constancia que en el acta se dejó de haber presentado la empresa al Juzgado el original de la convención, por lo cual incurrió en error de derecho. Agrega que tal error lo llevó a dar por demostrado que el sueldo del actor debió ser elevado de $ 700.00 a $ 750.00 mensuales a partir del 27 de noviembre de 1954, y sobre la base de los $ 50.00 de diferencia a ordenar el pago de $ 675.00 como reajuste de salarios, $ 100.00 como reajuste a título de compensación en dinero por vacaciones en cuatro años, y $ 2.000.00 como reajuste de cesantía.

LA SALA CONSIDERA:

El acta de inspección ocular (f. 127) transcribe, de la convención colectiva de trabajo de junio de 1953, celebrada entre la empresa y su sindicato, una de sus cláusulas, según la cual, cuando un trabajador pasa a ocupar un cargo de más categoría, tiene derecho, después de un año de servicio, al sueldo del empleado a quien reemplaza.

Resulta de las pruebas del proceso que del 27 de noviembre de 1953 al 12 enero de 1956, el demandante desempeñó en la empresa el cargo de Pagador, con asignación de $ 700.00 mensua-

les, y que su antecesor tenía un salario de $ 750.00. Estimaron los falladores de instancia que desde el 27 de noviembre de 1954, fecha en que Clavijo cumplió el primer año de servicio, adquirió el derecho al salario de $ 750.00, de acuerdo con lo pactado en la convención, cuyo texto original fue presentado al Juzgado, según reza el acta de inspección. Por tales razones accedieron a la condena por reajuste de salarios, vacaciones y cesantía, con la salvedad de que, respecto a la última prestación, la sentencia del *ad quem* tuvo en cuenta no sólo la diferencia de salario sino el hecho de que de los dos pagos por cesantía parciales por un total de $ 3.844.45, la empresa justificó haber cancelado una partida, la de $ 1.444.45, y no la otra, por $ 2.400.00.

El original de la convención colectiva fue exhibido en la diligencia de inspección ocular, pero al proceso no fue incorporado su texto. De éste se tomó la cláusula de que se ha hecho referencia.

Estima el sentenciador que la copia parcial de la convención y la información que de ella tuvo al serle presentada, demuestran su existencia y en tal virtud accedió al reconocimiento de los derechos reclamados por el trabajador, de que antes se hizo mención.

En sentir de la Sala, no se conforma la anterior apreciación con lo prescrito por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues según su texto la convención colectiva debe consignarse por escrito, debiendo depositarse uno de sus ejemplares en el Departamento Nacional del Trabajo dentro de los quince días siguientes al de su firma. "Sin el cumplimiento de todos estos requisitos —agrega la disposición— la convención no produce ningún efecto".

Se trata, pues, de un acto solemne, para cuya demostración en juicio es necesario aportar a éste la prueba de haberse cumplido las formalidades integrantes de la solemnidad. Una de ellas es el escrito en que conste el acto jurídico, otro el depósito de copia del mismo ante la autoridad del trabajo dentro de un plazo determinado. Es obvio que quien pretenda hacer valer en juicio derechos derivados de la convención, debe presentarla en copia expedida por el depositario del documento.

La prueba de un acto solemne no puede ser sustituída por otra. Así lo manda el Código Procesal del Trabajo en su artículo 61. En armonía con esta previsión legal, el mismo estatuto en su artículo 87, inciso del numeral 1º, ve un error de derecho cuando el juzgador pretermite la prohibición establecida en la norma primeramente citada.

Por lo demás, el punto ha sido ya definido y de manera uniforme por la jurisprudencia en varias decisiones, como puede constatarse entre otras, en la del 15 de diciembre de 1947, dictada por el Tribunal Supremo (G. del T., t. II, p. 549) y últimamente en la del 13 de noviembre de 1959 (G. J., XCI Nos. 2117 a 2119, pp. 1068 y ss.). De la segunda son los siguientes pasos:

"Se trata de saber si la copia parcial de un documento privado constitutivo de obligaciones tiene valor probatorio...

"La copia parcial está admitida por la ley respecto de la escritura pública únicamente, siempre que ésta interese a muchos, a menos que haya sido redargüida de falsa o se alegue contra ella cualquiera otra tacha que la afecte, eventos en los cuales debe allegarse al proceso en copia íntegra (art. 631 del C. J.).

"El trato diferente que la ley da a las dos especies de documentos se explica fácilmente si se tiene en cuenta que el público es siempre auténtico, porque en su confección interviene un funcionario competente que lo autoriza, previo el lleno de las solemnidades legales, en quien el legislador deposita la fe pública (art. 1758 del C. C.), aspecto que no ofrece la escritura privada, obra de sus autores, en la cual no tiene ingerencia ningún funcionario oficial, por lo que, mientras no intervenga su reconocimiento por quienes la suscriben, carece de autenticidad".

Después de otras consideraciones sobre el tema, dice la sentencia:

"El acta de acuerdos colectivos (hoy convención colectiva según la nueva legislación) aunque por su origen es un documento privado, no es en esencia igual al documento de la misma especie contentivo de obligaciones civiles entre particulares, pues los efectos del primero según el desarrollo que le han dado normas legales posteriores al estatuto de 1920, alcanzan la categoría de convenio-ley, pues sus estipulaciones pueden extenderse a los trabajadores no afiliados a la respectiva asociación sindical previo el lleno de los requisitos previstos en la ley, y aún a empresa distinta de la que celebró la convención, perteneciente a la misma rama industrial, si su extensión la ordena un acto del Gobierno. Esta última peculiaridad es extraña al documento privado civil, pues sus efectos obligan a las partes y a quienes se hayan transferido sus obligaciones y derechos únicamente (art. 1761 del C. C.).

"Otra diferencia entre los dos tipos de documentos es la de que, una vez firmado el acto colectivo, la autoridad pública lo recoge en copia para incorporarlo en el archivo de la oficina, respaldando así la veracidad y fuerza de sus es-

tipulaciones, formalidad extraña al documento privado civil.

"Las dos clases de documentos son, pues, semejantes en cuanto a su formación, pero discrepan por los aspectos anotados como en el referente a su aducción en juicio, pues el de carácter laboral debe exhibirse en copia, expedida y autorizada por el funcionario público encargado de su guarda, en forma idéntica a la prescrita por la ley respecto de documentos públicos.

"..... .....

"Lo expuesto deja ver que las escrituras privadas de las convenciones no podían ser apreciadas teniendo a la vista copias fragmentarias de las mismas.

"La prueba preconstituída, que de ordinario es documental, se funda en razones de certeza, de estabilidad y de seguridad jurídica, teniendo en cuenta la importancia de ciertos contratos y los fines a que están destinados. La contratación colectiva en el derecho social no interesa únicamente a las partes sino también a la comunidad, pues su objeto es definir pacíficamente toda una serie de diferencias, especialmente de orden económico, cuya solución por los propios interesados contribuye a mantener la armonía entre las clases sociales en conflicto y al reconocimiento de legítimos derechos de los trabajadores.

"Basta la anterior observación para concluír que el escrito de la convención colectiva tiene la trascendencia de la formalidad solemne, cuya omisión, como la relativa a la prueba que lo recoge, induce inexistencia del acto".

La parte opositora refuta el cargo diciendo que plantea un medio nuevo inadmisible en casación. A lo cual la Sala observa: la demanda inicial (hecho 4º) aduce como causa jurídica de las obligaciones en favor del trabajador, cuyo reajuste solicita, la convención colectiva de 1953, ratificada por actos posteriores de la misma especie, en cuanto al mayor salario que, en su sentir, correspondía al demandante, comparado con el señalado al Pagador anterior. Se ha visto también que los fallos de instancia se apoyan en la referida convención para acoger las peticiones sobre reajuste de los derechos examinados. El reparo, como se ve, carece de fundamento.

Por lo expuesto, prospera el cargo.

El segundo cargo se presenta como subsidiario del anterior y el tercero en subsidio de los dos que le preceden. Acogido el primero no es el caso de estudiar el segundo y el tercero.

Cuarto cargo.

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 59, ordinal 1º, literal a) y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1714 a 1716 del Código Civil y con los artículos 51, ordinal 6º, 53, 60, ordinales 1º y 8º, 58, ordinales 1º, 3º y 4º y 62, ordinal 7º, literal A) del Código Sustantivo del Trabajo.

A la violación de dichas normas llegó el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda (fs. 2 a 9) y su respuesta (fs. 33 y 34), de las posiciones absueltas por el gerente de la sociedad (fs. 98 a 105), de la inspección ocular (fs. 125 a 130), de la copia de la sentencia penal (fs. 42 a 64) y de la consignación judicial, lo cual lo hizo incurrir en los siguientes errores de hecho:

Dar por demostrado, sin estarlo: que el contrato de trabajo terminó el 12 de enero de 1956; que "hubo mala fe de la empresa al no pagar los salarios correspondientes a los doce días de enero de 1956 ese mismo día sino cuando terminó por sentencia absolutoria el juicio penal"; que el último salario diario del trabajador fue de $ 25.00. Y no dar por demostrado, estándolo, que entre el 12 de enero de 1956 y el 28 de agosto de ese año, el contrato de trabajo estuvo simplemente suspendido.

Arguye el recurrente en apoyo del cargo:

El artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo prohibe retener salarios, pero a la vez los artículos 58 y 60 ibídem prohiben al trabajador, especialmente si es de confianza, retener dineros del patrono, y el 55 del mismo estatuto impone la buena fe en la ejecución del contrato. Entonces, no hay mora en el patrono al no pagar salarios mientras el trabajador le retenga dineros. Ahora, bien: demuestran las pruebas relacionadas que el actor retuvo y aún retiene más de $ 60.000.00 de la sociedad, luego ésta no estuvo en mora por aplazar hasta el reintegro de esa suma o hasta la conclusión del juicio penal la consignación judicial de los doce jornales de enero de 1956. Pero es más: la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no se aplica en todo caso de mora patronal, durante la vigencia del contrato, sino a partir de su terminación. El demandante confesó que estuvo detenido preventivamente desde el 12 de enero hasta el 28 de agosto de 1956, hecho que produjo la suspensión del contrato, conforme al artículo 51, ordinal 6º del Código Sustantivo del Trabajo, y no su terminación. La empresa pudo haber despedido a Clavijo, de acuerdo con la facultad que otorga el artículo 62, ordinal 7º

del mismo Código, pasado el primer mes de detención, pero la sentencia admite que no lo hizo; por tanto, al aplicar la sanción del artículo 65 durante el período de suspensión del contrato, lo hizo indebidamente. Y es que, en el supuesto de que el patrono hubiera declarado terminado el vínculo el 12 de enero de 1956, fecha en que Clavijo compareció al Juzgado Permanente a darse preso, confesando un faltante en caja de unos cuatro mil pesos, la empresa, obrando de buena fe y con base en el estatuto de la compensación civil (arts. 1714 a 1716 del C. C.) habría podido retener los doce jornales. La jurisprudencia ha admitido la compensación, si ambas deudas tienen origen laboral, y es indudable que tanto los salarios como el faltante en caja del empleado de manejo tienen ese origen. Ni aún entonces se configuraría la mala fe patronal, indispensable, según la jurisprudencia, para que se cause la sanción por mora.

Dice el opositor que si el contrato de trabajo no terminó por voluntad de la empresa, ésta no tenía autorización para abstenerse de pagar a Clavijo sus salarios y prestaciones; que, por tanto, no habiendo concluido el vínculo por alguna de las causas que enumera el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, no podía invocarse la pérdida del derecho a la cesantía y menos la retención en el pago en espera de la decisión judicial. Agregá que los errores de hecho alegados no aparecen de manifiesto en los autos, y que la sentencia estimó correctamente las pruebas a que alude el recurrente.

SE CONSIDERA:

Las razones que sustentan la decisión relativa al pago de la indemnización por mora, contenidas en la sentencia recurrida, son las siguientes: el contrato de trabajo terminó el 12 de enero de 1956, fecha en que se inició contra el demandante un proceso penal por faltantes en el manejo de bienes de la empresa (sumas de dinero); al terminar el contrato el patrono no canceló las deudas a su cargo, pues demoró el pago hasta el 19 de diciembre del año citado, consignando judicialmente a su favor lo que estimó deberle por salarios de los doce primeros días del mes de enero, vacaciones y cesantía. Expone también la providencia que si la mora en el pago de vacaciones no acarrea la sanción del artículo 65 del Código y los hechos delictuosos imputados al demandante le permitían al patrono retener la cesantía, carecía de facultad para tomar la misma medida en relación con la deuda por los doce días de salario, ya que para tal fin no fue autorizado por el acreedor ni por decreto judicial, ni se encontró en ninguno de los otros casos previstos en el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo.

A intento de demostrar la aplicación indebida del artículo 65 del Código, el recurrente sostiene que en el asunto litigioso era procedente la retención de salarios y, además, que el contrato no terminó en la fecha que indica el fallo impugnado sino que se suspendió hasta el día en que el patrono consignó judicialmente las deudas a su cargo. Examina la Sala cada uno de los puntos de la acusación.

I. *Retención de salarios.*

Afirma el acusador que mientras el trabajador retenga dineros del patrono, éste no incurre en mora si a su vez retiene salarios de aquél, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1609 del Código Civil. Para la Sala no es atendible el argumento, porque la mentada disposición se refiere al incumplimiento de las obligaciones de las partes durante la vida del contrato, no a las pendientes después de su terminación, que es la hipótesis contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, éste concede un derecho, el 1609 una excepción, que, por lo mismo, no es deducible sino promovido el juicio por uno de los contratantes. En cambio, el trabajador, titular del derecho que le otorga el artículo 65, lo es de la acción correspondiente y, por tanto, está facultado para pedir su tutela judicialmente. De otro lado, la regla de simetría contractual que como excepción instituye el artículo 1609 del Código Civil, puede ser utilizada por ambas partes, en tanto que el derecho establecido en el artículo 65 del estatuto laboral está reservado al trabajador únicamente. Puede ser de recibo en el contrato de trabajo la aplicación de la excepción referida si durante su desarrollo el empleado, sin prestar el servicio, objeto de su obligación, demanda el pago de la retribución convenida, objeto de la que incumbe al patrono, a menos que la inactividad del empleado se deba a los motivos que indica el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo. Empero no es éste el caso de autos, pues lo que el demandante persigue es el pago de la indemnización moratoria por el incumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato ya extinguido.

Alega el recurrente que, habiendo confesado el empleado un faltante en sus cuentas de cuatro mil pesos, el patrono habría podido retenerle la deuda pendiente por salarios (doce jornales), de acuerdo con lo que, sobre compensación en materia civil establecen los artículo 1714 a 1716

del Código Civil, medio de extinción de las obligaciones admitido por la jurisprudencia, siempre que, como ocurre en el asunto litigioso, las dos deudas tengan origen laboral. Sobre el particular, observa la Sala: la alegación plantea una hipótesis, no la ocurrencia del fenómeno jurídico de la compensación, pero, como entre las normas que el cargo estima violadas cita la que autoriza la retención de salarios, debe ser examinado este aspecto de la acusación.

El artículo 59 del Código prohibe a los patronos retener del monto de salarios y prestaciones en dinero que correspondan al trabajador, suma alguna, sin previa autorización escrita de éste o mandato judicial, conforme a lo previsto en su numeral 1º, el cual establece, entre otras excepciones, la de su literal a), violada por el fallo impugnado según el recurrente. Preceptúa el citado literal: "Respecto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400".

Con la regla anterior guarda relación la del artículo 65 de la misma obra, inciso 1º Si a la terminación del contrato —dice el precepto— el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, la suma de dinero allí fijada.

Para detener la sanción del artículo 65 se requiere que la retención, ya de salarios, ora de prestaciones sociales, la autorice la ley o la convengan las partes. Los autos no registran un convenio en tal sentido, ni la retención de dineros por el trabajador como empleado de manejo, que es el caso a que se refiere el recurrente, figura entre las hipótesis previstas por el legislador, como lo anota con acierto el fallo recurrido. De mandato judicial que autorice la compensación no puede hablarse, ni un fenómeno de tal naturaleza puede verse en la demanda de reconvención, encaminada a la condena del demandante a la restitución de sumas de dinero a su cargo como empleado de manejo, pues la acción no fue estimada por haberse declarado incompetente el fallador.

II. *Terminación y suspensión del contrato.*

Alega el impugnante que el contrato no terminó sino que se suspendió durante el período del 12 de enero al 28 de agosto de 1956, por lo cual no era el caso de condenar a la sociedad a la sanción por mora, que sólo rigió desde la expiración del vínculo. Como causal de suspensión señala la contenida en el artículo 51, ordinal 6º del Código Sustantivo del Trabajo.

OBSERVA LA SALA:

Dispone la citada norma legal: "El contrato de trabajo se suspende: Por detención preventiva del trabajador o por arrestos correccionales que no excedan de ocho días y cuya causa no justifique la extinción del contrato".

La suspensión del contrato por la causal en examen no es indefinida; tiene un límite temporal muy inferior al lapso de tiempo que señala el acusador, o sea, del 12 de enero al 28 de agosto de 1956 (7 meses, 16 días). Por lo demás, aún aceptando que el contrato se suspendió, tal hecho no habría podido tener otro alcance que el de eximir al patrono del pago del salario durante el tiempo de la suspensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no para exonerarlo del pago de salarios devengados antes de la ocurrencia de tal fenómeno.

Lo que la realidad procesal demuestra no es la suspensión del contrato, sino su terminación, hecho ocurrido el 12 de enero de 1956, como lo sostiene el fallo impugnado. En efecto: en la respuesta al hecho 2º de la demanda inicial (f. 33) la sociedad admite como cierta la afirmación de que el trabajador se retiró del servicio el 12 de enero de 1956. Con referencia al mismo punto, dijo en la contestación al hecho 16 de dicha pieza, que, como el empleado se ausentó sin rendir cuentas, "la empresa esperó su regreso para hacer la liquidación a que hubiera lugar". En la contrademanda (hecho 3º) declara: "El 12 de enero de 1956 se ausentó (alude al demandante) intempestivamente del trabajo... y desde entonces no ha regresado" (f. 35). También le dio su asentimiento al hecho en mención el gerente de la sociedad en la confesión provocada rendida en el juicio al contestar las preguntas primera y quinta del interrogatorio (fs. 89 a 105).

Como se vé, desde que se trabó la relación procesal y durante el curso del juicio, la terminación del contrato el 12 de enero de 1956, por retiro del trabajador, es extremo plenamente acreditado en los autos. Por tal motivo, su desconocimiento en casación, no es aceptable.

En cuanto a las demás normas del Código que el cargo acusa como violadas, se observa:

No dándose el caso de suspensión del contrato, no tenía por qué tomar en cuenta el Tribunal el artículo 51. Si el empleado sustrajo bienes de la empresa, contra la prohibición del artículo 60, ordinal 1º, el hecho habría podido servirle para dar por terminada la convención laboral, cuestión ajena a la que el cargo plantea. Lo propio hay que decir respecto a la prohibición

del citado artículo en su ordinal 8º. Las mismas observaciones son pertinentes en relación con los artículos 58, ordinales 1º, 3º y 4º, y el 62, literal A), ordinal 7º.

Merece consideración especial el ataque por quebranto del artículo 65. Según el cargo, la equivocada apreciación de las pruebas que detalla, llevó al Tribunal a incurrir en el error de hecho de dar por demostrado, sin estarlo, que el último salario diario del empleado fue el de $ 25.00. A lo cual observa la Sala: la asignación en referencia ($ 750.00 al mes) la dedujo el *ad quem* de estipulaciones de la convención colectiva de 1953 y sus prórrogas, como se anotó en el estudio del primer cargo, pero no en ninguno de los elementos probatorios que relaciona la acusación en examen. Por tanto, las razones que ésta expone para demostrar la violación de la citada norma legal, no logran su intento. El salario de $ 750.00 mensuales le sirvió al fallador para decretar las condenas por reajuste de salarios, cesantía, vacaciones, e indemnizaciones por mora. El primer cargo, acogido por la Sala, acusó violación de los preceptos legales que tutelan el derecho a las tres primeras obligaciones, pero no el referente a la indemnización moratoria, objeto de ataque independiente en el cargo que se examina y en el quinto, el cual, como los dos restantes, no resultan viables, como adelante se verá. De manera que, si para unas prestaciones se rechaza el salario de $ 750.00 y se deja éste vigente para la última mencionada, se debe ello a las razones de que se ha hecho mérito.

Las consideraciones precedentes llevan a la conclusión de que no ha incurrido el Tribunal en los errores de hecho que el acusador alega. Resta decir que no resultan ellos de las pruebas que el cargo cita. En efecto: no afirma la demanda, en ninguno de sus hechos, la suspensión del contrato, sino su expiración por culpa del patrono. La inspección judicial (fs. 125 a 130) registra como fechas de ingreso y de retiro del empleado las mismas que señala el libelo inicial, aceptadas en la respuesta a éste. La consignación judicial del 19 de diciembre de 1956, acredita que en esa fecha el patrono depositó a órdenes del actor lo que estimó deberle por salarios, cesantía y vacaciones, y nada más. Las piezas obrantes en autos, tomadas del proceso penal, demuestran que éste concluyó con fallo absolutorio para el reo por no haberse comprobado el hecho delictuoso que dio origen a su apertura. Conviene anotar además, que no todas las pruebas que el cargo señala fueron estimadas por el *ad quem*, por lo cual el reparo de que en su valoración obró con desacierto, no es, en realidad, atendible, pero aún aceptándolo, en tal operación, según se deduce del contenido de aquéllas, no incurrió en los errores de hecho que el cargo relaciona.

No prospera el cargo.

Quinto cargo.

Subsidiario del anterior. Acusa violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 59, ordinal 1º ibídem, por errónea interpretación.

Entiende la sentencia —dice el acusador— que la sanción del artículo 65 es aplicable en todo caso en que la decisión judicial de que habla el 59 en su ordinal 1º no sea anterior a la retención del salario por el patrono, es decir, aún en el evento en que esté en curso el proceso laboral o penal en que deba definirse si el empleado es o no deudor del patrono. Pero la jurisprudencia —anota— ha decidido el punto admitiendo la licitud de la retención del salario y prestaciones mientras se debate en juicio distinto la culpa, el delito o deuda laboral del trabajador. La errada interpretación del fallo incide en su decisión, porque condenó a la sociedad, parte civil en la causa penal iniciada por Clavijo, a pagar $ 3.400.00 por salarios caídos, aunque hizo "la consignación judicial tan pronto como quedó en firme la sentencia absolutoria en el juicio penal".

La parte opositora dice que por haber retenido el patrono el valor de doce días de salario, el Tribunal dio aplicación al artículo 65 del Código, por lo cual no incurrió en quebranto de la norma por errónea interpretación.

SE CONSIDERA:

La sentencia no contiene la apreciación de que habla el cargo. Para darle aplicación al artículo 65 se fundó en la consideración de que, habiendo terminado el contrato el 12 de enero de 1956, el patrono demoró el pago de la deuda a su cargo por salarios hasta el 19 de diciembre del mismo año, sin base legal. De ahí la condena al pago de la indemnización por mora entre las dos fechas anotadas, que, en sentir de la Sala, se ajusta a lo dispuesto en el citado artículo. En el examen del cargo anterior se vio que la retención de dineros del patrono por el empleado de manejo, no autoriza la de salarios, pues no encaja dentro de los casos de excepción previstos en el artículo 59. Habría podido el patrono —como lo anota la sentencia— abstenerse de cancelar la cesantía, con apoyo en el artículo 250 del Có-

digo, en virtud del denuncio penal contra el empleado por el delito de abuso de confianza, facultad circunscrita a la prestación en referencia y que, por tanto, no es permitido extender a obligaciones distintas. Por consiguiente, el fallador interpretó correctamente las dos normas a que la acusación se refiere.

Se rechaza el cargo.

Cargos sexto y séptimo.

El sexto acusa violación directa de los artículos 58, ordinales 1º, 3º y 4º, 60, ordinales 1º, 3º y 4º, y 64 del Código Sustantivo del Trabajo y 2º del Código de Procedimiento Laboral. El séptimo alega infracción de las citadas normas, de modo indirecto, a causa de errores de hecho evidentes en la estimación de las pruebas que singulariza.

Para sustentar la violación directa dice el recurrente: en todo contrato de trabajo se incorporan los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo. La obligación de restituir bienes de la empresa es laboral y no civil, por lo cual la acción ejercitada con tal fin es de la competencia de la justicia del trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral. Sin embargo, el fallador estimó que dicha acción compete a la justicia ordinaria, mediante el trámite del juicio especial de rendición de cuentas, colocándose en abierta rebeldía contra los preceptos legales citados.

La sentencia del *ad quem* violó los mismos preceptos, de modo indirecto, a causa de estos errores de hecho: no dar por demostrado, estándolo: a) que el faltante en caja a cargo del empleado corresponde a dineros que la empresa le entregó para el cumplimiento de obligaciones laborales y no los ha devuelto todavía, y b) que el valor del faltante se estableció en el juicio pericialmente en la suma de $ 62.515.57.

Las pruebas mal apreciadas son éstas: la demanda principal y su respuesta (fs. 2 a 9 y 33 y 34); el libelo de reconvención y la respuesta (fs. 35 y 39 y 40); las copias de los documentos de folios 14 a 29 y 41 a 64; las posiciones absueltas por el gerente de la sociedad (fs. 98 a 105); y la inspección ocular (fs. 125 a 129 y 149 a 151). Como pruebas no apreciadas cita el acusador el dictamen pericial (fs. 153 a 211).

Arguye el recurrente que, según las pruebas, los dineros que la empresa reclama al actor no provienen de préstamo civil o de operación comercial sino del contrato de trabajo; que en el proceso penal el demandante no supo a qué atribuir el déficit en sus cuentas, habiendo sido absuelto por falta de pruebas. Pero el faltante subsiste y el responsable debe devolverlo, como lo ordenan los artículos 58 y 60, y si los dineros se le perdieron, está obligado a restituírlos a la empresa, conforme al artículo 64. Al no reconocer el Tribunal el carácter laboral de la deuda de Clavijo, y al declararse incompetente para conocer de la acción de restitución de los bienes que la empresa le entregó en desarrollo del contrato de trabajo, dejó de aplicar las normas invocadas, y, en consecuencia, las violó.

El opositor rebate los dos cargos diciendo que la responsabilidad del demandante como Pagador no puede ventilarse sino en juicio de rendición de cuentas, como lo sostiene la sentencia, y, además, que aquélla fue debatida en el proceso penal, en el cual la sociedad se constituyó en parte civil, habiendo terminado ese proceso con sentencia absolutoria del reo, con valor de cosa juzgada.

SE CONSIDERA:

Se refieren los cargos a la súplica contenida en la demanda de reconvención, según la cual el demandante debe reintegrar a la sociedad la diferencia entre las sumas de dinero que de ella recibió y los egresos a cargo de la misma, debidamente justificados.

No acogió la petición el sentenciador, porque según el Código Judicial está sujeta a juicio distinto —el de rendición de cuentas— que tiene trámite especial y, por lo mismo, no puede ser involucrado en el de trabajo, ya que el de cuentas es de la competencia de la justicia ordinaria civil. Con referencia a la cosa juzgada, opuesta a la demanda de reconvención y reconocida por el fallo del *a quo*, el Tribunal no acogió lo decidido en ese fallo, porque si la absolución penal tiene fuerza de cosa juzgada respecto a la comisión de ilícitos, no abarca lo que en ausencia de delitos pueda acarrear responsabilidad civil al procesado absuelto. La primera consideración llevó al fallador a declarar su incompetencia para definir lo pedido en el libelo de mutua petición.

Con relación al sexto cargo, la Sala observa:

El Código Procesal del Trabajo estableció la jurisdicción del ramo para decidir los conflictos jurídicos "que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo". Por tanto, para saber si una acción ejercitada en juicio laboral es de la competencia del Juez del Trabajo, basta examinar si se deriva o no de un contrato de la índole expresada, directa o indirectamente. Es

muy amplia la regla de competencia, según el texto de la disposición legal.

En el asunto litigioso el demandante, según lo aceptan las partes, ejerció por algún tiempo el cargo de Pagador. Para el desempeño de esa función recibía dineros de la empresa y cancelaba deudas a su cargo, es decir, cumplía obligaciones emanadas directamente del contrato de trabajo. Manejaba, pues, bienes ajenos, con destinación específica y determinada y, como todo el que se encuentre en tal situación, está obligado a restituírlos a su dueño. Sobre el punto, el artículo 58 del Código, que detalla las obligaciones del trabajador (numeral 3º), le impone la de restituir "los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes". Aunque la norma no comprende específicamente el "dinero", debe estimarse que pesa sobre el empleado la obligación de restituír el que haya recibido en cumplimiento de sus funciones. Por lo demás, es obligación que el derecho común establece a cargo de todo el que maneja bienes ajenos, tenga o no interés en la administración, como lo ordenan, entre otras normas, las de los artículos 504, 2181, 2279, 1366, 2106 del Código Civil. Es claro que, si los dineros se reciben para hacer pagos, como ocurre con los entregados a un Pagador, su obligación se concreta a devolver el saldo, deducidos los egresos.

De lo expuesto se concluye que la acción ejercitada en la demanda de reconvención queda comprendida en la prevista por la disposición procesal del trabajo, antes citada.

Es verdad que, conforme al Código Judicial, toda persona obligada a rendir cuentas como la que pretende exigir su examen por quien tiene derecho a pedirlas, debe acudir al procedimiento especial reglamentado en sus artículos 1120 a 1132. Pero, en el supuesto de que la modalidad que se contempla quepa en la hipótesis prevista en las citadas normas, sobre ellas prevalece la del Código de Procedimiento Laboral, conforme a lo dispuesto en su artículo 2º.

Consecuencia de las consideraciones que preceden es la de que la sentencia viola el artículo 2º citado. Con todo, el cargo no prospera, pues el acusador sustiene que el quebranto se produjo de manera directa, y no es ésta la modalidad que se contempla, sino la de interpretación errónea, pues al declarar el *ad quem* la incompetencia de la justicia del trabajo para definir la litis propuesta en el libelo reconvencional, sosteniendo que de ella debía conocer la justicia ordinaria civil, no entendió correctamente la previsión legal, dándole una falsa inteligencia, en desacuerdo con su tenor literal. Si no obstante el inadecuado planteamiento del cargo, la Sala hizo su estudio, procedió así para rectificar, por vía de doctrina, el concepto del fallador. La razón expuesta sirve para estimar que no se da la infracción directa de las demás normas acusadas, ya que la violación tendría por base la errónea interpretación del artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral.

En cuanto al ataque por violación indirecta (séptimo cargo) de las normas que el acusador indica, a causa de evidentes errores de hecho, la Sala observa:

Persigue la acusación la quiebra de la sentencia, para que la Corte, en instancia, acceda a la súplica de libelo reconvencional, relativa a la condena del actor al pago de la suma de $ 62.515.57, valor del faltante en sus cuentas como empleado de manejo. Se dejó anotado, en el estudio del sexto cargo, que el Tribunal se declaró incompetente para decidir la referida petición y que, aunque la Sala estimó erróneo tal concepto, no acogió el mencionado cargo, porque, en su sentir, el sentenciador incurrió en el error de juicio consistente en falso entendimiento de lo preceptuado en el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral. Por consiguiente, si el ataque no era viable sino por el motivo de casación apuntado, no resulta atendible por violación indirecta, como consecuencia de equivocada estimación de pruebas o de su falta de estimación, pues la actividad del fallador en tal sentido coloca sus errores de juicio en plano distinto al de infracción de la ley por interpretación errónea. Es obvio que sólo en el caso de que hubiera quedado demostrada la violación del artículo 2º del citado Código, habría podido la Corte ocuparse del examen de pruebas. Empero, en tal evento, si por haberse declarado incompetente para definir la litis reconvencional no las estimó ni tenía por qué estimarlas el *ad quem*, el ataque por errónea estimación de las que el acusador singulariza, resulta improcedente, pues teniendo en cuenta el punto de vista de aquél, el cargo no habría sido viable sino por falta de estimación de las pruebas que se dicen mal apreciadas. El cargo cumple esta exigencia en relación con el dictamen pericial, pero como no es posible, por su defectuoso planteamiento, estudiarlo en el fondo, a nada conduciría ninguna consideración al respecto.

Se rechaza la acusación.

Por todo lo dicho, no recibe la Corte los dos últimos cargos.

Fallo de instancia.

En el examen del primer cargo se dieron las razones que, en concepto de la Sala, hacían inestimable el derecho al reajuste de salarios, vacaciones y cesantía, y a ellas se remite. Resta agregar, en cuanto al reajuste de cesantía, que sólo había lugar a examinar si para su liquidación debía tomarse en cuenta, en vez del salario de $ 700.00 el de $ 750.00, y no consideraciones de otro orden, como la de que habla el Tribunal al decir que de los dos pagos por cesantías parciales, no fue acreditado uno de ellos, ya que, como lo advierte la sentencia, la pretensión del actor no es la de condena por saldos insolutos, sino la de reajuste de la prestación por haber sido liquidada con base salarial inferior a la que, conforme a la ley, le correspondía.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa la sentencia recurrida en cuanto confirma los literales a) y b), numeral 1º del fallo del primer grado (reajuste de salarios y vacaciones) y en cuanto modifica el literal c), numeral 1º del fallo mencionado (reajuste de cesantía), revoca sobre tales puntos las condenas de la sentencia de primera instancia, y en su lugar absuelve a la sociedad demandada de las peticiones a que ellos se refieren. 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 su procedencia.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Contrato de trabajo y contrato de aparcería. Técnica de casación referida a la acusación por error de hecho. Defectos que hacen inestimable la declaración del testigo. El Juez laboral y la crítica del testimonio. Sentido procesal de la declaración no autorizada por la firma del funcionario.

1. El cosechero, al tenor de la Ley 100 de 1944 (art. 1º) participa del carácter de arrendatario y a la vez del de socio del dueño de la tierra, cuando sus relaciones se rigen por la especie de contrato previsto en esa ley (art. 3º). En todo caso es un tenedor a título precario; se hace dueño de los cultivos si el contrato es de simple aparcería, en la proporción pactada con el arrendador, o de su totalidad, si la renta, según la convención, debe pagarla en dinero y no en especie. Como cosechero o aparcero es un trabajador autónomo, pues ejecuta la labor en beneficio propio. En cambio, si su condición es la de asalariado, el trabajo lo rinde como dependiente del patrono y en provecho exclusivo de éste. Por tanto la expiración del contrato de aparcería no conlleva necesariamente la de la relación de trabajo dependiente, en el supuesto de que el trabajador, a la vez que aparcero haya sido asalariado del arrendador.

2. Formula el recurrente su único cargo por falta de estimación de las pruebas que indica o por su errónea apreciación. Su presentación en tal forma es defectuosa dentro de la mecánica del recurso de casación, pues la actividad del fallador no es idéntica cuando valora la prueba que cuando sobre ella guarda silencio, aspectos bien distintos que la ley de ese recurso independiza.

3. Con respecto a las declaraciones rendidas por los testigos A y B, la Sala encuentra que no eran estimables, por estas razones: las rendidas por segunda vez no fueron autorizadas por el funcionario comisionado que intervino en su recepción, o sea el Inspector de Policía del lugar, pues no traen el respaldo de su firma; el delegado no practicó la prueba en audiencia, como lo ordena el Código Procesal del Trabajo en su artículo 42, ni consignó en la diligencia su apreciación sobre el mérito de los testimonios (artículo 52 ibidem); y, por último, la delegación de jurisdicción en el proceso del trabajo, para la práctica de pruebas, debe confiarse a autoridad del orden judicial y no a funcionario de la rama política, al tenor del artículo 52 citado.

4. Las objeciones que hace la sentencia acusada a la declaración del testigo C, se amoldan en concepto de la Sala a los principios que informan la crítica del testimonio. En efecto: el deponente hace afirmaciones sin acompañarlas de las debidas explicaciones, factor de importancia para llevar a la mente del juzgador el convencimiento de que se basan en la percepción personal y directa de los hechos, o en otros términos, que la declaración es responsiva. Si se comparan las preguntas del interrogatorio con sus respuestas, se observa que en lo esencial, repiten el contenido de aquéllas. Cuando la declaración se rinde en esa forma, la propia ley (artículo 668 del Código Judicial) le ordena al Juez que no debe permitir la respuesta en tales términos. Aunque éste, en el proceso laboral, goce de libertad en la estimación de las pruebas, no puede desatender el precepto en referencia, pues consagra una regla de sana crítica, de general aceptación en doctrina, acogida por la jurisprudencia.

5. Aceptando por vía de hipótesis que fue equivocado el juicio del sentenciador al estimar la declaración del testigo D, cabría considerar que el funcionario comisionado para su recepción no autoriza con su firma la diligencia, de manera que la prueba, por tal motivo, constituye, procesalmente, un acto inexistente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

El apoderado judicial de José Nicanor Osorio promovió juicio ordinario, ante el Juez Civil del Circuito de Girardota, contra Lisandro Vásquez, para que por sentencia fuera condenado a lo siguiente: reajuste del salario, desde la vigencia del mínimo legal; pago del auxilio de cesantía en diez y siete años; remuneración por trabajo en días festivos; primas de servicio; calzado y overoles; indemnización por mora y costas del juicio.

Según las voces del libelo, Osorio trabajó al servicio de Lisandro Vásquez, en una extensa finca rural de que éste es poseedor, situada en el Municipio de Barbosa, fracción de "El Hatillo"; en el inmueble ejecutó diversas labores, como las de empradizar potreros, limpiar sementeras, reformar cercos y barbechar mañgas; la relación de trabajo tuvo una duración de 17 años, durante cuatro días de la semana, en jornadas de 7 a. m. a 5 p. m., habiendo terminado el 27 de mayo de 1957; el salario recibido por el trabajador como retribución de sus servicios fue el de $ 0.50 diarios, no obstante que el mínimo en la región era de $ 3.80; el demandante se retiró del servicio del patrono por haberse negado éste a reconocerle el salario mínimo legal; durante el período de labores, no le reconoció las prestaciones que reclama, como tampoco se las pagó al producirse la desvinculación.

Se apoyan las pretensiones en los artículos 22, 23, 24 y demás normas pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo, y en los Decretos 2214 de 1956 y 118 de 1957.

Surtido el traslado de la demanda, fue contestada por el mandatario judicial de Lisandro Vásquez, quien se opuso a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, negó los que afirma dicha pieza, expresando que el actor fue ocupante de parte de su inmueble, levantando mejoras sin su consentimiento, avaluadas en $ 1.600.00 con intervención de la Oficina de Trabajo, suma que se ha negado a recibir. Propuso las excepciones de prescripción, carencia de acción y de causa para pedir, y, además, como dilatoria, de la inepta demanda.

Así trabada la relación procesal y agotado el trámite propio de la primera instancia, terminó el juicio por sentencia, cuya parte resolutiva declara que no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda y, en consecuencia, absuelve de ellas a Lisandro Vásquez, con costas a cargo del actor.

Apeló la parte vencida. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral. La sentencia de segundo grado confirma la de primero, sin ningún pronunciamiento sobre costas.

Contra la anterior providencia interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

EL RECURSO

Aspira a que la Corte case la sentencia del Tribunal, y en instancia acoja las peticiones del libelo inicial. Señala así el alcance de la impugnación.

Con fundamento en la causal primera de casación formula un solo cargo, según el cual la sentencia incurrió en graves errores de hecho por mala estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras. A causa de ellos violó estas normas legales:

a) Los artículos 22 a 24, 27, 28, 37, 40 a 42, 54, 64, 65, 72, 77, 84, 127, 129, 142, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, el decreto 616 (arts. 1º a 12) y 617 (art. 1º), ambos de 1954, por no haberlos aplicado, y

b) Los artículos 597, 598, 604 a 607, 661, 662, 696 y 697 del Código Judicial, por no haberlos aplicado, y por haber decidido con base en ellos la aplicación de las normas que relaciona el punto g), y, además, los artículos 1757 y 1760 del Código Civil.

I. *Pruebas no apreciadas:*

El memorial de respuesta a la demanda, en estos puntos: contestación a los hechos 2º y 8º, solicitud de copia del acta de conciliación, en la relación de pruebas, y proposición de la excepción de prescripción (f. 3); confesión provocada del demandado, contenida en las preguntas 1ª a 6ª, 12 y 13 del interrogatorio (fs. 30 y 31); la confesión consignada en preguntas de las posiciones del cuadro presentado por el actor al demandado (f. 32); y el memorial del apoderado de Lisandro Vásquez (f. 27).

II. *Pruebas mal apreciadas:*

Las declaraciones de los testigos José Angel Vásquez (f. 23) y Emilio Vásquez (fs. 33 y 34), recibidas por el Juzgado del conocimiento; y los testimonios de Joaquín Emilio Vásquez (f. 13 y v.), Jesús Ernesto Monsalve (f. 11) y Francisco Antonio Zapata (f. 14), rendidas ante el Inspector Departamental de Policía de "El Hatillo".

La motivación del cargo, en relación con las pruebas no apreciadas, es la siguiente:

En la respuesta a la demanda y en su confesión provocada, Lisandro Vásquez confiesa estos hechos: que es dueño de una hacienda en los Municipios de Barbosa y Don Matías, surtida de ganados, provista de sementeras, con cercas construídas a sus expensas, en buen estado y limpia de malezas; que no ha necesitado trabajadores, ni por tanto, ha tenido que hacerles pagos, porque siempre ha trabajado solo; que fue patrono de José Nicanor Osorio; que éste cultivó mejoras en su finca, donde vivió hasta el año de 1956, avaluadas en $ 1.600.00; y que el actor trabajó en su finca como cosechero.

Con referencia a los hechos expuestos, argumenta el impugnante en los apartes A) a J) de su alegato: no es aceptable la respuesta del demandado en posiciones en el sentido de que no ha necesitado trabajadores en su inmueble, porque es un imposible físico que se pueda montar y conservar una finca, así sea pequeña, sin un solo asalariado, lo cual pone de presente que ha obrado con deslealtad procesal; al solicitar la expedición de copia del acta de conciliación surtida ante la Oficina de Trabajo, el demandado admitió su calidad de patrono del actor; éste afirmó en su demanda que laboró al servicio del demandado cuatro días a la semana hasta el 27 de mayo de 1957, y Lisandro Vásquez confesó en posiciones que Osorio vivió en su finca como cosechero hasta el año de 1956, lo cual acredita la desvinculación del demandante y el hecho de que el servicio se prolongó hasta ese año; en el memorial de repregunta a los testigos (f. 28) Vásquez acepta que Osorio fue cosechero en su finca, cultivando mejoras, y que vivió en ella hasta 1956, "por lo cual se demuestra la existencia de la relación laboral" entre las partes, que el Código presume remunerada; al proponer el demandado la excepción de prescripción respecto de salarios y accesorios, está confesando que existió el derecho, pues nadie hace uso de este medio extintivo de las obligaciones sin el nacimiento de aquél. La falta de estimación de las pruebas "o bien apreciación errónea de ellas", configura grave error de hecho, por lo cual la sentencia infringió las disposiciones legales acusadas.

Con relación a las pruebas mal apreciadas, dice el recurrente en los apartes N) a R) de su exposición:

Declaración de Emilio Vásquez.

Es responsiva, fundada y explicada. El reparo que le hace la sentencia es el de que afirma que el trabajo del demandante empezó en 1937 y terminó en 1957, sin indicar fechas, esto es, comprende un lapso de tiempo de 18 a 19 años aproximadamente. No es humano —dice el acusador— exigirle a un campesino honrado, exactitud absoluta en las fechas, pues basta que las señale en forma aproximada, de modo que al negarle el Tribunal mérito probatorio a la declaración, incurrió en grave error de hecho.

Declaraciones de Jesús Ernesto Monsalve y Francisco Antonio Zapata.

Sobre ellas anota el recurrente que el Tribunal las desecha en atención a que informan que el actor trabajó para el demandado, expresando que no "saben por cuánto tiempo", es decir, rechaza el testimonio de Emilio Vásquez "por saber los años de vinculación y desvinculación", y el de los testigos Monsalve y Zapata, porque desconocen tales extremos.

Declaraciones de José Angel y Joaquín Emilio Vásquez.

Dice el acusador: los testigos afirman que el período de servicios del actor fue de 17 y 18 años más o menos. El *ad quem* desechó los testimonios porque no indican la razón en que basan su conocimiento de los hechos, y, además porque, en atención a su edad (24 la del testigo José Angel Vásquez y 29 la de Joaquín Emilio Vásquez) son sospechosos, pues dan cuenta de hechos que ocurrieron cuando tenían cinco y nueve años de edad. Por tal motivo— arguye el cargo— no era procedente desatender las declaraciones, pues una persona a los cuatro años guarda recuerdo fiel de hechos que tuvo ocasión de presenciar. Para corroborar el aserto, el apoderado del recurrente dice que a la edad indicada ejerció el oficio de garitero, consistente en conducir almuerzo y comida a un grupo de trabajadores de una finca, y después de muchos años recuerda con exactitud sus nombres y numerosas circunstancias de otro orden, de modo que la causa del rechazo es sólo aparente y no real. Se debe ella a que los Magistrados de la Sala falladora son hombres de biblioteca, sin antecedentes con el agro, nacidos en la plaza de Berrío de la ciudad de Medellín. Anota además que los testigos no fueron preguntados bajo juramento acerca de su edad, que el fallador le atribuyó con ligereza; no la indica el testigo José Angel Vásquez; la del otro testigo, Joaquín Emilio Vásquez (29 años) la apunta el Inspector de Policía, sin haberlo interrogado sobre el punto, circunstancia que el Tribunal no tuvo en cuenta y que, por tanto, lo condujo a un grave

error de hecho. Con el fin de menguar el valor probatorio de los testimonios, también adujo el fallador el hecho de que los declarantes siguen juicio contra el demandado sobre reconocimiento y pago de mejoras, razón que es improcedente porque no fueron tachados.

Se examina el cargo.

Las pruebas no estimadas por el *ad quem*, a juicio del recurrente, demuestran: el contrato de trabajo y su vigencia hasta el año de 1956. En cuanto al primer punto, el argumento no es atendible, pues rebate un hecho que la sentencia admite. No niega ésta el contrato de trabajo, sino el tiempo de su duración. Dice en efecto en el párrafo final de la parte motiva de su providencia: "En resumen, la prueba testimonial aportada por el demandante, por los reparos expuestos, no lleva, en concepto de la Sala, la convicción suficiente para acreditar los hechos básicos del libelo, especialmente en lo que pudo durar la vinculación laboral entre las partes". Como se ve, la absolución del demandado no la funda el sentenciador en la inexistencia de la relación contractual laboral, sino principalmente en la ausencia de prueba sobre el tiempo de servicio.

Respecto al segundo punto, del hecho de haber sido el demandante cosechero en el predio de propiedad de Lisandro Vásquez hasta el año de 1956, admitido por éste en la confesión provocada y por su mandatario judicial en el memorial de repreguntas a los testigos, deduce el recurrente que en el año expresado expiró el contrato de trabajo entre las partes. Observa la Sala: el cosechero, al tenor de la Ley 100 de 1944 (art. 1º) participa del carácter de arrendatario y a la vez del de socio del dueño de la tierra, cuando sus relaciones se rigen por la especie de contrato previsto en esa ley (art. 3º). En todo caso, es un tenedor a título precario; se hace dueño de los cultivos si el contrato es de simple aparcería, en la proporción pactada con el arrendador, o de su totalidad, si la renta, según la convención, debe pagarla en dinero y no en especie. Como cosechero o aparcero es un trabajador autónomo, pues ejecuta la labor en beneficio propio. En cambio, si su condición es la de asalariado, el trabajo lo rinde como dependiente del patrono y en provecho exclusivo de éste. Por tanto, la expiración del contrato de aparcería no conlleva necesariamente la de la relación de trabajo dependiente, en el supuesto de que el trabajador, a la vez que aparcero haya sido asalariado del arrendador. Por lo demás, el cargo se formula por falta de estimación de las pruebas que indica o por su errónea apreciación. Su presentación en tal forma es defectuosa dentro de la mecánica del recurso de casación, pues la actividad del fallador no es idéntica cuando valora la prueba que cuando sobre ella guarda silencio, aspectos bien distintos que la ley de ese recurso independiza.

En relación con la otra faz de la acusación —error de hecho por mala estimación de la prueba testimonial— la cual demuestra, según el recurrente, el tiempo de servicios, conviene conocer su contenido.

a) *Declaración de Emilio Vásquez* (fs. 33 y 34).

Fue recibida el 20 de octubre de 1959. El testigo comienza diciendo que tiene 50 años de edad y conoce la finca de Lisandro Vásquez, perteneciente a los dos municipios cuyo nombre señala, y luego afirma: en el inmueble trabajó José N. Osorio 18 años seguidos, durante cuatro días a la semana. "Recuerdo —dice— que Osorio entró a trabajar en el año de 1937", con salario de $ 0.50 diarios desde 1957, fecha en que fue despedido por haber reclamado a Lisandro Vásquez el pago del salario mínimo legal. En las repreguntas dijo el deponente: "Es verdad que yo demandé al señor Lisandro Vásquez para que me pagara unas mejoras y puse como testigo a Nicanor Osorio". Hasta 1957 "Osorio fue aparcero de Lisandro Vásquez". Lo que ocurría era que Osorio trabajaba cuatro días como peón y el resto lo dedicaba a sus matas, "todo durante un término de 18 años". Lo que al respecto afirma le consta porque entró a trabajar en la finca del demandado hace 15 años aproximadamente, habiendo encontrado a Osorio laborando en ella; en los 18 años en que éste trabajó "no faltó ni en una ocasión", pues cuando no prestaba el servicio lo reemplazaba por su cuenta otro jornalero.

b) *Declaración de José Angel Vásquez* (fs. 22 a 24).

Comienza así: "el suscrito Juez, por ante su secretario, le recibió el juramento legal... bajo cuya gravedad prometió decir verdad" ... y expuso: "Me llamo como queda dicho... tengo más o menos 25 años de edad; trabajé en la finca del demandado nueve años, hasta 1956 o 1957; durante ese término José N. Osorio trabajó al servicio del demandado, cuatro días a la semana, con un salario de $ 0.50 diarios". En las repreguntas que se le hicieron, dijo el testigo: "Es cierto que promoví demanda contra Lisandro Vásquez en asocio de Joaquín Emilio Vásquez

y puse a Nicanor Osorio como testigo". El actor era cosechero y trabajador de la finca más o menos hasta hace unos tres o cuatro meses. Se anota que esta declaración, como la anterior, fue recibida el 20 de octubre de 1959.

c) *Declaración de Joaquín Emilio Vásques* (f. 13).

En respuesta a la pregunta que dice: "Diga si es verdad y le consta, porque lo ha visto, que Nicanor Osorio trabajó en la finca de Lisandro Vásquez durante un lapso de 18 años seguidos?". Contestó: "Puedo decir que trabajó diez y siete años más o menos".

La anterior declaración, apreciada por el fallador, fue rendida ante el Inspector de Policía de Hatillo.

En vista de que el deponente no fue repreguntado, como lo dispuso el despacho comisorio, el Juzgado ordenó su devolución al funcionario comisionado para el cumplimiento de esa formalidad (f. 15), que fue cumplida. El nuevo testimonio obra al folio 19, pero sin la firma del Inspector.

d) *Declaración de Jesús Ernesto Monsalve* (f. 11).

Fue recibida por el funcionario de policía mencionado. Por la razón ya anotada, se recibió una segunda declaración al testigo, obrante a folio 16. El Tribunal toma en cuenta la primera (f. 11). A la pregunta que dice: "Diga si es verdad y le consta, porque lo ha visto, que Nicanor Osorio trabajó en la finca de Lisandro Vásquez durante un lapso de 18 años seguidos?". Contestó: "No señor, no sé cuánto trabajó, sé que fue trabajador de don Lisandro, pero no sé cuánto tiempo".

e) *Declaración de Francisco A. Zapata* (f. 14).

Como la anterior, por la razón anotada, declaró dos veces ante el funcionario de policía. La primera, que el fallador estima, dice, en cuanto al tiempo servido: "Sé que vivió y trabajó (se refiere a Osorio) pero no recuerdo cuánto tiempo sería que trabajó el señor Nicanor con don Lisandro". "Trabajaba —dice el testigo— pero no sé cuántos días semanales, ni cuántos años trabajaría Nicanor con Lisandro". La segunda declaración (f. 17) no lleva la firma del funcionario receptor del testimonio.

Sobre las declaraciones de Monsalve y Zapata, el Tribunal hace estas consideraciones:

Los testigos manifestaron que Osorio sí había trabajado en la finca del demandado durante algunos días de la semana, ignorando el tiempo de la vinculación. El primero dice: "sé que fue trabajador de don Lisandro, pero no sé cuánto tiempo". Y el segundo expresa: "sé que vivió y trabajó pero no recuerdo cuánto tiempo sería que trabajó el señor Nicanor con don Lisandro".

El acusador censura la valoración que de los testimonios hace el Tribunal diciendo que fueron rechazados por ignorar las fechas de vinculación y desvinculación. El ataque así formulado, no demuestra nada contrario de lo que dicen los deponentes y lo que respecto de sus testimonios sostiene el Tribunal.

De otro lado, aunque el juicio del fallador haya sido errado, no por ello resultaría fundado el cargo, pues la Sala encuentra que no eran estimables, por estas razones: las rendidas por segunda vez lo fueron autorizadas por el funcionario comisionado que intervino en su recepción, como ya se anotó y lo hace presente el fallo de primer grado al decir que el Inspector, luego de recibir la comisión, "la ejecutó tan extrañamente que las actuaciones vinieron sin el respaldo de su firma", por lo cual decidió no tomarlas en cuenta; el delegado no practicó la prueba en audiencia, como lo ordena el Código Procesal del Trabajo (art. 42) ni consignó en la diligencia su apreciación sobre el mérito de los testimonios (art. 52 ibídem); y, por último, la delegación de jurisdicción en el proceso del trabajo, para la práctica de pruebas, debe confiarse a autoridad del orden judicial y no a funcionario de la rama política, al tenor del artículo 52 citado.

No le dio mérito el fallo acusado a la declaración de Emilio Vásquez, porque afirma haber trabajado para el demandado durante 18 años, incurriendo en contradicción, pues dice que Osorio empezó a trabajar en 1937, por lo cual si prestó servicios en 18 años "debió desvincularse en una fecha en que las acciones estarían prescritas, de acuerdo con la excepción alegada por la parte demandada".

La Sala observa que la crítica del recurrente no se refiere al concepto del fallador, pues no funda el rechazo del testimonio —como lo dice el cargo— en la imprecisión en cuanto a las fechas de ingreso y retiro del asalariado sino en consideraciones distintas.

Si bien no es aceptable para la Corte el razonamiento del fallador, pues no guarda relación con la premisa la consecuencia que le asigna, la declaración no es aceptable. En efecto: entre la fecha de ingreso al servicio (1937) y la de retiro

(1957) el tiempo transcurrido es el de 20 años y no el de 18. Aunque se admita error aritmético al deducir la diferencia, debilita el testimonio la afirmación de que durante 18 años el actor no faltó al trabajo un solo día, ya que una observación tan exacta no la hace persona alguna sin mediar intereses de importancia y valor apreciable, o, al menos, no la abona la experiencia. Además, el declarante fue trabajador del demandado durante 15 años, más o menos, contados hacia atrás desde octubre de 1959, esto es, desde 1944 y, sin embargo, asevera que Osorio inició el servicio en 1937, sin indicar las razones que le permitieron conocer la relación laboral entre las partes desde fecha anterior a la de su ingreso al inmueble del demandado.

El Tribunal no le dio valor alguno a la declaración de José Angel Vásquez, porque según informa Osorio trabajó en la finca del demandado durante 18 años seguidos, y, además, porque el testigo no da explicación alguna sobre los hechos que relata, limitándose a reproducir las preguntas del interrogatorio, y porque al tiempo de la declaración tenía 25 años de edad, circunstancia que no le permitía percibir y recordar con el debido discernimiento hechos que tuvieron ocurrencia cuando tenía cinco años.

Las objeciones del Tribunal, en concepto de la Sala, se amoldan a los principios que informan la crítica del testimonio. En efecto: el deponente hace afirmaciones sin acompañarlas de las debidas explicaciones, factor de importancia para llevar a la mente del juzgador el convencimiento de que se basan en la percepción personal y directa de los hechos, o, en otros términos, que la declaración es responsiva. Si se comparan las preguntas del interrogatorio con sus respuestas, se observa que, en lo esencial, repiten el contenido de aquéllas. Cuando la declaración se rinde en esa forma, la propia ley (art. 638 del C. J.) le ordena al Juez que no debe permitir la respuesta en tales términos. Aunque éste, en el proceso laboral, goce de libertad en la estimación de las pruebas, no puede desatender el precepto en referencia, pues consagra una regla de sana crítica, de general aceptación en doctrina, acogida por la jurisprudencia.

Al transcribir, en lo pertinente, la declaración del testigo, se vio que, bajo juramento, manifestó que tenía 25 años de edad. No es, pues, exacto que el declarante omitiera ese dato, ni, por consiguiente que, al aceptarlo, hubiera procedido el Tribunal con ligereza, como lo afirma el acusador. El rechazo del testimonio no se funda únicamente en la circunstancia de que el testigo relate hechos que dice haber presenciado cuando tenía cinco años de edad, sino también en otras razones, respecto de las cuales el cargo guarda silencio, y es bien sabido que para destruir la sentencia, deben desquiciarse todos sus fundamentos.

La declaración de Joaquín Emilio Vásquez, es igual, en términos generales, a la de José Angel Vásquez, con esta diferencia: como tiempo de servicios señala el de 17 años más o menos. En cuanto a la edad, habla de ella el Inspector de Policía, al iniciar la diligencia, no el declarante. La sentencia examina en conjunto los dos testimonios, desechando el de Joaquín Emilio con las mismas razones que presenta para desestimar el de José Angel.

Al respecto, observa la Sala: aceptando por vía de hipótesis que fue equivocado el juicio del *ad quem* al estimar la declaración de Joaquín Emilio Vásquez, cabría hacer consideraciones iguales a las que expuso al examinar los testimonios de Monsalve y Zapata, pues el funcionario comisionado para su recepción no autoriza con su firma la diligencia, de manera que la prueba, por tal motivo, constituye, procesalmente, un acto inexistente.

El fallo no rechaza las dos declaraciones mencionadas con el argumento de que los testigos carecían de imparcialidad, fundada en que adelantan pleitos contra el demandado sobre reconocimiento y pago de mejoras, como lo asevera el cargo, pues sobre el particular no contiene su parte motiva ninguna apreciación. Es la sentencia de primer grado la que hace mérito de tal circunstancia, por lo cual, no siendo ella objeto del recurso de casación, la Corte carece de facultad para hacer consideración alguna al respecto.

Por todo lo dicho el cargo no resulta fundado, y, en consecuencia, se desecha.

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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXTRA Y ULTRA PETITA. TECNICA DE CASACION. CONTUMACIA DEL PATRONO. INDEMNIZACION MORATORIA.

Requisitos necesarios para que el Juez laboral de primer grado pueda fallar extra y ultra petita. Técnica de casación con referencia al cargo de errónea interpretación de la ley. La contumacia del patrono para comparecer en juicio no implica mala fe. Qué efecto tiene el pago directo al trabajador, en vez de la consignación, de la suma que el patrono estima deberle. La norma que establece la indemnización moratoria sólo contempla deudas por salarios y prestaciones, no la de perjuicios por ruptura ilegal de contrato. Proporcionalidad entre el valor de lo consignado y el de lo realmente debido.

1. La Sala anota que la facultad concedida al Juez del primer grado para decidir extra y ultra petita, conforme a lo previsto en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, la condiciona el precepto al lleno de estos requisitos: que los hechos que les sirven de apoyo hayan sido discutidos en el juicio y que estén debidamente probados.

2. Si al concepto de falsa inteligencia de las normas que acusa, asocia el impugnador errores de hecho, incurre en defecto de orden técnico que hace inestimable el cargo, pues el motivo de casación alegado es extraño a toda consideración sobre cuestiones fácticas.

3. La contumacia de la empresa demandada durante el trámite del juicio, nada tiene que ver con la buena o mala fe patronal ni puede tomarse en cuenta para fijar el sentido de la previsión legal contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Si el patrono es contumaz y se abstiene de ejercitar medio alguno de defensa en el juicio, tal comportamiento puede depararle perjuicios si, por su inercia, el fallo le resulta adverso. Por lo demás la ley no le impone al demandado la obligación de defenderse, de manera que si resuelve no hacerlo, no puede verse en esa actitud incumplimiento de obligación alguna ni hecho constitutivo de mala fe, como lo entiende el impugnante.

4. Según documento obrante en el proceso el patrono pagó al trabajador, expirado el contrato, lo que estimó deberle por obligaciones emanadas del mismo. Si la consignación de su importe, al tenor del inciso segundo del mandato contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, libera al empleador de la sanción que establece el inciso primero, mediante la manifestación de que la suma consignada es la que confiesa deber, el pago directo al acreedor produce la misma consecuencia, salvo que en el juicio se demuestre el hecho de que lo pagado es suma ínfima, desproporcionada al monto real de las acreencias laborales. Si de la condena proferida por el Tribunal se deduce la relativa a perjuicios por lucro cesante, como es de rigor, ya que el artículo 65 sólo contempla deudas por salarios y prestaciones y no la de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, el valor de las deudas, en el presente caso, asciende a $ 2.739.30, cifra ésta que comparada con la consignada por el patrono ($ 2.218.72) da una diferencia de escasa importancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

El doctor Carlos A. Castillo, en escrito repartido al Juzgado 2º del Trabajo de Cartagena, obrando como apoderado de Vicente Buenahora Muñoz, promovió juicio ordinario contra la sociedad denominada "González & Vélez Limitada", representada por sus dos socios administradores, señores Henrique González y Jorge

Vélez M., para que por sentencia se declarara resuelto el contrato de trabajo que vinculó a su mandante con la sociedad y para que el patrono fuera condenado al tenor de estas súplicas: a) Perjuicios por ruptura ilegal del contrato, materiales y morales, en cuantía de $ 5.500.00; b) Reajuste del auxilio de cesantía (diferencia entre lo que el empleado recibió de la empresa y lo que ordena la ley) equivalente a la suma de $ 411.00; c) Reajuste por vacaciones, por no haber sido liquidadas en legal forma, en cuantía de $ 110.00; d) Los gastos de regreso de Cartagena a Bogotá, tanto del empleado como de sus familiares, por un valor de $ 1.449.00; e) El importe del aumento del salario a que el trabajador tenía derecho, el cual ascendió a la suma de $ 800.00; f) Los perjuicios resultantes de la indemnización por mora, y las costas del juicio. También solicitó que si las condenas suplicadas, hecha la liquidación conforme a la ley, arrojaban guarismos superiores a los indicados, se acogieran éstos.

De la extensa relación de hechos de la demanda, se destacan y resumen los fundamentales, así:

La sociedad "González & Vélez Limitada" celebró con Vicente Buenahora un contrato de trabajo, recogido en documento privado, suscrito el 3 de abril de 1957, en el cual se estipuló un período de prueba por 60 días, habiéndose obligado el empleado a prestar servicios personales a la compañía como Jefe del Taller de Refrigeración en Cartagena. El contrato no señaló término de duración y, en tal virtud, quedó sujeto al plazo presuntivo. El trabajador prestó sus servicios a la empresa hasta el 4 de julio de 1958, fecha en que ésta dio por terminada la relación de trabajo sin justa causa, pues no podía invocar la cláusula de reserva por no haber sido estipulada en la convención. A la fecha de la desvinculación, el actor devengaba un salario de $ 900.00, pero éste tenía derecho a una suma mayor, pues además del sueldo fijo el patrono se obligó a pagarle el 25% de las utilidades que produjera el Taller, que no le ha cubierto. Lo que el empleado recibió de la empresa por cesantía fue una suma inferior a la que por ley le corresponde, pues para liquidarla no se computó el valor de las primas de servicio ni el 25% de las utilidades del Taller. La suma recibida por Buenahora a título de compensación por vacaciones causadas y no disfrutadas, no era la que le correspondía, pues no se hizo la liquidación conforme la ley. Para prestar sus servicios, el demandante tuvo que trasladarse de Bogotá, lugar de su residencia, a Cartagena, acompañado de su familia, sin que la empresa le hubiera cubierto los gastos razonables causados por el viaje de regreso. Hasta el 30 de junio de 1957, el salario devengado por el empleado fue el de $ 800.00, sin haber recibido el aumento que ordena el Decreto 118 de 1957. Terminado el contrato, el patrono se negó a cancelar al empleado las obligaciones objeto de la demanda, no obstante habérselas reclamado.

En derecho las pretensiones se fundan en los artículos 64, 65, 249, 186, 189, 22, 23, 47, 48, 49, 57-8º y 66 del Código Sustantivo del Trabajo y en el Decreto 118 de 1957.

Corrido el traslado de la demanda, no fue contestada por la sociedad. Se apersonó en el juicio durante su trámite, al celebrarse la cuarta audiencia.

Clausuró la relación de primer grado la sentencia de fecha 12 de septiembre de 1959, la cual condena a la sociedad demandada a pagar al actor (numeral primero) lo siguiente:

a) Por salarios del plazo presuntivo .....$	1.450.00
b) Por auxilio de cesantía	91.68
c) Por primas de servicio	1.025.00
d) Por vacaciones	50.00
e) Por aumento de salario (10%)	880.00
f) Por gastos de regreso del trabajador y su familia	1.399.30
g) Por salarios caídos	12.840.00
Total .....$	17.735.98

Por el numeral segundo la condena al pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de la suma señalada en el numeral precedente; y por el tercero le impone las costas del juicio.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Laboral, con fecha 22 de enero de 1960, dirimió la litis en estos términos: Revoca las condenas del fallo del *a quo* por cesantía y salarios caídos (numeral 1º); reforma la relativa a primas de servicio, que reduce a la cantidad de $ 40.00 (numeral 2º); reforma la condena por gastos de regreso del trabajador y su familia a Bogotá, aumentándola a la suma de $ 1.409.30 (numeral 3º); confirma el fallo apelado en las condenas por salarios del plazo presuntivo, vacaciones y aumento de la asignación (numeral 4º). Se abstiene de la condena en costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido por el Tribunal. Elevados los autos a esta Superioridad, fue admitido por ella el recurso, que oportunamente for-

ralizó la parte demandante; la Sala declaró desierto el de la parte demandada por no haberlo sustentado. Agotada la tramitación de rigor, se pasa a decidir el recurso con vista en la demanda del actor.

EL RECURSO

Persigue la quiebra de la sentencia del *ad quem* y la confirmación en instancia de la proferida por el Juzgado *a quo*. Con todo, la impugnación se encamina a la casación parcial de aquélla en cuanto a primas de servicio, para que, sobre el punto, se confirme el fallo de primer grado, y a que, en lo referente a cesantía e indemnización por mora, respecto de las cuales el Tribunal absuelve, se acojan las condenas contenidas en la decisión de primera instancia.

Alega la primera causal de casación, y con base en ella formula tres cargos, que se estudian en su orden.

Primer cargo.

Prima de servicio.

Violación de los artículos 306 y 195 del Código Sustantivo del Trabajo, provenientes de error de hecho y de derecho, pues el Tribunal "omitió considerar pruebas que obran en el expediente o hizo una apreciación equivocada de ellas".

Dice el recurrente al motivar el cargo:

El Tribunal redujo a $ 40.00 la condena que por $ 1.025.00 hizo el fallo del Juzgado por concepto de prima de servicio, para lo cual tuvo en cuenta el informe del contador de la empresa en la inspección ocular, según el cual la contabilidad en Cartagena comenzó a llevarse desde enero de 1958, y en el tiempo anterior, en la oficina principal de Bogotá, por lo cual no se pudo establecer si las primas de servicio del actor en 1957 fueron o no canceladas, "y no puede afirmarse que la empresa incumplió esta obligación legal sin demostrarlo".

No se constató, alega el cargo, en la inspección judicial, el servicio prestado en 1957, pero el fallador no tuvo en cuenta que el tiempo laborado por el trabajador comprende el período del 3 de abril de 1957 al 4 de julio de 1958, como lo acredita la declaración de Marco A. Mesías, contador de la sociedad (f. 58), el certificado de su representante (f. 11) y la liquidación de prestaciones sociales hecha por el patrono (f. 12), de la cual tomó nota la inspección judicial. El Tribunal no apreció las pruebas relacionadas y estimó erróneamente la inspección, pues probada la etapa de servicios, era al demandado y no al demandante a quien correspondía demostrar que había pagado la prima en su totalidad y en legal forma.

Segundo cargo.

Auxilio de cesantía.

Violación del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo y del 6º del Decreto 118 de 1957, por errónea interpretación.

En apoyo del cargo dice el recurrente que la sentencia del *ad quem* halla correcta la liquidación de la empresa, porque el decreto citado congeló la cesantía de trabajadores particulares en 30 de junio de 1957, sin condicionarla al aumento de salarios. La interpretación —agrega— es equivocada, pues no se puede fijar su alcance "con el criterio de quitar al trabajador tres meses de servicio", habiendo laborado quince. La congelación tuvo por fin evitar que en la liquidación de prestaciones sociales se incluyera el aumento del 10%, pero el Juzgado no lo incluyó, sino que adoptó para el cómputo el sueldo de $ 900.00, último devengado por el actor, como lo dispone el artículo 253 del Código, de tal manera, "que en nada se afectó con ello lo ordenado en el 6º del Decreto de 1958".

Tercer cargo.

Indemnización moratoria.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por errónea interpretación, "y errores de hecho en la apreciación de las pruebas que obran en el expediente".

Para demostrar el cargo, dice el impugnador:

Al terminar la sociedad el contrato sin justa causa, como está probado en el juicio, canceló en forma deficiente los salarios y prestaciones sociales del trabajador, según resulta de estos hechos: la prima de servicio la pagó en parte, sin imputar todo el tiempo servido (15 meses); se abstuvo de cubrir el aumento del salario, ordenado por el Decreto 118 de 1957, desatendiendo el reclamo que a nombre del actor le hizo el doctor Carlos A. Castillo; incurrió en contumacia, pues le fue indiferente el juicio durante una larga etapa. El pago parcial de prestaciones hecho por la empresa no se ajusta a la buena fe en que se inspira el artículo 65-2º, de manera que al proceder así obró de mala fe, confirmada con su renuencia en presentarse al juicio, por lo cual no puede ser exonerada de la responsabilidad por mora, ya que no pagó las

prestaciones sociales completas y el aumento del salario. Si se acepta que canceló de buena fe lo que la sociedad creyó deber por prestaciones y que el error en su liquidación encuentra amparo en dicho principio, no se puede decir lo mismo en relación con el aumento del salario, pues la deuda al respecto no fue satisfecha. En los términos anteriores refuta el cargo el razonamiento del fallo recurrido en cuanto estimó que no era del caso imponer a la sociedad demandada la sanción de que trata el artículo 65.

Consideraciones de la Corte:

1. En relación con primas de servicio, lo que el Tribunal sostiene es que en la diligencia de inspección judicial no se acreditó si las correspondientes al año de 1957 fueron o no canceladas y que, por tanto, no puede afirmarse que la empresa incumplió la obligación de cubrirlas sin la demostración del hecho. No ataca el recurrente esa apreciación de la sentencia en su integridad, pues entiende que para no acoger la súplica sobre condena al pago de la prestación causada en el año mencionado, desconoció la totalidad del tiempo de servicio (3 de abril de 1957 a 4 de julio de 1958) acreditado con las pruebas de que hace mérito, extremo que el fallador no niega y que, por el contrario, acepta, como aparece de este pasaje de su providencia: "Se ha demostrado la existencia del contrato de trabajo entre las partes, que tuvo operancia a partir del día 3 de abril de 1957 y hasta el día 4 de julio de 1958, con la declaración de los testigos y con las pruebas documentales consistentes en el contrato escrito (fs. 8 y 9) y la carta de despido (f. 10)".

2. No es el caso de examinar, en cuanto a la obligación sobre pago de primas de servicios, si la carga de la prueba corresponde al actor o al demandado, por estas razones: la demanda inicial no pide el pago de primas de servicio, ni siquiera su reajuste, no la mencionan los hechos que dicha pieza relaciona, ni la norma que consagra la prestación aparece entre las que el actor invoca como fundamentos de derecho. La condena al respecto del Juzgado *a quo*, acogida por el *ad quem* en cuanto al reajuste por el año de 1958, fue oficiosa. Si para ello el Juez tenía facultad legal, no era razonable suponer que una pretensión no deducida, que de acuerdo con el artículo 306 del Código se causa y paga durante la ejecución del contrato, se hallaba insoluta y era el caso de condenar a su pago. La Sala anota que la facultad concedida al Juez del primer grado para decidir *extra* y *ultra petita*, conforme a lo previsto en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, la condiciona el precepto al lleno de estos requisitos: que los hechos que les sirven de apoyo hayan sido discutidos en el juicio y que estén debidamente probados. No fue discutida en el proceso la cuestión relativa al pago de primas. De la inspección judicial (fs. 49 a 51) dedujo el Juzgado que la prestación por el año de 1957 no había sido cubierta, pues sólo registra el pago por el tiempo servido en 1958, sin tomar en cuenta que los libros examinados en la diligencia, abiertos en 1958, según informe del contador, consignado en el acta, no podían dar testimonio de operaciones anteriores a ese año. La indiferencia del Juzgado le da pie al recurrente para sostener que la obligación de que se trata no fue cubierta, y, por tanto, procede el decreto de reconocimiento y pago tanto de ella como del reajuste. Con el mismo criterio habría podido el *a quo* condenar al pago de los salarios devengados por el actor en el período de servicios de 1957, pues el acta de inspección ocular sólo registra la cancelación del sueldo de enero a junio de 1958. Si no produjo la condena debió ser por haber estimado que el *petitum* de la demanda inicial no lo solicita. Si la situación respecto de primas es igual, en sana lógica la solución ha debido ser la misma. Es apenas elemental que respecto de un derecho inexistente, sobre toda consideración relacionada con la carga de la prueba. En resumen: la condena al pago tanto de las primas de servicio como del reajuste, fue hecha sin fundamento legal; siendo esa la realidad procesal, el ataque por infracción del artículo 306 del Código, a causa de error de hecho por equivocada estimación de la prueba de inspección judicial, no es conducente.

3. Alega el cargo error de derecho, sin demostrarlo, motivo suficiente para no tomar en cuenta el reparo sobre el particular, ya que, conforme a la ley orgánica del recurso en examen, no basta afirmar el yerro sino que deben expresarse las razones que lo acreditan. En cuanto a la violación del artículo 195 del Código, el impugnador se limita a enunciarla, sin expresar los fundamentos de la afirmación. Al respecto cabe hacer observación idéntica a la expuesta a propósito del error de derecho.

4. En su desarrollo asocia el segundo cargo al concepto de falsa inteligencia de las normas que acusa, errores de hecho, defecto de orden técnico que lo hace inestimable, pues el motivo de casación alegado es extraño a toda consideración sobre cuestiones fácticas. Pero, prescindiendo de tal defecto, la Sala observa que no hay conformidad entre lo que el impugnador afirma y lo que sostiene la sentencia, pues para ésta fue correcta la liquidación de la cesantía hecha por

el patrono (f. 12). Divide aquélla el período de servicios en dos etapas así: una de abril 1º a junio 30 de 1957, y la otra del 1º de julio siguiente en adelante (12 meses). De tal operación no resulta el recorte de tres meses al tiempo servido, como lo asevera el impugnante, pues da un total de quince, que fue el laborado por el actor, como el propio cargo lo asevera. Ahora, si para la liquidación, del 1º de julio de 1957 al 4 de julio de 1958, fecha de expiración del contrato, ha debido tomarse, no el salario contractual ($ 500.00 al mes) sino esa cifra más el aumento legal (10% según el Decreto 118 de 1957, artículo 1º), que parece ser la orientación del cargo, la Sala anota que, en vista de la falla apuntada, no es el caso de examinar la acusación por este aspecto.

5. El último cargo presenta también defectos de orden técnico, pues la errónea interpretación del artículo 65 del Código la funda, no sólo en el pago parcial de la prima de servicio y en la existencia de una deuda insoluta por aumento del salario al expirar el contrato, sino en la contumacia del actor durante el trámite del juicio. Observa la Sala que, la última consideración nada tiene que ver con la buena o mala fe patronal ni puede tomarse en cuenta para fijar el sentido de la previsión legal. Si el patrono es contumaz y se abstiene de ejercitar medio alguno de defensa en el juicio, tal comportamiento puede depararle perjuicios si, por su inercia, el fallo le resulta adverso. Por lo demás, la ley no le impone al demandado la obligación de defenderse, de manera que, si resuelve no hacerlo, no puede verse en esa actitud incumplimiento de obligación alguna ni hecho constitutivo de mala fe, como lo entiende el impugnante. De otro lado, conviene advertir que la acusación no ataca la razón cardinal que adujo la sentencia para no dar aplicación al artículo 65, según la cual, "el patrono pagó oportunamente las prestaciones que creyó deber, como consta en el finiquito que aparece al folio 12". Por consiguiente, si fue equivocado el argumento del fallador, tendría por base la prueba mencionada. Trataríase entonces, no de falsa inteligencia del precepto sino de fenómeno distinto, el de su infracción de modo indirecto, derivada de error de hecho en la estimación de dicha prueba.

6. Conviene anotar que la contumacia del demandado hasta la cuarta audiencia de trámite, sin incidencia en el contenido de la norma, la menciona el Tribunal para decir que en ella no incurrió la sociedad, ni por tanto, sirve de apoyo a la mala fe que le atribuye el acusador. Por último, aun dejando de lado el defecto en la formulación del cargo, no demuestra infracción de la norma pretendida por errónea interpretación. En efecto, el documento del folio 12 acredita que el patrono pagó al trabajador, expirado el contrato, lo que estimó deberle por obligaciones emanadas del mismo. Si la consignación de su importe, al tenor del inciso segundo del mandato libera al empleador de la sanción que establece el inciso primero, mediante la manifestación de que la suma consignada es la que confiesa deber, el pago directo al acreedor produce la misma consecuencia, salvo que en el juicio se demuestre el hecho de que lo pagado es suma ínfima, desproporcionada al monto real de las acreencias laborales. Si de la condena del *ad quem* se deduce la relativa a perjuicios por lucro cesante, como es de rigor, ya que el artículo 65 sólo contempla deudas por salarios y prestaciones y no la de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, el valor de las deudas asciende a $ 2.739.20. Comparada esta cifra con la consignada por el patrono ($ 2.216.72), la diferencia es de escasa importancia.

Consecuencia de las anteriores consideraciones es la de que ninguno de los tres cargos prospera.

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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

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.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

Quien no apela el fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segundo grado confirmatorio de aquél.

La negativa del Tribunal para no haber concedido el recurso de casación se basa, en síntesis, en que la firma comercial demandada no apeló del fallo de primera instancia desfavorable parcialmente a sus intereses, lo que estimó el fallador de segundo grado como falta de interés jurídico para recurrir en casación al aceptar o consentir tácitamente las condenas impartidas en su contra por el juez a quo. El mandatario judicial de dicha parte recurrente, con el objeto de que se concediera el recurso, expuso ante el Tribunal, como fundamento de su pretensión, que "el interés de la parte recurrente existe, toda vez que el fin principal de la casación es el de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo al tenor del artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. El agravio que a la parte o partes pueda haberse inferido con la sentencia de segundo grado es finalidad secundaria del recurso de casación".

Sobre el particular y para confutar los argumentos aducidos por el recurrente, esta Sala de la Corte estima necesario transcribir jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que ahora mantiene y reitera, cuya parte sobresaliente reza:

"Si bien es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines primordiales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 518 del Código de Procedimiento Civil, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarlo" (G. J., T. XLIV, página 463). "Esta doctrina de la Corte no es sino una refrendación de unas similares que sentó en los años de 1917 y 1923, según se cita en la jurisprudencia cuya parte sustancial acaba de transcribirse. En ésta misma fue muy explícita la Corte cuando dijo 'Como las únicas personas a quienes se concedió el recurso, carecen de acción para acusar la sentencia del Tribunal por cuanto no apelaron de la proferida por el juez de primera instancia, es forzoso declarar inadmisible dicho recurso en vista de que no fue interpuesto por persona hábil, como lo exige el artículo 523 del Código Judicial'."

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veinte de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ordenó compulsar las copias que estimó pertinentes el apoderado judicial de la parte demandada "La Casa del Cuero, Ltda.", y cuya solicitud formuló con el fin de sustentar el recurso de hecho ante la Corte, en el juicio laboral incoado por el demandante Cornelio Fernández Franco. Tal recurso fue impetrado a causa de que el citado Tribunal no accedió a reponer el auto denegatorio del recurso de casación que se interpuso contra el fallo de segunda instancia fechado el 12 de julio de 1961, el cual resolvió el recurso de apelación que propuso únicamente el mandatario judicial de la parte actora contra la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado Sexto

laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 3 de mayo de ese mismo año, de carácter parcialmente condenatorio y que fue confirmado por el Tribunal.

Esta Superioridad, con base en las referidas copias, procede a resolver sobre la concesión del recurso extraordinario de casación, teniendo en cuenta que la parte recurrente lo sustentó dentro de la debida oportunidad y se allegaron las correspondientes piezas procesales.

SE CONSIDERA:

La negativa del *ad quem* para no haber concedido el recurso de casación se basa, en síntesis, en que la firma comercial demandada no apeló del fallo de primera instancia desfavorable parcialmente a sus intereses, lo que estimó el fallador de segundo grado como falta de interés jurídico para recurrir en casación al aceptar o consentir tácitamente las condenas impartidas en su contra por el *a quo* en el proveído antes singularizado.

El mandatario judicial de dicha parte recurrente, con el objeto de que se le concediera el recurso, expuso ante el Tribunal como fundamento de su pretensión, de que "el interés de la parte recurrente existe, toda vez que el fin principal de la casación es el de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo al tenor del artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. El agravio que a la parte o partes pueda haberse inferido con la sentencia de segundo grado es finalidad secundaria del recurso de casación". En apoyo de esta misma razón y ante esta Sala, en el memorial sustentatorio, transcribe doctrina de varios tratadistas y jurisprudencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Corporación.

Sobre el particular y para confutar los argumentos aducidos por el recurrente, esta Sala de la Corte estima necesario transcribir jurisprudencia del mencionado Tribunal Supremo del Trabajo que ahora mantiene y reitera, cuya parte sobresaliente reza:

"Si bien es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines primordiales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del Código de Procedimiento, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquel porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarlo". (G. T., T. XLIV, pág. 462).

"Esta doctrina de la Corte no es sino una reiteración de otras similares que sentó en los años de 1917 y 1923, según se cita en la providencia cuya parte sustancial acaba de transcribirse. En esta misma fue muy explícita la Corte cuando dijo: 'Como las únicas personas a quienes se concedió el recurso, carecen de acción para acusar la sentencia del Tribunal por cuanto no apelaron de la proferida por el juez de primera instancia, es forzoso declarar inadmisible dicho recurso en vista de que no fue interpuesto por persona hábil, como lo exige el artículo 528 del Código Judicial'."

Es decir, que esta Superioridad además de hallarse de acuerdo con la transcripción en cita cuyo fondo o sentido considera aplicable al caso de autos, comparte los puntos de vista del Tribunal sentenciador para no haber otorgado el recurso extraordinario ya que se hallan ajustados a la realidad procesal.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, declara bien denegado el recurso de casación propuesto por el apoderado judicial de la parte demandada y única recurrente "La Casa del Cuero, Ltda.", contra la sentencia de fecha 12 de julio de 1961.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal de origen para que conste en autos y archívese el expediente.

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.

INDEBINIZACION POR FALTA DE PAGO. REFORMATIO IN PEJUS. TECNICA DE CASACION. PRUEBA DE INDICIOS.

Circunstancias en las cuales la buena fe exime al patrono de la sanción moratoria. Sin un perjuicio notorio para el apelante, no hay reformatio in pejus. Técnica de casación referida a la violación indirecta de la ley. Amplia libertad del juzgador en la apreciación de la prueba indiciaria y técnica de casación referida a la misma prueba. Aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

1. Ha tomado en cuenta la jurisprudencia la buena o mala fe patronal para eximir al empleador de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando en el juicio se abstiene de cubrir las obligaciones a que se refiere dicho texto, alegando la inexistencia de la relación laboral, siempre que al proceso aporte pruebas que así lo demuestren. No es este el caso de autos, pues la respuesta al libelo inicial no negó la existencia del contrato, limitándose a exigir su demostración. De otro lado, el vínculo jurídico, consignado por escrito fue reconocido por el demandado en su contenido y firma; sabía, pues, con toda certeza, que había estado ligado al demandante por un contrato de trabajo. Tanto, que surtido el debate probatorio en primera instancia, consignó ante el Juez del conocimiento, a órdenes del actor, cierta suma de dinero para el pago de deudas.

2. El vicio procesal de la reformatio in pejus, esto es, la decisión con agravio del único apelante, debe resultar de la confrontación entre la decisión de primer grado y la de segundo, y exige que de ella aparezca, de manera indudable, un perjuicio cierto y determinado, no simplemente probable o posible. Cuando la condena se refiere a prestaciones en cifras numéricas, como ocurre en el caso de la litis, el agravio debe estar representado en un guarismo. Si, por ejemplo, el único apelante fue condenado al pago de $ 1.000 y el segundo grado aumenta la cuantía a $ 2.000.00, surge de bulto el exceso en la decisión y, de consiguiente, el agravio del vencido parcial.

Examinados con el debido detenimiento los argumentos de la presente acusación se ve que el cargo no demuestra un perjuicio cierto y concreto, sino la posibilidad de su ocurrencia. Plantea una hipótesis que en el terreno de los hechos puede cumplirse o no tener realización. Si la condena en abstracto hecha por el Juzgado a quo, traducida a números, es más favorable al demandado que la adoptada por el Tribunal (quien la reemplazó por una condena líquida), el cargo ha debido reducir a cifras la primera y ejecutar la misma operación respecto de la segunda, mostrando el desequilibrio entre las dos operaciones. De todos modos, cuestión cardinal era poner de manifiesto que para el único apelante resultaba lesivo de sus intereses el cambio de la condena in genere por el adoptado en la sentencia acusada.

3. Al hecho establecido en el proceso de que el demandado no pagó el salario estipulado en el contrato durante el tiempo servido, opone el Tribunal un hecho extintivo, el de pago, que deduce de presunciones simples. En vista de que la conclusión al respecto la infiere el ad quem de indicios, con fundamento en cláusulas del contrato de trabajo y, según parece, de la prueba testimonial, sostiene el opositor que el cargo no es viable por violación directa sino indirecta, a través de errores en la estimación probatoria.

Para la Sala es aceptable el reparo del opositor. Ha sido jurisprudencia constante, tanto de la casación civil como de la del trabajo, que a la quiebra de la sentencia no se llega si no se destruyen todos sus fundamentos. Cuando és-

tos se hasan en pruebas allegadas al proceso, el ataque no es viable por vía directa sino indirecta, a través de error evidente de hecho o de derecho, por mala estimación de una prueba o por su falta de apreciación. El demandante-recurrente tacha de ilógica la apreciación del ad quem al deducir el pago del salario de simples presunciones. Si era su parecer, ha debido combatir el juicio del fallador, demostrando error de hecho evidente en su actividad probatoria.

4. Ninguna prueba como la de indicios demanda libertad de apreciación en el juzgador, ya que estriba, primordialmente, en operaciones lógicas, en actos de inteligencia, sustraídos, en principio, de toda crítica. Sobre el punto la casación civil tiene recibida esta doctrina, acogida por la casación laboral: "Los artículos 664 y 665 del Código Judicial, reguladores del mérito probatorio de los hechos indiciarios, dejan al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; dichas normas introducen pautas o limitaciones a la persuación judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios. Cuando el juzgador, lejos de transgredir esos mandamientos, deseche el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera, porque la operancia afirmativa de esas normas está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente..." (Sentencia, 10 de junio de 1948, LXIV, 441, y 7 de marzo de 1952, LXXI, 873). No escapa al control de la casación el criterio del ad quem en la estimación de la prueba de indicios, si incurre en error de hecho evidente, pero para ello se requiere que se alegue y demuestre por la vía técnicamente adecuada, que no es la de la violación directa de la ley, escogida por el recurrente.

5. Sostiene uno de los cargos formulados en la demanda del trabajador, que la sentencia del Tribunal incurrió en violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, al tomar como fecha inicial de la condena por salarios caídos el día de la contestación de la demanda y no la fecha en que el contrato terminó. Agrega que la sentencia en sus consideraciones le da al precepto la significación verdadera, ya que expresa que tales salarios se deben desde la expiración del vínculo. Tal es la interpretación correcta del mandato, pero el fallador la desconoce porque toma como fecha de la mora la de la notificación del auto admisorio de la demanda, para lo cual expone estos argumentos: en el juicio no hay constancia de que el trabajador le hubiera reclamado sus prestaciones al patrono, dejando transcurrir algún tiempo para hacerlo, sabiendo que la demora le proporcionaba una ganancia; estima por lo tanto el fallador que lo equitativo y justo es que la condena a salarios caídos se haga desde el 10 de octubre de 1958, que fue cuando el demandado tuvo noticia de las pretensiones del actor. Confuta el cargo el razonamiento anterior diciendo que conforme a la jurisprudencia, la sanción corre no desde cualquier fecha sino al terminar el contrato. Concluye la acusación expresando que aun cuando el Tribunal tuvo una clara noción del sentido de la norma, la aplicó indebidamente limitando sus efectos.

La Sala examina el cargo: Es evidente, como lo sostiene el acusador, que el Tribunal violó el artículo 65 por aplicación indebida, ya que, no obstante haberlo entendido rectamente, le impidió producir todas las consecuencias queridas por la norma, recortando su vigencia en el tiempo, pues si el contrato terminó el 24 de julio de 1957, la sanción por mora comenzaba a regir desde la fecha de su extinción, como lo ha sostenido de manera uniforme la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

El apoderado de José Manuel Arbeláez promovió juicio ordinario contra Santiago Guzmán Varón ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, para que previos los trámites de rigor fuera condenado en sentencia definitiva a pagar a su mandante: a) La suma de $ 8.400.00 por salarios; b) La de $ 1.400.00 por cesantía y primas de servicio; c) La de $ 850.00 por vacaciones; d) La indemnización por mora; y e) Las costas del juicio. Subordina la cuantía de las deudas fijadas en cifra numérica a lo que se pruebe en el proceso, en súplica subsidiaria.

Refiere la demanda que Arbeláez y Guzmán celebraron un contrato, suscrito en Armenia el 24 de julio de 1950, por medio del cual aquél se obligó a administrar varias fincas de propiedad de Guzmán con cultivos de café, plátano y pastos, provistas de casas de habitación, situadas en el Municipio de Pijao. El tiempo

señalado para la duración del contrato fue el de un año, y el salario convenido para retribuir los servicios del administrador, el de $ 700.00. El empresario no ha pagado al trabajador el salario pactado ni las prestaciones sociales causadas.

Como fundamentos de derecho cita los artículos 37, 39, 45, 65, 249, 306 y concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda niega que el patrono no hubiera cubierto el salario y prestaciones que el actor reclama, exigiendo la prueba de los demás hechos. Se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y en su defensa hizo valer estas excepciones: carencia de derecho, pago, incumplimiento del contrato o su cumplimiento incompleto y la que denomina genérica.

Trabada la relación procesal en los términos expuestos, y agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento resolvió la litis por sentencia del 1º de abril de 1959. El fallo condena a Guzmán Varón a pagar al demandante Arbeláez, lo siguiente: a) $ 8.400.00 por salarios; b) $ 1.400.00 por cesantía y primas de servicios; y c) $ 350.00 por vacaciones (numeral 1º); al pago, en abstracto, de la cantidad que corresponda, regulada mediante el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial, a título de indemnización moratoria (numeral 2º); y a las costas del juicio (numeral 3º).

De la anterior providencia apeló únicamente la parte demandada. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, en sentencia del 30 de enero de 1960. Por medio de ella (numeral 1º) acoge la del *a quo* en los literales b) y c) de su numeral 1º (condenas por cesantía, primas de servicio y vacaciones) cuyo importe es la suma de $ 1.750.00; lo absuelve de la petición sobre pago de salarios y de los demás cargos de la demanda (numeral 4º). Modifica lo resuelto por el fallador de primer grado en el numeral 2º de su decisión, pues en vez de la condena en abstracto recaída a la súplica sobre indemnización moratoria, opta por la de pago al acreedor de la cantidad de $ 23.33 diarios, desde el 10 de octubre de 1955 hasta que el deudor pague al demandante el valor de las sumas debidas por prestaciones sociales (numeral 5º). Declara probada parcialmente la excepción de pago hasta por $ 250.00, expresando que el valor de la condena líquida queda reducido a $ 1.500.00; declara improcedente la excepción de carencia de derecho y no probada la de contrato no cumplido (numerales 2º y 3º). Absuelve a los litigantes de las costas en el segundo grado.

Contra el fallo del *ad quem* interpusieron ambas partes el recurso de casación, que les fue concedido. Enviados los autos a esta Superioridad, fue admitido aquí el recurso que, preparado debidamente, se pasa a decidir.

LA DEMANDA DEL PATRONO

Pide la casación parcial del fallo del *ad quem* en cuanto a la condena a indemnización por mora y, en subsidio, su modificación para que, en instancia, confirme la Corte lo resuelto por la sentencia del *a quo*.

La primera súplica tiene por base la causal primera de casación; funda la subsidiaria en la segunda.

1. *Causal primera.*

Primer cargo.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, a través de infracción directa del 1616, inciso 2º del Código Civil.

Dice el recurrente en sustentación del cargo:

Es hecho demostrado en el juicio con prueba testimonial, como lo sostiene el *ad quem* que, debido a la situación de violencia reinante en el lugar en que tuvo ocurrencia el acto jurídico, el demandado se vio obligado a contratar los servicios del actor para la administración de sus fincas, y fue esa situación una de las causas para la celebración del contrato. El hecho en referencia es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, e incide en cualquier controversia relacionada con la celebración, ejecución y conclusión del contrato, y es tan grave su repercusión en los negocios jurídicos que el legislador tuvo que expedir una ley, la 201 de 1959, conforme a la cual viciam el consentimiento los contratos celebrados en tan adversas circunstancias. Sentada esa premisa, arguye que si la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito libera de la indemnización de perjuicios, conforme al artículo 1616, inciso 2º del Código Civil, el *ad quem* aplicó indebidamente el 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque dicho fenómeno produce el mismo efecto en el derecho del trabajo. En consecuencia, no ha debido condenar al patrono a la sanción establecida en la segunda de las citadas normas. Agrega que no valdría alegar en contrario el hecho de que la mora de que habla el artículo 1615 del Código Civil sea diferente de la que regula el artículo 65 del Código

Sustantivo del Trabajo y que, por tanto, no es aplicable en el proceso del trabajo el artículo 1616, inciso 2º del primero de esos códigos, porque las diferencias, que se refieren a la cuantía del perjuicio y a la prueba, no impiden que desaparezca, en uno y otro régimen legal, la obligación de indemnizar perjuicios como consecuencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.

El opositor rebate el cargo diciendo que trae al debate una cuestión que no fue materia de controversia en las instancias del juicio, pues la fuerza mayor o caso fortuito constituye excepción perentoria que en su debida oportunidad no fue propuesta; que el cargo no está bien planteado por violación directa, porque lleva a considerar un aspecto de hecho, como se infiere de la definición que del caso fortuito o fuerza mayor da el artículo 1º de la Ley 95 de 1890. En el presente juicio pretende el acusador que la violación sirve de excusa para incumplir una obligación legal, alegación que no es de recibo en el derecho laboral ni en el civil, porque según doctrina que cita de la Corte, Sala de Casación Civil "ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual", pues la fuerza mayor no es una clasificación mecánica de acontecimientos, sino que debe ser examinada a través de diversos factores, como éstos: no ser imputable al deudor, ni haber ocurrido por su culpa; ser irresistible, en el sentido de haberle impedido en absoluto ejecutar la obligación, y haber sido imprevisible, es decir, que no haya podido el deudor precaverse de ella. Anota que no se trata de obligación contractual sino legal, respecto de la cual no tiene aplicación la teoría del recurrente; que el contrato entre las partes terminó por vencimiento del término estipulado, no por fuerza mayor debida a la violencia; y que al momento de su extinción es cuando surge la obligación de pagar salarios y prestaciones sociales, incumplida por el demandado.

Segundo cargo.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

Lo inicia el acusador diciendo que coloca también como premisa mayor la situación de violencia a que alude en el cargo anterior, y que amparándose en la interpretación que la Sala de Casación Laboral ha venido reiterando en varias providencias, que el impugnador no comparte, manifiesta que el *ad quem* no tuvo en cuenta la mencionada situación, dentro de la cual se desarrolló el contrato. Si el artículo 65 debe aplicarse mediante examen de la buena o mala fe en la conducta del demandado y con criterio de equidad, no es posible aplicar con el mismo rigor la norma al empresario que al terminar la relación de trabajo no paga o consigna el valor de las prestaciones del trabajador, y al dueño de inmuebles situados en una región de extrema violencia, que, por tal causa se ve obligado, como lo reconoce el fallador, a contratar los servicios de su administrador, que después de gozar de la confianza del mandante y manejar sus dineros, deja correr más de dos años para presentar el reclamo judicial contra el patrono, logrando así un enriquecimiento injustificable. Si la Corte hubiera aceptado la tesis que el acusador ha expuesto ante ella en varias oportunidades, según la cual la condena a la indemnización moratoria debe pronunciarse en todos los casos en que se demuestre la existencia del contrato y se haya producido la mora, sin consideraciones subjetivas y sin que haya lugar a analizar las circunstancias especiales del caso litigioso, no formularía la acusación propuesta, pero que, como ha subsistido el criterio subjetivo, debe ser acogido, para evitar que se produzca un indebido enriquecimiento en favor del demandante. Expresa el recurrente, al concluir el cargo, que lo presenta para el caso de que no prospere el anterior.

El opositor, en la respuesta al cargo, dice que utiliza la situación de violencia que alega para convertirla en factor de buena fe patronal, y manifiesta al respecto que los fallos de instancia no estimaron que el demandado hubiera obrado de mala fe, condenándolo sin embargo a la indemnización por mora; que si a tal conclusión llegaron y el recurrente no halla correcta su convicción, ha debido atacar ésta por errores de hecho o de derecho en la estimación probatoria, extremos sobre los cuales guarda silencio. Pero si de lo que se trata es de mala interpretación de la norma, no es viable el cargo, porque lo probado en el juicio fue que el patrono no pagó al empleado los sueldos y prestaciones debidos al terminar el contrato, y aunque pretendió exonerarse de la sanción legal acudiendo a la consignación de una suma ridícula (f. 43) no logró, a juicio de los falladores de instancia, librarse de la condena por salarios caídos; que tampoco consiguió tal propósito la segunda consignación de que da cuenta el certificado acompañado a la demanda de casación.

SE CONSIDERA:

a) El primer cargo alega, como motivo eximente de la responsabilidad del patrono al pago

de la indemnización por mora, la fuerza mayor o el caso fortuito, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 1616, inciso 2º del Código Civil. Como hecho determinante de la nombrada figura jurídica señala la situación de violencia y de alteración del orden público dominante en el lugar en que se desarrolló el contrato.

b) La Sala considera fuera de lugar la censura contra la decisión del *ad quem*, entre otras razones por las que pasa a exponer: según la norma del Código Civil que el cargo acusa como violada (art. 1616, inciso 2º) "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios". Trátase de retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación pactada en el contrato. Ahora bien: no alega el cargo ni en el juicio está demostrado, que el trabajador hubiera incurrido en mora en la prestación personal de sus servicios al patrono, pues según la prueba testimonial de que habla la sentencia, aquél rindió la labor durante el término estipulado en el contrato, o sea el de un año (cláusula sexta), iniciado el 24 de julio de 1956 y concluído en julio de 1957. Lo dice claramente en este pasaje de su motivación: "En resumen, el tiempo de la administración por parte del demandante se extendió, según los testigos, de julio de 1956 al mismo mes de 1957". Alude la sentencia a la alteración del orden público como motivo que indujo al demandado Guzmán a contratar los servicios de Arbeláez, y, además, como causa de perturbación en el ejercicio de sus funciones. Dice en efecto el Tribunal: "Las declaraciones de los testigos son acordes al afirmar que debido a la violencia que se presentó en el Corregimiento de El Tolrá, Municipio de Pijao, el señor Santiago Guzmán se vio imposibilitado para ejercer sobre sus aparceros vigilancia y control directos, por lo cual contrató los servicios de José Manuel Arbeláez para que hiciera sus veces".

Continúa la sentencia: "Arbeláez... 'personalmente visitaba tales fincas, con el fin de darse cuenta de la administración que efectuaban los aparceros en ellas, y ordenar en nombre del propietario señor Santiago Guzmán los trabajos que debían efectuarse en los inmuebles... visitaba esas fincas con más frecuencia en la cosecha de café, con el fin de controlar la recolección del grano... (Gilberto Giraldo G.)'". En el mismo sentido —anota el fallador— se pronuncian los demás testigos, transcribiendo lo que dicen Francisco Luis Gómez (f. 22), José J. Jiménez (f. 22v.) y Luis M. Tamayo (f. 24). Y agrega: "No es necesario transcribir más testimonios, pues a juicio de la Sala está suficientemente establecido que el actor sí desempeñó el cargo de administrador de las fincas a que alude el contrato celebrado con el demandado, administración que naturalmente y por las circunstancias de orden público a que aluden los testigos no fue tan eficiente y no podía serlo, como la que se hubiera podido hacer en épocas de normalidad, sin que ello desvirtúe el contrato de trabajo ni haga posible que el actor pierda sus honorarios".

Según lo expuesto, la situación de violencia reinante en el Municipio de Pijao, centro de la administración del demandante, no fue obstáculo que impidiera la prestación de sus servicios, conforme a la apreciación que del hecho hace la sentencia acusada. Ejecutado el contrato, ninguna influencia podía ejercer la aludida situación para impedirle al patrono la cancelación al trabajador de las acreencias laborales, que es la situación contemplada en el artículo 65 del Código, inciso primero. A términos de la disposición, si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, la suma de dinero de que habla el precepto. Dos son las deudas insolutas que contempla la previsión legal para su operancia: salarios y prestaciones. La sentencia exime al patrono del pago de salarios, por razones que no son del caso analizar aquí, pero encontró que las provenientes de prestaciones no habían sido cubiertas y, por tal motivo, produjo la condena a la indemnización prevista en la citada norma legal. Este fundamento cardinal de la sentencia impugnada, no lo ataca el acusador, motivo suficiente para mantenerla. Se deduce de lo expuesto, que el cargo coloca el caso litigioso en plano distinto del que le corresponde, pues la situación jurídica debatida no es la de retardo en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, debido a fuerza mayor o caso fortuito, contemplado en la norma del Código Civil antes citada, sino en cuestión distinta, o sea la de que, ejecutado el contrato, el patrono se abstuvo de cancelar al empleado las obligaciones a su favor, derivadas de la convención laboral. Por lo demás, el caso fortuito o la fuerza mayor es hecho que no puede ser examinado sino a través de las pruebas que lo demuestren, de manera que si la situación de violencia a que el cargo se refiere la halló demostrada el Tribunal y alcanzó a generar el anotado fenómeno jurídico, no dándole ese mérito, el error de juicio tendría por causa la equivocada estimación de la prueba, como lo observa el opositor, extremo que no podría estudiar la Sala dentro del concepto de violación

directa de la norma que el impugnador señala como infringida.

a) En cuanto a la aplicación indebida del artículo 65 a que se contrae el segundo cargo, las consideraciones hechas en el estudio del anterior sirven para su rechazo. A ellas deben agregarse las siguientes: ha tomado en cuenta la jurisprudencia la buena o mala fe patronal para eximir al empleador de la sanción prevista en el artículo 65, cuando en el juicio se abstiene de cubrir las obligaciones a que se refiere dicho texto, alegando la inexistencia de la relación laboral, siempre que al proceso aporte pruebas que así lo demuestren. No es éste el caso de autos, pues la respuesta al libelo inicial no negó la existencia del contrato, limitándose a exigir su demostración. De otro lado se debe anotar que en el proceso el vínculo jurídico, consignado por escrito, obrante al folio 2 del cuaderno principal, fue reconocido por el demandado en su contenido y firma (f. ...). Sabía entonces, con toda certeza, que había estado ligado al demandante por un contrato de trabajo. Tan enterado estaba de la realidad del hecho que, surtido el debate probatorio en primera instancia, consignó ante el Juez del conocimiento, a órdenes del actor (f. 43), la suma de $ 250.00, para el pago de deudas en favor de éste. La tesis objetiva que propugna el acusador en cuanto a la aplicación e interpretación del artículo 65, se basa en la consideración de que el texto debe operar "en todos los casos en que se demuestre la existencia del contrato y se haya producido la mora", sin tomar en cuenta "circunstancias especiales del caso judicial en cuestión", es decir, la buena o mala fe patronal. Ya se anotó que la doctrina jurisprudencial se vale de la buena o mala fe del patrono en sus relaciones con el trabajador, cuando aquél niega la existencia del vínculo con razones valederas, no cuando ésto, como ocurre en el asunto litigioso, aparece plenamente demostrado. No es valedero el argumento de que el actor dejó transcurrir más de dos años para promover el juicio, buscando en la demora un enriquecimiento sin causa, toda vez que el patrono tenía a su alcance el medio de evitar el perjuicio, ya cancelando en la oportunidad debida las deudas a su cargo, ora acudiendo a la consignación de que trata la norma legal en cita, en su inciso segundo.

Por lo expuesto, no prosperan los dos primeros cargos por la causal primera.

II. *Causal segunda.*

Tercer cargo.

Lo funda el recurrente en el hecho de que el fallo del *ad quem*, en cuanto a la condena a indemnización moratoria, agravó la situación del demandado, único apelante, pues reemplazó la hecha en abstracto por el *a quo* por una líquida.

En apoyo del cargo dice el recurrente que, conforme al artículo 494 del Código Judicial, aplicable al proceso del trabajo por disposición del artículo 87, numeral 2º del Código de Procedimiento Laboral, la jurisdicción del *ad quem* estaba restringida al campo de acción trazado por el demandado apelante, sin facultad para enmendar la providencia del inferior respecto de extremos que no fueron materia del recurso; que la decisión del Tribunal no sólo empeoró la situación del reo sino que lo privó de medios de defensa que habría podido ejercer durante el trámite del incidente regulado por el artículo 553 del Código Judicial; que aceptando cualquiera de las dos hipótesis a que alude la sentencia, la de la inocuidad de la condena en abstracto contenida en el fallo de primer grado, o la opuesta de su operancia, el resultado es el de que desmejoró ilegalmente la situación del demandado al decidir de plano lo que estaba ordenado que fuera materia de incidente posterior, cuyo efecto no es dable conocer antes de su trámite y conclusión, y fue más gravosa la condena, pues la del Juzgado habría podido no producirse al desatar el incidente.

En la réplica al cargo expresa el opositor que la sentencia aclaró cómo la condena en concreto no hacía más gravosa la situación del demandado, sino más favorable; que la sentencia no hizo cosa distinta de la de proveer al mejor cumplimiento del fallo de primer grado, dando al deudor una garantía de certeza en la condena; que ésta, en cuanto a salarios caídos, la comprendía la apelación, como lo dijo el apoderado del demandado en audiencia ante el Tribunal (fs. 65 y 66); que, aunque él no hubiera apelado sobre tal punto en forma expresa, en tal aspecto debía entenderse interpuesto el recurso, porque la sanción por mora es una condena accesoria, y al tocar el Tribunal los puntos principales del fallo del inferior, estaba considerando también las condenas accesorias; que el estatuto de la *reformatio in pejus* deja a salvo la facultad del fallador para modificar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, en puntos relacionados con la otra.

SE CONSIDERA:

Sobre el extremo de la litis a que el cargo se refiere, el fallo de primer grado trae estas consideraciones:

"Por lo que hace a la petición de salarios caídos, se estima que debe hacerse en forma abstracta, ya que el monto total está subordinado al pago del sueldo y de las prestaciones, el cual fija la fecha hasta la cual se deben. Como en caso de no encontrarse la disposición precisa al caso aplicable en el Código de Procedimiento Laboral, se aplican las del Código Judicial, el artículo 553 de éste consagra la pauta para tal evento. Se estima que para el caso en estudio cabe la aplicación así comentada, no sin dejar sentado que como se sostiene en esta providencia que el patrón no ha dado asidero a cumplir para con el trabajador sus compromisos, es decir, le adeuda los sueldos y las prestaciones, es de aplicación la norma del Código Sustantivo del Trabajo (art. 65) . . .".

Consecuente con la anterior motivación, la sentencia del Juzgado, en su parte resolutiva (numeral 2º) la decidió así: "Condénase al mismo Santiago Guzmán Varón a pagar a José Manuel Arbeláez, en abstracto, la cantidad que le corresponda por concepto de indemnización por el no pago de los salarios y prestaciones en su debido tiempo, la cual se hará efectiva mediante el trámite de que se habló en la parte motiva".

Como se advirtió en el relato de los antecedentes del juicio, de la sentencia del Juzgado apeló únicamente la parte demandada, y sólamente a ella le fue otorgado el recurso (f. 50). Quiere decir lo anterior que el demandante se conformó con la sentencia del *a quo* en toda su integridad.

Al decidir el recurso de apelación, dijo el Tribunal, con referencia a la condena en abstracto que sobre indemnización moratoria contiene la del inferior que, dada la claridad del artículo 65 del Código, no había razón para dejar de aplicarla, acudiendo a analogías para llenar vacíos inexistentes en la legislación laboral, por lo cual, estando demostrado en el juicio la existencia de deudas por prestaciones sociales en favor del actor, era el caso de acoger la petición sobre pago de salarios caídos, desde la notificación de la demanda (10 de octubre de 1958), fecha en que el patrono tuvo noticia de las pretensiones del actor, a razón de $ 23.33 diarios, hasta la cancelación de las prestaciones debidas. La condena en concreto —anota la sentencia— no conduce a la *reformatio in pejus*, porque el cambio favorece al demandado, pues si no se fija en cuantía líquida el monto de la deuda y a tal operación se procede mediante el incidente del artículo 553 del Código Judicial, se alarga el litigio y, de consiguiente, el valor de la indemnización a cargo del deudor. Concluye diciendo que la decisión de primer grado sobre salarios caídos es ineficaz y se impone su revocatoria, pues resulta más onerosa para el demandado, de acuerdo con la razón expuesta.

LA SALA OBSERVA:

El vicio procesal de la *reformatio in pejus*, esto es, la decisión con agravio del único apelante, debe resultar de la confrontación entre la decisión de primer grado y la de segundo, y exige que de ella aparezca, de manera indudable, un perjuicio cierto y determinado, no simplemente probado o posible. Cuando la condena se refiere a prestaciones en cifras ilíquidas, como ocurre en el caso de la litis, el agravio debe estar representado en un guarismo. Si, por ejemplo, el único apelante fue condenado al pago de $ 1.000.00 y el segundo grado aumenta la cuantía a $ 2.000.00, surge de bulto el exceso en la decisión y, de consiguiente, el agravio del vencido parcial.

Examinados con el debido detenimiento los argumentos de la acusación, se anota que el mayor gravamen lo hace consistir en que la condena del Juzgado debe ser precedida del trámite de un incidente, en tanto que el Tribunal la hace de plano, sin observancia de rito alguno, anticipándole —dice— "una condena que pudo no haberse producido en el momento del desenlace de la articulación prevista en el citado artículo 553 del Código Judicial". Como se ve, el cargo no demuestra un perjuicio cierto y concreto, sino la posibilidad de su ocurrencia. Plantea una hipótesis que en el terreno de los hechos puede cumplirse o no tener realización. Si la condena en abstracto hecha por el Juzgado *quo*, traducida a números, es más favorable al demandado que la adoptada por el Tribunal, el cargo ha debido reducir a cifras la primera y ejecutar la misma operación respecto de la segunda, mostrando el desequilibrio entre las dos ordenaciones. No se está exigiendo exactitud matemática al efectuar la liquidación de uno y otro fallo en cuanto al importe de la indemnización moratoria, ya que se ignora el momento en que deba cesar, subordinado al pago de las deudas por sumas líquidas de que tratan las dos resoluciones de instancia. Pero habría podido tomarse una fecha cualquiera como límite de la obligación sobre pago de salarios moratorios, sin que este sistema tuviera el mérito de alterar, en su esencia, la cuestión cardinal, es decir, la demostración de que para el único apelante resultaba lesivo de sus intereses el cambio de la condena *in genere* por el adoptado en la sentencia acusada.

Con fundamento en lo expuesto, se desecha el cargo.

LA DEMANDA DEL TRABAJADOR

Se dirige a obtener la casación parcial del fallo recurrido, para que la Corte, en instancia, acoja la condena del *a quo* sobre pago de sueldos, ordene la entrega al actor de la suma de $ 250.00, consignada por el demandado, y, además, condene a éste a cancelar los salarios caídos, desde el 24 de julio de 1957 hasta el pago de los sueldos y prestaciones debidos, a razón de $ 23.33 diarios.

Invoca la causal primera de casación. Formula dos cargos, que la Sala examina a continuación.

Primer cargo.

Violación directa de los artículos 27, 57, ordinal 4º, 127, 140 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1625 a 1628 y 1757 del Código Civil.

La acusación tiene este desarrollo:

La demanda inicial suplica la condena al pago de los salarios por el tiempo servido, que el hecho cuarto funda así: "El patrono no ha pagado ni el sueldo ni las prestaciones sociales a que tiene derecho (alude al trabajador) por el tiempo servido", negado en la respuesta a dicha pieza, respecto del cual propuso la excepción de pago. El Tribunal encontró probado el contrato de trabajo en todos sus elementos, entre ellos la prestación del servicio dependiente y la remuneración, y, en tal virtud, condenó al demandado al pago de cesantía, primas de servicio y vacaciones, pero no a los salarios insolutos. Probada la prestación de servicios, surgía la obligación de pagar el salario, en la cuantía, forma, tiempo y lugar pactado en el contrato, aun cuando no se hubiera estipulado en la convención, porque todo trabajo dependiente debe ser remunerado de acuerdo con el artículo 27 del Código. Acreditado por el actor lo de su cargo —relación de trabajo y remuneración— corresponde al demandado la carga de la prueba sobre extinción de la obligación por alguno de los medios que contempla el artículo 1625 del Código Civil. Adujo el demandado como medio exceptivo el pago, pero ningún esfuerzo hizo para demostrarlo, y es sabido que era de su resorte la carga de la prueba, conforme a lo dispuesto por el artículo 1757 del código citado. Si el contrato de trabajo origina la obligación de pagar el salario, carece de toda fuerza el razonamiento del Tribunal, fundado en hipótesis ajena al derecho, como el que expone en la sentencia, pues deduce el pago de la remuneración de estos supuestos: que siendo mensual la retribución, es lógico inducir el pago a medida que se causa; que el trabajador no se somete a prestar servicio sin recibir el salario; que si cubría los egresos de la finca, acarreo del café, etc., se infiere que el demandado le daba lo necesario, incluyendo el sueldo del actor; que en regiones afectadas por la violencia, no es posible conseguir quien se encargue de administrar fincas situadas en ellas sin reclamar un solo centavo durante el año. La argumentación, concluye el cargo, evidencia la ilegalidad del fallo al rechazar la petición sobre cancelación de los sueldos insolutos, pues desconoce las normas reguladores del salario, como la referente a la carga de la prueba.

El opositor demandado sostiene que el *ad quem* encontró probada la excepción de pago a través de uno de los medios probatorios que enumera el artículo 1757 del Código Civil y a que se refiere el 1768 de la misma obra, admisible en el proceso de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral. Anota que el sentenciador está facultado por el artículo 61 del citado estatuto para adquirir su convicción sobre el hecho del pago del salario, mediante la evaluación de presunciones judiciales o indicios, por lo que no se da la violación directa de las normas que el acusador señala en el cargo. Expone además: si el recurrente estima contrarias a la lógica las inferencias del fallador, ha debido atacar la sentencia por error de hecho en la apreciación del contrato (cláusula 3ª), y de las demás pruebas que aquéllas tuvo en cuenta, con las cuales consideró acreditados en el juicio los hechos indicadores. El apoderado del demandante recurrente se olvidó de que las presunciones judiciales hacen parte de los medios de prueba a que se refiere el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral y tal olvido lo condujo a presentar el cargo en forma antitécnica, haciendo el ataque por violación directa de la ley y sustentándolo en apreciación de pruebas demostrativas de indicios, a través de las cuales podía presumirse el pago de los salarios reclamados. Agrega que la referida equivocación debe conducir al rechazo del cargo.

SE CONSIDERA:

La demanda promotora del juicio solicita la condena del demandado al pago de los salarios por el tiempo servido (un año). Fue acogida

por el fallo de primer grado y desechada por el de segundo; en el examen que éste le dedica, dice, después de transcribir el hecho cuarto del libelo y de observar que lo negó el demandado, lo siguiente: "Es lógico suponer que habiéndose convenido entre las partes una remuneración mensual de $ 700.00, esa suma se iba cubriendo a medida que se iba causando, pues no se entiende que un trabajador, salvo cuando su solvencia lo pone a cubierto de riesgos económicos, se someta a laborar sin percibir un solo centavo, máxime cuando ese trabajo se extiende por un lapso de un año. Por otra parte, en el contrato (cláusula tercera) está claro que a cargo del propietario eran todos los gastos de administración. Y como está demostrado en el juicio que el actor pagaba trabajadores, acarreo de café, etc., se infiere que el demandado le suministraba periódicamente el dinero necesario, incluído en él lógicamente su remuneración mensual. A ello se agrega para sacar avante estas deducciones, que en una región afectada por la violencia, no es posible encontrar una persona que se encargue de administrar fincas, con peligro de su vida, sin reclamar un solo centavo durante todo un año". Conclusión del anterior razonamiento es la de que el demandado debe ser absuelto de la súplica referente al pago de salarios.

Al hecho establecido en el proceso de que el demandado no pagó el salario estipulado en el contrato durante el tiempo servido, opone el Tribunal un hecho extintivo, el de pago, que deduce de presunciones simples. En vista de que la conclusión al respecto la infiere el *ad quem* de indicios, con fundamento en cláusulas de contrato de trabajo y, según parece, de la prueba testimonial, sostiene el opositor que el cargo no es viable por violación directa sino indirecta, a través de errores en la estimación probatoria.

Para la Sala es aceptable el reparo del opositor. Ha sido jurisprudencia constante, tanto de la casación civil como la de trabajo, que a la quiebra de la sentencia no se llega si no se destruyen todos sus fundamentos. Cuando éstos se basan en pruebas allegadas al proceso, el ataque no es viable por vía directa sino indirecta, a través de error evidente de hecho o de derecho, por mala estimación de una prueba o por su falta de apreciación.

El demandante-recurrente tacha de ilógica la apreciación del *ad quem* al deducir el pago del salario de simples presunciones. Si era su parecer, ha debido combatir el juicio del fallador, demostrando error de hecho evidente en su actividad probatoria.

Ninguna prueba como la de indicios demanda libertad de apreciación en el juzgador, ya que estriba, primordialmente, en operaciones lógicas, en actos de inteligencia, sustraídos, en principio, de toda crítica. Sobre el punto la casación civil tiene recibida esta doctrina, acogida por la casación laboral: "Los artículos 664 y 665 del Código Judicial, reguladores del mérito probatorio de los hechos indiciarios, dejan al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; dichas normas introducen pautas o limitaciones a la persuasión judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios. Cuando el juzgador, lejos de transgredir esos mandamientos, desecha el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera, porque la operancia afirmativa de esas normas está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente..." (Sent. 10 de junio de 1948. LXIV, 111, y 7 de marzo de 1952 LXX, 373).

No escapa al control de la casación el criterio del *ad quem* en la estimación de la prueba de indicios, si incurre en error de hecho evidente, pero para ello se requiere que se alegue y demuestre y para tal fin no es vía adecuada la escogida por el recurrente.

El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

Su motivación es la siguiente:

Viola el Tribunal la citada norma al tomar como fecha inicial de la condena por salarios caídos el día de la contestación de la demanda y no la fecha en que el contrato terminó. Habría interpretado erróneamente el precepto si no fuera porque en sus consideraciones le da la significación verdadera, ya que en ellas expresa que tales salarios se deben desde la expiración del vínculo (24 de julio de 1957). Tal es la interpretación correcta del mandato, pero el fallador la desconoce porque toma como fecha de la mora la de la notificación del auto admisorio de la demanda, para lo cual expone estos argumentos: en el juicio no hay constancia de que Arbeláez hubiera reclamado sus prestaciones al patrono, dejando transcurrir algún tiempo para hacerlo, sabiendo que la demora le proporciona-

ha una ganancia; estima por tanto el fallador que lo equitativo y justo es que la condena a salarios caídos se haga desde el 10 de octubre de 1958, que fue cuando el demandado tuvo noticia de las pretensiones del actor. Confuta el cargo el razonamiento anterior diciendo que, conforme a la jurisprudencia, la sanción corre no desde cualquier fecha sino al terminar el contrato. Concluye la acusación expresando que aun cuando el Tribunal tuvo una clara noción del sentido de la norma, la aplicó indebidamente limitando sus efectos.

El opositor demandado se abstiene de contestar el cargo, porque en su demanda de casación pedirá que se infirme la sentencia sobre la decisión a que el acusador se refiere.

Se examina el cargo:

Es evidente, como lo sostiene el acusador, que el Tribunal violó el artículo 65 por aplicación indebida, ya que, no obstante haberlo entendido rectamente, lo impidió producir todas las consecuencias queridas por la norma, recortando su vigencia en el tiempo, pues si el contrato terminó el 24 de julio de 1957, la sanción por mora comenzaba a regir desde la fecha de su extinción, como lo ha sostenido de manera uniforme la jurisprudencia. Con todo, el cargo no prospera, por las razones que la Sala expone a continuación:

a) La demanda inicial pidió la condena del demandado al pago de obligaciones causadas por cesantía, primas de servicio, vacaciones e indemnización moratoria. Todas fueron acogidas por la sentencia de primer grado, pero la última, no con sujeción estricta al mandato del artículo 65 del Código, sino *in genere*, reservando la liquidación del derecho al incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

b) El demandante consintió la sentencia de primera instancia, pues no hizo valer contra ella el recurso de apelación.

c) El fallo del Tribunal confirmó el de primera en cuanto a las condenas por cesantía, vacaciones y primas de servicio, absolvió por salarios insolutos, y, en cuanto a indemnización por mora, varió la hecha en abstracto por una ajustada a lo prescrito en el artículo 65.

d) El interés jurídico del demandante en casación se concreta a estos puntos: a la decisión del *ad quem* que absolvió por salarios insolutos, y el concerniente a indemnización por mora. La pretensión, respecto de ésta, no puede aspirar sino a que se mantenga la condena en abstracto del *a quo*, porque, al no haber interpuesto el recurso de apelación contra la decisión de primer grado, aceptó lo resuelto en éste.

e) El reemplazo de la condena *in genere* contenida en la resolución del *a quo* por la que hace el Tribunal, a juicio de éste, tiene por objeto hacerla operante, sin alterar su esencia. Así las cosas, la pretensión de que la indemnización por mora comience a correr desde el 24 de julio de 1957 y no desde el 10 de octubre de 1958, que es la fecha señalada por el *ad quem*, implicaría una variación, a que no puede aspirar el demandante recurrente, porque si la condena de segundo grado es igual en el fondo a la de primero, consentida por él, la fecha inicial de la mora no puede ser variada en perjuicio del vencido parcial y único apelante.

f) Se concluye de lo expuesto que no es impugnable en casación el fallo acusado por el demandante recurrente en cuanto a la decisión en examen, por falta de interés jurídico.

Al fijar el alcance de la impugnación el acusador solicita que al infirmarse el fallo del *ad quem* se ordene la entrega al actor de la suma de $ 250.00 consignada en el juicio a su disposición.

No habiendo prosperado los cargos ni habiéndose señalado norma alguna violada con incidencia en la decisión de derecho a que alude el recurrente, no es el caso de casarlo en este punto.

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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

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.

AUXILIO DE CESANTIA. INDEMNIZACION POR DESPIDO ILEGAL DEL TRABAJADOR. AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL. TECNICA DE CASACION.

1. El auxilio de cesantía debe pagarse al terminar el contrato de trabajo, no antes ni después. Para liquidar su monto debe computarse todo el tiempo trabajado que se halle comprendido dentro de la vigencia del contrato que se ha terminado, sin que, para estos efectos, puedan acumularse los servicios prestados durante distintos contratos de trabajo. El fenómeno de la continuidad o de la discontinuidad de la prestación de los servicios, es cuestión que está referida y circunscrita, respecto del auxilio de cesantía, al período de duración de un mismo contrato. 2. Recurso de casación y violación de la ley a través de la prueba. 3. Examen del procedimiento de celebrar sucesivos contratos de trabajo con el propósito de vulnerar derechos del trabajador. No obstante, es preciso presumir, a menos de que se acredite procesalmente lo contrario, así en las relaciones laborales como en las civiles, la buena fe de los contratantes. 4. No es que el contrato, en caso de ruptura unilateral e ilegal, se prolongue o reanude, después de terminado, por el tiempo faltante para su vencimiento; lo que ocurre es que el plazo pactado o presuntivo necesariamente opera para el solo efecto de computar o liquidar el monto de la indemnización de perjuicios. 5. Nada se opone a que pueda concurrir la indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato de trabajo (art. 64), con el pago del auxilio por enfermedad de que trata el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

1. El artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo que el recurrente considera violado por el Tribunal, dispone: "Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año". Esta norma, además de contagrar el derecho, señala el tiempo en que el patrono debe cumplir la obligación a su cargo, en cuanto dispone que el pago debe hacerlo "al terminar el contrato de trabajo". La terminación tiene lugar por ocurrir cualquiera de los eventos previstos por el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo entre los cuales se contempla la decisión unilateral, en los casos de los artículos 62, 62 y 63, y el mutuo consentimiento.

Si la conducta patronal no se ajusta al mandato legal, que le señala el tiempo en que debe pagar el auxilio de cesantía, conforme a lo que se deja expresado, se expone a incurrir en sanciones. Tal ocurre en el caso previsto por el artículo 65, "si a la terminación del contrato" no cumple esa obligación prestacional "salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes". También, si efectúa el pago "antes de la terminación del contrato de trabajo", salvo los casos autorizados por la ley, pierde las sumas pagadas, sin que pueda repetir lo pagado, según las voces del artículo 254 ibidem.

Como se establece de los preceptos legales que se han citado, y principalmente del artículo 249, el auxilio de cesantía debe pagársele al trabajador "al terminar el contrato de trabajo". Esto permite afirmar que de acuerdo con el significado y alcance del precepto legal, para liquidar el monto del auxilio de cesantía debe computarse, solamente, todo el tiempo trabajado y que se halle comprendido dentro de la vigencia del contrato que se ha terminado, o sea, todo el

tiempo laborado dentro de una misma relación jurídica contractual, sin que, para estos efectos, puedan acumularse los servicios prestados durante distintos contratos de trabajo, pues ello equivaldría a volver a computar períodos que debieron tenerse en cuenta para liquidar y pagar el auxilio en la oportunidad que ordena la ley: al terminar el contrato.

A lo dicho antes debe agregarse que el fenómeno de la continuidad o de la discontinuidad en la prestación de los servicios, a que alude el recurrente, es cuestión que está referida y circunscrita, respecto del auxilio de cesantía, al término de vigencia o el período de duración de un mismo contrato de trabajo. Este punto fue ya definido o aclarado desde la vigencia del sistema establecido por las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946. En efecto, el artículo 12, literal f) de la Ley 6ª consagró, para los trabajadores particulares, el derecho a un auxilio de cesantía condicionado a despido que no fuese originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato, con la modalidad de que el derecho se consolidaba cada tres años de trabajo "continuo o discontinuo" por lo correspondiente a este período. La Ley 65 de 1946 que modificó a la anteriormente citada, dispuso que el trabajador tiene derecho al auxilio de cesantía, cualquiera que sea la causa del retiro, "por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente" a partir del 1º de enero de 1942 en adelante. Pues bien, el Decreto número 1160 de 1947, reglamentario de esas leyes, aclaró esos conceptos al disponer en el artículo 5º, lo siguiente: "Se entiende por servicio discontinuo para los efectos del auxilio de cesantía a que se refieren los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, en cuanto a los trabajadores particulares, el que se realiza dentro de un mismo contrato o de una misma relación jurídica de trabajo, aunque haya habido suspensiones o interrupciones en el trabajo mismo como las provenientes de licencias, prestación del servicio militar y otras causas semejantes. Los otros casos en que el trabajador deja de prestar el servicio, pero sin que el contrato o la relación de trabajo se suspenda, como el goce de vacaciones, la enfermedad hasta por ciento ochenta (180) días o el accidente de trabajo hasta por el mismo término de incapacidad, etc., no se entenderán como soluciones de continuidad del servicio, para los efectos indicados". En idéntico sentido se ha manifestado en reiterados fallos de casación, la doctrina jurisprudencial del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

De todo lo cual se concluye que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, al proferir la sentencia que es materia de esta impugnación, ni se equivocó en los conceptos allí expresados respecto a que la primera liquidación de cesantía del trabajador, hecha el 5 de marzo de 1945, por haber éste manifestado entonces su voluntad de retirarse de la empresa, "tiene el carácter de definitiva, es decir irrevisable", pues, como se ha dejado visto, esa disposición no ordena que para liquidar el auxilio de cesantía se computen, mediante acumulación, los distintos períodos servidos bajo la vigencia de varios contratos, como lo pretende el recurrente, sino que, según su alcance y contenido, debe únicamente practicarse teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios, continuos o discontinuos, prestados dentro de una misma relación de trabajo dependiente.

2. Es tesis sostenida por la Corte de manera uniforme y constante la de que cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, se produce, siempre, por vía indirecta, pues en tal caso no se trata del desconocimiento de un texto legal, o de mala interpretación del mismo, sino de indebida aplicación por haberse apreciado erróneamente, o dejado de apreciar, las pruebas aducidas sobre los hechos controvertidos.

3. La circunstancia de que el demandante volviera a prestar sus servicios a la Empresa el 6 de marzo de 1945, es decir, al día siguiente de haberse terminado el contrato que se inició el 22 de de marzo de 1938, no constituye razón suficiente para desvirtuar la apreciación probatoria del Tribunal, respecto a que el trabajo prestado por el demandante a la compañía se ejecutó en desarrollo de dos contratos distintos, aunque sucesivos. Dicha circunstancia tampoco varía la consecuencia lógica del hecho que encontró probado, o sea, que en el caso sub judice no existió continuidad del servicio dentro de una misma relación laboral o dentro de un mismo contrato de trabajo, por lo cual no accedió a la petición del demandante, de que en la liquidación del auxilio de cesantía que se hizo en mayo de 1955, debía computarse el tiempo comprendido entre marzo de 1938 y el 5 del mismo mes correspondiente al año de 1945.

Al estudiar el cargo anterior se examinó la modalidad referente a la continuidad o a la discontinuidad en la prestación de los servicios. Se dijo entonces que tratándose de la liquidación del auxilio de cesantía, esos conceptos sólo tienen operancia y aplicación práctica cuando los

servicios se han prestado dentro de un mismo contrato de trabajo, puesto que si se trata de distintas relaciones jurídicas la discontinuidad en el tiempo que resulta de ellas, no constituye factor que pueda tenerse en cuenta para acumularlo al último período trabajado y deducir así el monto del auxilio. Tal proceder equivaldría a pagar nuevamente una prestación que debió liquidarse y cancelarse a la terminación de cada contrato.

Lo anterior no significa que no opere un sistema diferente para computar el tiempo de servicios respecto de otros derechos o prestaciones sociales, tal como ocurre, por ejemplo, para el caso de la pensión de jubilación, en que, para determinar los años de servicio requeridos por la ley para gozar de este derecho, se tiene en cuenta y se suman o acumulan los servicios continuos o discontinuos prestados dentro de un mismo contrato, o dentro de diferentes relaciones jurídico-laborales. Empero, en tales casos ello ocurre así por mandato expreso del legislador y porque este criterio es el que se acomoda a la naturaleza propia del derecho de pensión jubilatoria o al de otras prestaciones específicas.

Tampoco desconoce la Sala la posibilidad de que en algunos casos, la parte patronal, independientemente o en connivencia con los mismos trabajadores, pueda recurrir al sistema de celebrar contratos de trabajo que se dan por terminados luégo de un tiempo, aduciéndose motivos sólo en apariencia legales, para volver a celebrar otros que se ejecutan sucesivamente y sin interrupción, todo con el propósito de vulnerar derechos de los trabajadores o de eludir trámites, condiciones o requisitos exigidos por preceptos legales de ineludible cumplimiento. Es claro que, acreditados procesalmente esos propósitos o fines perseguidos, contrarios a la ley, corresponde al Juzgador restaurar los fueros de la justicia y del derecho. Pero para ello debe proceder en cada caso, sobre la base de hechos probados, no de simples conjeturas o supuestos subjetivos sin respaldo en el proceso.

La posibilidad antes descrita, la presenta el recurrente como cierta o sucedida en el caso de autos, y así afirma que la declaración del trabajador, efectuada el 5 de marzo de 1945, sobre retiro voluntario de la empresa (documento del folio 38), encierra un hecho ficticio, pues que fue hecha de común acuerdo entre las partes, a efectos de facilitarle al demandante la adquisición de una casa de habitación, mediante la liquidación y pago del auxilio de cesantía que le correspondía hasta esa fecha, lo que se establece con el documento que obra al folio 8, y con los testimonios de Arzuza, Pacheco y Ospina.

Para la Sala carece de consistencia y de respaldo en los autos la argumentación del acusador. El documento privado que obra al folio 8, en el supuesto de que pudiera dársele valor legal para demostrar el contrato allí descrito, contiene estipulaciones en virtud de las cuales se hace constar que José Ortega C. vende al demandante una "casa o mejora" de su propiedad, por la suma de $ 600.00, comprendida por los linderos que se indican. Nada se expresa en él sobre la procedencia u origen del dinero pagado por el comprador. Los testimonios aludidos tampoco comprueban que la empresa hubiese efectuado liquidación parcial de cesantía a su trabajador el 5 de marzo de 1945, ni que los dineros procedentes de esta liquidación los hubiese destinado a la adquisición de casa de habitación.

Queda en pie, por tanto, el contenido y alcance de la manifestación hecha por el demandante en el documento que obra al folio 38, respecto a la voluntad de terminar su relación laboral con la empresa demandada, el 5 de marzo de 1945. No existe prueba que demuestre lo contrario, ni que esa declaración estuviese afectada de vicio, por causa de error, fuerza o dolo, capaz de invalidar el consentimiento, expresado en la mencionada declaración de voluntad.

Al respecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 11 de marzo de 1949 (Gaceta del Trabajo, IV, 285) dijo lo siguiente:

"Tampoco reviste fuerza alguna el razonamiento del recurrente en este punto, porque para el fallador deducir que hubo mutuo consentimiento para dar terminado el contrato de trabajo habido entre las partes, basta examinar el contenido del arreglo y la sola circunstancia de que el trabajador, por su propia voluntad decidió recibir el valor de sus salarios y las prestaciones debidas, expresando que se halla a paz y salvo con el empleador, indica la intención de cancelar el contrato en forma indudable. A menos que se demostrase que lo hizo presionado por el patrono o mediante el empleo de medidas dolosas. Pero, en principio, hay que presumir en las relaciones laborales, como en las civiles, la buena fe de los contratantes. Por lo que no puede aceptarse que después de hecha la manifestación de conformidad del asalariado, por lo relativo a la extinción de un contrato de trabajo, sea aconsejable ocurrir a la justicia para dejar sin efecto la propia expresión de la voluntad del trabajador libremente manifestada,

en acuerdo con el patrono. Admitir lo contrario sería propiciar un sistema de inestabilidad, de inseguridad permanente en las relaciones que surgen del trabajo humano, que a la postre se reflejaría en forma inconveniente sobre los mismos intereses de las clases menos favorecidas económicamente, porque desplazaría toda posibilidad de entendimiento directo entre los factores capital y trabajo, con el consiguiente perjuicio para todos".

No parece demostrado el error de hecho que predica el cargo en estudio, ni menos con la característica de manifiesto o evidente que es la condición requerida por la ley para que el vicio de esta naturaleza tenga la fuerza suficiente para desquiciar la sentencia. El cargo no prospera.

4. Aparece acreditado en el juicio que la empresa, para justificar el despido, invocó la existencia de una supuesta cláusula de reserva, que dijo haberse consignado en contrato suscrito por las partes. Como en el juicio no se demostró la existencia de contrato escrito, tanto el juez a quo como el Tribunal no le dieron validez al motivo alegado para la terminación del contrato; estimaron que el despido fue ilegal, y lo condenaron al pago de la indemnización de perjuicios, por concepto de lucro cesante. Esta indemnización, por el concepto indicado, la fija expresamente la ley para el caso de que sea el patrono quien debe pagarla, y la hace consistir en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo.

En el caso de autos, habiendo terminado el contrato el 16 de mayo de 1955, el monto de la indemnización de perjuicios debe establecerse teniendo en cuenta el tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo, que vencía el 5 de septiembre del mismo año y el salario correspondiente a ese tiempo. No es que el contrato se prolongue o reanude después de terminado por el tiempo faltante para su vencimiento. Lo que ocurre es que el plazo pactado o presuntivo, necesariamente opera para el solo efecto de computar o liquidar el monto de la indemnización de perjuicios, por la ruptura unilateral e ilegal del mismo. Así lo dispone el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ello no puede existir contradicción al reconocer, como lo hizo el ad quem, que el contrato terminó el 16 de mayo por despido ilegal del trabajador, debiendo haber terminado normalmente el 5 de septiembre.

5. El razonamiento del acusador respecto a que, del monto de la indemnización de perjuicios decretada por causa de la ruptura unilateral e ilegal del contrato, debe descontarse lo pagado al trabajador por razón del auxilio de enfermedad durante 45 días, comprendidos entre el 16 de mayo y el 30 de junio de 1955, o sea, cuando el contrato de trabajo ya había terminado por causa del despido (ocurrido el 16 de mayo de ese año), es cuestión que plantea un problema distinto al que contempla el cargo, pues, en realidad, lo que debe dilucidarse en tal supuesto, es la cuestión jurídica consistente en definir, si la indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, es o no incompatible con el pago del auxilio por enfermedad.

Aunque este aspecto no se plantea concretamente en la acusación, la Sala cumpliendo la función que le compete, procede a su examen, y para ello hace las siguientes consideraciones:

La sanción que establece el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo a cargo de la parte responsable por el incumplimiento del contrato de trabajo, no es prestación social sino una indemnización por los perjuicios causados a la otra parte. Si para determinar el importe de la misma, cuando el responsable es el patrono, deben tenerse en cuenta las bases o elementos que de antemano ha fijado el legislador, al establecer que ésta consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, respecto del lucro cesante, no significa ello que la indemnización pueda confundirse con el salario, ya que este concepto, de acuerdo con la propia definición legal, implica retribución de servicios, que, como es obvio, no se prestan cuando el contrato ha terminado.

El auxilio monetario por enfermedad no profesional, es una de las prestaciones patronales comunes establecidas en beneficio del trabajador. Para determinar su monto se tiene en cuenta el salario, y la regulación fijada en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. Este auxilio monetario no constituye salario, pues su concepto y naturaleza tampoco corresponden al contenido de este término que se comprende en la definición que trae el artículo 127 antes citado. En efecto, con el auxilio por enfermedad no se remuneran servicios; se trata de una carga social de la empresa que se hace efectiva al patrono por el ministerio de la ley, con fundamento exclusivo en un valor jurídico de solidaridad y de justicia, y por razones que tienden a realizar el objeto fundamental del derecho laboral, de procurar el logro de la justicia en las relaciones obrero - patronales, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Los pagos que puedan hacerse al trabajador en razón de lo prescrito en los artículos 64 y 227 del Código Sustantivo del Trabajo, proceden de derechos de naturaleza diferente y obedecen a causas distintas. En el primer caso, como se ha visto, se trata de un derecho indemnizatorio, que tiene como causa el incumplimiento contractual por parte del patrono. En el segundo, una prestación social, cuya causa inmediata, la enfermedad, de ordinario no es querida ni buscada por el trabajador, ni sobreviene por culpa del patrono, sino que obedece simplemente a un estado patológico que incapacita al trabajador para cumplir la función o labor habitual que se le ha encomendado. Por tanto, nada se opone a que puedan concurrir, porque los hechos que originan los derechos son diversos y provienen de causas distintas.

En el caso sub judice, al pagarle la empresa al trabajador el auxilio monetario por enfermedad no profesional, que se constató al practicarle el examen médico de retiro, no hizo más que ajustar su conducta al mandato que le impone el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que no se trata de enfermedad sobreviniente con posterioridad a la fecha de la terminación del contrato, sino que ya existía al tiempo del despido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., veinticinco de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Julio C. Castellar, por medio de apoderado, inició juicio ordinario laboral contra la empresa "Fábrica Filta, S. A.", sociedad con domicilio en Barranquilla, representada por su Gerente David Levy, a fin de que fuese condenada a pagarle la suma de $ 3.139.19 por cesantía de siete años, correspondientes al lapso comprendido entre el 22 de marzo de 1938 y el 22 marzo de 1945, que la demandada dejó de liquidarle. A la cantidad de $ 2.544.96 como indemnización por despido ilegal. Pidió también, condena por "las costas y gastos" del juicio.

Fundamentó su acción en los hechos que se sintetizan así:

Que prestó servicios a la demandada con el cargo de "Mecánico de Seda" desde el 22 de marzo de 1938, hasta el 16 de mayo de 1955, en que fue despedido; que laboró, por tanto, durante 17 años y dos meses, sin solución de continuidad; que durante los últimos años devengó, en promedio, un sueldo de $ 456.17 mensuales; que en la liquidación definitiva hecha por la empresa se hace aparecer al actor como si hubiera ingresado a prestar sus servicios el 6 de marzo de 1945, siendo que la fecha real fue la anotada anteriormente, desconociéndole de esta manera, 7 años de auxilio de cesantía; que al demandante se le hizo liquidación parcial del auxilio de cesantía, para adquisición de vivienda, el 5 de marzo de 1945, lo que indica que venía trabajando con anterioridad al citado año; que no existió contrato escrito con la demandada y, por tanto, tampoco la cláusula de reserva que la empresa aduce en la carta de despido; que el último período de trabajo presuntivo de seis meses, venció el 22 de septiembre de 1955; que habiendo sido despedido el 2 de abril de 1955, la empresa le está debiendo los sueldos correspondientes a 5 meses y 20 días, o sea la suma de $ 2.544.96.

En derecho, invocó los artículos 47, 48, 49, 65, 66, 249 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, Ley 166 de 1941, Decreto 380 de 1942 y demás disposiciones concordantes y pertinentes.

La parte demandada se abstuvo de dar respuesta al libelo. En la primera audiencia de trámite, el apoderado de la empresa propuso la excepción de prescripción respecto a la primera súplica de la demanda.

El Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla, que fue el del conocimiento, en sentencia de fecha 7 de junio de 1956, condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $ 1.672.51 por concepto del tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo. Absolvió a la empresa de la otra petición y se abstuvo de condenar en costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra el fallo anterior que, en sentencia de 13 de julio de 1956, decidió el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, confirmando en todas sus partes la del Juzgado.

Contra el fallo del Tribunal, los apoderados de las partes interpusieron el recurso de casación, el que admitido y tramitado legalmente, pasa a decidir esta Sala de la Corte, previo estudio de las demandas. Los escritos de réplica fueron presentados extemporáneamente.

LA DEMANDA DEL TRABAJADOR

Alcance de la impugnación.

Aspira el recurrente a que la Corte case la sentencia impugnada, en cuanto absolvió a la demandada del pago del auxilio de cesantía, y,

en su lugar, condene a la empresa en los términos pedidos en la demanda inicial.

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula tres cargos contra el fallo del Tribunal, que la Sala estudia, en su orden.

Primer cargo.

Inicialmente, lo presenta así: "Mediante la sentencia acusada, el Tribunal Seccional de Barranquilla violó, por interpretación errónea, el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo; violó también, por aplicación indebida, el ordinal 1º del segundo aparte del artículo 1625 del Código Civil en armonía con el ordinal 2º del parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945; y violó, por infracción directa, lo dispuesto por el parágrafo 3º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945".

Empero, al desarrollarlo, contrae su argumentación a la violación del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, y al finalizar su alegación, manifiesta que lo circunscribe a la violación, por interpretación errónea, de esta norma.

Luego de transcribir el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, manifiesta que esa disposición establece que para liquidar el auxilio de cesantía, se computa todo el tiempo de servicio que lleve el trabajador "al terminar el contrato de trabajo". Agrega, que ese servicio es el que el trabajador ha prestado al patrono en forma continua o discontinua, bajo la vigencia del contrato que se extingue o bajo la de anteriores contratos puesto que si la norma no establece distinciones, resulta evidente que para efectos del pago del auxilio de cesantía, el tiempo de servicios que debe computarse, es todo el prestado con anterioridad al mismo patrono, por el correspondiente trabajador. Tal es, dice, la interpretación exegética de esa disposición, como también la racional que puede hacerse "a la luz de las modernas doctrinas sobre interpretación jurídica que ponen el acento principal en la consideración del *fin social* de la ley".

Agrega más adelante, que el *ad quem* no interpretó así el artículo 249, pues dijo en su fallo que el derecho al auxilio de cesantía que surge a la terminación de un contrato de trabajo comprende únicamente el tiempo de la vigencia del mismo sin incluir el de los servicios prestados, de manera continua, mediante varios contratos sucesivamente ejecutados. Que en el caso de autos, a pesar de que el Tribunal reconoce que el actor laboró en forma continua desde el 22 de marzo de 1938 hasta el 16 de mayo de 1955, le niega el derecho al auxilio de cesantía respecto a todo el tiempo servido, con fundamento en que existieron dos contratos de trabajo de lo cual deduce que habiendo terminado el primero el día 5 de marzo de 1945, la cesantía correspondiente a ese período es irrevisable ahora al quedar el actor fuera de la empresa. Concluye, afirmando que el Tribunal aplicó el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo con base en una equivocada interpretación del mismo, que lo llevó a absolver a la demandada en lo referente al auxilio de cesantía solicitado.

LA SALA OBSERVA:

Respecto al auxilio de cesantía reclamado por el actor, el Tribunal acogió, en lo sustancial, la tesis sostenida por el *a quo*, al estimar que los servicios prestados a la empresa, lo habían sido a virtud de dos contratos de trabajo. El primero, que tuvo su desarrollo entre el 22 de marzo de 1938 y el 5 de marzo de 1945, fecha ésta en que terminó, por renuncia de Castellar; y el segundo, que se ejecutó entre el 6 de marzo de 1945 y el 16 de mayo de 1955. Da por demostrado, además, que el auxilio de cesantía correspondiente al primer período de servicios, cuya reclamación constituye el objeto de la presente acción, le fue pagado al trabajador el 5 de marzo de 1945, liquidación que debe tenerse por definitiva e irrevisable, por haberse practicado a causa de haber terminado voluntariamente el contrato, conforme lo demuestra el documento que obra al folio 38 del cuaderno principal, que es del siguiente tenor:

"Compañía Colombo Francesa de Tejidos de Seda y Lana. 'Filta', Ltda. Nota de Salida número 0857. Dependencia número ... Barranquilla, 5 de marzo de 1945. Señor Cajero Pagador: Sírvase tomar nota que desde el día de hoy ha cesado en su trabajo en esta empresa el obrero-empleado, mencionado a continuación. Atentamente. Jefe de Personal (firma ilegible). Nombre. Julio C. Castellar. Oficio. Mec. Seda. Causa de retiro. Voluntario. Recibí de la Compañía 'Filta' Ltda. la cantidad de cuatrocientos sesenta y cinco pesos con cuarenta y seis centavos ($ 465.46) moneda legal, suma que dicha Compañía me reconoce como auxilio de cesantía, al retirarme voluntariamente de sus servicios. Declaro que la expresada Compañía queda a paz y salvo para conmigo por todo concepto, pues me ha reconocido todo cuanto estaba obligada a pagarme, bien sea por trabajos ordinarios, extraordinarios, accidentes, etc. Recibí, (fdo.) Julio C. Castellar. Vº Bº R. F.".

Dijo, al efecto, el *ad quem:*

"Julio C. Castellar celebró con la fábrica 'Filta S. A.', contrato de trabajo como mecánico de seda el día 22 de marzo de 1938. Esa relación laboral duró hasta el 5 de marzo de 1945 en que se retiró voluntariamente, según se desprende de la propia atestación del demandante y que obra a folio 38. El 6 de marzo de 1945 las partes celebraron un nuevo contrato de trabajo que tuvo duración hasta el 16 de mayo de 1955 en que fue despedido el trabajador (folio 39)".

Más adelante, el Tribunal expresó lo siguiente: "Claro está que si no hubiera habido solución de continuidad en la relación laboral, se hubiera podido revisar la liquidación de la cesantía practicada en el año de 1945, pues en caso (sic) se entendería como liquidación parcial o mero anticipo. Pero como el 5 de marzo de ese año el trabajador se retiró voluntariamente de la empresa, la liquidación que se le hizo por ese concepto tiene el carácter de definitiva, es decir, irrevisable, máxime cuando la solicitud se ha hecho cuando ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de la acción. Se confirmará lo resuelto por el Juez, en consecuencia".

La impugnación contenida en este cargo, la formula el recurrente por violación directa del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto estima que fue erróneamente interpretado por el Tribunal. Sabido es, por otra parte, que de acuerdo con la técnica del recurso, el ataque en casación contra una sentencia, por violación directa de la ley, se estudia por la Corte con independencia de toda cuestión de hecho, pues, en este caso, su función se limita al examen y consideración de aspectos puramente legales y jurídicos y no a los que puedan relacionarse con la apreciación que de las pruebas haga el sentenciador.

Ahora bien, la negativa del Tribunal respecto a la petición de cesantía, se sustenta exclusivamente en cuestiones de hecho, que halló acreditadas en el proceso. Tales son: la existencia de dos contratos de trabajo durante el tiempo en que el demandante prestó sus servicios, y, la liquidación y pago del auxilio de cesantía del tiempo correspondiente al primer contrato.

Supuesto lo anterior, y si, respecto al extremo de la cesantía, el Tribunal no fundamentó su decisión en consideraciones de índole jurídica sino en cuestiones de facto, es claro, que la pretendida violación de la ley no pudo producirse de manera directa y por el motivo de errónea interpretación del precepto que se considera infringido, sino indirectamente y como consecuencia de posibles errores en la apreciación de los elementos de convicción que tuvo en cuenta para proferir la sentencia. No siendo ésta, como ha debido serlo, la vía escogida por el recurrente, el cargo resulta inestimable, por las razones anotadas.

Con todo, la Sala por amplitud procede a estudiarlo, bajo el supuesto de que en lo anteriormente transcrito de la sentencia y en que se habla de la "solución de continuidad en la relación laboral", es donde el recurrente ve la pretendida violación del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior, porque el impugnador se abstiene de señalar concretamente la parte del fallo que en su concepto contiene la errónea interpretación de la citada disposición legal.

Se afirma por el recurrente que para liquidar el auxilio de cesantía que la parte patronal está obligada a pagar a sus trabajadores conforme al artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, debe tomarse todo el tiempo de servicios del trabajador a la empresa, sea que se hayan prestado mediante uno o varios contratos de trabajo. Agrega, que darle a ese artículo el alcance y sentido de que el tiempo de servicios allí mencionado es únicamente el que se preste bajo la vigencia del mismo contrato de trabajo, constituye una interpretación errónea.

SE CONSIDERA:

El artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo que el recurrente considera violado por el Tribunal, dispone: "Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año". Esta norma, además de consagrar el derecho, señala el tiempo en que el patrono debe cumplir la obligación a su cargo, en cuanto dispone que el pago debe hacerlo "al terminar el contrato de trabajo". La terminación tiene lugar por ocurrir cualquiera de los eventos previstos por el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo entre los cuales se contempla la decisión unilateral, en los casos de los artículos 48, 62 y 63, y el mutuo consentimiento.

Si la conducta patronal no se ajusta al mandato legal, que le señala el tiempo en que debe pagar el auxilio de cesantía, conforme a lo que se deja expresado, se expone a incurrir en sanciones. Tal ocurre en el caso previsto por el artículo 65, "si a la terminación del contrato" no

cumple esa obligación prestacional "salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes". También, si efectúa el pago "antes de la terminación del contrato de trabajo", salvo los casos autorizados por la ley, pierde las sumas pagadas, sin que pueda repetir lo pagado, según las voces del artículo 254 ibídem.

Como se establece de los preceptos legales que se han citado, y principalmente del artículo 249, el auxilio de cesantía debe pagársele al trabajador "al terminar el contrato de trabajo". Esto permite afirmar, que, de acuerdo con el significado y alcance del precepto legal, para liquidar el monto del auxilio de cesantía debe computarse, solamente, todo el tiempo trabajado y que se halle comprendido dentro de la vigencia del contrato que se ha terminado, o sea, todo el tiempo laborado dentro de una misma relación jurídica-contractual, sin que, para estos efectos, puedan acumularse los servicios prestados durante distintos contratos de trabajo, pues, ello equivaldría a volver a computar períodos que debieron tenerse en cuenta para liquidar y pagar el auxilio en la oportunidad que ordena la ley: al terminar el contrato.

A lo dicho antes, debe agregarse que el fenómeno de la continuidad o de la discontinuidad en la prestación de los servicios, a que alude el recurrente, es cuestión que está referida y circunscrita, respecto del auxilio de cesantía, al término de vigencia o al período de duración de un mismo contrato de trabajo. Este punto, fue ya definido o aclarado desde la vigencia del sistema establecido por las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946. En efecto, el artículo 12, literal f) de la Ley 6ª consagró, para los trabajadores particulares, el derecho a un auxilio de cesantía condicionado a despido que no fuese originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato, con la modalidad de que el derecho se consolidaba cada tres años de trabajo "continuo o discontinuo" por lo correspondiente a este período. La Ley 65 de 1946 que modificó a la anteriormente citada, dispuso que el trabajador tiene derecho al auxilio de cesantía, cualquiera que sea la causa del retiro, "por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente" a partir del 1º de enero de 1942 en adelante. Pues bien, el Decreto número 1160 de 1947, reglamentario de esas leyes, aclaró esos conceptos al disponer en su artículo 5º, lo siguiente: "Se entiende por servicio discontinuo para los efectos del auxilio de cesantía a que se refieren los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, en cuanto a los trabajadores particulares, el que se realiza dentro de un mismo contrato o de una misma relación jurídica de trabajo, aunque haya habido suspensiones o interrupciones en el trabajo mismo como las provenientes de licencias, prestación del servicio militar u otras causas semejantes. Los otros casos en que el trabajador deja de prestar el servicio, pero sin que el contrato o la relación de trabajo se suspenda, como el goce de vacaciones, la enfermedad hasta por ciento ochenta (180) días o el accidente de trabajo hasta por el mismo término de incapacidad, etc., no se entenderán como soluciones de continuidad del servicio, para los efectos indicados". En idéntico sentido se ha manifestado en reiterados fallos de casación, la doctrina jurisprudencial del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

De todo lo anterior se concluye que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, al proferir la sentencia que es materia de esta impugnación, ni se equivocó en los conceptos allí expresados respecto a que la liquidación de la cesantía del trabajador, hecha el día 5 de marzo de 1945, por haber éste manifestado su voluntad de retirarse de la empresa, "tiene el carácter de definitiva, es decir irrevisable", pues, como se ha dejado visto, esa disposición no ordena que para liquidar el auxilio de cesantía se computen, mediante acumulación, los distintos períodos servidos bajo la vigencia de varios contratos, como lo pretende el recurrente, sino que, según su alcance y contenido, debe únicamente practicarse teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios, continuos o discontinuos, prestados dentro de una misma relación de trabajo dependiente.

El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Lo presenta como subsidiario del primero. Acusa la sentencia de "violación por infracción directa, de los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas del valor recibido por mi mandante en marzo de 1945 por concepto de auxilio de cesantía".

Al sustentarlo, manifiesta que para el Tribunal al trabajador "se retiró voluntariamente" de la empresa el 5 de marzo de 1945, fecha en que terminó el contrato de trabajo que lo ligó desde el 22 de marzo de 1938, por lo que, la liquidación de cesantía que entonces se le hizo, tiene el carácter de definitiva, y como tal, no sujeta a revisión, con la consecuencia de que nada le debe la demandada al actor por ese concepto y

respecto al primer período de trabajo. Agrega que el error manifiesto del Tribunal consiste en dar por establecido, sin estarlo, que el actor quedó definitivamente retirado de la empresa el referido día 5 de marzo de 1945, pues no tuvo en cuenta que, según los documentos de folios 9, 38 y 39 del cuaderno principal, el actor desempeñó siempre el cargo de "mecánico de seda", y que según esos mismos documentos, y el acta de la inspección ocular (folios 36 y 37), y la declaración de Manuel Ignacio Arzuza, el servicio del demandante en ese cargo fue continuo entre el 22 de marzo de 1938 y el 16 de mayo de 1955. Que tampoco apreció el documento del folio 8, ni las declaraciones de Luis Pacheco y Eustacio Ospina Castro (folios 27 y ss.) y que por ello tomó al pie de la letra la afirmación suscrita por el demandante que obra al folio 38, para aceptar que éste se retiró de la empresa el 5 de marzo de 1945, y que la liquidación de cesantía hecha entonces tuvo el carácter de definitiva. Que como consecuencia de ese error manifiesto, el Tribunal violó por falta de aplicación, los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

Luego dice el recurrente:

"Subsidiariamente, y con base en los mismos argumentos, formulo el cargo de violación, en concepto de violación o infracción indirecta, de los citados artículos 249 y 253 del citado Código, a consecuencia de error de hecho manifiesto que dejo señalado. Formulo este subsidiario porque esa honorable Sala Laboral (antes Tribunal Supremo del Trabajo) dice a veces, equivocadamente en mi concepto, que cuando la violación es a consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas se trata siempre de una violación indirecta de la ley sustantiva y que el cargo debe formularse en esta forma".

"Si el Tribunal Seccional no incurre en tal error manifiesto de hecho, sino que, por el contrario, examina bien todas las piezas que dejé señaladas, deduce lógicamente que fue perfectamente ficticio el llamado 'retiro voluntario' de mi mandante, hecho así de común de acuerdo entre las partes para efectos de facilitarle la consecución de casa de habitación, y que, por tanto, la llamada liquidación de cesantía y pago de ésta a mi mandante en el mes de marzo del año de 1945 fue una simple liquidación parcial o anticipo de la misma..."

SE CONSIDERA:

En la primera parte del cargo, el recurrente acusa la sentencia de violación directa de las normas legales que cita, pero, al sustentarlo, invoca un supuesto error de hecho en que incurrió el Tribunal, a consecuencia de la equivocada apreciación probatoria. Al estudiar el primer cargo, se reiteró la tesis jurisprudencial sostenida por la Corte, en forma uniforme y constante, en el sentido de que, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, se produce, siempre, por vía indirecta, pues, en tal caso, no se trata del desconocimiento de un texto legal, o de mala interpretación del mismo, sino de indebida aplicación por haberse apreciado erróneamente, o dejado de apreciar, las pruebas aducidas sobre los hechos controvertidos. Por este aspecto el planteamiento de la acusación, resulta no ajustado a la técnica del recurso. Sin embargo, como en la última parte del cargo el recurrente se acomoda a las exigencias anotadas, y presenta la misma acusación como violación indirecta de las normas sustanciales que cita, en forma subsidiaria del planteamiento principal, la Sala procede a su estudio.

Sobre la forma y tiempo en que el demandante prestó sus servicios a la empresa demandada, dijo el Tribunal: "Julio C. Castellar celebró con la fábrica 'Pita S. A.', contrato de trabajo como mecánico de seda el día 22 de marzo de 1938. Esa relación laboral duró hasta el 5 de marzo de 1945 en que se retiró voluntariamente, según se desprende de la propia atestación del demandante y que obra a folio 38. El 6 de marzo de 1945 las partes celebraron un nuevo contrato de trabajo que tuvo duración hasta el 16 de mayo de 1955 en que fue despedido el trabajador (folio 39)".

Corresponde definir a la Sala, conforme al cargo que se estudia, si en verdad el Tribunal incurrió en el error que le atribuye el recurrente, como consecuencia de equivocada apreciación probatoria, en cuanto estimó que el demandante estuvo vinculado a la empresa por dos contratos de trabajo, el primero de los cuales se desarrolló entre el 22 de marzo de 1938 y el 5 de marzo de 1945, día en que se terminó, por retiro voluntario del trabajador.

La terminación del contrato, en su primera etapa, la dedujo el sentenciador con base en el documento al folio 38 del cuaderno principal, que se transcribió al examinar el primer cargo. El Juzgado del conocimiento, al practicar la inspección ocular, tomó nota de él, ordenó su incorporación al expediente y, en el acta de la diligencia dejó constancia de su reconocimiento, por parte del trabajador. La Sala estima que fue acertado el criterio del Tribunal al apreciar y

valorar su contenido. En efecto, consta en ese documento la manifestación suscrita por el demandante de que se retira voluntariamente de los servicios que venía prestando a la demandada y que acepta y recibe lo que le corresponde por auxilio de cesantía, declaración que, por otra parte, aceptó la empresa, según se deduce del mismo escrito. Esto demuestra que la terminación del contrato de trabajo que se había iniciado el 22 de marzo de 1938, se produjo legalmente por mutuo consentimiento de las partes, o al menos, por una decisión unilateral y voluntaria del trabajador, consentida por la empresa. Al estudiar el cargo anterior se vio la obligación que la ley impone a la parte patronal de pagar el auxilio de cesantía a sus trabajadores, a la terminación del contrato de trabajo. Pues, precisamente, el cumplimiento del precepto legal por la parte obligada, es lo que resulta claro del documento que obra al folio 38. En efecto, con base en esa prueba, el Tribunal dio por demostrada la terminación del contrato el día 5 de marzo de 1945, o sea, en su primera etapa; igualmente dio por demostrado el pago del auxilio de cesantía definitiva correspondiente a ese tiempo, la que, por tanto, estimó irrevisable.

La circunstancia de que el demandante volviera a prestar sus servicios a la empresa el 6 de marzo de 1945, es decir, al día siguiente de haberse terminado el primer contrato que se inició el 22 de marzo de 1938, no constituye razón suficiente para desvirtuar la apreciación probatoria del Tribunal, respecto a que el trabajo prestado por el demandante a la compañía "Tilla S. A." se ejecutó en desarrollo de dos contratos distintos, aunque sucesivos. Dicha circunstancia tampoco varía la consecuencia lógica del hecho que encontró probado, o sea, que en el caso *sub judice*, no existió continuidad del servicio dentro de una misma relación laboral o dentro de un mismo contrato de trabajo, por lo cual no accedió a la petición del demandante, de que en la liquidación del auxilio de cesantía que se le hizo en mayo de 1955, debía computarse el tiempo comprendido entre marzo de 1938 y el 5 del mismo mes correspondiente al año de 1945.

Al estudiar el cargo anterior se examinó la modalidad referente a la continuidad o a la discontinuidad en la prestación de los servicios. Se dijo entonces, que, tratándose de la liquidación del auxilio de cesantía, esos conceptos sólo tienen operancia y aplicación práctica cuando los servicios se han prestado dentro de un mismo contrato de trabajo, puesto que si se trata de distintas relaciones jurídicas la discontinuidad en el tiempo que resulta de ellas, no constituye factor que pueda tenerse en cuenta para acumularlo al último período trabajado y deducir así el monto del auxilio. Tal proceder, equivaldría a pagar nuevamente una prestación que debió liquidarse y cancelarse a la terminación de cada contrato.

Lo anterior, no significa que no opere un sistema diferente para computar el tiempo de servicios respecto de otros derechos o prestaciones sociales, tal como ocurre, por ejemplo, para el caso de la pensión de jubilación, en que, para determinar los años de servicios requeridos por la ley para gozar de este derecho, se tiene en cuenta y se suman o acumulan los servicios continuos o discontinuos prestados dentro de un mismo contrato, o dentro de diferentes relaciones jurídico-laborales. Empero, en tales casos, ello ocurre así, por mandato expreso del legislador y porque este criterio es el que se acomoda a la naturaleza propia del derecho de pensión jubilatoria o al de otras prestaciones específicas.

Tampoco desconoce la Sala la posibilidad de que, en algunos casos, la parte patronal, independientemente o en connivencia con los mismos trabajadores, pueda recurrir al sistema de celebrar contratos de trabajo que se dan por terminados luego de un tiempo, aduciéndose motivos solo en apariencia legales, para volver a celebrar otros, que se ejecutan sucesivamente y sin interrupción, todo con el propósito de vulnerar derechos de los trabajadores o de eludir trámites, condiciones o requisitos exigidos por preceptos legales de ineludible cumplimiento.

Es claro, que acreditados procesalmente esos propósitos o fines perseguidos, contrarios a la ley, corresponde al Juzgador restaurar los fueros de la justicia y del derecho. Pero para ello debe proceder en cada caso, sobre la base de hechos probados, no de simples conjeturas o supuestos subjetivos sin respaldo en el proceso.

La posibilidad antes descrita, la presenta el recurrente como cierta o sucedida en el caso de autos, y así afirma, que la declaración del trabajador efectuada el día 5 de marzo de 1945, sobre retiro voluntario de la empresa (documento del folio 38), encierra un hecho ficticio, pues que fue hecha de común acuerdo entre las partes, a efectos de facilitarle al demandante la liquidación de una casa de habitación, mediante la liquidación y pago del auxilio de cesantía que le correspondía hasta esa fecha, lo que se establece con el documento que obra al folio 8, y con los testimonios de Manuel Ignacio Arruza, Luis Pacheco y Eustacio Ospina Castro.

Para la Sala, carece de consistencia y de respaldo en los autos la argumentación del acusa-

dor. El documento privado que obra al folio 8, en el supuesto de que pudiera dársele valor legal para demostrar el contrato allí descrito, contiene estipulaciones en virtud de las cuales se hace constar que José Ortega C. vende a Julio C. Castellar "una casa o majura" de su propiedad, ubicada en la ciudad de Barranquilla, por la suma de $ 600.00, comprendida por los linderos que se indican. Nada se expresa en él sobre la procedencia u origen del dinero pagado por el comprador Castellar. Los testimonios aludidos tampoco comprueban que la empresa Filta S. A. hubiese efectuado liquidación parcial de cesantía a su trabajador Castellar el 5 de marzo de 1945, ni que los dineros procedentes de esa liquidación los hubiese destinado a la adquisición de casa de habitación.

Queda en pie, por tanto, el contenido y alcance de la manifestación hecha por el demandante en el documento que obra al folio 38, respecto a la voluntad de terminar su relación laboral con la empresa demandada, el día 5 de marzo de 1945. No existe prueba que demuestre lo contrario, ni que esa declaración estuviese afectada de vicio, por causa de error, fuerza o dolo, capaz de invalidar el consentimiento expresado en la mencionada declaración de voluntad.

Al respecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 11 de marzo de 1949, en el juicio promovido por Francisco Cristancho contra "La Voz de la Víctor", dijo lo siguiente:

"Tampoco reviste fuerza alguna el razonamiento del recurrente en este punto, porque para el fallador deducir que hubo mutuo consentimiento para dar terminado el contrato de trabajo habido entre las partes basta examinar el contenido del arreglo, y la sola circunstancia de que el trabajador, por su propia voluntad decidió recibir el valor de sus salarios y las prestaciones debidas, expresando que se halla a paz y salvo con el empleador, indica la intención de cancelar el contrato en forma indudable. A menos que se demostrase que lo hizo presionado por el patrono o mediante el empleo de medidas dolosas. Pero, en principio, hay que presumir en las relaciones laborales, como en las civiles, la buena fe de los contratantes. Por lo que no puede aceptarse que después de hecha la manifestación de conformidad del asalariado, por lo relativo a la extinción de un contrato de trabajo, sea aconsejable ocurrir a la justicia para dejar sin efecto la propia expresión de la voluntad del trabajador libremente manifestada, en acuerdo con el patrono. Admitir lo contrario sería propiciar un sistema de inestabilidad, de inseguridad permanente en las relaciones que surgen del trabajo humano, que a la postre se reflejaría en forma inconveniente sobre los mismos intereses de las clases menos favorecidas económicamente, porque desplazaría toda posibilidad de entendimiento directo entre los factores capital y trabajo, con el consiguiente perjuicio para todos".

No aparece demostrado el error de hecho que predica el cargo en estudio, ni menos con la característica de manifiesto o evidente que es la condición requerida por la ley para que el vicio de esta naturaleza tenga la fuerza suficiente para desquiciar la sentencia. El cargo no prospera.

Tercer cargo.

Lo presenta como subsidiario de los anteriores, así:

"Violación del artículo 151 del Decreto Ley número 2158 de 1948, por aplicación indebida, producida a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas relativas al llamado 'retiro voluntario' de mi mandante el 5 de marzo de 1945. Esta violación en relación con los artículos 249 y 253 del citado Código del Trabajo".

Para sustentarlo manifiesta que "La argumentación sobre este cargo es la misma que dejo formulada al presentar el cargo anterior" y que, por tanto, la da por reproducida. Agrega que por haber incurrido el Tribunal en ese error de hecho, consideró prescrita la acción del demandante respecto a la cesantía del tiempo anterior al 5 de marzo de 1945, violando así el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948; "en concepto de aplicación indebida y los artículos 249 y 253 por infracción directa".

Finaliza la acusación, así: "Subsidiariamente digo que la violación de tales artículos es indirecta por serlo a través de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, y lo digo por las mismas razones antes expuestas".

LA SALA OBSERVA:

Al estudiar los cargos anteriores, se dijo que la violación de la ley, a consecuencia de equivocada apreciación probatoria, no se produce de manera directa, sino por vía indirecta y como consecuencia de posibles errores de hecho o de derecho, en que haya podido incurrir el Tribunal. De acuerdo con esto, el cargo resulta inestimable, respecto al planteamiento principal que hace el recurrente. Con todo, como en la última parte de la acusación, el impugnador modifica su criterio y enmienda su error, al manifestar que la violación de las normas legales que señala se produjo de manera indirecta, a través de erro-

ros de hecho en la apreciación probatoria, la Sala procede a considerarlo.

En el examen del cargo anterior, se vio que no existe el error de hecho que el recurrente atribuye a la sentencia del Tribunal. Como en este cargo el impugnador parte del supuesto de la existencia de ese mismo error para acusar violación, por aplicación indebida, del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo, resulta evidente que desaparece toda consistencia en su razonamiento y puesto que se limita a dar por reproducidos los argumentos que presentó para sustentar la acusación que no prosperó, la Sala estima, así mismo, que son suficientes las razones dadas en esa oportunidad, para rechazar este cargo.

Por lo demás, anota la Sala, que las consideraciones del Tribunal referentes a la prescripción de la cesantía que hubiera podido corresponder al trabajador por el período de servicios anterior al 5 de marzo de 1945, no constituyen el fundamento de la decisión, la que se sustenta, principalmente, en haber encontrado demostrada la existencia de dos contratos de trabajo durante el período en que el demandante prestó sus servicios a la empresa, el primero de los cuales terminó por renuncia voluntaria del trabajador, y la consiguiente liquidación y pago del auxilio de cesantía correspondiente al período trabajado. La alusión que se hace en la sentencia a la posible prescripción de la acción, está íntimamente relacionada con los hechos que encontró probados, y tiende a darle más fuerza al razonamiento que lo sirvió de base para negar lo pedido en la demanda. El cargo no prospera.

EL RECURSO DE LA EMPRESA

Alcance de la impugnación.

Persigue el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia de segunda instancia, y declare que la empresa sólo está obligada al pago de un mes y seis días de salario.

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral formula un cargo, contra el fallo de segundo grado.

Cargo único.

Lo presenta así:

"Violación de los artículos 47 y 64, numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo, por infracción indirecta, infracción en que incidió el sentenciador por error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, y error que aparece de modo manifiesto en los autos".

Dice el impugnador, que Castellar principió a trabajar con la empresa el 6 de marzo de 1945 y fue despedido el 16 de mayo de 1955, por lo que solicitó el pago de los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación del plazo presuntivo, o sea, el lapso comprendido entre el 16 de mayo de 1955 y el 6 de septiembre del mismo año, fecha en que expiraba el último período semestral. Pero acontece —agrega— que en la diligencia de inspección ocular se acreditó que la empresa le pagó a Castellar, como auxilio de enfermedad por una incapacidad de 45 días computados desde el 16 de mayo hasta el 30 de junio de 1955, la suma correspondiente a las dos terceras partes del salario mensual. Del acta de la diligencia, transcribe la parte en que se dejó constancia del pago, y luego, lo manifestado por el Tribunal al desestimar esa prueba, que es del siguiente tenor: "Pero se afirma por parte del procurador de la demandada que para liquidar el tiempo faltante debe tenerse en cuenta el pago de auxilio de enfermedad que la demandada le hizo al trabajador 'por incapacidad autorizada por nuestro médico doctor Marco H. Camargo, a consulta médica número 149 por hernia inguinal'. No es justa la impugnación del señor procurador de la demandada, por cuanto no es concebible que el pago por concepto de auxilio de enfermedad ocurrido con posterioridad a la fecha del despido, o con ocasión de éste al ser examinado el trabajador para darle de baja, *tenga la virtualidad de prorrogar el contrato de trabajo*". (Subrayado por el recurrente).

Manifiesta que el anterior razonamiento del Tribunal, quebranta el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto en virtud del mismo, el contrato de trabajo se entiende prorrogado tácitamente por períodos semestrales, esto es, tiene la virtualidad de prorrogar el contrato de trabajo, que es justamente el principio cuya aplicación persigue el actor, al considerar prorrogado el contrato hasta el 6 de septiembre de 1955, como lo admitieron los Juzgadores de instancia. De manera que si el contrato se entiende prorrogado hasta la citada fecha, agrega, es para todas las consecuencias legales, entre ellas, el pago de los salarios correspondientes a dicho plazo. Se tiene entonces que la prueba mencionada acredita que durante dicho lapso el trabajador tuvo una incapacidad de 45 días, por lo cual se le pagó el salario que la ley ordena, o sean los dos tercios.

Dice que el error del Tribunal consiste en creer que el contrato expiró el 16 de mayo de

1955, incurriendo en contradicción con su propia tesis de que operó el plazo presuntivo semestral hasta el 6 de septiembre siguiente. Que el *ad quem*, para condenar a la compañía al pago de los salarios correspondientes al tiempo faltante considera que el contrato expiró el 6 de septiembre, y para no reconocer el salario de 45 días de incapacidad, estima que el contrato había cesado el 16 de mayo anterior. Arguye que el plazo presuntivo operó desde el 6 de marzo de 1955 hasta el 6 de septiembre del mismo año, por lo que habiéndosele pagado al actor el salario completo hasta el 16 de mayo y 45 días más de incapacidad, es decir hasta el 30 de junio, a lo sumo se le adeuda el salario correspondiente del 1º de julio hasta el 6 de septiembre. Agrega que la contradictoria tesis del Tribunal conduce a que se pague doblemente el salario relativo al período del 16 de mayo al 30 de junio: las dos terceras partes, por enfermedad, que ya se pagaron, y el sueldo completo a que la sentencia condena.

SE CONSIDERA:

Aparece acreditado en el juicio que la empresa, para justificar el despido, invocó la existencia de una supuesta cláusula de reserva, que dijo haberse consignado en contrato suscrito por las partes (documento del folio 10 del cuaderno principal). Como en el juicio no se demostró la existencia de contrato escrito, tanto el Juez *a quo* como el Tribunal no le dieron validez al motivo alegado para la terminación del contrato; estimaron que el despido fue ilegal, y la condenaron al pago de la indemnización de perjuicios, por concepto de lucro cesante, en cuantía equivalente a los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el nuevo período presuntivo, que había empezado a correr desde el día 6 de marzo de 1955, y que debía de expirar, normalmente, a los seis meses, o sea el 5 de septiembre, inclusive, de 1955. De esta suerte, como el despido se efectuó a partir del 16 de mayo de 1955, la indemnización de perjuicios, por la ruptura ilegal del contrato, se contrajo al tiempo comprendido entre esta fecha y el día 6 de septiembre del mismo año, es decir, por el lapso de tres meses y veintiún días.

Pretende el recurrente que la demandada solo debe al trabajador, por concepto de indemnización de perjuicios, los salarios correspondientes al período comprendido entre el 1º de julio y el 6 de septiembre de 1955, porque la empresa le pagó auxilio por enfermedad durante 45 días comprendidos entre el 16 de mayo y el 30 de junio de 1955, según aparece del recibo que obra al folio 18 y del acta de inspección ocular (folio 37), pruebas que, en su concepto, fueron apreciadas erróneamente por el Tribunal.

Para conseguir el quebranto de la sentencia, el impugnador trata de estructurar un supuesto error de hecho que atribuye al Tribunal, y de evidenciar contradicción en sus razonamientos, en cuanto este afirmó: que el plazo presuntivo del contrato de trabajo, respecto del último período de servicios que se había iniciado el 6 de marzo de 1955, debía terminar el 6 de septiembre del mismo año; y que el contrato terminó por despido el 16 de mayo del mismo año.

Estima la Sala que no se configura el error que el cargo atribuye al Tribunal, ni aparece contradicción en el juicio del mismo. En efecto, lo que resulta demostrado en el expediente, es que el contrato celebrado entre las partes lo fue por tiempo indefinido, o sin fijación de término alguno; habiéndose iniciado en su segunda etapa el 6 de marzo de 1945, opera la presunción de que fue celebrado por términos sucesivos de seis en seis meses, conforme al ordenamiento del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo y a virtud de las prórrogas del mismo, previstas en el artículo 49 ibídem. El último período presuncional se inició el 6 de marzo de 1955, por lo que debía durar hasta el 5 de septiembre, inclusive, del mismo año. No sucedió así, pues, el contrato que podía terminar normalmente, por vencimiento del término, el 6 de septiembre de 1955, terminó realmente con anterioridad, el 16 de mayo de ese año, por despido del trabajador. La empresa no demostró que entre las partes se hubiese pactado legalmente la llamada cláusula de reserva, que adujo para justificar la terminación del contrato (folio 10 del cuaderno principal); por ello, los juzgadores de instancia consideraron ilegal el despido, con la consecuencia de condenarla a pagar la indemnización de perjuicios (lucro cesante), por la ruptura ilegal. Esta indemnización, por el concepto indicado, la fija expresamente la ley para el caso de que sea el patrono quien debe pagarla, y la hace consistir en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo.

En el caso de autos, habiendo terminado el contrato, el 16 de mayo de 1955 el monto de la indemnización de perjuicios debe establecerse teniendo en cuenta el tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo, que vencía el 6 de septiembre del mismo año, y el salario correspondiente a ese tiempo. No es que el contrato se prolongue o reanude después de terminado por el tiempo faltante para su vencimiento. Lo que ocurre es que el plazo pactado o presuntivo, necesariamente opera para el solo efecto de com-

putar o liquidar el monto de la indemnización de perjuicios, por la ruptura unilateral e ilegal del mismo. Así lo dispone el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ello no puede existir contradicción al reconocer, como lo hizo el *ad quem*, que el contrato terminó el 16 de mayo de 1955 por despido ilegal del trabajador, debiendo haber terminado, normalmente, el 5 de septiembre del mismo año. Ningún reparo ofrece para la Sala la actuación del Tribunal, sobre el punto en estudio.

El razonamiento del acusador respecto a que, del monto de la indemnización de perjuicios decretada, debe descontarse lo pagado al trabajador por razón del auxilio de enfermedad durante 45 días, comprendidos entre el 16 de mayo y el 30 de junio del mismo año, o sea, cuando el contrato de trabajo ya había terminado por causa del despido, es cuestión que plantea un problema distinto al de error de hecho que contempla el cargo, pues, en realidad, lo que debe dilucidarse en tal supuesto, es la cuestión jurídica consistente en definir, si la indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, es o no incompatible con el pago del auxilio por enfermedad.

Aunque este aspecto no se plantea concretamente en la acusación, la Sala cumpliendo la función que le compete, procede a su examen, y para ello hace las siguientes consideraciones:

La sanción que establece el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo a cargo de la parte responsable por el incumplimiento del contrato de trabajo, no es prestación social sino una indemnización, por los perjuicios causados a la otra parte. Si para determinar el importe de la misma, cuando el responsable es el patrono, deben tenerse en cuenta las bases o elementos que de antemano ha fijado el legislador, al establecer que ésta consiste en el monto de los salarios correspondiente al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, respecto del lucro cesante, no significa ello que la indemnización pueda confundirse con el salario, ya que este concepto, de acuerdo con la propia definición legal, implica retribución de servicios, que, como es obvio, no se prestan cuando el contrato ha terminado.

El auxilio monetario por enfermedad no profesional, es una de las prestaciones patronales comunes establecidas en beneficio del trabajador. Para determinar su monto se tiene en cuenta el salario, y la regulación fijada en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. Este auxilio monetario, no constituye salario, pues su concepto y naturaleza tampoco corresponden al contenido de este término que se comprende en la definición que trae el artículo 127 antes citado. En efecto, con el auxilio por enfermedad no se remuneran servicios, se trata de una carga social de la empresa que se hace efectiva al patrono por el ministerio de la ley, con fundamento exclusivo en un valor jurídico de solidaridad y de justicia, y por razones que tienden a realizar el objeto fundamental del derecho laboral, de procurar el logro de la justicia en las relaciones obrero-patronales, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Los pagos que puedan hacerse al trabajador en razón de lo prescrito en los artículos 64 y 227 del Código Sustantivo del Trabajo, proceden de derechos de naturaleza diferente y obedecen a causas distintas. En el primer caso, como se ha visto, se trata de un derecho indemnizatorio, que tiene como causa el incumplimiento contractual por parte del patrono. En el segundo, una prestación social, cuya causa inmediata, la enfermedad, de ordinario no es querida ni buscada por el trabajador, ni sobreviene por culpa del patrono, sino que obedece simplemente a un estado patológico que incapacita al trabajador para cumplir la función o labor habitual que se le ha encomendado. Por tanto, nada se opone a que puedan concurrir, por que los hechos que originan los derechos son diversos y provienen de causas distintas.

En el caso *sub judice*, al pagarle la empresa al trabajador el auxilio monetario por enfermedad no profesional, que se constató al practicarle el examen médico de retiro, no hizo más que ajustar su conducta al mandato que le impone el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que no se trata de enfermedad sobreviniente con posterioridad al 16 de mayo de 1955, fecha de la terminación del contrato, sino que ya existía al tiempo del despido.

Por todo lo expuesto el cargo no prospera.

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Con salvamento de voto.-

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS ALBERTO BRAVO

I. No comparto la tesis que se expone en el anterior fallo al estudiar el primer cargo de la demanda del trabajador recurrente, tesis según la cual el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo debe entenderse en el sentido de que, para efectos del auxilio de cesantía, no pueden acumularse los servicios prestados durante distintos contratos de trabajo, aunque entre éstos no haya habido solución de continuidad. Ello entraña una interpretación estrictamente literal y aislada, pues si bien el citado artículo se refiere al "contrato de trabajo" (en singular), establece la obligación de pagar el auxilio no en razón de cada contrato sino por "cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año". Y el artículo 253 ibídem, habla del cómputo de la cesantía durante los tres años anteriores a la fecha de cada aumento de salarios, no obstante que la duración del contrato, si es presuntivo, está limitada a seis meses, y si de término fijo, a cuatro meses, como mínimo, y a dos años, como máximo.

Además, la denominación "contrato de trabajo" se da al hecho de prestar un servicio personal a otra persona, bajo su continuada dependencia o subordinación y mediante remuneración (artículo 22). De tal manera que mientras no desaparezca realmente para el trabajador la obligación de prestar el servicio ni para el patrono o empleador la de remunerarlo, en las condiciones dichas, subsiste el contrato de trabajo. De allí que se diga que éste, en el caso de haberse celebrado a término fijo, "es renovable indefinidamente" (artículo 46), y que si la duración no ha sido expresamente estipulada o no resulta de la obra o servicio que debe ejecutarse, "los contratos" (en plural), se presumen celebrados por términos *sucesivos* de seis en seis meses (art. 47).

Y es evidente que ni en el supuesto del contrato a plazo determinado, ha de liquidarse el auxilio de cesantía cada cuatro meses o cada dos años, ni en el de tiempo indefinido, cada seis meses, pues aunque el artículo 61 tenga previsto que el contrato de trabajo termina por expiración del plazo pactado o presuntivo, suele ocurrir que el vínculo contractual no se extingue al advenimiento de ese plazo, debido a que el trabajador continúa prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito (artículo 49).

El criterio que sostiene el fallo de casación es tanto más grave cuanto, con olvido del orden jurídico-positivo que consagra los principios de protección al trabajador y de irrenunciabilidad a sus derechos y prerrogativas (arts. 9º y 14 CST.) e impone restricciones a la liquidación del auxilio de cesantía (art. 254), da lugar a que se utilice el fácil pretexto del "mutuo consentimiento" (art. 61, ord. e) para cancelar periódicamente esa prestación, quemando etapas de una misma relación contractual, lo que reduce en último término su monto total, dada la natural tendencia al aumento de salarios.

II. También me aparto de la mayoría de la Sala en cuanto, al examinar el segundo cargo del demandante recurrente, estima que el fallador de segunda instancia obró con acierto al dar por demostrado que el contrato de trabajo que se había iniciado el 22 de marzo de 1938, terminó legalmente el 5 de marzo de 1945 "por mutuo consentimiento de las partes, o al menos, por una decisión unilateral y voluntaria del trabajador, consentida por la empresa" a pesar "de que el demandante volviera a prestar sus servicios a la empresa el 6 de marzo de 1945, es decir, al día siguiente de haberse terminado el primer contrato que se inició el 22 de marzo de 1938", con base en el documento del folio 38 del cuaderno principal, en el que el Jefe de Personal de la empresa ordena al Cajero Pagador de la misma, con fecha 5 de marzo de 1945, tomar nota de que desde ese día el trabajador Julio C. Castellar "ha cesado en su trabajo" (mecánico de soda), por causa de retiro voluntario, y en el que, a continuación, el mismo trabajador manifiesta haber recibido de la Compañía Filta Limitada la suma de $ 465.46 como auxilio de cesantía.

En discrepancia con la mayoría, considero que el referido documento, así sea formalmente el simple resultado del ejercicio de la facultad que la ley reconoce a los sujetos del contrato de trabajo para darlo por terminado en virtud del mutuo disenso, relacionado con otras pruebas como la liquidación y la nota de despido visibles a folios 9 y 39 del cuaderno principal, de las que el recurrente dice que no tuvo en cuenta el fallador, lleva a la conclusión de que el supuesto acuerdo encaminado a la extinción del contrato, no tuvo el efecto inherente a este fenómeno, sino exclusivamente al de la liquidación y pago del auxilio de cesantía correspondiente al tiempo anterior, con violación de la ley y en perjuicio, a la larga, del trabajador, que la recibió, bien por ignorancia, ora por imperativos de la necesidad.

En efecto, de estas dos pruebas se infiere, sin lugar a duda alguna, que Castellar no cesó en su trabajo, según se declara en el documento en que funda su decisión el fallador de instancia, sino que continuó prestando sus servicios, pre-

cisamente en el mismo cargo de mecánico de seda, hasta el 16 de mayo de 1955. Por tanto, si la terminación del contrato inicial no se consumó porque la renuncia presentada por el trabajador y aceptada por la empresa no tuvo ejecución en la práctica, el Tribunal de segunda instancia incurrió en ostensible error de hecho al dar por demostrada, sin estarlo, esa terminación, error que lo condujo a la violación de los artículos 249 y 253, citados por el recurrente, que ordenan el pago del auxilio de cesantía, al terminar el contrato, esto es al separarse el trabajador efectivamente del servicio, computando todo el tiempo y tomando como base el último salario mensual devengado.

La mayoría de la Sala desvió su atención hacia el estudio de las pruebas que señaló el recurrente para comprobar el pago parcial del auxilio aplicado a la adquisición de vivienda, lo que ciertamente no se estableció en forma adecuada, y quizá por ello descuidó indagar si tuvo fiel cumplimiento la intención volitiva de las partes, consignada en el documento del folio 38, o si fue apenas un medio de apariencia legal para realizar, antes de tiempo, la liquidación y el pago del auxilio de cesantía.

Por las anteriores razones, me veo obligado a salvar el voto.

Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y dos.

Luis Alberto Bravo.

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. CONFESION. INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES. TECNICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO.

1. La cuestión de saber si hubo o no contrato de trabajo es esencialmente de hecho. Técnica del recurso de casación. 2. Naturaleza de la prueba de confesión. La confesión es personal. 3. Indebida acumulación de acciones y consiguiente falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

1. La cuestión de saber si hubo o no contrato de trabajo es esencialmente de hecho, de manera que si el fallador niega su existencia, precisa examinar la prueba, que es de donde puede deducirse si las partes estuvieron o no vinculadas por una convención de la índole expresada. Ahora bien: una investigación en tal sentido no cabe realizar dentro de la modalidad de la violación de la ley por vía directa, sino por motivo de casación distinto.

Además, ninguna de las normas legales que la acusación señala como violadas, establece, en concreto, derecho alguno y ocurre que, para la viabilidad de un cargo en casación, se requiere, de acuerdo con la jurisprudencia, que incida en la resolución de derecho contenido en la decisión impugnada.

Bastan para su rechazo las consideraciones expuestas.

2. Aunque el absolvente hubiera declarado que su relación jurídica y la de los otros dos actores era la de trabajo dependiente, no podría verse en ella prueba de su existencia, pues no es confesión el reconocimiento de un hecho por quien lo afirma, sino "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que la perjudica afirmado por la otra", conforme a lo dispuesto por el artículo 604 del Código Judicial, si se hace ante el juez, en la forma y términos que establece el precepto.

Además, la confesión es personal y la que se pretende deducir de lo dicho por el absolvente al contestar una de las preguntas del interrogatorio, se toma como prueba no sólo de la convención laboral entre él y el dueño de la finca, sino entre éste y los otros dos demandantes. Aunque se tratara, pues, de confesión judicial, no serviría para demostrar tres contratos de trabajo.

3. Los tres demandantes quisieron utilizar la acumulación de acciones que regula el artículo 209 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. En efecto: en una sola demanda promovieron el juicio, formando un litis consorcio activo, aduciendo cada uno como causa jurídica un contrato de trabajo con el demandado. No era procedente la acumulación en tal forma, porque aunque el contrato laboral, reunidos los elementos prescritos por la ley, sea siempre el mismo, de allí no se sigue que si es uno solo el patrono y varios los trabajadores, haya unidad de relaciones jurídicas. En tal situación existen tantos contratos cuantos sean los trabajadores y, en consecuencia, distintos títulos y causas jurídicas. Para que sea posible la acumulación objetiva, se requiere que las varias acciones, en caso de litis consorcio activo, provengan de un mismo título, como lo tiene establecido la jurisprudencia. Cuando la acumulación es subjetiva o de autos, puede ser distinto el título, porque su fundamento no es, como en la objetiva, la economía procesal, sino también el de impedir fallos contradictorios. En el asunto litigioso no hay unidad sino diversidad de títulos; no es uno solo el contrato de trabajo sino tres. En tales condiciones no era pertinente la acumulación, como ha quedado expuesto. En otros términos: la demanda no se presentó en debida forma y ha debido ser rechazada, y ya

se sabe que tal irregularidad, de acuerdo con doctrina recibida por la Corte, integra un presupuesto procesal que no permite al fallador una decisión jurisdiccional de mérito. La irregularidad no fue observada por los falladores de primero y segundo grado, y la anota la Sala para expresar que habría bastado para el rechazo de las pretensiones de la demanda sin necesidad de examinar en el fondo la cuestión debatida en el proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Los señores Espíritu Santo Piña V., Luis A., Margarita y Ananías Piña C., promovieron juicio ordinario, por medio de apoderado, contra Rubén Bernal Huertas, ante el Juzgado del Trabajo de Tunja, para que por sentencia fuera condenado a pagarles: cesantía y vacaciones, de acuerdo con el salario mínimo legal; primas de servicio, zapatos y overoles; preaviso de cuarenta y cinco días; indemnización por mora; y costas del juicio.

Según los términos de la demanda, los cuatro actores ingresaron al servicio de Rubén Bernal en julio de 1941, como obreros de campo, en varias fincas de propiedad de éste, situadas en el Municipio de Oicatá, cumpliendo jornadas de seis de la mañana a seis de la tarde. En las fincas ejecutaban, entre otras, estas labores: Margarita Piña la de cocina, para el suministro de alimentos a los peones y el pastoreo de ganados; la nombrada Margarita y los otros tres, la preparación de tierras para cultivos, cercas de potreros, limpieza de pozos para abrevaderos, siembras, beneficio de sementeras y cuidado de los ganados de diversas clases. Cada uno de los trabajadores empezó con una salario en dinero de $ 0.30 diario y la alimentación, aumentado el primero gradualmente hasta alcanzar la suma de $ 1.00 al día. Los servicios fueron prestados por todos en forma continua hasta el mes de marzo de 1958, fecha en que el patrono los declaró cesantes, so pretexto de que había vendido los inmuebles, sin darles preaviso ni cancelarles las prestaciones causadas.

En derecho las acciones se fundan en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda niega los hechos en que se apoya y el contrato de trabajo; en consecuencia, se opone a la prosperidad de sus pretensiones. Acepta únicamente que el demandado le dió una estancia a Espíritu Santo Piña en compañía, para dividir los frutos por partes alícuotas.

En la primera audiencia de trámite (f. 20), el apoderado de la parte actora desistió de la acción del demandante Ananías Piña, que el Juzgado aceptó como acto de modificación del libelo en proveído dictado en la segunda audiencia (f. 27 v.).

La relación de primer grado siguió su curso conforme al rito de ley, y fue clausurada por sentencia del 16 de noviembre de 1959. La resolución absuelve al demandado de todos los cargos, previa declaración de estar probada la excepción de inexistencia de la obligación, por falta de causa. No hizo condena en costas.

Apeló la parte vencida. Resolvió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Tunja, Sala Laboral, por sentencia del 17 de febrero de 1960. El fallo confirma el del inferior, sin costas en el segundo grado.

La misma parte interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Llegados los autos a esta Superioridad, admitido por ella el recurso y debidamente preparado, se pasa a decidir.

La demanda de casación.

Persigue la quiebra del fallo del *ad quem*, la revocatoria del de primer grado y, en su lugar, la condena en los términos de la demanda inicial.

Con fundamento en la primera causal de casación formula dos cargos, que la Sala examina en su orden.

Primer cargo.

Violación directa de los artículos 21, 27, 31 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo y 210 del Código Judicial.

En sustentación del cargo dice el recurrente:

El fallo del *ad quem* se basa en el concepto jurídico de que entre las partes no existió contrato de trabajo, y, además en la consideración de que para la fecha en que se inició (1941), Luis Alfredo y Margarita Piña, según partidas de estado civil corrientes a folio 17, tenían ocho y seis años de edad, respectivamente, circunstancia que les impedía trabajar y celebrar contratos válidamente. De esa apreciación deduce que la sentencia viola estos preceptos del Código Sustantivo del Trabajo: el 31, porque desconoce los derechos allí consagrados en favor del trabajador menor de edad; el 30, porque ha debido atender al principio de equidad en que se basa dicho precepto; el 29, porque si de acuerdo con

él tiene capacidad para celebrar el contrato de trabajo el mayor de 18 años, de allí no se desprende que las relaciones con persona que no haya cumplido esa edad dejen de producir efectos jurídicos; el 21, porque ordena aplicar la norma más favorable al trabajador; el 55, según el cual la buena fe es desideratum de toda relación jurídica laboral, y el 27, que prohíbe el trabajo sin remuneración. Infringió el artículo 210 del Código Judicial, en cuanto a las peticiones de Luis Alfredo y Margarita Piña, a quienes ha debido reconocer los derechos reclamados por ellos desde que cumplieron 18 años, o desde los 12, según el uso inveterado de los empresarios y trabajadores agrícolas.

SE CONSIDERA:

La cuestión de saber si hubo o no contrato de trabajo es esencialmente de hecho, de manera que si el fallador niega su existencia, precisa el examen de la prueba, que es de donde puede deducirse si las partes estuvieron o no vinculadas por una convención de la índole expresada. Ahora bien: una investigación en tal sentido no cabe realizar dentro de la modalidad de violación de la ley por vía directa, sino por motivo de casación distinto. Además, ninguna de las normas legales que la acusación señala como violadas, establece, en concreto, derecho alguno y ocurre que, para la viabilidad de un cargo en casación, se requiere, de acuerdo con la jurisprudencia, que incida en la resolución de derecho contenida en la decisión impugnada. Bastan las consideraciones expuestas para su rechazo.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 22, 23, 24, 25, 64, 65, 129, 132, 171 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Los elementos probatorios mal estimados son los siguientes:

a) La respuesta de Espíritu Santo Piña a la novena pregunta del cuadro de posiciones, de la cual dedujo el *ad quem* aceptación explícita de que los actores no tuvieron vinculación contractual con el demandado. El contenido de aquélla es el siguiente: "Sostenía en mi casa a 6 hijos y mi esposa y cuando vivíamos en la finca del señor Bernal nos sosteníamos con un pequeño mensuale que nos dejaba el señor Bernal y a veces nos daba alimentación".

Fue errónea la interpretación de la prueba —dice el impugnador— porque no desnaturaliza el contrato de trabajo el hecho de que el trabajador conviva con el patrono, reciba de éste parcelas para siembras o cultivos, y alimentación, ya que ésta es parte del salario en especie. No es esencial al contrato de trabajo que todo el salario se pague en numerario, pues parte de él puede cubrirse en especie, por lo que, su cancelación en tal forma no destruye el contrato laboral. El anotado error llevó al fallador al quebranto de los artículos 22, 23, 24, 25, 129 y 132 del Código.

b) Las declaraciones de los testigos Abraham, José Vicente y Policarpo Puerto (fs. 25 v., 29 y 42, respectivamente). Los declarantes, por percepción directa, dan fe de una serie de hechos positivos en el decurso de 18 años aproximadamente, de los cuales aparece acreditada la relación de trabajo en todos sus elementos, entre los demandantes Espíritu Santo, mayor de edad, y el demandado Rubén Bernal, y a la vez entre éste y los menores Luis Alfredo y Margarita Piña. Al negarle mérito el Tribunal a los testimonios, violó los artículos 54 del Código Sustantivo del Trabajo y 697 del Código Judicial, y, en consecuencia, los artículos 64, 65 y 249 del código primeramente citado.

c) Las declaraciones de Zenón Amézquita, José González y Aníbal Amézquita (fs. 21 v., 30 v., y 32, respectivamente). El Tribunal las apreció erróneamente, porque dio por acreditado con ellas un contrato de compañía entre los trabajadores y su patrón. Los testigos dicen que no conocieron hechos constitutivos de la relación de trabajo; de esa afirmación negativa deduce el fallador una presunta compañía, esto es, la existencia de actos objetivos como el aporte de gastos, distribución de productos agrícolas, situación de igualdad jurídica que es específica del derecho privado entre los socios. Al darle validez el Tribunal a declaraciones negativas, violó los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se estudia el cargo:

En concepto del Tribunal, entre las partes no existió contrato de trabajo y, por tal motivo, absolvió a Rubén Bernal de todos los cargos de la demanda inicial, confirmando la sentencia del *a quo* en el mismo sentido. Motivan la decisión estas consideraciones:

Aunque los testimonios de Abraham Puerto, Pablo León, José Vicente y Policarpo Puerto, aportados al juicio por la parte actora, hablan de la relación laboral existente entre los demandantes y Rubén Bernal, es lo cierto que uno de ellos, Abraham Puerto, dice: "Rubén Bernal iba una vez al mes a la finca y les entregó la finca

para que trabajaran". Esta aseveración coincide en parte con lo afirmado por los declarantes Zenón Arnézquita, José González y Aníbal Arnézquita, "cuando se refieren al hecho de que entre las partes existió un contrato de compañía, según el cual Bernal ponía la tierra y las semillas y los demandantes el trabajo, repartiendo el producto por partes iguales".

Hace mérito la sentencia de la respuesta dada por el demandante Espíritu Santo Piña a la novena pregunta del interrogatorio que el demandado le formuló en posiciones, transcrita anteriormente, y comentándola, expone: "Ello significa claramente la aceptación explícita de que los demandantes no tenían ninguna vinculación de carácter contractual con el demandado. Algo más: los demandantes Luis Alfredo Piña y Margarita Piña, según partidas visibles al folio 17, tenían para el año de 1941 —fecha en que se dice principió el vínculo laboral— 8 y 6 años, respectivamente, edad que ciertamente les impedía trabajar y celebrar contratos válidamente".

"Por lo que hace relación al actor Espíritu Santo Piña —agrega la sentencia— las pruebas que obran en el expediente evidencian que fue un trabajador independiente que no tuvo ninguna vinculación de carácter laboral con el demandado. En tales circunstancias, el *a quo* se ajustó a derecho al proferir su decisión absolutoria, que habrá de ser confirmada por esta Superioridad".

SE CONSIDERA:

El acusador sostiene que la confesión provocada de Espíritu Santo Piña demuestra el contrato de trabajo entre las partes, desconocido por el Tribunal, porque a juicio de éste, una relación de tal especie no existe cuando el salario se estipula parte en dinero y parte en especie, apreciación contraria a lo previsto en el artículo 132 del Código. La Sala observa que no es tesis de la sentencia la que el cargo le atribuye, sino consideraciones distintas, como las de que, si el absolvente vivió en la finca del demandado, sosteniéndose con su familia de la explotación de una estancia concedida por aquél y a veces de la alimentación que les daba, tales hechos no generan un vínculo contractual de trabajo. De otro lado, aunque el absolvente hubiera declarado que su relación jurídica y la de los otros dos actores era la de trabajo dependiente, no podría verse en ella prueba de su existencia, pues no es confesión el reconocimiento de un hecho por quien lo afirma, sino, "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra", conforme a lo dispuesto por el artículo 604 del Código Judicial, si se hace ante el Juez, en la forma y términos que establece el precepto. Además, la confesión es personal y la que se pretende deducir de lo dicho por Espíritu Santo Piña al contestar la pregunta novena del interrogatorio, se toma como prueba no sólo de la convención laboral entre él y Rubén Bernal, sino entre éste y los otros dos demandantes. Aunque se tratara, pues, de confesión judicial, no serviría para demostrar tres contratos de trabajo. Se concluye de lo expuesto que el error de hecho alegado por desacierto en la estimación de una supuesta confesión, es inconducente.

Los testimonios.

El cargo afirma que los rendidos en el juicio por Abraham, José Vicente y Policarpo Puerto, demuestran la relación laboral, en todos sus elementos (trabajo personal, subordinación y salario); que los que a ellos opone la sentencia, integrado por las declaraciones de José González, Zenón y Aníbal Arnézquita, no tienen el mérito de destruír los primeros, porque el contrato de compañía de que habla el Tribunal, lo deduce de aseveraciones negativas de las declarantes.

Para el estudio de este aspecto de la acusación, bastará examinar el contenido de la declaración de los tres últimos testigos.

Zenón Arnézquita (fs. 21 v, a 23). Comienza diciendo que conoce a los demandantes desde hace doce o catorce años; que entre Espíritu Santo Piña y Bernal existió una compañía y le consta el hecho, porque varias veces les alquiló bueyes para el arado de tierras, no habiendo ejercido el primero jamás el cargo de mayordomo del segundo sino el de compañero de trabajo; que Bernal no ha tenido obreros permanentes en sus fincas, sino únicamente en épocas de desyerbos, siembras y recolección de cosechas; que el declarante dejó a la familia Piña en su casa de campo muchas veces, con libertad para trabajar donde quisiera; que lo ha visto trabajar en fincas de Bernal por días, pues salía a laborar a otras partes.

José González (fs. 30 y 31). Informa el testigo que no sabe si Espíritu Santo Piña hubiera sido mayordomo de Bernal, pues lo que le consta es el hecho de que aquel hacía cultivos en compañía del demandado, y así lo afirma porque es vecino de Bernal, a donde trabajó en muchas ocasiones. Las bases de la compañía las explica así: Bernal daba la tierra y la semilla y la familia Piña aportaba el trabajo; las cosechas las repartían por partes iguales.

Aníbal Amézquita (fs. 32 y 33). No lo consta que la familia Piña trabajara con Bernal en labores distintas de las exigidas por siembras en compañía, ni que Espíritu Santo Piña hubiera sido mayordomo de Bernal. Que dicha familia trabajaba donde quisiera, con independencia de que su jefe fuera o no socio de Bernal; que vivió en las fincas de éste siete u ocho años, ocupándose de la ejecución de los trabajos en las siembras en compañía. No le consta al deponente que Bernal sea deudor de la nombrada familia por salarios y prestaciones sociales.

No es de negaciones —como lo afirma el cargo— de donde el Tribunal deduce la existencia de una especie de sociedad, así sea irregular o de hecho, entre Bernal y la familia Piña, si no de aseveraciones en sentido afirmativo. Uno de los declarantes (González) señala cuáles fueron las cláusulas esenciales del pacto social.

Si de los dos grupos de declarantes, el Tribunal prefirió el del demandado, tal determinación, que cabe dentro de sus facultades de libre estimación de las pruebas, no demuestra que, al proceder así, haya incurrido en error de hecho evidente.

Aunque lo expuesto es suficiente para el rechazo del cargo, la Sala debe agregar estas consideraciones:

Los demandantes Espíritu Santo, Margarita y Luis A. Piña, quisieron utilizar la acumulación de acciones que regula el artículo 209 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. En efecto: en una sola demanda promovieron el juicio, formando un litis consorcio activo, aduciendo cada uno como causa jurídica un contrato de trabajo con el demandado. No era procedente la acumulación en tal forma, porque aunque el contrato laboral, reunidos los elementos prescritos por la ley, sea siempre el mismo, de allí no se sigue que si es uno solo el patrono y varios los trabajadores, haya unidad de relaciones jurídicas. En tal situación existen tantos contratos cuantos sean los trabajadores y, en consecuencia, distintos títulos o causas jurídicas. Para que sea posible la acumulación objetiva, se requiere que las varias acciones, en caso de litis consorcio activo, provengan de un mismo título, como lo tiene establecido la jurisprudencia. Cuando la acumulación es subjetiva o de autos, puede ser distinto el título, porque su fundamento no es, como en la objetiva, la economía procesal, sino también el de impedir fallos contradictorios. En el asunto litigioso no hay unidad sino diversidad de títulos; no es uno solo el contrato de trabajo sino tres. En tales condiciones no era pertinente la acumulación, como ha quedado expuesto. En otros términos: la demanda no se presentó en debida forma y ha debido ser rechazada, y ya se sabe que tal irregularidad, de acuerdo con doctrina recibida por la Corte, integra un presupuesto procesal que no permite al fallador una decisión jurisdiccional de mérito. La irregularidad no fue observada por los falladores de primero y segundo grado, y la anota la Sala para expresar que habría bastado para el rechazo de las pretensiones de la demanda sin necesidad de examinar en el fondo la cuestión debatida en el proceso.

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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

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.

NULIDADES PROCESALES. A QUE SE EXTIENDE LA ANULACION DE LO ACTUADO. ERROR EVIDENTE DE HECHO EN LA SENTENCIA ABSOLUTORIA ACUSADA. EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL EN EL CASO DE AUTOS. SE CASA LA SENTENCIA RECURRIDA Y SE PROFIEREN VARIAS CONDENAS.

La nulidad de lo actuado en un juicio comprende los actos procesales ejecutados por el Juez y las partes. En lo concerniente a las pruebas debe distinguirse entre las constituyentes y las constituídas; la nulidad de la actuación afecta las pruebas de la primera clase, las constituídas conservan el mérito que tengan conforme a la ley.

La nulidad de lo actuado en un juicio comprende los actos procesales ejecutados por el Juez y las partes, que es lo que integra el procedimiento o actuación judicial. En lo concerniente a las pruebas, debe distinguirse entre las constituyentes, que son las producidas durante la instrucción, y las constituídas, o sea las pruebas creadas fuera del proceso, ya por las partes directamente (documentos) o por ellas con intervención del juez (prueba anticipada). La nulidad de la actuación afecta las pruebas de la primera clase, por lo cual quedan sin valor y no deben ser estimadas; las constituídas conservan el mérito que tengan conforme a la ley, por lo que, si hacen parte del sector del proceso anulado, no pueden ser desestimadas, ya que su existencia es independiente de la actividad procesal, que es donde se encuentra el vicio productor de la nulidad. El juez tiene, pues, la obligación de asignarles el mérito que ofrezcan, según el criterio que de ellas se forme, si para tal fin, como ocurre en el proceso del trabajo, goza de libertad en su apreciación.

En el caso de autos, la demanda de instancia, en el aparte que lleva por título "Medios de prueba", relaciona el acta que recoge la confesión provocada del demandado, recibida antes de la promoción del juicio. De las posiciones, el Juzgado que intervino en su práctica ordenó dar traslado al solicitante, agotando así el mecanismo legal regulador de la prueba; del acta expidió copia el Secretario, incorporada al expediente en la primera audiencia de trámite por mandato del Juzgado, quien en auto allí dictado dispuso tenerla como prueba en favor del actor.

Vino luégo el decreto de nulidad de la actuación, dictado por el Juez en la cuarta audiencia de trámite. Comprende aquélla los actos ejecutados por el Juez y las partes desde la celebración de la primera audiencia hasta la realización de la cuarta.

Como resulta claramente de los antecedentes relatados, la prueba de que se trata fue pedida, decretada y practicada en forma legal. La última operación se redujo a incorporar a los autos el documento que la contiene, pero no a su asunción por el Juez del conocimiento, pues las posiciones fueron recibidas antes de la iniciación del juicio y tenían, por tanto, el valor de prueba constituída. Si materialmente figura en el sector de la actuación herida de nulidad, no por ello puede sostenerse que el vicio lo cobija. El caso es igual al que ofrece el documento auténtico, público o privado, contentivo de obligaciones, aducido al juicio por la parte acreedora como prueba a su favor. Si se anula la actuación en que obre el documento, conserva éste todo su valor; hacer caso omiso de él por haber ocurrido la anotada circunstancia implica grave error y quebranto de legítimos derechos, pues para nada incide el decreto de nulidad en la validez del acto, ya que debe su existencia a la voluntad de las partes, libremente expresada. No se le puede dar a la forma procesal una significación literal

tan exagerada, dándole prevalencia sobre normas sustanciales de derecho probatorio.

Para estimar el mérito de las pruebas la ley procesal exige que se pidan, decreten y practiquen en la debida oportunidad, a efecto de preservar los principios de publicidad y contradicción y, de consiguiente, el derecho de defensa. En el caso sub judice, la prueba inapreciada por el ad quem se produjo con todas las formalidades de ley; por haber sido practicada antes de la iniciación del juicio, en calidad de prueba anticipada, no quedó afectada por la nulidad de la actuación. Más todavía: el primer acto procesal realizado en el juicio con destino a la reposición de lo actuado, constituído por la audiencia de conciliación y primera de trámite, volvió a decretar las pruebas pedidas por los litigantes en el libelo inicial y su respuesta, figurando entre las del actor el acta que da fe de las posiciones absueltas por el demandado extra juicio. Aun aceptando, pues, por vía de hipótesis, la tesis del fallador, al ser recibida nuevamente el acta como prueba, volvía a incorporarse legalmente al proceso. Por obra de esta reincorporación, recobraba la plenitud de su valor como elemento de juicio estimable, siendo del todo improcedente su rechazo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., tres de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Carlos H. Monroy promovió juicio ordinario contra Gustavo Gaitán, ante el Juzgado del Trabajo de Bogotá, para que por sentencia fuera condenado a pagarle auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, indemnización moratoria y las costas.

Dijo su apoderado en el escrito promotor del juicio que Monroy trabajó al servicio de Gustavo Gaitán desde el 6 de agosto de 1947 hasta el 24 de enero de 1958, como maestro de plomería; que en el año anterior al 1º de julio de 1957, el empleado devengó un salario semanal de $ 90.00, y desde la fecha indicada en adelante, $ 115.00, también semanales; que en el segundo período el patrono le pagó al trabajador el aumento establecido en el Decreto 118 de 1957; que aquél no canceló a éste, al terminar el contrato, ni posteriormente, las prestaciones reclamadas.

En apoyo de las pretensiones invoca las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda niega el derecho e igualmente los hechos que invoca, y propuso como excepciones perentorias las de falta de causa, carencia de derecho, inexistencia de la obligación, pago, prescripción y cualquiera otra que en el juicio se demuestre.

Trabada así la relación procesal, el juicio siguió su curso hasta la celebración de la cuarta audiencia de trámite. El Juzgado, en providencia del 28 de octubre de 1959 (f. 33), declaró la nulidad de todo lo actuado desde la primera audiencia de conciliación y primera de trámite en adelante, en atención a que ese acto no fue suscrito por el Juez. En tal virtud, repuso la actuación cuya nulidad había declarado.

El Juzgado del conocimiento desató la litis por sentencia del 11 de febrero de 1960, por la cual absolvió al demandado de todos los cargos del libelo de instancia, imponiendo las costas al actor.

Apelada por éste, el superior resolvió el recurso por sentencia del 1º de marzo del mismo año, confirmando la del inferior, sin costas.

Interpuso el recurso de casación la parte vencida. Concedido éste, se elevaron los autos a esta Superioridad. Admitido aquí el recurso y preparado en debida forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

La demanda de casación.

Aspira a que la Corte infirme el fallo de segundo grado, y en instancia acoja las súplicas de la demanda inicial, tomando en cuenta para la liquidación de las deudas insolutas el salario mínimo legal.

Invoca la causal primera de casación y con base en ella formula un solo cargo. Acusa en éste la decisión del *ad quem* por violación indirecta de los artículos 22, 23, 24, 249, 253, 186, 189, 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; de los artículos 1º del Decreto 3871 de 1949, 1º y 2º del Decreto 71 de 1950, 1º del Decreto 2214 de 1956 y 1º del Decreto 118 de 1957. La infracción se produjo por inaplicación de tales normas, a causa de error evidente de hecho por no haber apreciado la confesión del demandado rendida extra-juicio (fs. 16 a 19).

La motivación del cargo es la siguiente:

No fue apreciada por los falladores de instancia la confesión rendida extra-juicio por el demandado, en atención a que figura en la parte afectada por la nulidad de la actuación. Uno y otro juzgador, sin examinar detenidamente el expediente, creyeron que no existía tal prueba, pero no es así porque la nulidad no se extendió hasta ella, conservando su plena validez. "Lo único nulo es lo actuado a partir del folio 15", pero no el documento en que aparece la confe-

sión. Denuesera ésta (respuesta a las preguntas segunda, quinta y décima) el contrato de trabajo y el tiempo servido. Por no haber estimado el *ad quem* la prueba en referencia, violó los artículos 23 y 24 del Código. Si es verdad que en el juicio no se acreditó el salario, probado el tiempo de servicio, el fallo recurrido estaba obligado a dar aplicación a las normas que el cargo señala de los Decretos 3871 de 1949, 71 de 1950, 2214 de 1956 y 118 de 1957, y como así no lo hizo, infringió dichos preceptos, e igualmente los demás que relaciona la acusación.

SE CONSIDERA:

El Tribunal confirmó la sentencia de primer grado, absolutoria del demandado, porque según se dice allí, "dentro de la nueva etapa del juicio, una vez decretada la nulidad del mismo por el Juzgado, no se trajo a los autos prueba alguna demostrativa de los hechos en que se funda la acción, ya que aunque de las posiciones absueltas por el demandado se puede establecer la vinculación laboral habida entre las partes, con ellas no se prueba ni el tiempo de servicios ni el salario devengado por el trabajador, requisitos indispensables para la prosperidad de la acción, y siendo así, que, como se dijo, el demandado negó todos y cada uno de los hechos del litigio, al actor le correspondía demostrar las afirmaciones en él consignadas".

El argumento del Juzgado a que se refiere el Tribunal, es el de que, subsanada la informalidad procesal, consistente en no haber suscrito el Juez el acta de la primera audiencia de trámite, se reanudó el juicio, previa declaratoria de nulidad de lo actuado, habiéndose practicado como única prueba la absolución de posiciones del demandado, "de cuyas respuestas no se desprende nada en relación con el vínculo laboral afirmado en el libelo de demanda".

Como ve, consideró el fallo acusado que, habiendo figurado en la parte de la actuación declarada nula por el inferior el acta en que consta la confesión provocada rendida por el demandado extra-juicio, no era el caso de estimarla. La confesión que apreció el Tribunal es la contenida en la absolución de posiciones que en el juicio y con posterioridad a la declaración de nulidad, fue rendida por Gustavo Gaitán (fls. 42 y 43).

No es aceptable para la Sala el concepto del sentenciador, por las razones que pasa a exponer:

La nulidad de lo actuado en un juicio comprende los actos procesales ejecutados por el Juez y las partes, que es lo que integra el procedimiento o actuación judicial. En lo concerniente a las pruebas, debe distinguirse entre las constituyentes, que son las producidas durante la instrucción, y las constituidas, o sea las pruebas creadas fuera del proceso, ya por las partes directamente (documentos) o por ellas con intervención del Juez (prueba anticipada). La nulidad de la actuación afecta las pruebas de la primera clase, por lo cual quedan sin valor y no deben ser estimadas; las constituidas conservan el mérito que tengan conforme a la ley, por lo que, si hacen parte del sector del proceso anulado no pueden ser desestimadas, ya que su existencia es independiente de la actividad procesal, que es donde se encuentra el vicio productor de la nulidad. El Juez tiene, pues la obligación de asignarles el mérito que ofrezcan, según el criterio que de ellas se forme, si para tal fin, como ocurre en el proceso del trabajo, goza de libertad en su apreciación.

En el caso de autos, la demanda de instancia, en el aparte que lleva por título "Medios de prueba", relaciona (literal b) el acta que recoge la confesión provocada del demandado, recibida antes de la promoción del juicio. De las posiciones, el Juzgado que intervino en su práctica ordenó dar traslado al solicitante, agotando así el mecanismo legal regulador de la prueba; del acta expidió copia el Secretario, incorporada al expediente en la primera audiencia de trámite por mandato del Juzgado, quien en auto allí dictado dispuso tenerla como prueba en favor del actor (fs. 14 y 15).

Vino luego el decreto de nulidad de la actuación, dictado por el Juez en la cuarta audiencia de trámite. Comprende aquélla los actos ejecutados por el Juez y las partes desde la celebración de la primera audiencia (f. 14) hasta la realización de la cuarta (f. 33).

Como resulta claramente de los antecedentes relatados, la prueba de que se trata fue pedida, decretada y practicada en forma legal. La última operación se redujo a incorporar a los autos el documento que la contiene (fs. 16 a 19), pero no a su asunción por el Juez del conocimiento, pues las posiciones fueron recibidas antes de la iniciación del juicio y tenían, por tanto, el valor de prueba constituída. Si materialmente figura en el sector de la actuación herida de nulidad, no por ello puede sostenerse que el vicio lo cobija. El caso es igual al que ofrece el documento auténtico, público o privado, contentivo de obligaciones, aducido al juicio por la parte acreedora como prueba a su favor. Si se anula la actuación en que obre el documento, conserva éste todo su valor; hacer caso omiso de él por haber ocurrido la anotada circunstancia implica

grave error y quebranto de legítimos derechos, pues para nada incide el decreto de nulidad en la validez del acto, ya que debe su existencia a la voluntad de las partes, libremente expresada. No se le puede dar a la forma procesal una significación literal tan exagerada, dándole prevalencia sobre normas sustanciales de derecho probatorio.

Para estimar el mérito de las pruebas la ley procesal exige que se pidan, decreten y practiquen en la debida oportunidad, a efecto de preservar los principios de publicidad y contradicción, y, de consiguiente, el derecho de defensa. En el caso *sub judice*, la prueba inapreciada por el *ad quem*, se produjo con todas las formalidades de ley; por haber sido practicada antes de la iniciación del juicio, en calidad de prueba anticipada, no quedó afectada por la nulidad de la actuación. Más todavía: el primer acto procesal realizado en el juicio con destino a la reposición de lo actuado, constituído por la audiencia de conciliación y primera de trámite (f. 35), volvió a decretar las pruebas pedidas por los litigantes en el libelo inicial y su respuesta, figurando entre las del actor (f. 36) el acta que da fe de las posiciones absueltas por el demandado extra-juicio. Aún aceptando, pues, por vía de hipótesis, la tesis del fallador, al ser recibida nuevamente el acta como prueba, volvía a incorporarse legalmente al proceso. Por obra de esta reincorporación, recobrada la plenitud de su valor como elemento de juicio estimable, siendo del todo improcedente su rechazo.

El acusador sostiene que la presentada confesión demuestra el contrato de trabajo entre las partes y el tiempo servido, y que, de haber sido apreciada por el *ad quem* habría decretado las condenas solicitadas por el demandante, con base en el salario mínimo legal. En esa inactividad ve el error de hecho que acusa y la violación de las normas legales que el cargo relaciona. Se impone, por tanto, el examen de la prueba para investigar si acredita lo que el recurrente afirma.

En la respuesta a las preguntas 2ª, 5ª y 10 del interrogatorio, el demandado Gustavo Gaitán acepta estos hechos: que pagó a Carlos H. Monroy los salarios causados entre el 6 de agosto de 1947 y el 24 de enero de 1958; que aquél ingresó a servicio en la primera de las fechas indicadas; que le pagó al actor todas las vacaciones causadas desde 1947 hasta 1956. La declaración (respuesta a la pregunta novena) dice textualmente: "Es cierto (el pago de vacaciones) y agregó, que también le pagué prestaciones sociales. En este estado el absolvente corrige su respuesta manifestando que no le ha pagado vacaciones".

Surge con toda claridad de la prueba en examen que el demandante confesó la existencia de la relación contractual de trabajo aducida por el actor como causa jurídica de los derechos que reclama, e igualmente, el tiempo de servicio.

Por consiguiente, el cargo prospera.

Fallo de instancia:

Acerca de la existencia del contrato de trabajo y el tiempo de servicio, la Sala se remite a lo dicho en el examen del cargo.

No hay prueba del salario. La falta de este elemento obliga a tomar como base para la liquidación de los derechos que resulten exigibles el mínimo legal, como lo tiene resuelto la jurisprudencia.

El contrato se ejecutó en Bogotá. El actor desempeñó el oficio de plomero. Para la fecha en que el contrato expiró (enero de 1958) el salario mínimo legal era el fijado por el Decreto 2214 de 1956. El correspondiente a la zona de Cundinamarca para empresas de capital de $ 200.000.00 o superior (art. 1º, numeral 5º) es el de $ 4.50 al día. Para la liquidación de las obligaciones a que haya lugar, se tomará como base salarial la indicada, pues no obra en el juicio prueba de que el capital del patrono sea inferior al límite señalado, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 195 del Código.

El tiempo de servicio (6 de agosto de 1947 a 24 de enero de 1958) es de 10 años, 5 meses, 17 días.

Peticiones de la demanda inicial:

a) *Auxilio de cesantía.* Otorga el derecho el artículo 249 del Código. Tomando la base salarial que ordena el 253 ibídem, la prestación asciende a la suma de .....$ 1.413.05

Aportado al juicio por el demandado obra el recibo del folio 9, suscrito por el actor, decretado como prueba en favor de aquél, según el cual el signatario recibió por cesantía y demás prestaciones sociales la suma de .....$ 300.00

Diferencia .....$ 1.113.05

b) *Vacaciones.* En su confesión provocada extra-juicio el demandado expresó que no había satisfecho la obligación.

Otorga el derecho el artículo 186 del Código. Para su compensación en dinero, el salario básico es el último devengado por el trabajador (art. 189 ibídem, modificado por el 7º del Decreto 617 de 1954). Hay lugar a su reconocimiento en la cuantía que sea procedente.

c) *Primas de servicio.* La prestación rige desde el año de 1950, de acuerdo con las normas legales pertinentes. Por las mismas razones expuestas al examinar el derecho a la cesantía, su importe es el del salario de un mes por servicios en un año (art. 306, literal b del Código). El actor adquirió el derecho a esta prestación. Se reserva la fijación de su valor para el momento en que se examine la excepción de prescripción.

d) *Indemnización moratoria.* No habiéndose dado cumplimiento a la norma del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, procede su reconocimiento con base en el último salario diario devengado por el actor.

Excepciones:

En la respuesta al libelo inicial propuso el demandado las siguientes: falta de causa, carencia de derecho, inexistencia de la obligación, pago y prescripción.

Reconocido por el demandado el contrato de trabajo, las tres primeras carecen de fundamento. Por lo demás, es impropio calificar de excepción la que el reo denomina "carencia de derecho", ya que, si éste no existe, tampoco tiene vida la excepción. No hay en el proceso prueba que acredite la solución de las obligaciones demandadas en su integridad. El comprobante de que se hizo mérito apenas demuestra un pago parcial por la suma de $ 300.00. Hasta por esa cifra hay lugar a reconocer probada dicha excepción.

Prescripción.

Por regla general las acciones derivadas del contrato de trabajo prescriben en tres años, que se cuentan desde la exigibilidad de la obligación. (art. 488 del CST.).

El contrato terminó en enero de 1958. La prescripción se interrumpió el 29 de abril de 1959, fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda (f. 7).

El auxilio de cesantía se debe desde la fecha de expiración del contrato. Quedó este derecho a cubierto de la prescripción. En cuanto a compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas y a primas de servicio, debe el patrono lo correspondiente a los dos últimos años de servicio. El derecho a esas obligaciones por el tiempo de trabajo anterior está prescrito.

Con base en el salario mínimo legal, la deuda por vacaciones es la suma de $ 135.00, y la deuda por primas de servicio, la cantidad de $ 270.00.

La oposición del demandado a las pretensiones del actor, a sabiendas de que no había cubierto las obligaciones objeto del pleito, justifica su condena al pago de costas en las dos instancias.

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, revoca la de primer grado y, en su lugar, resuelve:

1º Se declara probada la excepción de pago por cesantía hasta la suma de $ 300.00.

2º Se declara probada la prescripción respecto de vacaciones y primas en todo el tiempo de servicio, a excepción de los dos últimos años.

3º No están probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

4º Condénase a Gustavo Galtán, mayor de edad y vecino de Bogotá, a pagar a Carlos H. Monroy, también mayor y de la misma vecindad, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo, lo siguiente:

a) Por auxilio de cesantía la suma de un mil ciento trece pesos con cinco centavos ($ 1.113.05) moneda corriente.

b) Por compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas, la suma de ciento treinta y cinco pesos ($ 135.00) moneda corriente.

c) Por primas de servicio, la suma de doscientos setenta pesos ($ 270.00) de la misma moneda.

d) Por indemnización moratoria, la suma de cuatro pesos cincuenta centavos diarios ($ 4.50) moneda colombiana, desde el 25 de enero de 1958 hasta que el demandado pague al demandante las deudas por prestaciones sociales relacionadas antes.

f) Son de cargo del demandado las costas en las dos instancias.

Sin costas 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.

REAJUSTES DE SALARIOS Y DE PRESTACIONES SOCIALES. LIMITES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL. TECNICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO.

1. La violación de la ley material no puede constituír, por sí misma, un error de derecho; éste es tan sólo un medio para llegar a aquélla. 2. Mal pueden ser erróneamente apreciadas pruebas de las cuales se asevera que no fueron estimadas. 3. Para socavar la tesis jurídica que sirvió de base a la decisión de segunda instancia, debió acusarse por interpretación errónea de la ley y no por error de hecho. 4. Los está permitido a las partes contratantes acordar el traslado del trabajador a un cargo distinto y estipular nuevas modalidades en el pago del salario o alterar el monto de éste, siempre que se respete el salario mínimo. Aun la variación unilateral del salario hecha por el patrono, es válida, siempre que se respete el salario mínimo.

1. De conformidad con el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral. "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".

Así, pues, la violación de la ley material no puede constituir por sí misma, un error de derecho. Este es tan sólo un medio para llegar a aquélla.

En consecuencia, la acusación no se ciñe a la técnica del recurso extraordinario, en cuanto sostiene que el fallador al no haber aplicado al caso el Decreto 118 de 1957, y únicamente por ello, lo violó "en forma directa", a causa de error de derecho.

2. El recurrente señala como pruebas no apreciadas y al propio tiempo estimadas equivocadamente por el fallador, los documentos de folios 11 y 12; la diligencia de inspección ocular y el recibo de pago de prestaciones sociales. Obviamente, por este aspecto, la acusación resulta contradictoria, pues mal pueden ser erróneamente apreciadas pruebas de las cuales se asevera que no fueron estimadas.

3. No es exacto que el sentenciador ponga en duda en el fallo acusado que los salarios se le cubrieron a la actora conforme a las estipulaciones respectivas, ni que la liquidación de sus prestaciones se hizo tomando en cuenta tales salarios. En cuanto a que la modificación de éstos le resultara desventajosa a la demandante, es un hecho suficientemente demostrado con la inspección ocular de la cual aparece que el monto de lo devengado por ella en el departamento de equipos eléctricos, donde estuvo trabajando últimamente, fue inferior a lo que percibía en el almacén donde primeramente estaba prestando sus servicios. Y aunque hubiese yerro en dar por demostrada la existencia de dos contratos distintos, en la fijación del promedio del salario, en sugerir que la demandante "se vio obligada" a aceptar modificación de su sueldo y en no dar por bien liquidadas las prestaciones a que tiene derecho, ocurre que la cuestión probatoria que plantea el cargo es improcedente porque el fallador basa su decisión en la consideración jurídica de que el salario no puede modificarse para hacerlo inferior; así sea eventualmente, al que se viene devengando, porque de este modo el trabajador renuncia a

derechos y prerrogativas legales. Se está en presencia, pues, de una interpretación de la ley, que si bien en los autos aparece referida a un caso concreto, en sí misma es independiente de las pruebas allegadas a los mismos. Y como el cargo deja en pie el referido soporte jurídico de la sentencia, no puede prosperar.

4. Esta Sala, por vía de doctrina, cree oportuno rectificar el criterio del Tribunal, y al respecto observa:

Es evidente que en orden a la eficaz protección del trabajador, la ley limita la autonomía de la voluntad en la esfera de las relaciones laborales. De allí que prohíba, por regla general, la renuncia de las prerrogativas que ella concede (artículo 14) y en particular el derecho al salario (artículo 142) y que, de consiguiente, declare sin efecto las estipulaciones y condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación a lo que establezca la ley o los fallos arbitrales, convenciones colectivas, pactos y reglamentos de trabajo. Pero no por ello cabe entender que a los sujetos de la relación contractual les esté vedado modificar hacia el futuro las condiciones vigentes. Así, por ejemplo, les está permitido acordar el traslado del trabajador a un cargo distinto y estipular nuevas modalidades en el pago del salario o alterar el monto de éste, siempre que se respete el salario mínimo (artículo 132).

Aun la variación unilateral del salario hecha por el patrono, es válida, si el trabajador posteriormente la acepta expresa o tácitamente. Sobre este punto, la Sala dijo en sentencia de 19 de noviembre de 1959:

"Es verdad que la reducción del salario no fue obra del acuerdo de las partes, sino producto de la voluntad unilateral de la Empresa patronal, pero frente a tal determinación el trabajador habría podido optar por uno de estos dos caminos: o abstenerse de prestar el servicio, dando por terminado el contrato por incumplimiento de las obligaciones de la Compañía, exigiéndole en consecuencia la correspondiente indemnización de perjuicios, o aceptar la reducción.

"Es claro, y huelga advertir, que el proceder de la Compañía no habría sido legalmente aceptable, aun mediando la aquiescencia expresa o tácita del trabajador, si la reducción del salario hace descender el valor de éste a cifra inferior al mínimo legal, o al que hubiera sido fijado en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, únicas restricciones que la ley establece a la libertad contractual en relación con la estipulación sobre salario" (Gaceta Judicial, XCI, 1093).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta de julio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Rosa Vásquez de Espinosa, por medio de apoderado, presentó demanda contra la "Casa Belga-Verswyvel & Cía.", domiciliada en Bogotá y con sucursal en Barranquilla, a fin de que fuera condenada a cubrirle los salarios y el aumento legal dejados de pagar desde el 21 de junio de 1956 hasta la terminación del contrato; el valor de vacaciones, primas y cesantías no satisfechas debidamente y las costas del juicio.

Dijo en su demanda que comenzó a prestar sus servicios a la Compañía demandada, en Barranquilla, el 20 de junio de 1953; que desde el 21 de marzo de 1954 el sueldo básico de $ 300.00 mensuales que devengaba fue aumentado con una comisión del 1% sobre el producto neto de las ventas; que a contar del 21 de junio de 1956 solo le pagó un sueldo de $ 200.00 mensuales, mas un cuarto por ciento sobre las ventas, o sea que la empresa le rebajó tres cuartos por ciento de la comisión de ventas, mas cien pesos mensuales; que no se le pagó el aumento legal ordenado por el Decreto número 0118 de 21 de junio de 1957; que las primas de servicio, a partir del 21 de junio de 1956, le fueron liquidadas a razón de un sueldo mensual de $ 200.00 y la comisión al cuarto por ciento, cuando debieron serlo sobre un sueldo de $ 300.00 mensuales y una comisión del 1% de las ventas, mas el aumento legal del sueldo decretado desde el 1º de junio de 1957.

En derecho invocó los artículos 43, 50, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Compañía demandada, en la contestación del libelo, admite como cierto que el sueldo de la demandante fue modificado, con la aclaración de que ello se hizo de común acuerdo y en atención a que el Almacén "City Radio", en donde ella prestó primero sus servicios, fue cerrado definitivamente por razones económicas, lo que motivó su traslado a la sucursal principal, Sección Eléctrica, con menos tareas y menores responsabilidades, y si bien con salario fijo inferior, con una comisión que podía eventualmente superar la anterior según el volumen de ventas, por tratarse de un establecimiento más grande y conocido, todo lo cual fue aceptado por ambas partes en el contrato escrito y antes de que éste entrara en vigencia. En cuanto a los aumentos establecidos por el Decreto 0118 de 1957, dijo no ser cierto que se hubiesen dejado de pagar.

En consecuencia, se opuso a las pretensiones de la demandante.

El Juzgado Primero del Círculo Judicial del Trabajo de Barranquilla, que conoció del negocio, condenó a la Compañía demandada a pagar a la actora la suma de $ 16.871.63 así: por reajuste de salarios $ 12.846.43; por reajuste de cesantía $ 241.18; por reajuste de primas $ 1.125.52; por reajuste de vacaciones $ 448.50. No condenó en costas.

Interpuso el recurso de apelación el apoderado de la parte demandada. Al decidir la alzada, el Superior reformó la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a la demandada a pagar a la actora "la suma de $ 3.562.79, reajuste de cesantía, vacaciones, primas, aumento al 15% de acuerdo con el Decreto 0118 de 1957 y salarios; todo de acuerdo a la parte motiva de esta providencia". Sin costas.

Recurrieron en casación ambas partes. Concedido el recurso, admitido y tramitado en legal forma, va a decidirse, previo el estudio de las demandas que lo sustentan y del escrito de oposición del apoderado de la actora.

EL RECURSO DEL TRABAJADOR

Persiguiendo la finalidad de que esta Sala case la sentencia recurrida y en su lugar confirme la de primera instancia, formula cinco cargos.

Primer cargo.

Acusa por violación del numeral 4º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, por haberlo aplicado en debida forma, y del Decreto número 0118 de 1957, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho y de derecho.

Hace consistir el error de derecho en la no aplicación del Decreto 0118 de 1957, sobre aumento de sueldos menores de $ 1.000.00. Dice al respecto: "Si la señora de Espinosa devengaba al entrar en vigencia el Decreto-ley 0118 de 1957, un sueldo promedio de $ 390.00, o sea el resultado de sumar los $ 300.00, fijos, más el 1% sobre las ventas, en junio de 1957, le correspondía un aumento fijo de $ 58.50, y no de $ 30.00 como pagó la demandada".

En cuanto al error de hecho, sostiene que en él incurrió el fallador, de modo manifiesto, al apreciar la cláusula del contrato de trabajo referente al salario, según la cual éste no era de $ 390.00 mensuales, sin comisión, sino de $ 300.00 fijos, mas una comisión del 1% sobre las ventas. A consecuencia de ese error, la sentencia dejó de reconocer a la trabajadora, desde el 21 de junio de 1956 hasta el 20 de diciembre de 1958 la diferencia entre el de $ 200.00 que le pagó la "Casa Belga" y el que se estipuló en el contrato ($ 300.00), o sea la suma de $ 100.00 mensuales, y por concepto de comisiones, la diferencia entre el 0.25% y el 1% sobre las ventas, en el mismo tiempo.

Segundo cargo.

Violación del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haberlo aplicado en debida forma, a causa de los errores de hecho y de derecho puntualizados en el cargo anterior.

Tercer cargo.

Violación del artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el numeral 2º, por no haber sido aplicado en debida forma, en virtud de los mismos errores de hecho y de derecho.

Cuarto cargo.

Violación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por iguales razones a las expuestas en los cargos anteriores.

Considera el recurrente que la sentencia debe casarse y en su lugar condenarse a la "Casa Belga" al pago de la suma de $ 1.125.52, por concepto de reajuste de primas, como lo hizo el fallo del *a quo*.

Quinto cargo.

En este repite la acusación por quebranto del Decreto-ley 0118 de 1957, a consecuencia de error de derecho, refiriéndolo al saldo de la prima, que en opinión del recurrente no es la suma de $ 139.34, a que condenó el Tribunal, sino de $ 675.00. Respecto del sueldo dice que en total pasó de $ 700.00 mensuales, correspondiéndole, por tanto, a la trabajadora, un aumento mínimo de $ 70.00 mensuales.

Como los motivos que se aducen en estos cargos para pedir la infirmación del fallo, son idénticos, se estudiarán conjuntamente. Y al efecto se considera:

De conformidad con el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, "Solo 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".

Así, pues, la violación de la ley material no puede constituir, por sí misma, un error de derecho. Este es tan solo un medio para llegar a aquella.

En consecuencia, la acusación no se ciñe a la técnica de este recurso extraordinario, en cuanto sostiene que el fallador al no haber aplicado al caso el Decreto 0118 de 1957, y únicamente por ello, lo violó "en forma directa", a causa de error de derecho. Y sobra anotar que para la demostración de que la demandante, en el asunto de autos devengó un sueldo de $ 300.00 mensuales fijos mas el 1% sobre las ventas, no se requería solemnidad alguna.

En lo que concierne al error de hecho que alega el recurrente, se observa que de las pruebas que él singulariza (documentos de los folios 5, 11 y 12 del primer cuaderno), no aparece cuál fue el sueldo total, esto es el fijo mas las comisiones, devengado por la actora en los distintos períodos en que prestó sus servicios a la entidad demandada. Luego no hay base en esas pruebas para determinar si el fallador incurrió en equivocación al dar por establecido que "cuando le pagaba (a la demandante) los trescientos pesos ($ 300.00) básicos, mas la comisión del uno por ciento (1%) sobre la venta de los artículos del almacén, ganaba un promedio de $ 390.00 mensuales", y no de $ 700.00 como pretende el recurrente.

Por lo brevemente expuesto, la acusación no prospera.

RECURSO DE LA COMPAÑIA DEMANDADA

Pide que se case el fallo de segunda instancia y que, convertida esta Sala en Tribunal de instancia, revoque el de primer grado y en su lugar absuelva a la demandada de los cargos que le fueron formulados en el libelo inicial.

Invoca la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, y formula tres cargos.

Primer cargo.

Acusa la sentencia por error de hecho derivado de la errónea apreciación de algunas pruebas y la falta de estimación de otras, error que lo condujo indirectamente a violar los artículos 14, 43, 142, 132 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo y primero del Decreto extraordinario 0118 de 1957.

Como pruebas no apreciadas señala las siguientes:

"a) Documento del folio 12 del cuaderno número 1, que contiene el contrato de trabajo suscrito por la actora Rosa Vásquez de Espinosa y la sociedad demandada;

"b) Posiciones absueltas por la demandante Rosa Vásquez de Espinosa que obran a folios 18 a 21 del expediente, cuaderno número 1.

"c) Inspección ocular que obra a los folios 27, 28 y 31 del expediente, cuaderno número 1;

"d) Recibo de pago de prestaciones sociales que obra al folio 30 del expediente, cuaderno número 1;

"e) Documento que obra al folio 11 del expediente, cuaderno número 1, que contiene el contrato de trabajo originalmente suscrito por la actora con fecha 29 de octubre de 1954".

Como pruebas equivocadamente apreciadas cita: el contrato de trabajo suscrito entre las partes y que aparece consignado en los documentos que obran a los folios 11 y 12 del expediente, cuaderno número 1; la diligencia de inspección ocular visible a folios 27, 28 y 31 del cuaderno principal y el recibo de pago de salarios y prestaciones sociales que aparece al folio 30 del mismo cuaderno.

Sostiene el recurrente que el fallador al dar por establecido que entre las partes hubo dos contratos de trabajo; que en el segundo las condiciones de la actora fueron modificadas desfavorablemente para ella sin su consentimiento; que el salario promedio alcanzó a la suma de $ 390.00 y que no se ajusta a la realidad la liquidación de las prestaciones adeudadas a la trabajadora, incurrió en error de hecho que lo condujo a la infracción de los artículos que enuncia el cargo.

SE CONSIDERA:

El recurrente señala como pruebas no apreciadas y al propio tiempo estimadas equivocadamente por el fallador, los documentos de folios 11 y 12 del expediente, cuaderno número 1; la diligencia de inspección ocular de folios 27, 28 y 31 del mismo cuaderno y el recibo de pago de prestaciones sociales del folio 30 ibídem. Obviamente, por este aspecto, la acusación resulta contradictoria, pues mal pueden ser erróneamente apreciadas pruebas de las cuales se asevera que no fueron estimadas.

Ahora bien, no es exacto que el sentenciador ponga en duda que los salarios se le cubrieron a la actora conforme a las estipulaciones respectivas ni que la liquidación de sus prestaciones se hizo tomando en cuenta tales salarios. En cuanto a que la modificación de estos le resultó

desventajosa a la señora Vásquez de Espinosa, es un hecho suficientemente demostrado con la inspección ocular de folios 27, 28 y 31 de la cual aparece que el monto de lo devengado por ella en el departamento de equipos eléctricos fue inferior a lo que percibió en el almacén "City Radio". Y aunque hubiese yerro en dar por demostrada la existencia de dos contratos distintos, en la fijación del promedio del salario, en sugerir que la demandante "se vio obligada" a aceptar modificación de su sueldo y en no dar por bien liquidadas las prestaciones a que tiene derecho, ocurre que la cuestión probatoria que plantea el cargo es improcedente porque el fallador basa su decisión en la consideración jurídica de que el salario no puede modificarse para hacerlo inferior, así sea eventualmente, al que se viene devengando, porque de este modo el trabajador renuncia a derechos y prerrogativas legales. Se está en presencia, pues, de una interpretación de la ley, que si bien en los autos aparece referida a un caso concreto, en sí misma es independiente de las pruebas allegadas a los mismos.

Y como el cargo deja en pie el referido soporte jurídico de la sentencia, no puede prosperar.

Sin embargo, esta Sala, por vía de doctrina, cree oportuno rectificar el criterio del Tribunal, y al respecto observa:

Es evidente que, en orden a la eficaz protección del trabajador, la ley limita la autonomía de la voluntad en la esfera de las relaciones laborales. De allí que prohiba, por regla general, la renuncia de las prerrogativas que ella concede (artículo 14) y en particular el derecho al salario (artículo 142), y que, de consiguiente, declare sin efecto las estipulaciones y condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación a lo que establezca la ley o los fallos arbitrales, convenciones colectivas, pactos y reglamentos de trabajo. Pero no por ello cabe entender que a los sujetos de la relación contractual les esté vedado modificar hacia el futuro las condiciones vigentes. Así, por ejemplo, les está permitido acordar el traslado del trabajador a un cargo distinto y estipular nuevas modalidades en el pago del salario o alterar el monto de éste, siempre que se respete el salario mínimo (artículo 132).

Aún la variación unilateral del salario hecha por el patrono, es válida, si el trabajador posteriormente la acepta expresa o tácitamente. Sobre este punto, la Sala dijo en sentencia del 19 de noviembre de 1959:

"Es verdad que la reducción del salario no fue obra del acuerdo de las partes, sino producto de la voluntad unilateral de la Empresa patronal, pero frente a tal determinación el trabajador habría podido optar por uno de estos dos caminos: o abstenerse de prestar el servicio, dando por terminado el contrato por incumplimiento de las obligaciones de la Compañía, exigiéndole en consecuencia la correspondiente indemnización de perjuicios, o aceptar la reducción.

"Es claro, y huelga advertir, que el proceder de la Compañía no habría sido legalmente aceptable, aún mediando la aquiescencia expresa o tácita del trabajador, si la reducción del salario hace descender el valor de éste a cifra inferior al mínimo legal, o al que hubiera sido fijado en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, únicas restricciones que la ley establece a la libertad contractual en relación con la estipulación sobre salario".

(Manuel García Herrera contra la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río).

Segundo cargo.

En este acusa por violación el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de evidente error de hecho en la apreciación del documento del folio 12 del expediente, cuaderno principal. Para sustentarlo, arguye el recurrente que habiéndose estipulado en el referido documento un salario fijo de $ 200.00 y una comisión de ¼% sobre todas las ventas, a partir del 21 de junio de 1956, y tratándose de un nuevo cargo que comprendía la sección "eléctrica" y la sección "Bodetti", donde había una existencia mayor de mercancías, un personal más numeroso y más volumen de negocios, no pudo darse una renuncia de derechos y prerrogativas por parte de la trabajadora, y que al estimarlo así el Tribunal, incurrió en el error de hecho alegado.

SE CONSIDERA:

Conforme a la inspección ocular de folios 27, 28 y 31 del expediente, prueba que no menciona el recurrente en este cargo, pero que fue una de las que tuvo en cuenta el fallador para tomar su decisión, la señora Vásquez de Espinosa, en la ejecución de las labores que le fueron asignadas después del 21 de junio de 1956, devengó una retribución inferior a la que se le pagó con anterioridad. Y precisamente en torno a ese hecho, no desvirtuado, el sentenciador elaboró su tesis jurídica según la cual el trabajador y el patrono en ningún caso pueden celebrar convenios que tengan como consecuencia una disminución del salario, tesis que como se dijo al estudiar el cargo anterior, entraña una interpre-

tación de la ley, que no es susceptible de atacarse por vía indirecta, a través de errores de hecho.

Tampoco prospera este cargo

Tercer cargo.

Acusa por violación de los artículos 14, 43 y 142 del Código Sustantivo del Trabajo y del 1º del Decreto 0118 de 1957, por aplicación indebida, que se produjo por equivocada apreciación de los documentos que obran a folios 11 y 12 del expediente.

Dice que el error de hecho consistió en dar por demostrado que la convención sobre salarios, pura y simple, que aparece suscrita por ambas partes, o sea, la contenida en la cláusula cuarta del documento del folio 12 implica una renuncia de derechos reconocidos por la ley a la actora. Anota que ese punto de vista del sentenciador es infundada y calificada de temeraria la afirmación de la señora Vásquez de Espinosa en el sentido de que fué obligada a suscribir tal convención. "De manera que —anota el recurrente— después de desarrollarse la relación laboral por espacio de más dos (2) años y medio con las nuevas modalidades del salario aceptadas por la trabajadora Rosa Vásquez de Espinosa, no podrá, en ningún caso, hablarse de coacción, de dolo o mala fe por parte de la empresa demandada...".

Y más adelante agrega:

"Como se vé claramente por la doctrina que se acaba de transcribir, cuando la modificación del salario es aceptada y consentida por el trabajador, no puede posteriormente alegarse válidamente desmejoramiento de las condiciones de trabajo, o renuncia de derechos y prerrogativas, porque no se trata, en ningún caso, de un acto unilateral del patrono, sino de un acuerdo de voluntades, acuerdo que en el presente caso está consignado en el contrato que aparece al folio 12 del expediente, cuaderno principal".

"La estipulación sobre salario, legalmente libre entre las partes, con la sola protección al salario mínimo establecido ya en la misma ley, en reglamento, convenciones colectivas, pactos o fallos arbitrales no puede implicar renuncia de derechos y prerrogativas. La disposición sobre salario mínimo reguladora del trabajo humano, es de orden público y ese salario mínimo es irrenunciable. Si solamente el salario mínimo es irrenunciable no se vé por qué el salario pactado por encima del mínimo no pueda ser variado con consentimiento del trabajador, máxime cuando esa variación puede ser benéfica para el mismo, en los casos de factores de salario que sirven para fijarlo".

SE CONSIDERA:

Evidentemente no está acreditado que la trabajadora hubiese sido obligada, mediante coacción, a aceptar la remuneración que se pactó mediante la cláusula cuarta del documento del folio 12 del expediente. Y esa cláusula, como bien lo sostiene el recurrente, no carece de eficacia, ya que tampoco se ha acreditado que la retribución últimamente convenida no alcanzara al salario mínimo legal, que es el límite impuesto por la ley a la libertad de estipulación del salario.

Sin embargo, este cargo, lo mismo que los anteriores, no está adecuadamente presentado, pues para socavar la tesis jurídica que sirvió de base a la decisión de segunda instancia, debió acusarse por interpretación errónea de la ley y no por error de hecho.

Por tanto, se le desecha también.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia materia de este recurso.

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., Diógenes Sepúlveda Mejía, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS POR CAUSA DE ENFERMEDAD DEL APODERADO DE UNA DE LAS PARTES LITIGANTES

Conforme a lo previsto por el artículo 372 del Código Judicial, aplicable por analogía a los juicios del trabajo, cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse su restitución, por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva.

Del estudio y examen cuidadoso de las pruebas aportadas a este incidente, la Sala llega a la conclusión de que ellas no dan base suficiente para decretar la restitución de términos pedida.

En efecto, la Corte ha admitido que para los fines de la restitución de términos de que trata el artículo 372 del Código Judicial, la enfermedad grave del apoderado de una de las partes se comprende dentro del concepto de fuerza mayor a que alude la norma citada. Empero, se advierte en la jurisprudencia que no se trata de una simple dolencia que pueda causar relativa incapacidad al paciente, sino que la enfermedad debe tener las características de "grave" para que sea capaz de producir los efectos previstos en dicha disposición legal. Y, para que una enfermedad tenga esa significación, se requiere que afecte en tal forma la vida del paciente, que sea capaz de ponerlo en peligro de conducirlo a la muerte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., 4 de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes).

El doctor Agustín Montes Herrera, apoderado judicial del señor Pablo Arismendy dentro del juicio ordinario laboral que adelanta contra la "Siemens Colombiana Ltda.", por escrito de fecha 5 de julio de este año, pide se le restituya el término para presentar la demanda sustentatoria del recurso de casación interpuesto en este negocio.

Manifiesta el peticionario, que por prescripción médica ha estado obligado a una dieta de reposo, a causa de una afección grave en la tibia de la pierna derecha, debido a lo cual no pudo "hacer presentación del escrito de impugnación de la sentencia" el día 4 de julio pasado, fecha en que vencía el término legal de que disponía, para tal efecto.

A la solicitud se le dio el trámite de una articulación y, dentro del término probatorio, se decretaron y recibieron las declaraciones de los doctores Víctor Pinedo Zúñiga, Bernardo Henao Gil y Guillermo Mejía Montoya. Este último, reconoció el contenido de la constancia o documento privado suscrito por él, que aparece al folio 6 de este cuaderno.

Para resolver, se considera:

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio a que antes se ha hecho referencia, el apoderado del demandante, recurrió en casación. Concedido el recurso por el Tribunal, fue admitido por la Corte. Por providencia de fecha 4 de junio de este año, notificada al día siguiente, se ordenó correr traslado a la parte recurrente, por el término legal, para que sustentara el recurso. Según constancia de la Secretaría, dicho término empezó a correr desde el 8 de junio, con vencimiento al día 4 de julio último, descontados los días inhábiles. Solo el día 5 de julio, se presentó la demanda de casación suscrita por el doctor Montes Herrera, o sea, cuando había vencido ya el término legal.

Conforme a lo previsto por el artículo 372 del Código Judicial, aplicable por analogía a los juicios del trabajo, cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse su restitución, por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva.

Del estudio y examen cuidadoso de las pruebas aportadas a este incidente, la Sala llega a la conclusión de que ellas no dan base suficiente para decretar la restitución de términos pedida.

En efecto, la Corte ha admitido que para los fines de la restitución de términos de que trata el artículo 372 del Código Judicial, la enfermedad grave del apoderado de una de las partes se comprende dentro del concepto de fuerza mayor a que alude la norma citada. Empero, se advierte en la jurisprudencia que no se trata de una simple dolencia que pueda causar relativa incapacidad al paciente, sino que, la enfermedad debe tener las características de "grave", para que sea capaz de producir los efectos previstos en dicha disposición legal. Y, para que una enfermedad tenga esa significación, se requiere que afecte en tal forma la vida del paciente, que sea capaz de ponerlo en peligro de conducirlo a la muerte.

ANALISIS PROBATORIO

De los testimonios de los doctores Víctor Pinedo Zúñiga y Bernardo Henao Gil, abogados y compañeros de oficina del doctor Montes Herrera, se establece simplemente que éste estuvo enfermo en los últimos días de junio y primeros de julio, de este año, por cuya causa debió guardar reposo en su casa, viéndose por tanto, imposibilitado para concurrir a su oficina de abogado. El doctor Pinedo Zúñiga, agrega que según tiene conocimiento, al doctor Montes Herrera le aqueja una vieja dolencia en la pierna derecha, habiéndosele presentado una recaída a fines del mes de junio, que le imposibilitó para asistir a la oficina, lo que le consta porque habló por teléfono con el doctor Montes y porque fue a visitarlo a su apartamento; que el día 4 de julio lo llamó el recurrente para pedirle el favor de retirar, de la Secretaría de la Sala Laboral, el expediente relativo al juicio de Pablo Arismendy contra la "Siemens Colombiana Ltda.", encargo que el declarante cumplió el mismo día. El doctor Bernardo Henao Gil afirma que el día 28 de junio pasado, tuvo conocimiento, por información de la Secretaría del doctor Montes Herrera, de que éste se encontraba en casa imposibilitado para concurrir a la oficina, por causa de enfermedad. Que solo el día 5 o 6 de julio se vio con el doctor Montes, quien le manifestó que tenía un viaje la semana siguiente a una región de los Llanos Orientales, para atender un asunto profesional. Que no visitó en su residencia al doctor Montes Herrera, pero que, el día sábado 30 de junio, éste le llamó telefónicamente para pedirle le vigilara un juicio que cursa en uno de los Juzgados de esta ciudad, por lo que se informó, también, que aquel se encontraba enfermo.

El doctor Guillermo Mejía Montoya, médico de profesión, quien, desde mediados del mes de junio pasado, atendió y trató como paciente suyo al doctor Agustín Montes Herrera, es sin duda, testigo de óptima calidad, pues, además de los hechos que son de su conocimiento y sobre los cuales depone, debe agregarse que está capacitado técnica y científicamente para colaborar con el juzgador, en el esclarecimiento de la verdad. Sin embargo, de su declaración tampoco resulta establecido que la enfermedad que invoca el doctor Agustín Montes Herrera, como fundamento para su petición, haya tenido las características de enfermedad grave. De su testimonio se establece ciertamente que, el doctor Montes Herrera, padece desde hace algún tiempo, de una osteomelitis en la tibia de la pierna derecha, por cuya causa, ha tenido que someterse a repetidas intervenciones, como puede apreciarse de las huellas o cicatrices que ostenta el enfermo. Que, a mediados de junio pasado, fue llamado para atender, profesionalmente, un traumatismo sufrido por el doctor Montes Herrera "en la cicatriz misma de la osteomelitis", consistente en una solución de continuidad, con peligro de adquirir una infección secundaria, a causa de la insuficiente irrigación sanguínea en el miembro afectado, lo que le indujo a prescribirle un tratamiento a base de antibióticos, vacunas, vasodilatadores y reposo absoluto en cama, por un término no menor de ocho días. Agrega, que inicialmente y en atención de las circunstancias profesionales del paciente, que le impedían el reposo, le hizo frente a la dolencia únicamente por medio de drogas. Mas al observar que ello no era suficiente, prescribió reposo absoluto, para evitar complicaciones futuras, tomando en cuenta los antecedentes osteomelíticos del enfermo, la deficiente circulación y la úlcera presentada en el miembro "con probabilidades absolutas de infección secundaria, pues al no practicarle un tratamiento riguroso, corría el peligro de que viniese una infección perióstica que no solo, por las circunstancias arriba descritas, lo llevarían a cama en forma definitiva, sino que de acuerdo con el germen que podría haber atacado este tejido, si no se hubiesen tomado las medidas necesarias, podría haber perdido el miembro (amputación)".

Resulta de lo anterior, que la dolencia que afectó la salud del doctor Montes Herrera en el período comprendido entre los últimos días del mes de junio y los primeros de julio de este año, hizo aconsejable que el médico le prescribiera el tratamiento terapéutico adecuado y además, reposo en cama, para prevenir ulteriores complicaciones y agravaciones a su dolencia. Empero, de ello no se sigue que la enfermedad

mencionada tuviese las características de grave, pues no afectó la salud del paciente en forma capaz de producir un desenlace fatal. Se trató, simplemente, de una recaída a la afección osteomielítica que de tiempo atrás ha venido padeciendo en la tibia de la pierna derecha. Tampoco resulta establecido que fuese de tal entidad que impidiese al paciente el ejercicio de sus facultades intelectuales, relacionadas con su profesión de abogado, pues solo y como medida preventiva, se le aconsejó reposo, con la consecuente restricción de sus facultades locomotivas. Dicho estado patológico, en sentir de la Sala, no pudo imposibilitar al doctor Montes Herrera para que hubiese presentado en término la demanda de casación, y menos para que con la debida oportunidad hubiese pedido al doctor Víctor Pinedo Zúñiga, compañero de oficina y con quien, además, tuvo oportunidad de comunicarse no solo telefónicamente sino también personalmente durante las visitas que éste le hizo a su domicilio, que asumiese el poder que a ambos hubo de conferirles el demandante y recurrente en este juicio señor Pablo Arismendy, según consta del escrito que obra a folio tres del cuaderno de casación.

Finalmente, corrobora lo anterior, lo siguiente:

Si la enfermedad que padeció el doctor Montes Herrera lo incapacitó, por razón de su gravedad, para trabajar entre los días 30 de junio y 7 de julio pasados, es claro que la demanda de casación tuvo que haberla elaborado con fecha anterior al 30 de junio, pues no es dable suponer que la hubiese preparado y escrito el día de su presentación, que lo fue el 5 de julio, pues entonces, para esta fecha, continuaba el estado de incapacidad y reposo que, según se afirma, le fue prescrito. En tales circunstancias, se comprende que la enfermedad del recurrente ninguna influencia pudo tener en la ejecución del acto procesal que le correspondía realizar dentro del presente juicio, ni tampoco pudo impedirle la remisión del alegato de casación en su oportunidad legal a la Secretaría de la Corte, pues tal escrito no requiere presentación personal.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Sala niega la restitución de términos pedida por el doctor Agustín Montes Herrera, en escrito de fecha 5 de julio de este año.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*.

Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS NO PAGADOS Y REAJUSTE DE PRESTACIONES.

Técnica de Recurso de Casación.

1. El error de hecho consiste en dar por existente una cosa que no existe, o viceversa, pero no en atribuirle a una prueba el mérito legal de que carece, como lo sostiene el impugnador. Cuando el juicio del fallador tiene ese alcance, se entra en el campo del error de derecho. No es predicable éste respecto del contrato de trabajo, para cuya demostración la ley no exige el lleno de formalidades solemnes.

2. Así las cosas, si el derecho a comisiones era del cinco por ciento sobre ventas y el patrono redujo el porcentaje a la mitad desde el 1º de junio de 1957, como lo afirma la demanda inicial y lo sostiene la de casación, se estaría frente a una violación unilateral del contrato de trabajo. En presencia de un hecho de tal naturaleza, la situación planteada es la siguiente: o el empleado acepta la disminución del salario y continúa prestando el servicio, o la rechaza, negándose a continuar la labor, estimando la reducción del salario como justa causa para dar por terminada la relación de trabajo, con derecho a exigir la correspondiente indemnización de perjuicios. De las dos soluciones, el demandante escogió la primera. La disminución del salario dá derecho al reclamo de la diferencia si su importe resulta inferior al mínimo legal o al fijado en pacto, convención colectiva o fallo arbitral, conforme a lo previsto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo. En el asunto litigioso no se contempla ninguno de los extremos a que se refiere la citada regla legal. Si el salario se reduce y el contrato continúa ejecutándose por parte del empleado, debe verse en su desarrollo asentimiento de éste a la determinación del patrono. Si el reclamo al salario pactado no produce efecto y, sin embargo, el trabajador continúa cumpliendo sus obligaciones, tolerando la violación del contrato sin hacer uso de los medios que la ley le brinda, no puede después de exigir su tutela, extinguiendo el vínculo, para pedir lo que, en su oportunidad, no exigió.

3. La cuestión de hecho es, distinta de la que el recurrente supone probada en el juicio. Por tanto, habría sido necesario destruirla para reemplazarla por la que el acusador da por demostrada, actividad que no es posible realizar dentro de la modalidad de violación directa de la ley.

4. La infracción directa de las disposiciones legales que acusa el tercer cargo, la deriva el impugnante de una serie de consideraciones de hecho. La acusación así formulada es ineficaz, pues el error de juicio por el indicado concepto no se vincula a extremos de ésa índole, como lo tiene resuelto de manera constante e invariable la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Ante el Juzgado del Trabajo de Bogotá, Enrique Ruiz Matallana promovió juicio ordinario contra la sociedad denominada "Laboratorios Wyeth Inc.", representada por su Gerente. El escrito que lo inicia relata estos hechos:

Ruiz Matallana prestó servicios personales a los Laboratorios en el cargo de Agente Vendedor y Visitador Médico en Bogotá, desde el 9 de enero de 1957 hasta el 18 de abril de 1959. El salario convenido según contrato de trabajo consignado por escrito fue el siguiente, conforme a la cláusula tercera: un sueldo fijo y una comisión del cinco por ciento sobre las ventas. La remuneración fue pagada por la empresa en la forma pactada hasta el mes de mayo de 1957; desde el mes de junio siguiente hasta el 18 de abril de 1959, el patrono redujo la comisión del 5% al 2½%, de manera arbitraria, sin atender los reclamos del trabajador e incumpliendo la promesa de que oportunamente le haría el

reajuste a que hubiera lugar. A causa del reclamo, formulado en carta del 30 de marzo de 1959, la sociedad dio por terminado el contrato sin justa causa.

Con fundamento en los hechos expuestos, el apoderado de Ruiz Matallana pidió que los Laboratorios fueran condenados a pagarle la suma de $ 53.000.00, o la que en el juicio se pruebe por diferencia en la liquidación de comisiones sobre ventas; el verdadero valor del auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio, y, en consecuencia lo que corresponda por reajuste de estas prestaciones; el salario por comisiones sobre ventas en dólares; la indemnización por mora; y las costas del juicio.

Invoca en apoyo de las pretensiones los artículos 127, 142, 249, 65 y demás normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo y el tiempo servido. Niega el despido injusto y sobre el salario hace estas explicaciones: de enero a mayo de 1957 el actor devengó un sueldo de $ 550.00 y comisiones del 5, 6 y 7% sobre ventas de artículos a particulares en cuanto excedieran del límite de $ 9.500.00, según se tratara de mayoristas, semimayoristas o detallistas. En mayo de 1957 la empresa le propuso al empleado: el cambio de la función de agente vendedor a médicos y droguerías particulares por el de vendedor a entidades oficiales y semioficiales; la sutitución del sistema de salario anterior en cuanto a comisiones por el de porcentaje del 2½%, sin tomar en cuenta el límite de $ 9.500.00 para su liquidación. La propuesta fue aceptada por el empleado, pues aunque la comisión resultaba inferior el volumen de ventas era más alto, aumentándose la remuneración. Agrega que el actor recibió mes por mes el nuevo salario, sin observaciones, de mayo de 1957 al 30 de marzo de 1959, fecha en que hizo el primer reclamo sobre pago de comisiones insolutas. Por lo expuesto, no es cierto que la empresa haya disminuído el salario a su voluntad ni que le hubiera puesto término al contrato injustamente, pues para tal fin hizo uso de una facultad consignada en la convención laboral.

El juicio siguió su curso conforme al trámite legal, y fue desatado por sentencia dictada por el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, por medio de la cual absuelve a los Laboratorios Wyeth de todos los cargos de la demanda, con costas a cargo del actor.

Apeló la parte vencida. El Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Laboral, confirmó la sentencia del *a quo* en la providencia decisoria del recurso de alzada, con costas a cargo del demandante.

El apoderado del actor interpuso el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que le fue concedido por el Tribunal. Elevados los autos a esta Superioridad, admitido por ella el recurso y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, condene a los Laboratorios Wyeth a pagar al actor: la suma de $ 53.000.00, valor del 2½% de las comisiones que dejó de cubrirle en el período del 1º de junio de 1957 al 18 de abril de 1959; al de las cantidades que resulten durante dicho período por reajuste de cesantía, vacaciones, primas de servicio, indemnizaciones, etc., tomando en cuenta el monto del salario real; a la indemnización por mora; a las comisiones causadas durante el tiempo de vacaciones; y a las costas del juicio. Fija así el alcance de la impugnación.

Con base en la causal primera de casación formula cinco cargos, que la Sala examina a continuación. Por razones de lógica, se estudia primero el quinto.

La acusación señala como infringidos los artículos 57, 65, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho, "al darle a una prueba el mérito que no tiene".

Para sustentarla dice el impugnador:

El error consistió en que la sentencia admite como prueba del contrato de trabajo una copia simple, sin firma, obrante a folios 7 y 8 del cuaderno número 2º. El documento carece de existencia legal y, sin embargo, "a él se atiene la sentencia para absolver a la sociedad de las pretensiones de la demanda". Si lo desecha, habría condenado a los Laboratorios al pago de la comisión del 2½% que dejó de cubrir al demandante del 1º de junio de 1957 al 18 de abril de 1959, o sea la suma de $ 50.913.33, e igualmente los habría condenado al pago del reajuste por prestaciones sociales, primas, vacaciones e indemnización por salarios caídos.

El opositor refuta el cargo expresando que al folio 7 del cuaderno número 2º obra una copia del contrato de trabajo, incorporada a la diligencia de inspección ocular por mandato del juez; que por auto dictado en la diligencia se dispuso el cotejo del original con la copia, resultando idénticos los dos documentos; que, en consecuencia, la copia presta mérito probatorio.

SE CONSIDERA:

El error de hecho consiste en dar por existente una cosa que no existe, o viceversa, pero no en atribuírle a una prueba el mérito legal de que carece, como lo sostiene el impugnador. Cuando el juicio del fallador tiene ese alcance, se entra en el campo del error de derecho. No es predicable éste respecto del contrato de trabajo, para cuya demostración la ley no exige el lleno de formalidades solemnes. Aunque lo dicho basta para el rechazo del cargo, conviene agregar estas consideraciones: en la diligencia de inspección ocular extra-juicio (fs. 9 a 12) el Gerente de los Laboratorios presentó una copia simple, al carbón, del contrato de trabajo, sin firma (fs. 7 y 8) celebrado entre aquéllos y el actor. El Juzgado ordenó su incorporación a los autos, disponiendo que se procediera al cotejo con el contrato original. En el acta de la inspección se lee lo siguiente: "En este estado el personal del Juzgado procedió a hacer el cotejo entre el contrato de trabajo original y la copia que se agrega a los autos, y constataron que es igual en todas y cada una de sus partes al original que reposa en los Laboratorios Wyeth Inc.". El apoderado del actor, presente en la diligencia, no formuló al respecto reparos ni observaciones. La glosa de que la copia es un acto inexistente y que, por consiguiente, no ha debido ser apreciada por la sentencia, como lo afirma el cargo, lo desautorizan las constancias procesales de que se ha hecho mérito. De otro lado, la demanda inicial afirma que las partes celebraron el contrato de trabajo que las vinculó por escrito, sin aducirlo al proceso, diciendo que la estipulación relativa al salario consta en su cláusula tercera, y ocurre que es esa cláusula de la copia de la convención laboral mencionada la que habla de la remuneración acordada como retribución de los servicios del demandante, lo cual permite presumir que es el mismo acto jurídico afirmado por aquél el que el Tribunal estima en su decisión.

El cargo no prospera.

Los tres primeros cargos tienden a demostrar que la sentencia violó el artículo 57-4º del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual es obligación del patrono pagar al empleado la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos. Por la razón expuesta la Sala los examina en conjunto.

Primer cargo.

Acusa violación de las mismas disposiciones legales que relaciona el quinto cargo, por aplicación indebida a causa de error de hecho, derivado de falta de apreciación de unas pruebas.

Consistió el error en que para el Tribunal el salario devengado por el actor fue el de $ 650.00 mensuales y una comisión sobre ventas del 2½%, demostrando las pruebas no estimadas que la remuneración pactada fue un sueldo fijo de $ 550.00 y una comisión del 5% sobre las ventas.

A ese error llegó el Tribunal por no haber apreciado estas pruebas: la respuesta del Gerente a la segunda pregunta del cuadro de posiciones (f. 21 del cuaderno principal); y la declaración del mismo funcionario en la diligencia de inspección ocular extra-juicio (f. 26 del cuaderno número 2º).

Para demostrar el cargo, expone el recurrente: La sociedad pagó al trabajador el sueldo inicial de $ 550.00 mensuales y una comisión del 5% sobre las ventas, del 9 de enero al 30 de mayo de 1957 (fs. 70 a 142); de junio de 1957 a abril de 1959, la empresa elevó el sueldo fijo a $ 650.00 al mes y redujo la comisión al 2½%, sin consentimiento del trabajador. La variación del salario la acepta el Tribunal, sin tomar en cuenta las dos pruebas citadas, las cuales acreditan que la remuneración convenida por las partes fue la vigente hasta el 30 de mayo de 1957. Por tanto, la sentencia incidió en error de hecho, con violación, por aplicación indebida, del artículo 57, numeral 4º del Código Sustantivo del Trabajo.

Al responder el cargo, transcribe el apoderado del opositor las dos primeras preguntas de las posiciones absueltas por el Gerente de la sociedad y sus respuestas, y anota que el recurrente toma aisladamente la contestación a la pregunta segunda y no su texto completo. Que examinadas en conjunto las declaraciones del absolvente, lo que en ellas dijo fue lo siguiente: que el actor, durante los cinco primeros meses de labores devengó un salario de $ 550.00 y comisión del 5% sobre ventas a partir de la cifra de $ 9.500.00; que desde el quinto mes, esto es, del 1º de junio de 1957 en adelante, había percibido un salario de $ 650.00 y comisión del 2½% sobre el importe de las ventas, sin el tope de $ 9.500.00; que, por tanto, no puede tomarse la confesión en la parte que favorece al actor y rechazar'a en lo que le sea desfavorable, sino en su integridad, porque no es divisible sino explicada. Agrega que en autos está demostrado que las partes convinieron en modificar la estipulación sobre el salario, mejorando las condiciones económicas del demandante, desde el mes de junio de 1957, como lo acreditan las declaraciones de Jorge Escobar Castillo (f. 54), Carlos Muller (f. 63),

Han Arnold Pfeizer (f. 48) y Cecilia Madero (fs. 34 y 35). En tales razones se funda para concluir que el cargo es infundado.

Segundo cargo.

Violación directa del artículo 57-4º del Código Sustantivo del Trabajo.

Dice el recurrente que el *ad quem* infringe el precepto porque habiendo estipulado las partes un salario de $ 550.00 y comisión del 5% sobre las ventas, opta por un salario distinto ($ 650.00 como sueldo fijo y comisión del 2½%), desconociendo de manera expresa el mandato legal citado.

Dice el opositor, al responder el cargo, que como su motivación es igual al que aduce el primero, lo refuta con los mismos argumentos que expuso al dar contestación a éste.

Tercer cargo.

Violación directa de los artículos 249, 253, 306, 186, 172, 173, 174, 176, 177 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El impugnador lo sustenta así:

Con base en el error que llevó al Tribunal a infringir el artículo 57-4º del citado Código, incurrió además en quebranto de las demás que el cargo relaciona, "al hacer el cálculo de la cuantía de las prestaciones sociales, primas, vacaciones, etc., teniendo en cuenta el sueldo básico de $ 650.00 y comisiones por ventas al 2½%, en vez de tener en cuenta el sueldo básico pactado único e inicialmente de $ 550.00 mensuales y comisiones del 5%, como se lo pagaron al trabajador demandante desde el 9 de enero al 30 de mayo de 1957. En tal virtud se impone el reajuste de las obligaciones sociales de que trata el presente cargo, como prestaciones sociales, primas, vacaciones e indemnizaciones".

Manifiesta el opositor que el cargo no merece consideración especial, porque el reajuste de que habla el recurrente tiene por base la violación del artículo 57-4º del Código Sustantivo del Trabajo, que la sentencia del *ad quem* no ha infringido.

SE CONSIDERA:

Las dos pruebas que la sentencia no estimó, determinantes del error de hecho que acusa el primer cargo, son las siguientes:

a) Respuesta del Gerente de la sociedad demandada a la segunda pregunta del pliego de posiciones (f. 21 del c. p.).

El texto de la pregunta es el siguiente: "¿Diga usted bajo juramento cómo es cierto, si o no, que ese día de la diligencia de inspección ocular confesó que Ruiz Matallana había devengado el cinco por ciento sobre ventas durante los cinco primeros meses de su trabajo?". Contestó el absolvente: "Sí es cierto. Aclaro. Según aclaré en la primera pregunta es cierto, y además quiero agregar que a partir del sexto mes se le aumentó el sueldo al señor Ruiz, el sueldo básico a $ 650.00. Leída la aprobó".

b) Declaración del Gerente de la compañía en la diligencia de inspección ocular extra-juicio (f. 26 del cuaderno Nº 2º).

El recurrente transcribe este pasaje: "El señor Ruiz Matallana devengó durante los primeros seis meses de trabajo visitando médicos particulares y droguerías un promedio de $ 1.574.68, o sea $ 1.024.00 en comisiones al 5% y $ 550.00 de sueldo básico".

OBSERVA LA SALA:

Pretensión del actor, según la demanda inicial, es la siguiente: el salario pactado fue un sueldo fijo de $ 550.00 mensuales y una comisión sobre ventas del 5%. El patrono pagó al empleado el salario, en la forma estipulada, desde enero a mayo de 1957, reduciendo la comisión del 5 al 2½% de junio del año citado hasta la expiración del contrato. Solicita, en consecuencia, el pago de la diferencia (2½%) y el consiguiente reajuste de las prestaciones sociales causadas. Posición de la parte demandada es ésta: fueron dos los convenios sobre el salario. De acuerdo con el primero, que rigió de enero a mayo de 1957, la remuneración fue la siguiente: un sueldo fijo de $ 550.00 y una comisión del 5% sobre las ventas. De conformidad con el segundo, el salario acordado fue éste: un sueldo mensual de $ 650.00 y una comisión sobre ventas del 2½%, vigente desde junio de 1957 hasta la extinción del contrato.

Afirma el impugnador que sólo hubo un acuerdo sobre la remuneración, o sea el que rigió hasta el mes de mayo de 1957, como lo demuestran las dos pruebas de que habla el primer cargo, no estimadas por el fallador.

Con relación a la prueba de confesión, la Sala observa que la respuesta a la segunda pregunta de las posiciones se remite a lo dicho por el absolvente al contestar la primera, de manera que para saber cuáles son los hechos admitidos por el declarante, precisa conocer el contenido de la respuesta a la referida pregunta. El hecho que en ella afirma el demandante es el de que la socie-

dad otorgó al empleado una comisión del cinco por ciento sobre las ventas, a lo cual respondió el interrogado: "Sí es cierto. Aclaro: de acuerdo con el artículo tercero, párrafo B) del contrato de trabajo con el señor Ruiz Matallana la compañía acepta dar una comisión sobre ventas de acuerdo con los porcentajes y comisiones que para su pago fije la empresa. El señor Ruiz Matallana devengó un cinco por ciento sobre las ventas que excedieran de $ 9.500.00 mientras visitaba entidades particulares. Posteriormente, debido a un cambio del plan de comisiones y con la aceptación de Ruiz se le dieron las comisiones del dos y medio por ciento sobre la totalidad de las ventas en entidades oficiales, lo cual significaba un aumento de comisiones de más del doble de lo que ganaba anteriormente, porque es claro que la capacidad de compras del conjunto de entidades oficiales sobrepasa las compras de droguerías. Leída la aprobó".

En vista de que la declaración del Gerente de la sociedad en la diligencia de inspección ocular, antes inserta, es apenas una parte, conviene tomar nota del resto, en lo pertinente, del siguiente tenor: "El señor Ruiz Matallana aceptó ser visitador exclusivo de entidades oficiales, ganándose el 2½%; de junio de 1957 hasta el día último de mayo de 1958, Ruiz Matallana devengó un promedio de $ 3.300.64, o sea $ 2.560.64 en comisiones al dos y medio por ciento, más $ 650.00 de sueldo básico desde el 1º de junio de 1957. Como podrán ver la rebaja en rata de comisiones del cinco al dos y medio, trajo en consecuencia una mejora para Ruiz Matallana de $ 1.574.68 a $ 3.300.64 durante el promedio mensual...".

No es exacto que el Gerente de la sociedad haya admitido en la confesión provocada el hecho de que la comisión pactada durante todo el tiempo del contrato hubiera sido de un cinco por ciento. Lo acepta durante parte de ese tiempo, pero liquidado sobre ventas que excedieran de $ 9.500.00, diciendo que, posteriormente, las comisiones fueron del dos y medio por ciento sobre el valor total de las ventas a entidades oficiales. En la declaración corriente en la diligencia de inspección ocular, separa con precisión el período de servicios en dos etapas: el primero hasta mayo de 1957 y el segundo desde el mes de junio siguiente en adelante, expresando que durante éste la comisión fue del 2½%. No demuestran, pues, las dos pruebas en examen el hecho que con ellas encuentra probado el acusador. En consecuencia, no incurre la sentencia en el error que le imputa ni en quebranto del artículo 57-4º del Código Sustantivo del Trabajo. Como de la violación de esta norma dedujo el cargo la de las otras disposiciones que enumera, es obvio que tampoco resultan infringidas por el sentenciador.

A lo expuesto, agrega la Sala estas consideraciones:

Son hechos aceptados por las partes: a) Que el contrato de trabajo se inició el 9 de enero de 1957 y terminó el 18 de abril de 1959; y b) Que por carta del 30 de marzo de 1959 el empleado reclamó a la empresa el pago de las comisiones a que creía tener derecho (2½% sobre ventas). No hay prueba en autos de reclamos anteriores a la fecha anotada.

Así las cosas, si el derecho a comisiones era del cinco por ciento sobre ventas y el patrono redujo el porcentaje a la mitad desde el 1º de junio de 1957, como lo afirma la demanda inicial y lo sostiene la de casación, se estaría frente a una violación unilateral del contrato de trabajo. En presencia de un hecho de tal naturaleza, la situación planteada es la siguiente: o el empleado acepta la disminución del salario y continúa prestando el servicio, o la rechaza, negándose a continuar la labor, estimando la reducción del salario como justa causa para dar por terminada la relación de trabajo, con derecho a exigir la correspondiente indemnización de perjuicios.

De las dos soluciones, el demandante escogió la primera. La disminución del salario da derecho al reclamo de la diferencia si su importe resulta inferior al mínimo legal o al fijado en pacto, convención colectiva o fallo arbitral, conforme a lo previsto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo. En el asunto litigioso no se contempla ninguno de los extremos a que se refiere la citada regla legal. Si el salario se reduce y el contrato continúa ejecutándose por parte del empleado, debe verse en su desarrollo asentimiento de éste a la determinación del patrono. Si el reclamo al salario pactado no produce efecto y, sin embargo, el trabajador continúa cumpliendo sus obligaciones, tolerando la violación del contrato sin hacer uso de los medios que la ley le brinda, no puede después exigir su tutela, extinguido el vínculo, para pedir lo que, en su oportunidad, no exigió.

La cuestión relativa a la disminución del salario por comisiones, tema central de la controversia, fue estudiada con detenimiento por el Tribunal. Según éste, la medida no fue obra unilateral del patrono sino resultado de un convenio entre las partes, acreditado en el juicio con las declaraciones de Hans Arnold Pfeizer (fs. 46 y ss.), Jorge Escobar Castillo (fs. 53 y ss.) y Carlos Federico Muller (fs. 61 y ss.). Además, la reducción, como lo anota la sentencia, fue fa-

vorable al trabajador, como lo demuestra la prueba documental de que hace mérito. "Esto quiere decir —anota el *ad quem*— que al variar la forma de calcular y pagar las comisiones según la modalidad que comenzó a regir entre las partes el 1º de junio de 1957, el trabajador no sufrió ningún perjuicio, es decir, no se desmejoró su situación como empleado de la demandada, lo cual pone en evidencia que la sociedad Laboratorios Wyeth, al hacer uso de la facultad que se reservó en la cláusula o punto 3º del contrato escrito, no incurrió en ilegalidad de ninguna clase, pues usó de esa facultad dentro de los límites permitidos por la ley, es decir, sin perjuicio del trabajador, y, como lo afirman varios declarantes, con la anuencia del actor".

Ninguno de los cargos por violación del artículo 57, numeral 4º del Código Sustantivo del Trabajo ataca los fundamentos de la sentencia, y es bien sabido que para desquiciarla es necesario destruir todos los que hayan servido de soporte a la decisión.

El segundo cargo parte de la base de que en el juicio está probado el hecho de que el salario pactado durante el tiempo del contrato es el que allí indica el recurrente. La Sala observa que el establecido en autos es el que alega la parte demandada en su defensa (2½% desde el 1º de junio de 1957 hasta la terminación del contrato), para lo cual se basa en las tres declaraciones antes mencionadas.

La cuestión de hecho es, pues, distinta de la que el recurrente supone probada en el juicio. Por tanto, habría sido necesario destruirla para reemplazarla por la que el acusador dá por demostrada, actividad que no es posible realizar dentro de la modalidad de violación directa de la ley.

La infracción directa de las disposiciones legales que acusa el tercer cargo, la deriva el impugnante de una serie de consideraciones de hecho. La acusación así formulada es ineficaz, pues el error de juicio por el indicado concepto no se vincula a extremos de esa índole, como lo tiene resuelto de manera constante e invariable la jurisprudencia.

Por todo lo expuesto, no prosperan los tres cargos examinados.

Cuarto cargo.

Violación directa del artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene el recurrente que el *ad quem* lo desconoce, porque no decreta en la sentencia el pago de comisiones "durante el tiempo de vacaciones mientras estuvo (el trabajador) al servicio de la sociedad demandada". La violación directa —agrega— "tiene operancia por inaplicabilidad de la norma sustantiva, y porque se ha dejado de aplicar a un hecho existente".

SE CONSIDERA:

En el estudio de los tres primeros cargos la Sala llegó a la conclusión de que no es hecho probado en el juicio el de que el salario por comisiones hubiera sido el cinco por ciento sobre las ventas, sino el dos y medio desde junio de 1957 en adelante. Para el rechazo del cargo, la Sala se remite a lo que dijo al examinar el segundo, pues adolece del mismo defecto de orden técnico que presenta éste.

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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION SOBRE REAJUSTE DE SALARIOS Y PRESTACIONES. ACUSACION POR ERROR DE HECHO. OBJETIVO PRINCIPAL DE LA CASACION. LA SANCION MORATORIA Y LA BUENA FE.

1. Bastan las glosas anteriores para que se comprenda que han quedado sin impugnación soportes principales del fallo atacado. En esta forma la acusación resulta incompleta e incapaz de desquiciar la providencia recurrida puesto que no se han acusado todos los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Sentenciador para su pronunciamiento.

2. El objetivo primordial de la casación no es el fallo de primera instancia, a menos que se trate de casación per saltum, sino la sentencia de segundo grado.

3. Cabe ante todo manifestar que la posición tanto del Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala de la Corte frente a la interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es caprichosa ni carente de un sólido respaldo jurídico. Claramente lo demuestra así el fallo de 26 de mayo de 1958, que recoge y amplía lo dicho sobre el particular por las mencionadas Corporaciones. (Gaceta Judicial, Tomo 87, páginas 871, 872 y 873).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., agosto cuatro de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

La Cooperativa de la Sociedad de Choferes de Pereira, Limitada, fue demandada en juicio ordinario laboral de mayor cuantía por Jorge López R., por medio de apoderado, para que mediante el procedimiento respectivo fuese condenada a pagar las siguientes cantidades de dinero: $ 7.831.17 por concepto de auxilio de cesantía; $ 3.447.64 por concepto de vacaciones correspondientes a 7 años completos de trabajo; $ 6.702.67, valor de primas de servicios correspondientes a 7 años, 11 meses y 12 días de trabajo; $ 13.593.69 por concepto de remuneración de dominicales; $ 4.465.56 por concepto de remuneración de días festivos nacionales y religiosos; el valor correspondiente al subsidio familiar de 7 hijos, por la suma de $ 659.95; indemnización moratoria equivalente a $ 1.083.55 mensuales desde el 23 de mayo de 1958 y las costas del juicio. Igualmente solicitó que la citada Cooperativa cancelara la fianza hipotecaria dada por la señora Noemy Rivera de López, a nombre del demandante y en favor de la parte demandada, fianza que se constituyó por medio de la escritura pública número 1.800 de diciembre 1º de 1955 y otorgada ante el Notario Segundo de Pereira. También se formuló la petición subsidiaria de que se condenara a la parte demandada a pagar las prestaciones sociales y salarios que lograran demostrarse en el curso del juicio.

Como hechos de la demanda se relataron los siguientes:

Que entre la Cooperativa y el demandante se celebró un contrato de trabajo, en virtud del cual éste prestó servicios personales a aquélla como administrador de una estación de gasolina, entre los días 11 de junio de 1950 y 23 de mayo de 1958, con una remuneración fija de $ 230.00 mensuales y una prima adicional de dos centavos ($ 0.02) por cada galón de gasolina vendido, prima que se daba al hacer semanalmente las liquidaciones el Gerente de la Cooperativa, propietaria de la bomba de gasolina, con base en los datos tomados de la máquina expendedora, haciéndose constar en planillas; que para garantía de la empresa empleadora el demandante constituyó por medio de la escritura pública número 1800 de diciembre 1º de 1955, otorgada ante la Notaría Segunda de Pereira, una fianza hipotecaria hasta por la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00), sobre un inmueble de propiedad de la señora Noemy Rivera de López; que las estaciones de gasolina de Pereira y muy especialmente las de la Cooperativa demandada atienden

al público todos los días sean o no feriados, y el único responsable de las mercancías y de los dineros provenientes de las ventas era el demandante, a quien la empresa no le ha pagado las vacaciones a que tiene derecho ni el auxilio de cesantía al terminarse el contrato de trabajo, así como tampoco el subsidio familiar correspondiente a 7 hijos legítimos; que el trabajador durante todo el tiempo de servicios laboró todos los días sin exceptuar los de fiestas nacionales y religiosas, habiendo recibido el valor de las primas semestrales pero liquidadas sólo con base en el sueldo fijo y sin tener en cuenta la remuneración o prima adicional reconocida por cada galón de gasolina vendido, la cual ascendió a la cantidad de $ 9.060.64 por ventas efectuadas entre el 15 de mayo de 1957 y 16 de mayo de 1958; que el demandante hizo entrega de la estación de servicio a él encomendada con las mercancías existentes y vales por las vendidas a plazo o crédito, el día 23 de mayo de 1958, de conformidad con acta levantada en la Cooperativa, la que tiene un capital superior a $ 200.000.00 y ocupa más de 20 trabajadores permanentes.

Como fundamentos de derecho fueron citados los artículos 102 y siguientes, 172 y siguientes, 177 y siguientes, 191, 192 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, y el Decreto número 0118 de 1957.

La Cooperativa de Choferes de Pereira, Limitada, por conducto de apoderado, dio respuesta a la anterior demanda oponiéndose a las pretensiones del trabajador, manifestando ser ciertos varios de los hechos y algunos en parte, otros los negó y de los demás dijo no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

El fallo de primera instancia fue dictado por el Juzgado del Trabajo del Círculo Judicial de Pereira el 13 de junio de 1959, y en él se resolvió condenar a la sociedad demandada a pagar: por auxilio de cesantía $ 7.829.79; por vacaciones $ 3.447.08; $ 3.627.71 por primas de servicio, y por salarios indemnizatorios $ 3.675.84. En total: $ 18.580.42. Asimismo declaró probada la excepción parcial de pago de las prestaciones, ordenando deducir de las mencionadas condenas la cantidad de $ 2.381.28 consignada a favor del demandante, quedando un saldo pendiente de $ 16.196.14. En lo demás, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; no accedió a ordenar la cancelación de la fianza hipotecaria y no condenó en costas.

Los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación contra el proveído del *a quo* y subidos los autos a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, se desató el recurso de alzada por medio de sentencia de fecha 15 de marzo de 1960 en la siguiente forma: confirmó lo atinente a las condenas pero con la modificación de que fueron rebajadas a la cifra de $ 3.334.62; confirmó lo relacionado con las excepciones con la aclaración de que el saldo pendiente a pagar sería de $ 950.34; no impuso costas de segunda instancia y revocó lo dispuesto en cuanto a la cancelación de la fianza hipotecaria para resolver que la justicia especial del trabajo no tiene competencia para pronunciarse acerca de esa misma cancelación.

Esta Superioridad admitió el recurso extraordinario de casación que fuera concedido en virtud de solicitud formulada por el apoderado judicial del demandante contra la providencia de segundo grado, y va a decidirlo previo el examen de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se presenta en esta forma:

"Mediante la presente demanda se impugna la sentencia en mención para que la Corte declare que sí existió la prima de venta o remuneración adicional al salario fijo y que por tanto, decida sobre lo principal del pleito, es decir, sobre la cantidad debida".

El recurrente no indica qué causal de casación invoca. Presenta dos cargos que en su orden pasa a examinar la Sala.

Primer cargo.

Está enunciado así:

"Este cargo consiste en acusar la sentencia de ser violatoria de los artículos 57 (numeral 4º), 65, 127, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. A esta violación se llegó por aplicación indebida de las normas en mención, por error de hecho en la apreciación de la prueba al no reconocer la existencia de un sobresueldo.

"Se violó además el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, violación que llevó a la de la norma sustantiva, puesto que el Tribunal no se inspiró en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y no atendió a las circunstancias relevantes del pleito. Además, en la parte motiva de la sentencia el Tribunal si bien indicó los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento, no lo hizo en la forma que logre convencer a nadie, si se analiza como lo haremos, la prueba frente

a la argumentación del honorable Tribunal".

En seguida el impugnador efectúa el análisis de las pruebas que a su juicio estructuraron el error que le atribuye al Tribunal.

SE CONSIDERA:

El recurrente circunscribe el error de hecho a la apreciación de los testimonios de Julio Ernesto Muñoz, Héctor Fabio Orozco, Amparo Rodríguez y Jorge Restrepo Duque. Pero es de observar que omite referirse a la declaración de Luis Evelio Cárdenas, tenida en cuenta por el *ad quem* y a la que éste alude en estos términos:

"Las declaraciones de los otros dos testigos de la parte demandante, si es verdad que por la calidad del oficio u oficios que desempeñaron al servicio de la Cooperativa demandada podría dárseles un mayor margen de credibilidad —tal como lo hizo el señor Juez *a quo*, también lo es que sus dichos aparecen en contradicción con lo manifestado por los testigos de la parte demandada—, entre los cuales está el señor Evelio Cárdenas, quien a pesar de haber desempeñado el mismo cargo que tuvo el actor afirma que él no tuvo la sobrerremuneración de dos centavos por galón de gasolina, y nótese que esa afirmación va en perjuicio del propio declarante, y contradice lo aseverado por el ex-gerente Restrepo Duque cuando sostiene éste que la sobrerremuneración la reconoció y pagó él a todos los administradores de las diferentes bombas".

Como se ve, se trata de un testimonio de innegable importancia no sólo por la contradicción que entre él y otras declaraciones destaca el Tribunal sino también por otros aspectos que refuerzan su credibilidad y de los cuales hace mérito el fallador.

Tampoco se refiere el recurrente a la prueba de inspección ocular y documental de la cual hace la siguiente estimación el Tribunal:

"... Por otra parte no parece muy aceptable que tratándose de una sobrerremuneración de cuantía considerable dado el número de galones vendidos, según las planillas que obran en los autos y de acuerdo con el examen pericial practicado a los libros de la Cooperativa, su pago se efectuará por derechas, sin dejar constancia alguna ni en las planillas ni en los libros de una erogación tan considerable. A esto se agrega que es también extraño que una decisión de tanta monta se le haya hecho al ex-gerente declarante por el Consejo de Administración en forma verbal como lo sostiene aquél y que de ello tampoco haya por lo mismo constancia de ninguna clase. Estas circunstancias hacen que la Sala no le dé a las declaraciones de los señores Restrepo Duque y Rodríguez L. la credibilidad que sí les reconoció el fallador de instancia".

Bastan las glosas anteriores para que se comprenda que han quedado sin impugnación soportes principales del fallo atacado. En esta forma la acusación resulta incompleta e incapaz de desquiciar la providencia recurrida puesto que no se han acusado todos los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Sentenciador para su pronunciamiento.

De lo expuesto se deduce que el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo.

Está propuesto así:

"Se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea.

"El Tribunal condenó al pago de salarios desde el día en que terminó la relación laboral hasta el día en que se hizo la consignación visible al folio 22-23 del expediente. Por la suma consignada que, frente a la suma debida, debe considerarse como irrita la condena del Tribunal por este concepto debe variarse totalmente.

"Mas si se considera que la verdadera condena es la de la primera instancia, la cual acogemos en su totalidad, y que, en ese caso, no podría jugar papel el tan manido y absurdo concepto de buena fe en materia de la aplicación del artículo 65 ya citado, por los conceptos que a continuación damos: ...".

A renglón seguido el recurrente habla de la responsabilidad objetiva que contempla la citada disposición y la explica en esta forma:

"... Si a la terminación del contrato de trabajo el patrono no paga oportunamente el valor de lo debido, debe pagar como indemnización una suma igual al salario diario por cada día de retardo. En esta responsabilidad, nacida en el hecho sin consideración al dolo o a la culpa, y sin consideración siquiera a la fuerza mayor que pueda el patrono alegar para el no pago, no puede siquiera en gracia de discusión pensarse en el elemento de la buena fe, puesto que quien está en mejores capacidades de conocer si la relación era o no contrato de trabajo, es precisamente el patrono. La dependencia o subordinación, nadie mejor que él la conoce; a él se le presta el servicio personal y es él quien precisamente paga el salario. Existiendo estos tres elementos, existe contrato de trabajo y por cuanto estos elementos están consagrados en la ley no puede alegarse su ignorancia, puesto que la ig-

norancia de la ley no puede ser generadora de buena fe, menos cuando toda relación de trabajo personal, de acuerdo con una presunción legal suficientemente conocida, está regida por las normas que regulan el contrato de trabajo".

SE CONSIDERA:

Esta acusación se basa en una hipótesis esto es, "que la verdadera condena es la de la primera instancia". Bastaría, para resolver el cargo, expresar que el objetivo primordial de la casación no es el fallo de primera instancia, a menos que se trate de casación *per saltum*, sino la sentencia de segundo grado. Asimismo, considera la Sala que, no habiendo prosperado el primer cargo que perseguía se tuviera en cuenta una base salarial mayor que la deducida por el *ad quem*, resulta sin piso jurídico la segunda acusación que parte del supuesto de una consignación irrita por no haberse computado ese mayor salario. Es decir, que las dos acusaciones están estrechamente relacionadas y que la suerte de la segunda está ligada indisolublemente a la de la primera. Sin embargo, la Sala desea exponer algunas consideraciones acerca de las críticas del recurrente relativas a la jurisprudencia vigente sobre indemnización moratoria.

Cabe ante todo manifestar que la posición tanto del Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala de la Corte frente a la interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es caprichosa ni carente de un sólido respaldo jurídico. Claramente lo demuestra así el fallo de 26 de mayo de 1958, que recoge y amplía lo dicho sobre el particular por las mencionadas Corporaciones. De esa providencia son los siguientes pasajes:

"De forma reiterada ha dicho el Tribunal Supremo del Trabajo, y ahora esta Sala Laboral de la Corte, que la sanción impuesta al patrono moroso por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo tiene como causa la renuencia injustificada del sancionado al pago oportuno de las prestaciones. Si la mora obedece a dudas de buena fe acerca de la existencia de la obligación o del monto de la misma —y en el último caso el empleador consigna lo que de buena fe cree deber—, es obvio que desaparece la causa y por consiguiente se hace inaplicable la sanción. La jurisprudencia es concorde en punto a establecer que el nexo buena fe no sanción es rasero equitativo para decidir en derecho y justicia respecto de un género de problemas que, por su variedad de matices y facetas, abarca especies de la mayor diversidad y en ocasiones de la más ardua complejidad.

"En sentencia proferida el 15 de diciembre de 1954, en el juicio seguido por el doctor Salvador Abad Escobar contra el Instituto de Crédito Territorial, dijo el Tribunal Supremo del Trabajo: 'la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que reglamenta los llamados 'salarios caídos', está condicionada a la demostración de la mala fe patronal para negarse a pagar las deudas laborales al tiempo de la extinción del contrato. Esta no es una interpretación arbitraria sino que encuentra sus fundamentos en los antecedentes jurisprudenciales que precedieron a la expedición del artículo 65 citado, en la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición y principalmente en el propio contenido de su inciso 2º. En efecto: Del texto del artículo 5º del Decreto 2127 de 1945 (que puede considerarse como el antecedente del artículo 65) que establecía como sanción el retardo patronal en el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones, la ficción de la subsistencia del vínculo contractual, la jurisprudencia dedujo la obligación de pagar salarios que por no corresponder a servicios efectivamente prestados, recibieron la denominación de caídos y que significaron una indemnización por perjuicios moratorios". Y agrega más adelante: "A la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, esta creación jurisprudencial se convirtió en norma de derecho positivo en su artículo 65, pero ya no sobre la base de la subsistencia ficcionada del contrato, sino como expresa indemnización moratoria que corre para el patrono a partir de la terminación del vínculo contractual. Pero debe observarse que en el pensamiento de la Comisión Redactora del Código estuvo presente el elemento anímico exigido por la Jurisprudencia para la posible aplicación de la pena moratoria pues el Acta 21 del 5 de mayo de 1950, al consagrar el contenido del artículo 65, sí dijo: 'que para la fórmula que pudiera adoptarse debía consignarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo del Trabajo, conforme a la cual, para establecer la sanción a cargo del patrono, debe estudiarse si éste ha obrado o no de buena fe, eximiéndolo de ella en el primer caso'. 'Lo anterior lleva a concluir que el aspecto de la buena o de la mala fe no fue extraño a la voluntad que creó la norma, fijándose así una pauta para su interpretación posterior'.".

"La idea del plazo razonable entre la terminación del contrato y el pago de las prestaciones, sin que haya mora patronal, se deduce ineludiblemente del ordinal 2º de dicho texto, porque cuando éste se refiere a la falta de acuerdo ('Si

no hay acuerdo', dice literalmente), está proponiendo la existencia de un término o plazo durante el cual se pusieron en juego los encontrados pareceres de trabajador y patrono en torno a los derechos o a su cuantía, hasta que, en la hipótesis legal, las encontradas pretensiones de las partes desembocan en desacuerdo. En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo —y ahora de esta Sala— se ha sostenido en el invariable parecer de que, como complemento de la buena fe, debe considerarse la responsabilidad del plazo, para sólo aplicar la sanción en el evento de que éste no sea razonable. Tal es la tesis que sostuvo aquél en sentencia proferida el 15 de diciembre de 1952, en el juicio seguido por Ralph Leslie Hall contra The Royal Bank of Canada, cuando dijo: 'Si el texto indicado permite buscar un acuerdo acerca del monto de lo debido, ello tiene razonables limitaciones en el tiempo, impuestas por el carácter de las prestaciones sociales. Así, en estos casos, mientras los interesados califican recíprocamente las razones del reclamo o de su rechazo, en comunicaciones frecuentes, verbales o por escrito, que revelen el interés de lograr dicho acuerdo'. Lo cual indica que necesariamente la ley, según su texto, tolera que haya un término de razonable limitación durante el cual las partes discordantes estén por lo menos de acuerdo en llegar a un acuerdo. Este resulta a la vez como efecto y complemento de la buena fe, porque la aplicación de la pena ceñida exclusivamente al rigor cronológico del texto, a más de ser contraria al criterio de la buena fe, repugna al sentido mismo de la ley''.

Por todas las razones expuestas, el cargo no prospera.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS INSOLUTOS, PRIMA DE SERVICIOS Y AUXILIO DE CESANTIA. ERROR EVIDENTE DE HECHO EN LA SENTENCIA ACUSADA. TERMINACION DEL CONTRATO Y CARGA DE LA PRUEBA.

Al margen de la cuestión planteada en el cargo y por vía de doctrina, la Sala estima conveniente observar que si bien, en el caso de que el trabajador afirme en su demanda que ha sido despedido injustificadamente, sobre él pesa la carga de la prueba, este principio deja de obrar cuando el patrono demandado no se limita a negar el despido sino que afirma, a su turno, que el trabajador abandonó el trabajo, pues ello envuelve un hecho excepitivo, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, desapareciendo ésta para el demandante y recayendo exclusivamente sobre el demandado excepcionante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Eugene M. Riehereek, por conducto de apoderado, demandó a la sociedad Petroleum Helicopters de Colombia, Ltda., domiciliada en Bogotá, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo fuera condenada a pagarle lo siguiente: US$ 2.151.56, o lo que se demostrare, por concepto de reintegro o devolución de suma igual que la empresa le descontó de su salario, durante todo el tiempo de servicio, con destino al pago del auxilio de cesantía y de las primas semestrales que estaba obligada a pagarle; US$ 4.375.00 a título de indemnización por despido unilateral e injusto, suma correspondiente al salario de cinco meses que hacían falta para cumplir un período presuntivo del contrato de trabajo; el auxilio de cesantía liquidado con base en un sueldo mensual de US$ 875.00; la prima de servicios por el tiempo comprendido entre el 1º de julio y el 1º de diciembre de 1957, liquidada sobre el mismo; el valor del pasaje de regreso de Colombia a los Estados Unidos de Norte América y las costas del juicio.

Dijo en su demanda que prestó sus servicios a la sociedad demandada desde el 1º de mayo de 1956 hasta el 30 de noviembre de 1957, fecha ésta en que se le despidió sin que mediara justa causa ni motivo alguno para esa determinación; que inicialmente el sueldo fue de US$ 700.00 mensuales; que luego se le hicieron aumentos sucesivos, así: el 1º de septiembre de 1956, US$ 50.00 mensuales, el 1º de noviembre del mismo año US$ 100.00 mensuales y el 1º de febrero de 1957, US$ 25.00 por mes, o sea, que a partir de esta fecha y hasta el día de su despido devengó la suma de US$ 875.00 mensuales; que la empresa sin estar autorizada por él, le descontó mes por mes un porcentaje de su sueldo mensual para el efecto del pago de la prima de servicios, cesantía y depósito de garantía del contrato; que de estos descuentos le reintegró algunas sumas correspondientes a la parte retenida para garantía del contrato, cuyo monto alcanzó a US$ 1.476.92, pero que le adeuda la diferencia, que alcanza a US$ 2.151.56, lo mismo que el valor de su auxilio de cesantía, la prima de servicios del último semestre de 1957 y el pasaje de regreso a los Estados Unidos de América.

Fundó su derecho en los artículos 59, 47, 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la contestación de la demanda, la empresa negó los hechos, unos por su contenido mismo y otros por la forma de su redacción. Se opuso a las pretensiones del actor y apoyó su defensa en las razones que se transcriben a continuación:

"Comento lo que el señor apoderado del demandante denomina 'fundamentos de derecho' en la siguiente forma: La compañía demandada no hizo descuentos para prima y cesantía tomados del salario del demandante. La simple lógica indica lo absurdo e ilegal que habría sido

descontar del salario una parte para la prima y otra para la cesantía. Simplemente se indicaba en cada cheque el pago de la suma total que el trabajador norteamericano recibiría en el año y eventualmente incluyendo la prima y la cesantía. Esta explicación era necesaria toda vez que en los Estados Unidos no se paga prima ni cesantía y los trabajadores norteamericanos querían saber el total a que tendrían derecho al finalizar el contrato. Las indicaciones que aparecen en los desprendibles de los cheques las efectuaba uno de los empleados de la compañía demandada, con el fin mencionado, pero el trabajador recibió siempre el salario neto que le correspondía de acuerdo con el contrato de trabajo verbal o escrito. Esta aseveración está de acuerdo con los libros de contabilidad, contratos de trabajo, etc.

"El señor Richereek viajó en los primeros días de diciembre de 1957 a los Estados Unidos sin dar preaviso legal a la compañía que represento. Por esta razón fue necesario, cuando se comprobó su ausencia del país, consignar el valor de sus prestaciones sociales lo cual se hizo según consta en documento que se adjunta.

"La empresa demandada habría podido dar por terminado el contrato de trabajo con base en la cláusula de reserva pactada en el contrato de trabajo firmado con fecha 1º de noviembre de 1956, que se acompaña a este memorial pero no tuvo ocasión de ejercer esta facultad por cuanto, como se dijo, el demandante abandonó sus labores".

En el mismo escrito de contestación propuso demanda de reconvención contra el actor con el fin de que se le declarara responsable de los perjuicios causados a la empresa con su retiro intempestivo y se le condenara en consecuencia a pagarlos conforme a la regulación que se hiciese por medio de perito dentro del juicio, advirtiendo que estima su monto en suma mayor de $ 15.000.00. Afirma, al efecto, que el señor Richereek, en los últimos días del mes de noviembre de 1957, manifestó su deseo de retirarse de la empresa, viajó luego precipitadamente a los Estados Unidos, abandonando su trabajo, según parece con el propósito de prestar sus servicios en la ciudad de Lafayette, Louisiana, a la sociedad Norteamericana Petroleum Helicopters Services Incorporated, lo cual tampoco hizo, ocasionando así igualmente perjuicios a esta Compañía. Invocó el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1º del Decreto 616 de 1954, que lo modifica. El reconvenido negó los hechos y propuso la excepción dilatoria de inepta demanda, por considerar que la de reconvención no reunía los requisitos legales.

El Juzgado Segundo del Circuito del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio, por no haber encontrado establecidos los respectivos hechos básicos, absolvió a la sociedad Petroleum Helicopters de Colombia, Limitada, de todos los cargos contenidos en la demanda principal instaurada por Eugene M. Richereek (ordinal primero) y a éste lo absolvió también de los cargos que se le formularon en la demanda de reconvención (ordinal segundo). Sin costas (ordinal 3º).

Habiendo apelado de esta sentencia la parte actora para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, esta entidad, al decidir el recurso, revocó el numeral 1º y en su lugar condenó a la sociedad demandada a pagar al señor Richereek US$ 1.159.11 por cesantía y US$ 325.77 por prima de servicios, de conformidad con la consignación hecha por la empresa. Confirmó los ordinales segundo y tercero y condenó a la apelante al 50% de las costas de segunda instancia.

La misma parte actora interpuso contra la sentencia de segundo grado el recurso de casación que, concedido, admitido y tramitado debidamente, va a decidirse mediante el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

EL RECURSO

Pretende el recurrente que la sentencia de segundo grado sea casada y que, convertida esta Sala en Tribunal de instancia, condene a la empresa demandada conforme a los términos y peticiones del libelo inicial.

Sin invocar la causal correspondiente, el impugnador formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa por violación indirecta de los artículos 14, 32, 39, 47, 59, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, al no haberlos aplicado, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas. Señala, entre otras, las siguientes:

a) El contrato de trabajo de folio 73 del expediente;

b) Los desprendibles de los cheques con los que se hacía el pago mensual del salario al demandante, especialmente los de los meses de mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1956 y enero y febrero de 1957 (folios 67 a 95), y

c) Las cartas de folios 63 y 66, suscritas por el señor Eugene Lozes, Gerente de operaciones

de la empresa demandada, en las que se le informa al actor de algunos aumentos de sueldo.

Considera el recurrente que los documentos reseñados constituyen plena prueba de que el señor Richereek fue contratado por la demandada para prestarle servicios a partir del primero de mayo de 1956 con un sueldo mensual de US$ 700.00, y que en virtud de su buena conducta y eficiencia fueron concediéndole aumentos sucesivos hasta llegar a la suma de US$ 875.00 de que disfrutó últimamente. Sostiene igualmente que las mismas pruebas acreditan que la empresa demandada hizo descuentos del sueldo del actor con destino al pago del auxilio de cesantía y de la prima de servicios.

En torno a la conclusión contraria que extrajo el sentenciador del examen de las referidas piezas y de las demás pruebas en que apoyó su decisión, el recurrente expone, en síntesis, lo siguiente:

Contrato inicial. Fecha del mismo y salario convenido. El contrato de folio 73 aparece firmado el 17 de abril de 1956. Y si bien es cierto que en la cláusula tercera se lee que será válido desde el 1º de mayo de "1955", por un término de nueve meses, fácilmente puede entenderse que hay en la cita del año una simple errata mecanográfica, "pues nal se podía firmar un contrato por nueve meses que comenzaron a contarse el primero de mayo de 1955, es decir hasta el treinta y uno de enero de 1956, si tal convención se estaba celebrando el 17 de abril de 1956". "El hecho de que el contrato que obra a folio 73 —añade el cargo— solo lleve la firma del Gerente de la empresa y no la del trabajador, no le resta tampoco eficacia alguna, pues debe destacarse que la copia presentada fue la que se le entregó al señor Richereek, quien no se preocupó de firmarla porque no tenía objeto para él, y además es él mismo quien la presenta, luego hay que estimarla como reconocida y aceptada por el actor, aún sin su firma".

Luego carece de base lógica la explicación que da el Gerente de la empresa, al absolver posiciones, de que debido al error en la fecha de iniciación del trabajo, fue necesario modificar el contrato. Tampoco tiene fundamento alguno la manifestación del Gerente, según la cual el actor fue contratado inicialmente en los Estados Unidos por la suma de US$ 700.00 mensuales, pero que eso se hizo solo para obtener la visa de entrada al país y que una vez en esta ciudad se varió el contrato para que el señor Richereek devengara aproximadamente US$ 620.00, porque de un lado nuestras leyes de inmigración no fijan ese mínimo de salario para permitir la entrada de los extranjeros, y de otro, tal afirmación implicaría la confesión de que el contrato fue un medio fraudulento de que se valió la empresa para obtener la entrada del demandante a Colombia.

Observa, además, el recurrente, que en concordancia con el salario pactado de US$ 700.00 mensuales están los desprendibles de los cheques correspondientes a los primeros meses de ejecución del contrato, mayo, julio y agosto de 1956 (dice que el desprendible del mes de junio no lo conservó su mandante), y los cuáles indican que el salario es de US$ 700.00 mensuales.

Por tanto, estima que el Tribunal, al no dar por establecido que el sueldo estipulado al principio fue de US$ 700.00 mensuales, incurrió en ostensible error de hecho.

Aumentos de sueldo. Las cartas en que el Gerente de operaciones de la empresa, señor Lozes, comunicó al demandante los aumentos de sueldo, están firmadas por dicho alto empleado, obran en el expediente desde la presentación de la demanda y no han sido redargüidas de falsas por la empresa demandada. Y aún más, los desprendibles o duplicados de los cheques confirman tales aumentos, en las fechas exactas anunciadas por el señor Lozes. De todo lo cual deduce el recurrente que el fallador, al no dar por demostrados los referidos aumentos, con el pretexto de que no hay constancia de que el señor Lozes estuviese autorizado para decretarlos, incurrió en manifiesto error de hecho.

Descuentos para garantía del contrato y prestaciones sociales. En los desprendibles de los primeros meses de ejecución del contrato se indica textualmente:

"Salario	322.22	menos prima, cesantía, garantía
Pensión de manutención	300.00	
	622.22".	

Siendo entonces el salario estipulado de US$ 700.00 mensuales y estando probado que en esos primeros meses el descuento para garantía del contrato era de US$ 100.00 mensuales, suma que se devolvía por semestres, el trabajador no recibía sino US$ 622.22 mensuales. Así, pues, se le descontaban por concepto de prima de cesantía US$ 77.78 al mes, y estos descuentos se realizaron en todos los pagos.

Refiriéndose a la inspección ocular practicada sobre los libros de contabilidad de la empresa, en que aparece que el descuento para garantía del contrato y los efectuados para cesantía y prima se contabilizaban de manera diversa, lle-

vando los primeros a "cuentas por pagar" y los otros a "Pérdidas y ganancias", registrándose, de este modo, como salario el valor neto, anota el recurrente que el sistema contable que la empresa utilizara, no interesa al empleado, que no tenía acceso a los libros de contabilidad ni conocía la forma como fueran llevados, de suerte que si lo que se le descontaba por cesantía y prima se contabilizaba en una u otra forma, ello no puede desvirtuar la realidad de los hechos.

En cuanto a la leyenda puesta en los duplicados de los cheques, que dice, según la traducción oficial: "Menos prima, cesantía, garantía", el recurrente califica de peregrina y acomodaticia la explicación que dá el Gerente de la empresa en el sentido de que dicha leyenda se consignaba para enseñar al personal americano su derecho a cesantía y prima. "... la empresa —dice— ha aceptado que le deducía mensualmente a mi mandante una suma para garantía del contrato. Luego cuando consignaba en los cheques la leyenda 'menos... garantía', estaba expresando claramente que efectuaba la deducción correspondiente. Ello es evidente. Pero ocurre que la leyenda en los cheques no se refería solamente a garantía, sino que incluía, en una sola frase 'menos prima, cesantía, garantía', luego el significado es uno mismo para los tres descuentos. Se le descontaba al empleado para garantía del contrato, y se le descontaba para cesantía y prima, esto es, el mismo empleado hacía de su salario la reserva para estas prestaciones".

La leyenda mencionada utiliza la palabra "less", que significa en español "menos". Y si a veces, según el traductor oficial, puede traducirse por "sin", esto apenas tiene lugar en palabras compuestas, como "fatherless". Mas en el caso de autos es indudable que el traductor oficial tradujo el "less" por "menos", ya que ningún sentido tendría la expresión "sin cesantía, prima y garantía" ni cabe interpretar que "less" significase "menos" respecto de "garantía", y "sin" para referirse a "prima y cesantía".

De tal manera que el fallador, al no dar por establecido que al demandante se le descontaba periódicamente de su sueldo no solo la garantía del contrato sino la prima y la cesantía, incurrió en manifiesto error de hecho.

Este error y los puntualizados anteriormente, condujeron al Tribunal, en sentir del recurrente, a la violación de las disposiciones legales que enuncia el cargo.

El opositor niega que en los autos esté demostrado que al actor se le hicieran descuentos de su salario para el pago posterior de prestaciones sociales, y anota que a esta conclusión se llega simplemente confrontando los datos tomados en la diligencia de inspección ocular (folios 43 a 47, audiencia del 27 de octubre de 1958) con los que aparecen en los mismos desprendibles de cheques aducidos por el actor (folios 67 a 95), de donde resulta una absoluta identidad de las cifras respectivas. Agrega que, además, en la misma inspección ocular se esclareció de manera irrefragable que tanto al señor Richereek como a sus demás trabajadores, la empresa les pagó y les paga las prestaciones sociales a que tienen derecho en la debida oportunidad legal, y con fondos pertenecientes a la misma empresa y no con descuentos hechos del monto de los salarios, desde luego que en los libros de Petroleum Helicopters aparecen constituídas reservas especiales para el pago de prestaciones, reservas que se forman con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa y no con deducciones hechas sobre el valor de las nóminas, puesto que ellas son pagadas por su monto completo en cada oportunidad. Demostrado lo cual, carece de importancia que en el texto de los desprendibles se emplee la palabra "less" a continuación de la cifra que señala el salario de Richereek, ya que esa explicación, que parecería superflua en tratándose de trabajadores colombianos, resultaba del todo indispensable en el caso del demandante por estar él habituado al régimen de los Estados Unidos, donde el trabajador solo recibe como pago de sus servicios el salario, que constituye, por lo tanto, el único ingreso que recibe del patrón. Y como el *ad quem* no podía desechar los datos de la inspección ocular para tener en cuenta en forma simplista el solo tenor literal de los desprendibles y el contenido de las cartas que obran a folios 63 y 66 del expediente, cuando inclusive tales cartas no pueden tenerse como tácitamente reconocidas en el juicio puesto que no provienen del representante legal de la sociedad demandada, no pudo incurrir en el error de hecho de que lo acusa el recurrente, tanto menos cuanto que éste no ataca los razonamientos del sentenciador formulados al analizar las pruebas que consideró más adecuadas, sino que ensayó un nuevo análisis del proceso sobre la base de pruebas distintas de las acogidas por el Tribunal.

Se estudia el cargo.

El Tribunal, en lo pertinente se expresa así:

"Según afirma éste (el actor) en la demanda, cuando comenzó a prestar servicios a la entidad demandada, el 1º de mayo de 1956, como Piloto de Helicópteros, se le asignó un sueldo mensual de US$ 700.00. El primero de septiembre del

mismo año recibió un aumento de US$ 50.00 mensuales; el 1º de noviembre de 1956 obtuvo un nuevo aumento de US$ 100.00 mensuales, o sea que su salario quedó en US$ 850.00. Finalmente a partir del 1º de febrero de 1957, recibió un nuevo aumento de US$ 25.00 por mes, quedando su salario en US$ 875.00 mensuales que fue el que recibió 'hasta el día de su despido'. Refiriéndose a estos hechos la entidad demandada los negó lo mismo que la circunstancia de que el contrato de trabajo condensado en la documental de folio 73 hubiera tenido cumplido efecto, como explicó el representante de la sociedad al absolver posiciones y cuando se le preguntó si reconocía la firma estampada en dicho documental. Manifestó, en ese entonces, el doctor Cárdenas Navas, en su carácter de Gerente, que si bien es verdad que él firmó el contrato de que se da cuenta, este apenas se utilizó para obtener la visa de ingreso del demandante a este país, explicando que como tenía el contrato un error sobre la fecha de iniciación de labores, no se hizo firmar por el actor. Y si bien es verdad, que en esta documental figura un sueldo de dólares 700.00 mensuales, no se le puede dar el mérito probatorio que la ley señala para tales casos, puesto que ya se vieron las explicaciones que el Gerente dio y que sirvieron para que no se tuviera en cuenta dicho contrato. Con efecto: en la cláusula tercera se afirma que será válido desde el 1º de mayo de 1955 y de los hechos de la demanda, así como de las demás pruebas aportadas a los autos, se establece que la relación contractual laboral comenzó en mayo de 1956, por lo cual se ve que la afirmación hecha por el Gerente, al absolver posiciones, en el sentido de que la fecha del referido contrato estaba errada, no carece de fundamento. Por lo demás, de la diligencia de inspección ocular, practicada por el Juzgado, visible a folios 43 a 46 se establece, sin lugar a dudas, que el sueldo básico del demandante desde el mes de mayo de 1956 hasta agosto del mismo año fue de US$ 322.22 mas una prima de alojamiento de US$ 300.00 lo que viene a ratificar lo dicho por el representante de la Compañía al contestar la posición segunda cuando dijo que si bien es verdad que inicialmente al actor, quien fue contratado en los Estados Unidos, se le señaló una suma de US$ 700.00 mensuales a fin de obtener la visa de entrada a Colombia, una vez que estuvo en esta ciudad se modificó dicha remuneración en una suma aproximada de US$ 620.00.

"Ahora bien: En cuanto a que la remuneración mensual que se le había asignado al demandante hubiera sufrido algunos aumentos, es un hecho que está perfectamente demostrado en los autos, mas no en la forma que indica la demanda, puesto que según se ve de la inspección ocular, en los últimos quince días de servicios el salario apenas ascendió a US$ 750.00 y no a la suma de US$ 875.00 mensuales como se dice en el hecho 4º.

"Y aún cuando pudiera afirmarse que de folios 64 y 65, aparece demostrado que desde el 1º de septiembre de 1956 se le asignó al demandante una remuneración de US$ 750.00 mensuales y que posteriormente desde febrero de 1957 le fue aumentada en US$ 25.00 por mes, lo evidente es que las referidas documentales no ofrecen el mérito probatorio suficiente puesto que aparecen firmadas por un señor Eugene Lozes, en su carácter de Gerente de operaciones, sin que aparezca de autos que hubiera estado facultado para hacerle al actor un aumento de salarios ni menos que estuviera ocupando el cargo de que se da cuenta, al suscribir los referidos documentos".

Como se vé, el fallador no le dá crédito al contrato del folio 73 porque a pesar de que la firma puesta en dicho documento fue reconocida por el representante de la sociedad, éste, al absolver posiciones, manifestó que dicho contrato "apenas se utilizó para obtener la visa de ingreso del demandante a este país", y porque había un error en la fecha del mismo contrato, según lo afirmado por el propio Gerente, también al absolver posiciones, y que efectivamente se registra en la cláusula tercera, donde se dice que será válido desde el 1º de mayo de 1955, al paso que de los hechos de la demanda y de las demás pruebas aportadas a los autos se establece que la relación contractual laboral comenzó en mayo de 1956.

Esta Sala no encuentra acertada la apreciación del sentenciador, puesto que habiéndose suscrito el contrato por el Gerente de la Compañía "a los diez y siete días del mes de abril de mil novecientos cincuenta y seis", según se expresa textualmente en la parte final del mismo, y autenticándose la firma ante Notario a los dos días siguientes (folio 73 vuelto), es lógico deducir que la intención de las partes fue la de iniciar su ejecución con posterioridad a la fecha del contrato (17 de abril de 1956), y no con anterioridad. Así, pues, el número "1955", contenido en la cláusula tercera del contrato, envuelve un error, ya que resulta contrario al sentido del contrato, y por ello la frase "primero de mayo" de la citada cláusula ha de referirse al año de 1956, cuando se inició en realidad la prestación de servicios, la cual se desarrolló conforme a las condiciones previstas en el contrato.

la explicación que da el Gerente de la empresa demandada y que acepta el Tribunal, acerca de que el sueldo de US$ 700.00 estipulado en el contrato no tenía más finalidad que la de obtener la visa de ingreso del demandante, carece de consistencia jurídica, ya que denota que se pudo tener el ánimo de engañar al trabajador, cuando no de burlar las leyes de inmigración, como lo sugiere el recurrente.

Tampoco hay razón para que se dé por demostrado que inicialmente se señaló un sueldo de US$ 700.00 mensuales pero que luego, una vez que el trabajador estuvo en Colombia, se modificó dicha remuneración para reducirla a una suma aproximada de US$ 620.00, tomando para ello como base la simple declaración que sobre ese punto hizo el propio demandado.

Respecto de la inspección ocular, los datos recogidos en esa diligencia solo demuestran lo que efectivamente se le pagó al actor por concepto de sueldo básico y prima de alojamiento menos el valor de la garantía. Pero no desvirtúan la estipulación contenida en el contrato del folio 73 sobre el monto del salario inicial ni las anotaciones puestas en los desprendibles o copias de los cheques, de las que resulta que tal salario fue de US$ 700.00 y que últimamente recibió aumentos hasta alcanzar la cantidad de US$ 875.00, cuyos montos y fechas de vigencia coinciden con los que le anuncia la empresa al demandante, por conducto del señor Eugene Lozes, Gerente de Operaciones (original, fol. 66-Traducción Oficial, fol. 64).

El reparo que el Tribunal hace a las cartas suscritas por el señor Lozes, consistente en que no consta en el expediente que dicho señor estuviera facultado para hacerle al actor un aumento de salarios y menos que estuviera ocupando el cargo de Gerente de operaciones, desaparece si se considera que Lozes no dice obrar en su propio nombre sino en el de la Compañía, y que sus cartas han obrado en el expediente desde la presentación de la demanda, sin que el demandado les hiciese tacha alguna.

La frase "menos prima, cesantía, garantía" (traducción oficial), puesta en los desprendibles de los cheques de los meses de mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1956 y enero y febrero de 1957 (folios 95, 87, 88, 89 y 90), no solo revela el celo de la Compañía en hacerle saber reiteradamente al trabajador norteamericano señor Richereck lo que recibiría "eventualmente incluyendo la prima y la cesantía", prestaciones estas no conocidas en los Estados Unidos, sino que pone de presente una extraña práctica: la de hacer referencia a una cantidad determinada, representativa del salario convenido ("la razón de..."), dice la traducción oficial), y no cubrirla en su totalidad al trabajador sino disminuída por conceptos que la ley colombiana no autoriza.

Ahora bien, acreditado como ya se dijo que el salario inicial fue de US$ 700.00 y que luego se le acordaron a Richereck, en distintas fechas, aumentos que llegaron en febrero de 1957 a US$ 875.00 y habida cuenta de que ni el salario inicial fijado en el contrato del folio 73 ni los aumentos comunicados por el señor Lozes y anotados simultáneamente en los desprendibles o duplicados se le pagaron en su totalidad, no hay base probatoria para dar por establecido lo contrario, como lo hizo el fallador.

Conviene observar que en el presente caso no se trata de disminución del salario consentido por el trabajador, sino de retenciones del mismo no autorizadas.

En consecuencia, el cargo prospera, debiéndose casar el fallo por el aspecto que en aquél se plantea.

Segundo cargo.

Acusa por violación indirecta de los artículos 49 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haberlos aplicado al caso, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Refiere que el señor Richereck fue despedido mediante notificación verbal que le hizo el señor Eugene Lozes, Gerente de Operaciones de la Compañía, el día 28 de noviembre de 1957, notificación que por no haberse realizado ante testigos y por su misma forma, no puede demostrarse de manera directa. Sostiene, que sin embargo, el hecho del despido es susceptible de acreditarse con la carta dirigida por el demandante al Gerente de la Compañía el 27 de diciembre de 1957, en que le manifiesta su desacuerdo por la liquidación de sus prestaciones sociales y por el despido mismo, carta que fue recibida por la Secretaría del Gerente (folio 29).

Cita también el documento que contiene la liquidación de las prestaciones sociales, efectuada el 30 de noviembre de 1957, en el que se señala como fecha de salida del trabajador el 2 de diciembre siguiente, es decir dos días después de tal liquidación.

Dice el recurrente que la carta del demadante cobra valor probatorio ante la circunstancia de que la empresa no la respondió inmediatamente rechazando las afirmaciones contenidas en ella. Anota igualmente que el documento que contiene la liquidación de prestaciones sociales,

confrontando la fecha en que éstas se liquidaron con la que se señala para la terminación del contrato, sirve para rebatir la afirmación hecha por la empresa al contestar la demanda en el sentido de que el señor Richereek abandonó su empleo en forma intempestiva, incumpliendo su contrato, y llega a la conclusión de que el sentenciador, por haber dejado de apreciar los elementos probatorios referidos, incurrió en error de hecho que lo llevó a la violación indirecta de los artículos 49 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

El opositor arguye que la carta suscrita por Richereek, no puede tenerse como prueba en su favor, desde luego que es principio general de derecho que nadie puede crearse por sí mismo pruebas en su propio beneficio. Añade que el texto de la liquidación de prestaciones tampoco implica que la empresa hubiera prescindido de los servicios del trabajador el 2 de diciembre de 1957, ya que en su propia carta el mismo Richereek alega haber sido despedido desde el 28 de noviembre.

Se examina el cargo.

La copia de la carta dirigida por el actor al Gerente de la Compañía con fecha 27 de diciembre de 1957 en que le manifiesta su desacuerdo por la liquidación de las prestaciones sociales y por el despido mismo, no puede tenerse como prueba en contra de la parte demandada, porque no procede de ésta sino del demandante. Y el documento que contiene una liquidación de prestaciones sociales, tampoco demuestra que la empresa hubiese despedido intempestivamente al demandante, pues allí mismo, en el renglón denominado "motivo del retiro", se anota que éste fue voluntario.

El impugnante no alega que el fallador haya dado por establecido que el señor Richereek abandonó su trabajo, y evidentemente no lo hace, por lo cual carece de objeto indagar si el mencionado documento, relacionando la fecha de la liquidación con la del retiro, sirve para comprobar la imposibilidad de que ese hecho, afirmado por la empresa al contestar la demanda, hubiera acaecido.

Por tanto, no está probado el error de hecho que en este cargo se le atribuye al fallo de segunda instancia.

Con todo, al margen de la cuestión planteada en el cargo y por vía de doctrina, la Sala estima conveniente observar que si bien, en el caso de que el trabajador afirme en su demanda que ha sido despedido injustificadamente, sobre él pesa la carga de la prueba, este principio deja de obrar cuando el patrono demandado no se limita a negar el despido sino que afirma, a su turno, que el trabajador abandonó el trabajo, pues ello envuelve un hecho excepti vo, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, desapareciendo ésta para el demandante y recayendo exclusivamente sobre el demandado excepcionante.

Habiendo prosperado el primer cargo, se procede a decidir en instancia lo que sea del caso.

Al efecto, además de las razones expuestas al examinar dicho cargo, se tienen en cuenta las siguientes:

El señor Eugene M. Richereek prestó sus servicios a Petroleum Helicopters de Colombia Ltda. como empleado, desde el 1º de mayo de 1956 hasta el 2 de diciembre de 1957, o sea durante un año, siete meses y dos días.

Respecto de los meses de mayo, junio y agosto de 1956 tuvo derecho a un sueldo de US$ 700.00, de conformidad con el contrato celebrado entre las partes el 17 de abril de 1956 (folio 73). Durante ese lapso solo se le pagó la suma de US$ 522.22 mensuales.

Desde el 1º de septiembre de 1956 hasta el 30 de octubre del mismo año, el sueldo se le aumentó a US$ 750.00, y la empresa no le pagó sino US$ 566.67, en cada uno de esos meses.

Desde el 1º de noviembre de 1956 hasta el 31 de enero de 1957, le correspondía un sueldo de US$ 850.00 mensuales y solo se le pagó en ese tiempo la suma de US$ 655.56 mensuales.

A partir del 1º de febrero de 1957 el sueldo le fue aumentado a US$ 875.00 y solo se le pagó desde esa fecha la suma de US$ 677.78 mensuales hasta el 30 de septiembre de 1957. En cada una de las quincenas de octubre recibió US$ 338.89. En cada una de las quincenas de noviembre, US$ 341.20. Y por dos días de salario en diciembre, US$ 44.03.

De los salarios retenidos al señor Richereek para garantía del contrato, se le devolvieron las siguientes sumas:

En octubre de 1956	US$	600.00
En abril de 1957		471.32
En octubre de 1957		405.60
Total	US$	1.476.92

Los salarios estipulados ascienden a US $ 15.658.32. Los sueldos recibidos mas lo que se le devolvió al actor de lo que se le había retenido para la garantía del contrato, suman US$ 13.492.27.

Queda, pues, a favor del demandante y a cargo de la Compañía demandada, una diferencia de US$ 2.166.05, por concepto de salarios.

La prima de servicios que reclama el demandante por el tiempo comprendido entre el 1º de julio y el 1º de diciembre de 1957, alcanza a la suma de US$ 362.57, teniendo en cuenta el salario acordado para ese lapso.

El auxilio de cesantía, liquidado a razón de US$ 875.00 mensuales, por un tiempo de servicio de 1 año, 7 meses y 2 días, arroja la cantidad de US$ 1.390.28.

Al valor total de las condenas se imputará la suma de US$ 1.600.87 que la entidad demandada consignó a órdenes del Juzgado Sexto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa parcialmente la sentencia objeto del presente recurso, revoca el numeral primero de la de primer grado y, en su lugar condena a la sociedad Helicopters de Colombia Ltda. con domicilio en Bogotá, D. E., a pagar a Eugene M. Riebereek la suma de tres mil novecientos diez y ocho dólares con noventa centavos de dólar (US$ 3.918.90), por concepto de salarios adeudados al demandante, prima de servicios y auxilio de cesantía. No la casa en lo demás.

Autorízase al Juzgado Sexto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá para que entregue a la parte demandante, si anteriormente no lo hubiere hecho, la suma consignada por la entidad demandada, a favor de aquella, suma que se descontará del valor de la condena.

Condénase en el cincuenta por ciento (50%) de las costas de primera instancia a la parte vencida. Sin costas en la segunda instancia ni en este 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.

INDEMNIZACION MORATORIA. VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY Y APLICACION INDEBIDA DE ELLA. RESPONSABILIDAD EN MATERIA LABORAL DE LAS SOCIEDADES EN LIQUIDACION. NACIMIENTO DE UNA DEUDA Y SU PAGO O EXTINCION.

1. Dos modalidades de infracción de la ley enuncia el cargo: la directa, porque la decisión impugnada es abiertamente contraria a ella, y la que se deriva de su aplicación indebida, sin consideración a las pruebas, aspecto distinto de infracción de la norma, aunque también por vía directa. Así planteada la acusación debe anotarse que la diversa significación que tienen los dos medios de violación de la ley, según la doctrina, no permite aducirlos simultáneamente en un mismo cargo. El error de juicio cuando al hecho probado no aplica la sentencia la norma que lo regula, bien porque la ignora o porque conociéndola se rebela contra ella, tipo de infracción directa, es diferente de la que se produce cuando entendida la norma en su recto sentido, sin mediar errores de hecho o de derecho, la aplica el fallador a hecho probado que ella no regula, o cuando la aplica al hecho probado llegando a consecuencias jurídicas contrarias a las previstas por la ley, tipo de violación por aplicación indebida. La presentación del cargo es defectuosa.

2. Para no darle aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la sentencia acusada se funda en el argumento de que, las acreencias laborales, disuelta y liquidada la sociedad, son de cargo de los liquidadores, no de los ex-socios de la compañía, que fueron los patronos del demandante, a quienes el ordenamiento impone la sanción cuando al terminar el contrato han quedado a su cargo deudas por salarios o prestaciones. Según el criterio expuesto, por el hecho de la disolución y liquidación de la sociedad, cambia el sujeto pasivo de las obligaciones insolutas, porque de ellas responden los liquidadores, personas distintas de quienes fueron socios aunque éstos hayan sido liquidadores.

Debe la Corte corregir la tesis del fallador, que considera equivocada, y, al efecto observa:

Para determinar la responsabilidad de los socios de una compañía de responsabilidad limitada, disuelta y liquidada, provenientes de deudas derivadas del contrato de trabajo, no es el caso de hacer distinción entre ex-socios y liquidadores, menos cuando, ocurre en el caso de autos, la función de liquidación estuvo a cargo de los fundadores y únicos socios de la sociedad. Confunde la sentencia dos situaciones jurídicas distintas: el nacimiento de la deuda social con su pago o extinción. La deuda en mención, cualquiera que sea su origen, es obligación de la sociedad, y no cambia por el hecho de su disolución y liquidación. La cancelación puede hacerla el liquidador, socio o extraño, sin que por ello pierda su naturaleza jurídica, ya que en uno y otro caso quien paga es la sociedad, pues el liquidador obra en representación de ésta y no en nombre propio.

Si al liquidarse una compañía de responsabilidad limitada, el liquidador no cancela deudas de terceros, la obligación continúa vigente a cargo de aquélla. En tal caso debe considerarse incompleto el acto de liquidación, por no haberse pagado en su totalidad el pasivo externo. En la referida hipótesis, como del activo distribuído entre los socios para cancelar el pasivo interno, no se dedujo la totalidad del pasivo externo, de aquél debe deducirse el importe del déficit, lo cual quiere decir que de él siguen respondiendo los ex-socios de la compañía.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

El apoderado de Hernando Vélez, en escrito repartido al Juzgado del Trabajo de Medellín

en agosto de 1959, promovió juicio ordinario contra Horacio Obando, vecino de dicha ciudad, y la sociedad anónima "Técnica Colombiana", domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente, para que por sentencia fueran condenados a pagar al mandante solidariamente: auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria.

El libelo que inicia el juicio relata estos hechos:

Por escritura número 2526 de 20 de mayo de 1957, de la Notaría 3ª de Medellín, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada bajo el nombre de "Técnica Medellín", que venía funcionando como sociedad de hecho desde el 1º de enero del año citado, de la cual fueron socios Horacio Obando y "Técnica Colombiana S. A."; desde el 1º de enero de 1957 hasta el 28 de febrero de 1958, el demandante prestó servicios a "Técnica Medellín", como vendedor, bajo su dependencia y subordinación, y de ella se retiró para trabajar en la sociedad "Técnica Colombiana" en la ciudad de Bogotá (Hechos 1º a 4º). Para retribuir sus labores "Técnica Medellín" señaló al empleado un 15% sobre las utilidades del negocio, que debían liquidarse anualmente, entregándole a cuenta de ellas la suma de $ 650.00 al mes, hasta septiembre de 1957; en esta fecha el patrono le concedió un aumento del 25% en las utilidades, con retroactividad al 1º de enero de ese año, elevando el retiro mensual a la cantidad de $ 800.00; el promedio de lo devengado por el trabajador durante la vigencia del contrato fue la suma de $ 1.998.00 mensuales (Hechos 5º a 7º). Al terminar el contrato el actor reclamó al patrono el pago de sus prestaciones, para lo cual habría podido determinar el promedio de la remuneración liquidando la participación sobre los negocios concluidos, pero se abstuvo de atender la petición; hasta la fecha en que fue presentada la demanda la empresa no le ha cancelado las dendas insolutas, incurriendo en mora; "Técnica Medellín" fue disuelta y liquidada por escritura número 6358 de 4 de noviembre de 1958, pasada en la Notaría 1ª de Medellín, por lo cual sus socios deben responder de las obligaciones objeto del pleito (Hechos 8º a 10). Como fundamentos de derecho invoca los artículos 186, 249, 306, 65 y concordantes del Código del Trabajo.

Al responder la demanda, el demandado Horacio Obando acepta los hechos 1º, 2º y 4º. Respecto al 3º admite que el actor prestó servicios a la sociedad, pero como socio industrial. Con aclaraciones da su asentimiento a los hechos relacionados con el convenio sobre pago de participaciones en las utilidades, expresando que algunas fueron liquidadas después de la fecha en que el contrato de trabajo terminó (28 de febrero de 1958), lo que demuestra "la imposibilidad por parte de la sociedad para hacerle la liquidación de las prestaciones en dicha fecha". Manifiesta que por tales razones al actor no "se le han cancelado sus prestaciones". En tal virtud se opone a que se acceda a las súplicas de la demanda y propone la excepción de inexistencia de la obligación. Por último, le pide al Juzgado autorización para depositar en el Banco de la República la suma de $ 4.065.90, para "responder de las posibles prestaciones sociales" que los constituyentes de "Técnica Medellín" puedan adeudar al demandante.

El apoderado del otro demandado, "Técnica Colombiana S. A.", adhirió a la respuesta que a la demanda dio Horacio Obando.

Trabada así la litis y agotado el trámite de rigor, finalizó la primera instancia con sentencia dictada por el Juzgado 4º del Trabajo de Medellín, por la cual absolvió a los demandados de todos los cargos, sin costas.

Apeló la parte vencida. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral. La sentencia de segundo grado revoca la del Juzgado *a quo*, y, en su lugar, condena solidariamente a los demandados a pagar al actor: $ 705.03 por vacaciones; $ 1.410.07 por primas de servicio y $ 1.645.07 por auxilio de cesantía. Los absuelve de los demás cargos y no hace condena en costas.

Contra la anterior providencia interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

EL RECURSO

Solicita que la Corte case parcialmente el fallo de segundo grado y en instancia lo modifique en el sentido de condenar a la parte demandada al pago de la indemnización por mora y costas del juicio. En estos términos fija el alcance de la impugnación.

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos.

Primer cargo.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a causa de error de hecho evidente al estimar unas pruebas y no apreciar otras.

Consistió el error en dar por demostrado "que la parte demandada consideró siempre de buena

fe que no hubo contrato de trabajo y que la duda razonable y seria era justificada", concepto en que la sentencia funda la decisión que la absuelve del pago de salarios caídos, sin tener en cuenta ninguna prueba.

Pruebas mal apreciadas:

La declaración de Aura Tamayo (f. 63 v.).

El cargo transcribe el pasaje en que la testigo dice que en una reunión en la oficina del Gerente de la compañía a la cual no asistió, fue considerada una solicitud del actor en el sentido de que se le tuviera como socio, sin figurar en las escrituras, hecho de que tuvo conocimiento por informe del Gerente. Sólo esta declaración —anota el acusador— podría servir de apoyo a la errada conclusión del Tribunal, pero por ser de oídas carece de valor. Agrega que el testimonio es contradictorio, porque la declarante asevera que a Vélez le pagó la empresa un sueldo de $ 800.00 desde que se organizó la sociedad, lo cual quiere decir que ésta lo consideró siempre como empleado.

Las cartas de folios 43 y 44.

La primera, suscrita por el actor con destino a la sociedad y apertada por ésta al juicio, lleva esta referencia: "reajuste de remuneración"; la segunda contesta esa nota y usa igual referencia.

Comenta el recurrente: la correspondencia acredita que el patrono aceptó la calificación dada por el actor a la forma de pago de sus servicios, lo que significa que admitió la condición que se atribuye de empleado y no de socio, porque de remuneración se habla para expresar la idea de retribución de servicios dependientes, no para cubrir utilidades de socios.

Pruebas no estimadas:

La escritura número 1359 de 14 de marzo de 1957 (fs. 67 y ss.).

Según el instrumento, únicos socios de la compañía son los dos demandados, luego al decir éstos en el juicio que la declaración es falsa, procedieron de mala fe.

La escritura número 2526 de 20 de mayo de 1957, de la Notaría de Medellín (fs. 68 a 76).

Dice el documento que los socios de Técnica Medellín Ltda., son Técnica Colombiana S. A. y Horacio Obando, como capitalistas e industriales a la vez. La escritura expresa que los beneficios se asignarán a los dos socios por partes iguales, y que ellos cubren "tanto la participación de los socios capitalistas como de los industriales de Técnica Medellín S. A. y del ingeniero Horacio Obando".

Arguye el recurrente:

Para el 20 de mayo de 1957, el tiempo trabajado por Vélez a Técnica Medellín alcanzaba casi cinco meses. Puede aceptarse entonces buena fe de los demandados al decir, dos años después, que los socios industriales y capitalistas no eran dos sino que había también otro socio industrial? Después de haber sostenido los demandados que eran los únicos socios de la compañía, la posición adoptada en el juicio de que no fueron dos sino tres, incluyendo al demandante, no persigue otro fin que el de eludir la condena al pago de la indemnización moratoria. Tal conducta no sólo conlleva mala fe sino que resulta dolosa.

La escritura número 6358 de 4 de noviembre de 1958 (fs. 77 y ss.).

En el instrumento, otorgado por el representante de Técnica Colombiana S. A. y Horacio Obando, hacen la declaración de que son los únicos socios de Técnica Medellín, sociedad que declaran disuelta y, en consecuencia, proceden a liquidar.

Para la fecha de la escritura —dice el recurrente— había terminado el contrato de trabajo, y en tal oportunidad confirman y ratifican los comparecientes su condición de únicos socios de la compañía. Luego no puede admitirse que los demandados obraron de buena fe en el juicio al sostener que tal declaración es falsa, que los socios capitalistas e industriales no eran dos sino tres, incluyendo al demandante Vélez como socio industrial casi al año después de haberse retirado.

El opositor rebate el cargo diciendo que como en el proceso del trabajo no rige la tarifa probatoria, porque el juzgador forma libremente su convencimiento, la Corte carece de competencia para auscultar los motivos que hubiera tenido para formar su criterio, de lo cual concluye que el error de hecho alegado por el recurrente no resulta demostrado.

SE CONSIDERA:

El cargo se inicia con la afirmación de que el *ad quem*, para absolver a la parte demandada de la súplica sobre pago de indemnización por mora, no tuvo en cuenta ninguna prueba. Observa la Sala que, si ésta es su orientación, no ha podido incurrir en error de hecho por mala estimación de medio probatorio alguno, de manera que el ataque, con tal fundamento, es improcedente. Con todo, examina la Sala el reparo encaminado a demostrar que el Tribunal apreció con desacierto las pruebas que la acusación relaciona.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Cita ella el testimonio de Aura Tamayo, no para sostener que la sentencia lo apreció mal, sino para formular la hipótesis de que es la única prueba que habría podido servirle de apoyo a la pretensión de la parte demandada en el sentido de que el actor prestó servicios a la sociedad como socio industrial. Aunque no se trata de tacha contra el fallo, sino de supuestos quizá de recibo en alegación de instancia, observa la Sala que del testimonio en referencia hace mérito el Tribunal para sostener que los servicios prestados por el actor fueron subordinados o dependientes, esto es, los que corresponden al empleado y no al socio industrial.

De las cartas de folios 43 y 44 puede llegarse a la conclusión que sostiene el recurrente, es decir, que la condición jurídica del demandante fue la de empleado y no la de socio industrial.

Ese punto de vista es el mismo que informa la sentencia, pero lo funda en otras pruebas, no en las cartas mencionadas, por lo que el reparo de haber incurrido en error de hecho por su equivocada estimación, es inconducente. Por lo demás, no siendo distinta sino igual la tesis del recurrente a la del Tribunal, no cabe sostener que éste haya incurrido en la clase de error que el cargo le imputa.

Deben, pues, desecharse las glosas por yerros en la estimación probatoria del testimonio y las dos cartas relacionadas.

En cuanto al error de hecho por no haber estimado la sentencia los instrumentos públicos que el cargo enumera, observa la Sala:

Por medio de la escritura número 1359 de 14 de marzo de 1957, de la Notaría 3ª de Medellín (fs. 67 a 69), Técnica Colombiana, S. A., Horacio Obando y Francisco Mejía, declaran que por el instrumento número 4469 de octubre de 1954, constituyeron la sociedad Técnica Medellín Limitada, señalando como plazo de duración el 31 de diciembre de 1956, y que, como ha quedado disuelta automáticamente, proceden, como únicos socios, a liquidarla.

La sentencia no toma en cuenta el citado instrumento, pero el impugnador lo cita para decir que, según su texto, únicos socios de Técnica Medellín fueron los dos demandados, lo cual no es exacto, pues eran tres los constituyentes, como lo pregona el documento.

Respecto de las otras dos pruebas (escrituras números 2526 de 20 de mayo de 1957, corriente a folios 68 a 76, y 6358 de 4 de noviembre de 1958, obrante a folios 77 a 80, de la Notaría 3ª de Medellín), el Tribunal las estima y en ellas se funda para sostener que la existencia de la persona jurídica denominada Técnica Medellín Ltda., es hecho acreditado en el juicio con la escritura número 2526 de 1957, como también el de que sus únicos socios fueron Técnica Colombiana S. A. y Horacio Obando. Admite también la sentencia que dicha compañía fue disuelta y liquidada por el instrumento número 6358 de 1958. Así las cosas, el reparo de que el Tribunal erró de hecho al no estimar los dos instrumentos, es afirmación contraria al contenido de la decisión impugnada.

Por lo demás, dos son los fundamentos en que apoya el *ad quem* el rechazo de la súplica sobre condena al pago de la indemnización moratoria, a saber: uno de carácter jurídico, según el cual los demandados son responsables de las obligaciones insolutas no en calidad de ex-socios o patronos del actor sino como liquidadores de la compañía, evento en que no cabe aplicar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Y el otro en la buena fe de los demandados, que deduce de las modalidades de la relación laboral. Por tanto, el cargo ha debido atacar este segundo fundamento, demostrando que la buena fe patronal carece de respaldo probatorio en el juicio, pero no dedicarse a sostener la existencia del contrato laboral ni a decir que únicos socios de Técnica Medellín fueron los dos demandados, hechos que el Tribunal reconoce. Respecto al segundo de ellos, lo pertinente habría sido el ataque por mala estimación de las pruebas que el cargo cita, no por su falta de estimación. En consecuencia, aquél no prospera.

Segundo cargo.

Violación directa del artículo 540 del Código de Comercio, en relación con el 542 ibídem, el 12 de la Ley 124 de 1937 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene la sentencia —dice el acusador— que el artículo 65 del Código del Trabajo sólo es aplicable contra el patrono que no paga salarios, y que como éste no existe sino los ex-socios de la compañía, que fueron los empleadores, no cabe aplicar la sanción contenida en la citada norma. Considera equivocado este razonamiento, porque si el *ad quem* acepta que los ex-socios y a la vez liquidadores de Técnica Medellín son responsables de las obligaciones reclamadas, las deben en su totalidad y no en parte. Concluye, en consecuencia, que el fallador viola las normas legales que el cargo enuncia por haberlas aplicado en forma incompleta. Expone además: si los demandados tienen que pagar cesantía, primas y vacaciones, es lógico que corra también de su cargo la indemnización por mora, porque sería absurdo —si es eso lo que quiere insinuar la sentencia— que dos ex-socios sólo respondan

de las prestaciones y Técnica Medellín de los salarios caídos. Las normas del Código de Comercio son claras y no es discutible su aplicación, como lo resuelve el sentenciador. Si se acepta que Vélez tuvo la calidad de trabajador asalariado, y que el patrono se la desconoció de mala fe, "la violación directa de la ley es clara". Tratándose de una obligación civil o laboral, no hay razón para sostener que los dos socios demandados deben las prestaciones pero no la indemnización moratoria. Si fuera admisible esa tesis, toda sociedad podría esquivar el pago de salarios caídos acudiendo al expediente de liquidarse, procedimiento opuesto a las normas sobre responsabilidad ya citadas. Por tanto, la Corte debe enmendar el agravio causado al actor "a causa de una decisión abiertamente contraria a la ley y al derecho, según se ha demostrado".

SE CONSIDERA:

Dice el Tribunal, en el análisis que dedica a las cuatro súplicas de la demanda inicial, que la Ley 124 de 1937, orgánica de las sociedades de responsabilidad limitada, no legisló sobre la responsabilidad de los socios después de la disolución y liquidación de la compañía, pero dispuso que, en lo no previsto en ella, tales sociedades se regirían por las reglas establecidas para las colectivas de comercio; que en cuanto a éstas el código del ramo ordenó en el artículo 540 que el liquidador debe cancelar las cuentas y deudas de la compañía, y dispuso en el artículo 542 ibídem que si el liquidador tuviere la calidad de socio podrá ser ejecutado por los acreedores sociales aún en los bienes que exclusivamente le pertenecían, responsabilidad de carácter solidario si son varios los liquidadores.

"Ocurrió —prosigue la sentencia— que Técnica Colombiana S. A. y el doctor Horacio Obando, únicos socios de Técnica Medellín Ltda., en la escritura pública número 6858 de 4 de noviembre de 1958, otorgada en la Notaría 4ª de este Circuito, resolvieron disolver la compañía y en el mismo instrumento efectuaron la liquidación. Como fueron los mismos socios los que actuaron como liquidadores, son ahora responsables solidariamente, en virtud de las disposiciones que arriba se citaron, de las obligaciones laborales de que es titular el señor Vélez Garcés, que no cancelaron al efectuar la liquidación de la compañía.

"No habrá indemnización por mora a cargo de los demandados, porque esta sanción la reconoce el artículo 65 para el patrono que no paga los salarios y prestaciones causados, de manera que no surge contra quienes, como los demandados, no tuvieron ese carácter y ahora están respondiendo es como socios de la persona jurídica que fue patrono de Vélez Garcés, en virtud de las normas legales sobre dichas sociedades...".

Sostiene el opositor que la causal de casación alegada no es la pertinente, por lo cual el cargo no debe ser recibido por la Corte.

Dos modalidades de infracción de la ley enuncia el cargo: la directa, porque la decisión impugnada es abiertamente contraria a ella, y la que se deriva de su aplicación indebida, sin consideración a las pruebas, aspecto distinto de infracción de la norma, aunque también por vía directa. Así planteada la acusación, debe anotarse que la diversa significación que tienen los dos medios de violación de la ley, según la doctrina, no permite aducirlos simultáneamente en un mismo cargo. El error de juicio cuando al hecho probado no aplica la sentencia la norma que lo regula, bien porque la ignora o porque conociéndola se rebela contra ella, tipo de infracción directa, es diferente de la que se produce cuando entendida la norma en su recto sentido, sin mediar errores de hecho o de derecho, la aplica el fallador a hecho probado que ella no regula, o cuando la aplica al hecho probado llegando a consecuencias jurídicas contrarias a las previstas por la ley, tipo de violación por aplicación indebida. La defectuosa presentación del cargo no le permite a la Sala su examen; pero, obrando con amplitud, lo estudia en el fondo y, al efecto, considera:

El Tribunal no dio aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, luego el reparo de que lo violó de manera directa, por aplicación indebida, porque ésta fue incompleta, carece de fundamento. El ataque de que lo infringió también de modo directo, porque dejó de aplicarlo siendo el caso, debe ser desechado, porque el fallo no desconoce la existencia del precepto ni su operancia cuando sobreviene la hipótesis que contempla, como se deduce de las razones que expone en su parte motiva. En ella reconoce como probados estos hechos: el contrato de trabajo entre las partes y las deudas a cargo de los demandados por cesantía, primas de servicio y vacaciones. Para no darle aplicación a la disposición legal en cita se funda en el argumento de que las acreencias laborales, disuelta y liquidada la sociedad, son de cargo de los liquidadores, no de los ex-socios de la compañía, que fueron los patronos del demandante, a quienes el ordenamiento impone la sanción cuando al terminar el contrato han quedado a su cargo deudas por salarios o prestaciones. Según el criterio expuesto, por el hecho de la diso-

lución y liquidación de la sociedad, cambia el sujeto pasivo de las obligaciones insolutas, porque de ellas responden los liquidadores, personas distintas de quienes fueron socios aunque éstos hayan sido liquidadores. Es lo que parece dar a entender el confuso pensamiento del sentenciador. Como se ve, se trata, no de desconocimiento de la regla contenida en el artículo 65, ni de su aplicación indebida, sino de fenómeno distinto: el de errónea interpretación de los artículos 540 y 542 del Código de Comercio y consiguiente violación tanto de ellos como del citado artículo 65 de la ley del trabajo.

En atención al defecto de orden técnico de que el cargo adolece, la Sala lo desecha.

Por vía de doctrina, debe la Corte corregir la tesis del fallador, que considera equivocada, y, al efecto, observa:

Para determinar la responsabilidad de los socios de una compañía de responsabilidad limitada, disuelta y liquidada, proveniente de deudas derivadas del contrato de trabajo, no es el caso de hacer distinción entre ex-socios y liquidadores, menos cuando, como ocurre en el caso de autos, la función de liquidación estuvo a cargo de los fundadores y únicos socios de la sociedad. Confunde la sentencia dos situaciones jurídicas distintas: el nacimiento de la deuda social con su pago o extinción. La deuda en mención, cualquiera que sea su origen, es obligación de la sociedad, y no cambia por el hecho de su disolución y liquidación. La cancelación puede hacerla el liquidador, socio o extraño, sin que por ello pierda su naturaleza jurídica, ya que en uno y otro caso quien paga es la sociedad, pues el liquidador obra en representación de ésta y no en nombre propio.

En el asunto litigioso la entidad patronal (Técnica Medellín Ltda.) fue liquidada en noviembre de 1958, conforme a la escritura número 6358 de ese año, con posterioridad a la fecha en que el contrato de trabajo expiró (febrero de 1958). De ahí que la demanda inicial dirija la acción contra los ex-socios de la compañía, no contra los liquidadores. Así las cosas, no había para qué averiguar si el deudor eran los ex-socios o los liquidadores, ya que efectuada la liquidación, bien o mal, desaparecen de la escena los liquidadores. Si al liquidarse una compañía de responsabilidad limitada, el liquidador no cancela deudas de terceros, la obligación continúa vigente a cargo de aquélla. En tal caso debe considerarse incompleto el acto de liquidación, por no haberse pagado en su totalidad el pasivo externo. En la referida hipótesis, como del activo distribuído entre los socios para cancelar el pasivo interno, no se dedujo la totalidad del pasivo externo, de aquél debe deducirse el importe del déficit, lo cual quiere decir que de él siguen respondiendo los ex-socios de la compañía.

En el presente juicio los ex-socios fueron los mismos liquidadores de la sociedad. En ese evento, a vista del artículo 542 del Código de Comercio la responsabilidad es más amplia, ya que puede hacerse efectiva no sólo en los bienes sociales adjudicados a los socios en la liquidación sino sobre los de su propiedad exclusiva. Por lo demás, tratándose de obligaciones derivadas de una misma relación jurídica (contrato de trabajo) no se alcanza la razón para separar la responsabilidad de los deudores, como lo hace la sentencia, ya que condena a los ex-socios al pago de deudas por cesantía, primas y vacaciones, negando la proveniente de la indemnización por mora, respecto de la cual no los considera obligados, radicando el crédito en los liquidadores, quienes, como se advirtió, tuvieron la calidad de socios de la compañía patronal demandada. Es patente el desacierto en el razonamiento, ya que de una premisa indivisible, deduce consecuencias distintas, inadmisibles no sólo en relación con las normas legales que sustentan la decisión, sino frente a los mandatos de la lógica.

Por haber confundido el origen de las obligaciones, cuya satisfacción persigue el juicio, con su pago o extinción, para la solución en derecho del caso controvertido, la sentencia se valió de las normas que cita pertenecientes a la ley mercantil, estando aquél regulado en el estatuto laboral. En efecto, su artículo 36 establece claramente la responsabilidad solidaria de las sociedades de personas y sus miembros y de éstos entre sí respecto de obligaciones emanadas del contrato de trabajo. Anota el *ad quem* ausencia de norma que regule la responsabilidad de los socios de compañías de la indicada especie, efectuada su liquidación, y cree subsanar la omisión acudiendo a los artículos 540 y 542 del Código de Comercio, que nada tienen que ver con la fuente de las deudas en favor de terceros, ya que para su aplicación basta constatar la existencia del crédito, sin tomar en cuenta su procedencia.

En los términos anteriores rectifica la Sala los errores de juicio en que incurre la sentencia impugnada.

En vista de que la acusación le ha permitido a la Corte corregir tesis equivocadas del fallador, no habrá lugar a la condena en costas.

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 del Distrito Judicial de Medellín.

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.

RECLAMACION SOBRE REAJUSTE DE SALARIOS E INDEMNIZACION MORATORIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. Como puede apreciarse, el cargo no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario de casación, pues en él se habla de infracción directa y al mismo tiempo indirecta del artículo 1º del Decreto número 0118 de 1957, lo cual no es admisible ya que las dos formas de violación legal son autónomas e inconfundibles. Además, se dice que el Tribunal "no apreció o apreció muy mal" el dictamen pericial, lo que no es aceptable en la sustentación del recurso porque una y otra posición son completamente distintas frente a la consideración probatoria. Por lo anotado, la acusación es ineficaz para desquiciar la sentencia impugnada.

2. Es de observar que el cargo presenta sustancialmente un planteamiento equivocado puesto que dice "que el Tribunal sentenciador o no apreció o apreció erróneamente las pruebas de los folios 28 y 54 de los autos". Es obvio, que no es el mismo razonamiento el que cabe predicar de una prueba que no es apreciada, que de una prueba apreciada erróneamente. Por consiguiente, la presentación de la acusación fundamentalmente es contradictoria y, por ello, sin la eficacia suficiente para quebrantar la decisión impugnada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., agosto veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por conducto de apoderado, Francisco Escobar Guevara instauró juicio ordinario para que mediante el procedimiento respectivo la empresa denominada "Hilandería Fontibón-Chaim Feisach & Cía." fuese condenada a pagar la cantidad de $ 154.00 o cuanto más se probara por concepto de reajuste de sueldo, salario correspondiente a trabajo nocturno e indemnización moratoria.

Como base de las peticiones, se dice en los hechos de la demanda que Francisco Escobar Guevara estuvo desempeñando el cargo de Jefe de Personal de la referida empresa, devengando un salario de $ 400.00 mensuales, desde el 12 de mayo de 1954 hasta el 15 de mayo de 1958, fecha ésta en que se retiró de la empresa demandada.

En derecho se citaron los artículos 65 y 160 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto número 0118 de 1957.

La citada sociedad, mediante apoderado, dio respuesta a la anterior demanda negando las peticiones y el derecho invocados por el demandante, y en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el cargo desempeñado por el actor pero que su fecha de entrada fue el 15 de julio de 1956 y devengó diferentes salarios, habiéndose verificado su retiro por abandono del cargo, sin previo aviso y en la fecha indicada en el libelo.

Tanto el fallo de primera como de segunda instancia fueron en sentido totalmente absolutorio para la parte demandada y se condenó en costas a la parte actora. Las providencias fueron dictadas, respectivamente, el 26 de febrero y 2 de septiembre de 1959.

Esta Superioridad entra a resolver el recurso extraordinario de casación propuesto por el mandatario judicial de la parte demandante contra el proveído del *ad quem*. La demanda sustentatoria contiene tres cargos. No se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Está expuesto así:

"Deseo que se infirme la sentencia. Es mi propósito que subroguéis el fallo que motiva el recurso dictando uno vuestro en que hagáis todas y cada una de las declaraciones de mi libelo".

Primer cargo.

Dice textualmente:

"*Reajuste de sueldo.* Como la sentencia absolvió a la empresa del cargo de adeudar al ciudadano Francisco Escobar Guevara cantidad alguna por reajuste de sueldo, acuso la sentencia de infracción directa del artículo 1º del Decreto número 0118 de 1957.

"En efecto, tiene establecida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que

"'si el hecho básico del litigio no se discute; si se halla debidamente establecido y no se aplica la norma legal pertinente, o si se aplica a un hecho inexistente, en una palabra, cuando el texto de la norma legal es absolutamente claro y la sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con él, se tiene el caso de la infracción directa'.".

"Ahora bien, al folio 54 del primer cuaderno se establece el hecho básico de que en la segunda quincena del mes de julio de 1957 no se le pagó sueldo alguno a Francisco Escobar. Si no se le pagó en el mes de julio de 1957 a Escobar sino doscientos pesos ($ 200.00), no es posible sostener que de julio de 1957 en adelante se le hubiera hecho a mi cliente el aumento de que trata el artículo 1º del Decreto número 0118 de 1957, ya que también está probado con el dictamen pericial (folio 54) que 'en junio de 1957 se le pagó (a Escobar Guevara) por cada quincena trabajada la cantidad de ciento ochenta pesos ($ 180.00)'.".

"*Infracción indirecta.* Sobre el particular ha dicho la Corte:

"Si la violación de la ley sustantiva proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba por haber incurrido el sentenciador en error de hecho o de derecho de manifiesto en los autos, la acusación por este aspecto resulta por vía indirecta".

"En el caso al estudio el sentenciador cuya sentencia acuso no apreció, o apreció muy mal el dictamen pericial que obra al folio 54 del primer cuaderno, y lo apreció muy mal, porque no observó que en el mes de junio de 1957 mi cliente devengó trescientos sesenta pesos ($ 360.00), mientras que en el mes de julio de 1957 sólo le pagaron doscientos pesos ($ 200.00).

"Por las razones anteriores y en relación con este primer cargo acuso la sentencia de: 1) Infracción Directa del artículo 1º del Decreto número 0118 de 1957. 2) Subsidiariamente de infracción indirecta de esa misma disposición".

SE CONSIDERA:

Como puede apreciarse, el cargo no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario de casación, pues en él se habla de infracción directa y al mismo tiempo indirecta del artículo 1º del Decreto número 0118 de 1957, lo cual no es admisible ya que las dos formas de violación legal son autónomas e inconfundibles. Además, se dice que el Tribunal "no apreció o apreció muy mal" el dictamen pericial, lo que no es aceptable en la sustentación del recurso porque una y otra posición son completamente distintas frente a la consideración probatoria. Por lo anotado, la acusación es ineficaz para desquiciar la sentencia impugnada.

Segundo cargo.

A la letra dice:

"*Trabajo nocturno. Infracción directa.* Consta de autos, por confesión del demandado, que Francisco Escobar trabajó en horas nocturnas durante todo el tiempo que prestó sus servicios a la empresa. La confesión aparece al folio 28 de los autos, en los siguientes términos:

"'Contestó: este señor fue contratado desde el principio para trabajar de noche'.".

"Por consiguiente el hecho básico del litigio no se discute y ese hecho básico es que Escobar trabajó en horas nocturnas a la empresa demandada. Como, por otra parte, el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo es terminante cuando ordena remunerar el trabajo nocturno con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%), por el solo hecho de ser nocturno, el fallador tenía que haber condenado a la empresa al pago de ese recargo. Como no lo hizo, acuso la sentencia de haber violado con infracción directa, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 168.

"El hecho de que no aparezca valor especial o salario de la jornada diurna, no empece el derecho de Francisco Escobar para que se le pague ese recargo con el treinta y cinco por ciento (35%). Es entendido que el salario de cuatrocientos pesos ($ 400.00) es por la jornada diurna; porque la regla es fijar salario para la jornada diurna no para la nocturna.

"Por cierto que hizo mal el Tribunal sentenciador cuando se negó por dos (2) veces en la práctica de la inspección ocular apreciar el salario que se le pagaba a Gustavo Matallana, quien desempeñaba las mismas funciones de Francisco Escobar en trabajo diurno.

"*Infracción indirecta.* De acuerdo con lo que dejo dicho, se ve que el Tribunal no apreció la

confesión del folio 28 del primer cuaderno. Como no lo hizo incurrió en apreciación errónea o por error de hecho; con lo cual cometió infracción indirecta del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo".

SE CONSIDERA.

A esta acusación se le puede formular la misma glosa que a la anterior pues se sostiene simultáneamente y en el mismo cargo que hubo infracción directa e indirecta del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo. Resulta, pues, por la impropiedad técnica anotada, que el cargo no es de recibo en casación.

Tercer cargo.

Se expone así:

"*Salarios caídos. Infracción indirecta.* Hemos visto ya que el Tribunal sentenciador o no apreció o apreció erróneamente las pruebas de los folios 28 y 54 de los autos. Apreció erróneamente la prueba del folio 28, porque no tuvo en cuenta la confesión del trabajo nocturno. Apreció erróneamente la prueba del folio 54, porque no observó que Francisco Escobar en el mes de junio de 1957 devengó trescientos sesenta pesos ($ 360.00), mientras que en el mes de julio devengó apenas doscientos pesos ($ 200.00). Lo anterior demuestra que en el momento de la ruptura del contrato de trabajo la empresa adeudaba a mi cliente, en forma clara salarios tanto de aumento por el Decreto número 0118 de 1957, como del recargo del treinta y cinco por ciento (35%) de que trata el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En tales condiciones era de rigurosa aplicación el artículo 65 *ibidem*. Por no haberlo hecho el juzgador es por lo que acuso la sentencia de infracción indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

SE CONSIDERA:

Es de observar que el cargo presenta sustancialmente un planteamiento equivocado puesto que dice "que el Tribunal sentenciador o no apreció o apreció erróneamente las pruebas de los folios 28 y 54 de los autos". Es obvio, que no es el mismo razonamiento el que cabe predicar de una prueba que no es apreciada, que de una prueba apreciada erróneamente. Por consiguiente, la presentación de la acusación fundamentalmente es contradictoria y, por ello, sin la eficacia suficiente para quebrantar la decisión impugnada. El cargo no prospera.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO Y SEGURO DE VIDA. EL ERROR DE DERECHO Y LA TECNICA DE CASACION. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE REGISTRO CIVIL. REGISTRO DE DEFUNCIONES. INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY.

1. El primer cargo se dirige a demostrar que la sentencia violó la ley al haber dado por establecida la muerte del trabajador, mediante una prueba a la que se le dio un valor que legalmente no le corresponde.

Observa la Sala, en primer término, que el recurrente no señala, en forma concreta, la norma legal sobre prueba que, en su concepto, ha sido quebrantada por el Tribunal, ni tampoco indica la disposición sustantiva de orden laboral violada como consecuencia del error de derecho en que dice incurrió el sentenciador. Es bien sabido que para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Además, dentro del mecanismo de casación, para invalidar la sentencia no basta señalar tal regla probatoria como violada, sino que es preciso indicar también la disposición sustantiva que se considera infringida.

El recurrente, en el desarrollo de la impugnación contenida en el primer cargo, se limita a hacer referencia al artículo 13 de la Ley 92 de 1938, que señala ciertas previsiones tendientes a buscar la mayor seguridad posible para que las actas del registro civil, relativas a nacimientos o defunciones, se ajusten a la verdad en cada caso, principalmente, cuando se pretenda su registro fuera de los términos prescritos en los artículos 350 y 356 del Código Civil. No obstante lo anterior, ocurre que el citado artículo 13 de la Ley 92 no es la norma que establece y valora como prueba del estado civil, los registros de nacimientos ni los de defunciones.

La deficiencia anotada sería suficiente para desestimar el cargo.

2. Conforme al artículo 347 del Código Civil las actas de los registros del estado civil, constituyen las pruebas del respectivo estado. En el registro civil de las personas, entre otras inscripciones, se asientan las referentes a defunciones (art. 349 C. C.). El artículo 5º de la Ley 92 de 1938 que subrogó al 357 del Código Civil, contiene la enumeración de los informes o datos que deberán expresarse al asentar las actas de defunción. Dispone el artículo 356 del citado código, que en los territorios, el padre de familia en cuya casa muera alguna persona, lo participará al Notario dentro de treinta días. Y el artículo 358 ibídem, manda que cualquiera persona que encuentre un cadáver fuera de habitación, o en una casa que no tenga habitantes ni vecinos, tiene la obligación de dar el aviso de que trata el artículo 356. En fin, informantes de una defunción ante el Notario, o quien haga sus veces, pueden y deben serlo, además de las personas nombradas antes, las que también se mencionan en los artículos 359, 360 y 361 del Código Civil. De acuerdo con el Parágrafo del artículo 1º de la Ley 92 de 1938, en relación con los artículos 2º del Decreto reglamentario número 1003 de 1939 y 1º del Decreto número 160 de 1940, entre los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas, se comprenden, también los Corregidores o Inspectores de Policía autorizados por el Gobierno o por los Gobernadores, para tales efectos.

Ahora bien: Las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes, hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, conforme a lo previsto por el artículo 632 del Código Judicial. Y, según las voces del artículo 392 del Código Civil se "presumirá la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, estando en forma debida". Lo anterior, sin perjuicio de que tales documentos puedan ser rechazados o redargüidos, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar, o mediante impugnación, haciendo constar

artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo, al calificar como accidente de trabajo un hecho que no lo es, y que, por tanto, al no existir el accidente, no puede darse aplicación a la norma del artículo 214 del Código Sustantivo del Trabajo, que presupone ese hecho, lo que lo llevó a la aplicación indebida de esta última disposición.

Se estudian los cargos:

El primero, se dirige a demostrar que la sentencia violó la ley, al haber dado por establecida la muerte de Germán Antonio Córdoba Thomas, mediante una prueba a la que se le dio un valor que legalmente no le corresponde.

Observa la Sala, en primer término, que el recurrente no señala, en forma concreta, la norma legal sobre prueba que, en su concepto, ha sido quebrantada por el Tribunal, ni tampoco indica la disposición sustantiva de orden laboral violada como consecuencia del error de derecho en que dice incurrió el sentenciador. Es bien sabido que para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Además, dentro del mecanismo de casación, para invalidar la sentencia no basta señalar tal regla probatoria como violada, sino que es preciso indicar también la disposición sustantiva que se considera infringida.

El recurrente, en el desarrollo de la impugnación contenida en el primer cargo, se limita a hacer referencia al artículo 13 de la Ley 92 de 1938, que señala ciertas provisiones tendientes a buscar la mayor seguridad posible para que las actas del registro civil, relativas a nacimientos o defunciones, se ajusten a la verdad en cada caso, principalmente, cuando se pretenda su registro fuera de los términos prescritos en los artículos 350 y 356 del Código Civil. No obstante lo anterior, ocurre que el citado artículo 13 de la Ley 92 no es la norma que establece y valora como prueba del estado civil, los registros de nacimientos ni los de defunciones.

La deficiencia anotada sería suficiente para desestimar el cargo. Sin embargo la Sala con un criterio de amplitud, lo ha estudiado, llegando a la conclusión de que en el caso de autos no se configura el error de derecho que se atribuye al Tribunal.

En efecto, conforme al artículo 347 del Código Civil, las actas de los registros del estado civil, constituyan las pruebas del respectivo estado. En el registro civil de las personas, entre otras inscripciones, se asientan las referentes a defunciones (art. 349 C. C.). El artículo 5º de la Ley 92 de 1938 que subrogó al 357 del Código Civil, contiene la enumeración de los informes o datos que deberán expresarse al asentar las actas de defunción. Dispone el artículo 356 del citado Código, que en los territorios, el padre de familia en cuya casa muera alguna persona, lo participará al Notario dentro de treinta días. Y el artículo 358 ibídem, manda que cualquiera persona que encuentre un cadáver fuera de habitación, o en una casa que no tenga habitantes ni vecinos, tiene la obligación de dar el aviso de que trata el artículo 356. En fin, informantes de una defunción ante el Notario, o quien haga sus veces, pueden y deben serlo, además de las personas nombradas antes, las que también se mencionan en los artículos 359, 360 y 361 del Código Civil. De acuerdo con el parágrafo del artículo 1º de la Ley 92 de 1938, en relación con los artículos 2º del Decreto reglamentario número 1003 de 1939 y 1º del Decreto número 160 de 1940, entre los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas, se comprenden, también, los Corregidores o Inspectores de Policía autorizados por el Gobierno o por los Gobernadores, para tales efectos.

Ahora bien: Las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes, hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, conforme a lo previsto por el artículo 632 del Código Judicial. Y, según las voces del artículo 392 del Código Civil, se "presumirá la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, estando en forma debida". Lo anterior, sin perjuicio de que tales documentos puedan ser rechazados o redargüidos, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar, o mediante impugnación, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata, según lo autorizan los artículos 393 y 394 del Código Civil.

Haciendo aplicación de los principios legales relacionados antes al caso *sub judice*, se tiene: En el expediente obra la certificación del Inspector Departamental de Policía del corregimiento de El Centro, dada con inserción de la correspondiente acta, tomada del libro respectivo, en la que se registró la defunción de Germán Antonio Córdoba Thomas, extendida el día 25 de abril de 1956 por informe dado ante el funcionario encargado del registro civil, por el Comandante de la Guarnición Militar, quien manifestó "que a las 12 m. del día 24 del mismo mes fueron hallados los restos" de la referida persona y que la muerte ocurrió en la zona ru-

ral, junto al campamento "H-12". Se dejó constancia, en el mismo registro, de que el fallecido era obrero de la Seismograph, e hijo natural de Alfredo Córdoba y Zunilde Thomas (folios 2 del cuaderno principal). Al practicarse la diligencia de inspección ocular el 21 de marzo de 1957, en las oficinas de la Inspección Departamental de Policía del Corregimiento de El Centro, sobre los libros de registro del estado civil de defunciones, llevados en esta Oficina, se comprobó, igualmente, la existencia del registro en que se hizo constar la defunción de Germán Antonio Córdoba y se sacó e insertó en el Acta de la diligencia, copia de ese registro (folios 48 y 49).

Con apoyo en ese documento, el Tribunal dio como establecida plenamente, la defunción de Germán Antonio Córdoba. Este hecho probado, permitió a la demandante Zunilde S. Thomas Ditta, demandar el pago del seguro por muerte de aquél, en su calidad de beneficiaria del mismo.

Así las cosas, si el instrumento en que consta la defunción de Germán Antonio Córdoba, debe tenerse como documento auténtico, conforme lo presume la ley, y si, además, constituye un medio idóneo para acreditar, de manera principal, el fallecimiento de la persona que en él se indica, no se comprende cómo puede predicarse error de derecho en su estimación probatoria por el Tribunal, que se limitó a atribuir el valor legal que le corresponde.

Situación distinta sería, si dentro del juicio se hubiese rechazado y probado la no identidad personal, o que se hubiese impugnado y demostrado que fue falsa la declaración en el punto de que se trata. Aunque al contestar la demanda la empresa rechazó, implícitamente, el documento, en cuanto estimó que no estaba demostrado plenamente que el cadáver encontrado por las autoridades militares del Corregimiento de El Centro, de que da cuenta la partida de defunción, correspondiera exactamente a los restos mortales de quien en vida se llamó Germán Antonio Córdoba, sin embargo, es lo cierto, que no probó la no identidad, ni aportó prueba alguna para redargüir o impugnar la de defunción.

Toda la actividad de la demandada, tanto en instancia como en el recurso que se decide, se encamina a argumentar que el certificado de defunción de Germán Antonio Córdoba Thomas carece de eficacia legal, porque habiéndose efectuado la inscripción en el registro, en su concepto, fuera del término legal, no se comprobó el hecho con la declaración de dos testigos, como lo prevé el artículo 13 de la Ley 92 de 1938. El razonamiento del recurrente en este punto, carece de toda eficacia, porque el aviso de la defunción fue dado ante el funcionario encargado del registro del estado civil, por el comandante de la guarnición militar, el día 25 de abril de 1956, cuando apenas había transcurrido un día desde el en que se encontró el cadáver de Germán Antonio Córdoba, hecho acaecido al medio día del 24 de abril del mismo año. Es claro que solo a partir de este momento, podía afirmarse el hecho de su muerte, máxime si se tiene en cuenta la forma en que se produjo su secuestro por los bandoleros que atacaron el Campamento en donde Córdoba se encontraba prestando sus servicios como obrero de la empresa Seismograph Service Corporation of Colombia, cuyos trabajadores estaban asegurados por la Empresa Colombiana de Petróleos. En tales circunstancias, habiéndose dado el aviso de la defunción al día siguiente de haber encontrado su cadáver, se estaba dentro del término legal de que trata el artículo 356 del Código Civil, sin que fuera el caso de dar aplicación a lo previsto por el artículo 13 de la Ley 92 de 1938.

Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Según se vio antes, el impugnador acusa la sentencia por violación de la ley a causa de errónea interpretación del artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo y como consecuencia de ello, de haber aplicado indebidamente el artículo 214 de la misma obra.

SE CONSIDERA:

En lo referente a la calificación de muerte por accidente de Córdoba Thomas, dijo el Tribunal: "Es indudable que la tragedia en la cual perdió la vida el trabajador Germán Antonio Córdoba Thomas se sucedió con ocasión de la labor que adelantaba el trabajador y por consiguiente es un accidente de trabajo y el seguro debe liquidarse según el artículo 214 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo hizo el Juzgado con todo acierto".

Conforme a la previsión contenida en el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo, se entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca al trabajador una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, y que no haya sido provocada deliberadamente o por culpa grave de la víctima.

Al confrontar el razonamiento del Tribunal, en el aparte antes transcrito, con lo dispuesto

por el artículo 199 del Código Sustantivo, no encuentra la Sala que el sentenciador atribuya a la citada disposición legal una significación o alcance que no le corresponda, o que no haya penetrado en su verdadero sentido, al hacer aplicación de ella al caso de autos. Simplemente por encontrar demostrado que el infortunio en el cual perdió la vida Germán Antonio Córdoba se sucedió con ocasión del trabajo que éste adelantaba al servicio de la empresa demandada, o de la Seismograph Service Corporation of Colombia, estimó configurado el accidente de trabajo.

Debe agregarse, que como enseña la doctrina y tiene establecido la jurisprudencia, el fenómeno de la interpretación errónea es independiente del proceso en sí mismo considerado, de toda cuestión de hecho, y se concreta, al equivocado concepto que se tenga de la verdadera intención de la norma. Saber si el infortunio que produce la incapacidad o la muerte del trabajador, deba considerarse como accidente de trabajo, es cuestión de hecho referida a la comprobación de los elementos esenciales que configuran este fenómeno jurídico, entre los cuales está la ocurrencia del suceso "por causa o con ocasión del trabajo", lo que debe resolverse con base en el material probatorio aportado al proceso.

Observa la Sala que la argumentación del recurrente está dirigida a demostrar que el Tribunal se equivoca, al calificar como accidente de trabajo un hecho que no lo es. Sin embargo, como la vía adoptada a través de la interpretación errónea de la ley, no es la apropiada para ello, porque las cuestiones de facto y su análisis probatorio son ajenos al motivo de violación directa, el cargo que se estudia resulta ineficaz y no prospera.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

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.

INDEMNIZACION MORATORIA. TECNICA DE CASACION. CERTIFICADO SANITARIO PARA EL TRABAJADOR A LA TERMINACION DEL CONTRATO.

1. Dice el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en su inciso 1º que, si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención que el precepto indica, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Dispone el inciso 3º que en la misma sanción incurre el patrono cuando no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ordinal 7º del artículo 57.

La norma citada últimamente enumera las obligaciones especiales a cargo del patrono. Son tres las que establece el ordenamiento de su numeral 7º. Las dos últimas son las siguientes: a) Hacerle practicar examen sanitario al trabajador, si éste, al terminar el contrato, lo solicita; b) Darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico.

En las dos hipótesis, determina la sanción indemnizatoria tanto la demora en ordenar la práctica del examen como la que ocurra en la expedición del certificado de salud.

2. Observa la Sala que no son operaciones idénticas estimar una prueba que dejarla de apreciar. En el primer caso, el fallador ha ejercitado una actividad intelectual, dándole al hecho que demuestra una significación distinta de la que surge de su contenido; en el segundo, pasa por alto el medio probatorio, desconociendo el hecho que acredite. En la primera hipótesis el error de juicio se deriva de una actividad positiva; en la segunda, de una actividad en sentido contrario.

3. El certificado sanitario, cuyo contenido no fija la ley, no puede ser otro que el destinado a dejar testimonio del estado de salud del trabajador y a detallar las enfermedades de que padezca, si fuere el caso, a efecto de precisar las obligaciones a cargo de la empresa, trátese de afecciones comunes, ordinarias o no profesionales, o de las ocasionadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Con el criterio expuesto se conforma el documento firmado por el médico del patrono, de manera que no es aceptable la glosa de que carece de todo mérito porque no es un certificado de salud. El reparo de que el referido médico para expedir el certificado no examinó previamente al paciente, carece de consistencia, porque en vista de las modalidades del caso, el examen fue confiado en un especialista, contratado por la empresa, quien obraba en su representación. Por tal motivo el médico patronal se limitó a autorizar con su firma la atestación del facultativo contratado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Jorge Carlos Nisbeth, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra las compañías denominadas "Foster Wheeler Corporation" y la "Empresa Colombiana de Petróleos", domiciliadas en Bogotá, para que por sentencia fueran condenadas a pagarle, solidariamente, las prestaciones en especie y en dinero que la demanda correspondiente detalla en treinta y nueve numerales (fs. 2 a 10).

Las súplicas, de enrevesada redacción, ofrecen además el defecto de que involucran hechos y conceptos jurídicos. Pueden resumirse así: indemnización moratoria; perjuicios por lucro cesante; prestaciones en especie y en dinero, derivados de un accidente de trabajo; auxilio monetario y prestaciones en especie provenientes de enfermedad no profesional; auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio; perjuicios ma-

teriales y morales por hechos culposos imputables a las dos sociedades; y costas del juicio.

Los hechos, relatados en cien numerales (fs. 10 a 47), la mayoría inconducentes, no presentan las relaciones jurídicas entre las partes con la debida claridad. Se resumen los pertinentes: Nisbeth ingresó al servicio de la Foster Wheeler en Barrancabermeja el 13 de diciembre de 1952, como capitán de piladores y armadores, en virtud de un contrato de trabajo a término presuntivo, habiendo sido sometido previamente a examen médico de admisión. Las partes acordaron un salario mensual de $ 700.00 durante los primeros cuatro meses; de $ 750.00 en los tres meses siguientes y de $ 900.00 por el resto del tiempo de vigencia del contrato. Hallándose al servicio de la empresa el demandante sufrió un accidente de trabajo, hecho ocurrido el 4 de mayo de 1954, que le produjo diversas lesiones incapacitándolo para cumplir sus labores. En tales condiciones los patronos pusieron término al contrato injustamente, el 21 de diciembre del año citado. Los demás hechos detallan las dolencias ocasionadas por el accidente, los tratamientos médicos a que fue sometido el paciente en el Hospital del Centro, el traslado a Bogotá para su atención por especialistas, su alojamiento en el Hotel Astor de esta ciudad, la suspensión del tratamiento, la orden al Hotel en el sentido de que la Foster Wheeler cancelaba la obligación de continuar atendiendo los gastos de permanencia del actor en el establecimiento, renuencia de dicha compañía en ordenar el examen médico de retiro y en darle el certificado de salud, etc.

Notificado el auto admisorio de la demanda, el Gerente de la Empresa Colombiana de Petróleos constituyó apoderado para que llevara en el juicio no sólo la representación de esa compañía sino también la de la Foster Wheeler. El mandatario designado, al contestar el traslado (fs. 120 a 125) manifestó que la primera sociedad había asumido las obligaciones de la segunda, por lo que el pleito debía entenderse con aquélla.

De los hechos de la demanda admite el que afirma el contrato de trabajo, aclarando que no estuvo sometido a plazo presuntivo. Niega el accidente y acerca de las enfermedades del actor dice que fueron comunes o no profesionales. Declara que la relación laboral terminó en legal forma, en uso de la cláusula de reserva. De los demás hechos, acepta unos y los otros los rechaza o declara que no le constan. Se opone a la prosperidad de la demanda.

En la primera audiencia de trámite (fs. 130 a 149) el apoderado del actor corrigió y aclaró la demanda anterior.

La corrección pide que los dos sociedades fueran condenadas en forma solidaria a pagar al actor, lo siguiente: auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio; las prestaciones en especie y en dinero que fija la ley por causa de accidente de trabajo, e indemnización por pérdida de la capacidad laboral. Para el caso de que las enfermedades provocadas por el accidente se estimen como no profesionales, suplica, en subsidio, que los demandados sean condenados a pagar a Nisbeth: auxilio monetario hasta por seis meses; pensión de invalidez; tratamiento médico, farmacéutico, quirúrgico y hospitalario, o su valor; el pasaje de regreso del trabajador, de Bogotá a Barrancabermeja; perjuicios por lucro cesante y por daños materiales y morales, según la estimación pericial que de ellos se haga; la indemnización moratoria tanto por falta de pago oportuno de prestaciones sociales como por no haber ordenado la Foster Wheeler el examen médico de retiro al demandante y no haberle expedido el correspondiente certificado sanitario; y las costas del juicio.

La corrección de la demanda aduce los hechos que se sintetizan a continuación:

El tiempo de servicios y los salarios devengados, son extremos aceptados por la parte demandada al contestar el primitivo libelo. El 4 de mayo de 1954, durante la vigencia del contrato, Nisbeth sufrió un accidente de trabajo, registrado en su hoja clínica, del cual dio aviso a la Foster Wheeler. Esta le prestó los primeros auxilios médicos, pero como resultaron insuficientes ordenó su traslado a Bogotá para que fuera atendido por especialistas. Aquí fue alojado por cuenta de la empresa en el Hotel Astor. La compañía calificó como no profesionales las enfermedades del paciente, y por tal motivo sólo le pagó las dos terceras partes del salario hasta el 15 de noviembre de 1954. En esta fecha la empresa le hizo firmar una constancia en español, idioma desconocido por el actor, en la cual reconocía que el patrono no había incurrido en mora por falta de pago de sus prestaciones sociales. La constancia no fue traducida al inglés ni en este idioma se le dio a conocer su texto. Nisbeth fue despedido sin justa causa. Antes de su despido y posteriormente solicitó del patrono la práctica del examen médico de retiro y el certificado de salud, peticiones que aquél no quiso atender alegando que la atención médica había terminado, a pesar de que sus especialistas habían opinado que eran necesarios nuevos exámenes y su repetición cada tres meses. Sobre el punto la empresa se limitó a enviarle, en febrero de 1955, un certificado ex-

pedido por el doctor Daniel Terreros, sin que éste lo hubiera examinado previamente. Terminado el contrato de trabajo, la empresa se negó a continuar corriendo con los gastos del actor en el Hotel. En tal virtud, el establecimiento para asegurar el pago de la deuda pendiente le retuvo el equipaje y enseres de uso personal y dio cuenta del hecho a la Sección de Extranjeros. Las actuaciones del Hotel, por culpa de la empresa, le causaron perjuicios materiales y morales, cuyo importe es la suma de $ 12.000.00. Debido a la ruptura ilegal del contrato por parte del patrono, el actor se encontró en Bogotá enfermo, incapacitado para trabajar y sin recursos para proseguir el tratamiento médico, agravándose sus dolencias. Las enfermedades de que ha sufrido y que aún padece, tuvieron por causa el accidente de trabajo ocurrido en mayo de 1954. Si aquéllas no se derivan del accidente y se consideran como no profesionales, también se hallan obligadas las empresas a satisfacer las obligaciones reclamadas. En enero de 1955 la Foster Wheeler consignó a órdenes del demandante, ante el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja, varias sumas de dinero, pero la consignación fue incompleta y no la exonera de la sanción que establece la ley.

Las pretensiones se fundan en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

Admitida la corrección de la demanda, el traslado fue contestado por el apoderado de las dos sociedades. La respuesta acepta el tiempo de servicios y los salarios devengados por el actor, indicados en el libelo primitivo, y, además, estos hechos: que el actor padeció enfermedades comunes, tratadas por los médicos de la Foster Wheeler, primero en el lugar de trabajo y después en Bogotá, alojándose aquí por su cuenta en el Hotel Astor, expresando que el tratamiento fue completo. Manifiesta que el contrato terminó por voluntad de la empresa tomada en uso de la cláusula de reserva; que le dio a conocer al actor la liquidación de sus prestaciones sociales hasta el 16 de noviembre de 1954; que no fue ilegal la constancia que aquél firmó exonerando al patrono de responsabilidad por mora en el pago de las deudas a su cargo; que la empresa canceló los gastos de Nisbeth en el Hotel hasta el 31 de enero de 1955, esto es, aún después de que el contrato había terminado; que los perjuicios por sus diferencias con el Hotel se debieron a negligencias de éste y del demandante, no a actos de la compañía; que si Nisbeth estuvo enfermo en Bogotá no se debió a culpa de la empresa; que ésta ordenó hacerle los exámenes médicos de retiro, expidiéndole el correspondiente certificado sanitario; y, por último, que le fueron cubiertas las prestaciones sociales a que tenía derecho. Como excepción perentoria propuso la de inexistencia de las obligaciones.

Trabada la litis en los términos expuestos, el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá la decidió por sentencia del 28 de octubre de 1957. Por medio de ella condena a la Empresa Colombiana de Petróleos a pagar a Jorge Nisbeth (numeral primero), lo siguiente: a) $ 5.160.00 a título de perjuicios por lucro cesante; b) $ 30.00 diarios, desde el 22 de diciembre de 1954 hasta que verifique el pago de las prestaciones debidas al actor, a título de indemnización moratoria; c) El pasaje de regreso de Bogotá a Barrancabermeja; d) $ 900.00 por concepto de vacaciones y primas de servicio; y e) El tratamiento médico que requiera en la actualidad la afección de Nisbeth de acuerdo con el artículo 204 del Código del Trabajo. Por el numeral segundo la condena al pago de los perjuicios causados al actor, cuyo monto ordena fijar por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial; y por el numeral tercero la condena en las costas del juicio.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, decidió el recurso de alzada por sentencia de fecha 13 de diciembre de 1956, con un voto disidente. La providencia revoca la del Juzgado *a quo*, y, en su lugar, condena a la Empresa Colombiana de Petróleos a pagar al demandante (numeral primero) lo siguiente: a) Por auxilio de cesantía la suma de $ 1.735.50; b) Por vacaciones $ 450.00; c) Por primas de servicio $ 1.275.00; d) El valor del pasaje de Nisbeth de Bogotá a Barrancabermeja; e) Por concepto de plazo presuntivo (lucro cesante) $ 810.00; y f) Por salarios caídos $ 1.680.00. Dispone el numeral segundo que la parte demandada deberá deducir, al hacer el pago de las sumas que relaciona el numeral anterior, la cantidad de $ 3.641.95 que consignó en favor del actor en el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja. Por el numeral tercero absuelve a la citada sociedad de las demás súplicas de la demanda. Se abstiene de la condena en costas y fija en un 80% las de primera instancia.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

Como observaciones previas se anotan las siguientes:

a) El recurrente le pidió a la Sala la suspensión del juicio, aduciendo como razón la de que ante la autoridad penal había formulado denuncio contra el apoderado de la Foster Wheeler por falsedad de un documento aportado como

prueba al proceso laboral; en su concepto, apoyado en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, por obra del denuncio, el juicio de trabajo debía detenerse en espera del fallo de la justicia penal.

Denegada la petición y en firme la providencia respectiva, el recurrente continuó formulando solicitudes en el mismo sentido, decididas en forma adversa a sus pretensiones.

Por obra de la actividad que se deja anotada, se demoró el trámite del recurso de casación desde el 23 de febrero de 1959 hasta el 27 de julio de 1960, terminando la sustanciación el 11 de enero de 1961. La actuación descrita aparece de folios 1º a 85 del cuaderno de la Corte.

b) En el mismo cuaderno obran algunos documentos aportados como prueba a su favor por la parte recurrente. Debe advertirse que no serán objeto de estimación, pues en casación no existe debate probatorio ni, de consiguiente, hay lugar al decreto y práctica de pruebas.

EL RECURSO

Persigue la casación parcial del fallo recurrido, para que la Corte ordene pagar a Nisbeth la indemnización por mora a que se refiere el artículo 65, numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo y, en subsidio, para que ajustándose a los términos de la demanda inicial y su corrección, case "parcialmente el fallo acusado" e imponga a los demandados las costas del juicio. Fija así el alcance de la impugnación.

Invoca la causal primera de casación y con base en ella formula un solo cargo. Acusa en éste violación, por aplicación indebida, de los artículos 65, numeral 3º, y 57, numerales 7º y 8º del Código Sustantivo del Trabajo, y por falta de aplicación, los artículos 199, 204, 207, 217, 227 y 277 de la misma obra, y 471, 472 y 481 del Código Judicial.

La violación tuvo por causa errores de hecho evidentes por equivocada estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Determina los errores así:

a) Haber dado por demostrado, no estándolo, que al trabajador le fue practicado el examen médico de retiro; b) Que el contrato terminó el 16 de noviembre de 1954 y no el 21 de diciembre del mismo año.

La Sala observa que son conceptos jurídicos y no errores de hecho los que el cargo enuncia en estos términos: que, según la sentencia, Nisbeth no tenía derecho a la indemnización de que trata el artículo 65, inciso 3º del Código Sustantivo del Trabajo, estando probado en autos; y que aquélla no dio por demostrado, en oposición con las pruebas del juicio, que las sociedades deben pagar las prestaciones derivadas de su enfermedad. En consecuencia, como errores de la clase indicada, tomará únicamente los que se han dejado enunciados, esto es, el que se refiere a la fecha de terminación del contrato y el concerniente al incumplimiento de la empresa a la obligación de ordenar la práctica del examen sanitario al demandante.

El recurrente singulariza las pruebas que el Tribunal no estima y las que aprecia con desacierto y, a continuación, expone los argumentos que a su juicio demuestran los errores alegados y la violación de los preceptos legales que acusa.

Cumple la actividad en referencia en cuanto a la solicitud sobre condena al pago de la indemnización por mora, formulada como principal al fijar el alcance de la impugnación, limitándose respecto de la subsidiaria, a citar preceptos legales que instituyen el derecho a prestaciones por accidentes de trabajo y por enfermedades no profesionales para empresas de determinado capital, sin indicar las pruebas que lo demuestren ni atacar las extensas consideraciones que para su rechazo trae el fallo acusado. La omisión al respecto hace inestimable, de las dos peticiones contenidas en la demanda de casación, la hecha subsidiariamente, pues no satisface la exigencia contenida en el artículo 90, numeral 4º del Código de Procedimiento Laboral. Trátase de una carga impuesta al recurrente, que si no logra satisfacer, lleva a la desestimación del recurso, pues como lo ha dicho la Corporación al fijar el alcance del precepto legal citado, "es sustancial para conocer su propósito y orientar su examen, sin que pueda suplírsele por el de la demanda inicial o por los objetivos de las instancias" (G. J., LXXXIII, 559).

En virtud de lo expuesto, concreta la Sala el examen del cargo al ataque por violación de las normas que otorgan el derecho a la indemnización por mora, en el evento que aquél contempla.

I. *Terminación del contrato.*

Según el acusador venció el 21 de diciembre de 1954 y no el 16 de noviembre de los mismos mes y año, como lo sostiene la sentencia. Así lo demuestran estas pruebas, no estimadas por el Tribunal: el hecho 1º de la corrección de la demanda (f. 136) y la respuesta que a él dio el apoderado del patrono (f. 152), como la contestación del mismo al hecho contenido en el numeral 50 de la demanda primitiva (f. 122). Si contra la evidencia que resulta de esas pruebas

el *ad quem* concluyó cosa distinta, alega el impugnante, hizo decir a los autos lo que no expresan, incurriendo en error de hecho manifiesto y notorio.

II. *Petición del certificado médico de retiro.*

Arguye el recurrente:

A folio 76 aparece una fotocopia de la solicitud que sobre el examen médico de retiro hizo el demandante a la empresa, fechada el 22 de diciembre de 1954, es decir, el día siguiente de aquél en que recibió la nota de terminación del vínculo. Demuestra el documento que el empleado sí cumplió la condición de la ley, pues pidió oportunamente el examen médico de retiro y hasta la fecha no le ha sido practicado.

La certificación expedida por el médico doctor Daniel Terreros, es ineficaz, porque hace referencia a "una fecha seis meses anterior al retiro del actor del servicio de la empresa". No tiene valor como examen sanitario, porque quien la suscribe no examinó previamente al paciente, como lo dice en su testimonio, corriente al folio 338. Así lo admite la sentencia al expresar lo siguiente: "Por lo que respecta al examen médico, el Tribunal observa: es evidente que el certificado que le entregó la empresa al señor Nisbeth no reúne los requisitos legales exigidos por los artículos 57, numeral 7º, y 65, numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo". Esta consideración es acertada, e inexplicablemente no la adopta el fallador, por lo cual incurrió en los errores de hecho acusados.

Con relación a la fecha de terminación del contrato, dice el apoderado del opositor que al fijar el Tribunal el 16 de noviembre de 1954 no incurrió en el error de hecho que se le imputa, sino que obró de acuerdo con la realidad y actuó en uso de la facultad sobre libre apreciación de las pruebas de que está investido. Con respecto al examen de retiro del demandante, manifiesta que le fue practicado, como lo demuestran, entre otras pruebas, la boleta con que Nisbeth fue enviado al servicio médico, de fecha 14 de agosto de 1954 (f. 190), el certificado del folio 191, la documentación del folio 72 y la carta visible al folio 176. Con fundamento en tales razones concluye que no está justificado el cargo.

SE CONSIDERA:

Acerca de la fecha en que el contrato terminó dice el Tribunal que, como el demandante aceptó que la empresa le presentó el 26 de noviembre de 1954 dos cheques por $ 900.00 y $ 2.451.95, cuyo valor representa el importe de sus prestaciones según liquidación al 16 del mes y año dichos, tendrá como fecha de expiración del vínculo la anotada en segundo término.

En relación con el certificado médico de retiro, dice el fallador:

"Por lo que respecta al certificado médico el Tribunal observa: es evidente que el certificado que le entregó la empresa al señor Nisbeth no reúne los requisitos legales exigidos en los artículos 57, numeral 7º, y 65, numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo. Pero el certificado médico en referencia ha debido ser solicitado por el interesado por escrito al patrono una vez terminado el contrato de trabajo. La ley le concede al trabajador un término de cinco días a partir de su retiro para la práctica del examen médico. Pero acontece que el demandante solicitó el certificado en mención el día 22 de diciembre de 1954 (f. 76), es decir, después de haber transcurrido más de un mes de haberse terminado el contrato de trabajo. En estas condiciones considera la Sala que hubo culpa por parte del trabajador para la obtención del certificado médico, y por tanto deberá exonerarse a la empresa de la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el certificado médico".

Según el recurrente, demuestran que el contrato terminó al 21 de diciembre de 1954 y no el 16 de noviembre de ese año, entre otras pruebas, las siguientes:

a) La corrección de la demanda, en su hecho 1º (f. 136).

Su contenido es el siguiente: "El tiempo de servicios del demandante y los salarios devengados por éste no han sido negados por las demandadas, quienes al contestar la demanda aceptaron como ciertos los hechos relativos a estos puntos".

b) La respuesta al hecho transcrito (f. 152).

Fue dada por el apoderado de las dos sociedades en estos términos: "Al primero es cierto".

Como el tiempo de servicios consta en la demanda primitiva y su respuesta y a tales piezas se remite el hecho de que se trata, debe investigarse si tales documentos lo acreditan. De ellos resulta lo siguiente:

Nisbeth entró al servicio de la Foster Wheeler, en Barrancabermeja, el 13 de diciembre de 1952, en virtud de un contrato de trabajo a término presuntivo (Hecho 1º, folio 11).

Fue contestado así:

"Primero. Es cierto. Según el contrato suscrito por él (Nisbeth) no fue de (sic) presuntivo sino de término indefinido con cláusula de reserva".

El contrato de trabajo existente entre las partes fue roto ilegal y unilateralmente por la compañía el 21 de diciembre de 1954 (Hecho 51, folio 24).

No aparece el hecho con tal redacción, pero su sentido es el que ella indica. Debe anotarse además que la misma afirmación contiene numerosos hechos de la demanda primitiva, posteriores al marcado con el numeral 51.

La respuesta fue ésta:

"No es cierto. El contrato con Nisbeth se declaró terminado por voluntad patronal en uso de la cláusula de reserva con derecho al pago por preavidencia del preaviso...".

Como se ve, en la respuesta a la demanda primitiva, niega el mandatario judicial de las dos compañías que el contrato hubiera terminado el 21 de diciembre de 1954. En cambio, al contestar su corrección, admite la veracidad del mismo hecho.

Ninguna prueba obra en el proceso que justifique el cambio de posición, ni se han dado explicaciones para aclararlo.

Además, debe observarse lo siguiente:

El hecho marcado con el numeral 50 de la primera demanda afirma que la empresa no ordenó oportunamente el examen médico de retiro ni la expedición del certificado de salud. El distinguido con el numeral 77 hace igual afirmación, agregando que por haber terminado la empresa en forma ilegal el contrato el 21 de diciembre de 1954, le causó al actor perjuicios materiales y morales, que debe indemnizarle.

La respuesta que dio el personero de la empresa al primero de esos hechos, después de anotar que remitió de Barranca a Bogotá (dá a entender que con destino al actor) la liquidación de prestaciones, certificado sanitario y comunicaciones para el Hotel Astor, el 28 de diciembre de 1954, devueltas por carecer el patrono de representante en esta ciudad, es la de que "tal circunstancia sí determina el derecho para que al señor Nisbeth se le reconozcan los salarios caídos desde la petición del examen (21 de diciembre) hasta el 3 de febrero de 1955, fecha en que recibió el certificado médico...". Y dijo al contestar el 77: "Como ya dije la empresa está dispuesta a pagarle los salarios por la mora en la expedición y entrega del certificado médico".

De lo expuesto resulta:

a) Confesión espontánea sobre el hecho en examen, contenida en la corrección de la demanda inicial.

b) Negación del mismo hecho, por una parte, y su admisión, al menos de manera implícita, en la respuesta a la demanda primitiva, por la otra.

Respecto a la segunda conclusión, la Sala observa:

Si el representante de la parte demandada reconoce que Nisbeth tiene derecho a salarios caídos desde el 21 de diciembre de 1954, fecha en que según afirma pidió el examen médico de retiro, y el 3 de febrero de 1955, fecha en que —conforme a su exposición— recibió el certificado, y si por otra parte el contrato terminó el 21 de diciembre de 1954, es lógico concluír que la solicitud de examen la hizo oportunamente.

El documento obrante al folio 55, suscrito por Nisbeth, le sirve al Tribunal de fundamento para decir que la relación laboral entre las partes expiró el 16 de noviembre de 1954. Es cierto que allí el actor reconoce que el 26 de noviembre de tal año le hizo conocer la empresa la liquidación de sus prestaciones sociales al 16 del mes y año expresados, lo cual, en el fondo, equivale a dar por terminado el vínculo. Pero tal reconocimiento, por obra de las declaraciones del representante del patrono, de que se ha hecho mérito, quedó sin efecto. Como el propósito que las inspira es favorable al demandante, pues de conformidad con ellas el mandatario judicial del patrono declara que tiene derecho al pago de la indemnización por mora, por el tiempo que a ésta le fija, basta esta circunstancia para estimar que la compañía convino en extender la vigencia del contrato hasta el 21 de diciembre de 1954.

El otro error de hecho que el cargo alega, según su desarrollo, es el de que para la sentencia el actor no pidió oportunamente el examen médico de retiro, demostrando lo contrario el documento corriente al folio 76, de fecha 22 de diciembre de 1954, dando a entender que fue mal estimado por aquélla.

Observa la Sala: el *ad quem* acepta que Nisbeth pidió el examen en la fecha que indica el recurrente, pero, como en su concepto el contrato terminó el 16 de noviembre de 1954, consideró extemporánea la solicitud en atención en que para tal fin el artículo 57, numeral 7º del Código señala el término de cinco días a partir de la terminación del vínculo. Al examinar el primer error de hecho la Corte llegó a la conclusión de que la relación de trabajo expiró el 21 de diciembre del año expresado, luego la petición de examen fue formulada en la debida oportunidad. Siendo ello así, resulta justificado el error de hecho que alega el recurrente.

Queda por definir el alcance de la violación de los preceptos legales producida a consecuen-

cia de los errores de hecho puntualizados, pues según el recurrente no sólo hubo demora en ordenar la práctica del examen médico, sino que tampoco fue expedido por la empresa el certificado sanitario solicitado por el demandante, manifestando que el presentado al juicio con fecha 3 de febrero de 1961 (f. 267) es ineficaz y no puede ser considerado como certificado de salud. Comparte este concepto el Tribunal, pues a su entender la certificación dada por la empresa al demandante no reúne los requisitos legales. Debe anotarse que esta apreciación del fallador no tuvo incidencia alguna en su decisión, pues como se anotó anteriormente, la razón que aduce para el rechazo de la súplica a la indemnización por mora de que trata el artículo 65, inciso 1º en relación con el 57, numeral 7º del Código Sustantivo del Trabajo, es la de que Nisbeth pidió a destiempo el examen médico de retiro. Así las cosas, el ataque contra el fallo, porque no obstante haberle negado mérito a la certificación, se abstuvo de dar aplicación a los mandatos legales citados, resulta inconducente.

Para la mejor inteligencia de la cuestión planteada, es preciso conocer en lo pertinente el texto de las disposiciones legales cuya infracción acusa el cargo.

Dice el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en su inciso 1º que, si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención que el precepto indica, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Dispone el inciso 3º que en la misma sanción incurre el patrono cuando no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ordinal 7º del artículo 57.

La norma citada últimamente enumera las obligaciones especiales a cargo del patrono. Son tres las que establece el ordenamiento de su numeral 7º. Las dos últimas son las siguientes: a) Hacerlo practicar examen sanitario al trabajador, si éste, al terminar el contrato, lo solicita; y b) Darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico.

En las dos hipótesis, determina la sanción indemnizatoria tanto la demora en ordenar la práctica del examen como la que ocurra en la expedición del certificado de salud.

Alega el recurrente que el certificado entregado al demandante (fs. 293 a 295) no es el de salud que la ley prescribe, porque el profesional que lo autoriza no examinó previamente al paciente, como aparece de la declaración que rindió en la diligencia de reconocimiento de su firma (f. 338). Acusa al fallo tanto por falta de estimación de esas dos pruebas como por haberlas apreciado con desacierto, con la consecuencia de que, por tales motivos, incurrió en error de hecho.

Observa la Sala que no son operaciones idénticas estimar una prueba que dejarla de apreciar. En el primer caso, el fallador ha ejercitado una actividad intelectual, dándole al hecho que demuestra una significación distinta de la que surge de su contenido; en el segundo, pasa por alto el medio probatorio, desconociendo el hecho que acredita. En la primera hipótesis el error de juicio se deriva de una actividad positiva; en la segunda, de una actividad en sentido contrario.

Sin embargo, como se advierte que el razonamiento del acusador está enderezado a demostrar error de hecho por mala estimación de las dos pruebas citadas, examina el reparo que le hace a la sentencia y, al efecto, considera:

El certificado de folios 293 a 295, sin fecha, suscrito por el médico de la empresa doctor Daniel Terreros, se refiere a distintos puntos. El numeral 1º hace un extracto de lo que consta en el examen de admisión del demandante; el segundo anota su primera enfermedad (úlcera en la cara) durante la prestación del servicio, para cuyo tratamiento fue enviado al Hospital el 10 de agosto de 1954, dando cuenta del resultado de los exámenes; el tercero habla del traslado del paciente a Bogotá para el tratamiento de un carcinoma basocelular y de su atención por el doctor Ruperto Iregui; el cuarto que, de acuerdo con carta del doctor Iregui para el médico de la empresa, doctor Martínez Rueda, del 12 de noviembre de 1954, terminó en esa fecha el tratamiento radioterápico a que fue sometido el enfermo y cicatrizadas las úlceras de la frente como un quiste sebáceo en la región dorsal; el quinto, que según carta del médico tratante para la empresa, del 23 de noviembre del año citado, examinó de nuevo al enfermo, hallando cicatrizadas las úlceras y sin ninguna otra afección semejante en evolución; el sexto, que terminado el tratamiento, la empresa ha cumplido con sus obligaciones; y el último, que Nisbeth debía someterse a chequeos trimestrales, según concepto del doctor Iregui.

El signatario del documento, en la declaración que rindió en la diligencia de reconocimiento de su firma (f. 338) dice que no examinó a Nisbeth personalmente, pero que como el certificado de salud debe autorizarlo el médico de la empresa y no los especialistas contratados para

el tratamiento del paciente, lo firmó en consideración a la razón expuesta.

En el asunto litigioso Nisbeth fue sometido a examen médico de admisión (f. 170). La certificación en estudio hace la comparación entre ese examen, el cual no registra según ella antecedentes de importancia, y el practicado por el especialista doctor Ruperto Iregui para el tratamiento de la enfermedad que le apareció durante la prestación del servicio (carcinoma basocelular).

El certificado sanitario, cuyo contenido no fija la ley, no puede ser otro que el destinado a dejar testimonio del estado de salud del trabajador y a detallar las enfermedades de que padezca, si fuere el caso, a efecto de precisar las obligaciones a cargo de la empresa, trátese de afecciones comunes, ordinarias o no profesionales, o de las ocasionadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Con el criterio expuesto se conforma el documento firmado por el médico del patrono, de manera que no es aceptable la glosa de que carece de todo mérito porque no es un certificado de salud. El reparo de que el doctor Terreros para expedir el certificado no examinó previamente al paciente, carece de consistencia, porque en vista de las modalidades del caso, el examen fue confiado a un especialista, contratado por la empresa, quien obraba en su representación. Por tal motivo el médico patronal se limitó a autorizar con su firma la atestación del facultativo contratado.

Se sigue de lo expuesto que el cargo, por el aspecto que se analiza, no resulta fundado.

Por consiguiente, de los dos hechos que dan lugar a la sanción por mora, el cargo sólo prospera en cuanto la empresa no entregó al demandante en la debida oportunidad el certificado médico de salud.

Fallo de instancia.

La demora en la expedición del certificado comprendió el período del 21 de diciembre de 1954 al 3 de febrero de 1955, según confesión espontánea del apoderado de la empresa.

La aseveración carece de respaldo probatorio. Sobre el punto Nisbeth declara en posiciones (respuesta a la pregunta primera, folio 302) que la carta remisoria del certificado (f. 267) la recibió el 11 de febrero de 1955. En tal fecha debe, pues, estimarse cumplida por la empresa la obligación relativa a la entrega al trabajador demandante del certificado sanitario. La demora fue, por tanto, de 45 días, tomando en cuenta el plazo que para la expedición del documento fija la ley.

El salario devengado por el actor, según la primitiva demanda, aceptado por la empresa en el escrito de respuesta, fue de $ 900.00 mensuales ($ 30.00 diarios).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa parcialmente la sentencia recurrida en cuanto absuelve a la parte demandada de la sanción por demora en la entrega al demandante del certificado médico de salud, revoca sobre el mismo punto la del Juzgado *a quo*, también absolutoria del reo, y, en su lugar, condena a la Empresa Colombiana de Petróleos, domiciliada en Bogotá, a pagar a Jorge Carlos Nisbeth, mayor de edad y vecino de Bogotá, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo, la suma de un mil trescientos cincuenta pesos ($ 1.350.00) moneda corriente, a título de indemnización moratoria, por el concepto indicado en la parte motivo de la presente providencia.

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.

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. LA TECNICA DE CASACION Y EL ERROR DE DERECHO. FACULTADES DEL JUEZ LABORAL EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS. LA PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO Y EL ELEMENTO DE LA SUBORDINACION.

1. Para el recurrente hay error de derecho por cuanto varios testimonios acogidos por el Tribunal, "fueron rendidos sin la solemnidad de la audiencia pública impuesta por el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral" Y agrega: "Es tan solemne la publicidad en los actos del proceso laboral que el artículo citado sanciona con nulidad absoluta la falta de ésta. Y de acuerdo con el artículo 61 ibidem cuando la ley exige determinada solemnidad ad sustantiam actus, no se podrá admitir prueba por otro medio".

SE CONSIDERA:

El planteamiento que hace el recurrente es equivocado porque confunde una actuación procesal con el régimen de valoración probatoria. En efecto, la solemnidad ad sustantiam actus tiene que ver con hechos de significación jurídica para cuya demostración la ley exige determinados medios probatorios; en cambio, el principio de la publicidad constituye una ritualidad procesal que comprende una órbita mucho más amplia, como la relativa a las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación, con una sanción específica por su omisión que, por regla general, es la nulidad. Por el contrario, la falta de solemnidad ad sustantiam actus tipifica un error de derecho que puede ocurrir en dos eventos: "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".

2. En repetidas oportunidades la jurisprudencia laboral ha dicho lo siguiente: "Cree el Tribunal Supremo que dada la libertad de apreciación que la ley confiere al fallador, en este caso no se llega a demostrar con las pruebas aducidas, que se incurriera en un error de hecho ostensible, tan manifiesto que se encuentre contrario a la realidad. Y ya se ha dicho en reiteradas ocasiones que aún en los casos dudosos, en virtud de la libre formación del convencimiento que se atribuye al Juez, es procedente respetar la estimación que haga del acervo probatorio". (Gaceta del Trabajo. Tomo V, pág. 1091).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, por conducto de apoderado, Rogerio Ruiz Vásquez promovió juicio ordinario laboral contra Eladio Ruiz Vásquez y Margarita Galán de Ruiz para que, mediante el procedimiento respectivo y previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, fuesen condenados a pagar lo siguiente: aumento de salarios por valor de $ 422.00; plazo presuntivo por valor de $ 504.00; $ 3.192.00 por concepto de cesantía; $ 1.596.00 por concepto de vacaciones; primas de servicio por valor de $ 294.00; por concepto de trabajo suplementario, $ 18.356.00; costas del juicio en caso de oposición e indemnización moratoria a razón de $ 5.60 diarios por falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Igualmente solicitó que se hicieran todas las declaraciones y condenas que se desprendieran de las probanzas.

Como fundamento de las peticiones se relacionaron estos hechos:

Que el reclamante sirvió por cuenta, orden y dependencia de los demandados, según contrato

de trabajo de duración indefinida, desde el 1º de julio de 1934 al 30 de junio de 1943 y del 1º de julio de 1944 hasta el 31 de marzo de 1954, día este último en que fue despedido por haber solicitado aumento de sueldo, habiendo tenido durante todo el tiempo de servicios el suministro de alimentación y alojamiento que se estima en $ 80.00 y habiendo devengado la misma cantidad como sueldo; que desempeñó funciones de dependiente auxiliar en los almacenes de los demandados en Charalá, administrador y mayordomo de las fincas, amansador y otros oficios, no habiendo dejado de laborar en las moliendas que se hacían una semana por cada mes, en forma ininterrumpida de 24 horas diarias como es costumbre en la región; que los demandados dejaron de reconocer el alza de sueldo decretada desde el 1º de enero de 1950 y que, según su sueldo en efectivo apenas daba jornal entre dos y cuatro pesos, sin que al trabajador se le hayan satisfecho los salarios, aumentos y las prestaciones reclamadas, por lo cual tiene razón para exigir la indemnización moratoria por cada día de retardo; y, finalmente, que el contrato de trabajo sólo podía terminarse válidamente con antelación de 45 días, sin que los demandados estén autorizados para retener cuanto se demanda.

En derecho se citaron disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo y en procedimiento el Decreto número 2158 de 1948.

Los demandados Eladio Ruiz Vásquez y Margarita Galán de Ruiz, mediante apoderado, dieron respuesta al libelo de demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y peticiones formuladas por ser temerarias, solicitaron la condenación en costas para el demandante, negaron la mayoría de los hechos y de otros pidieron que se demostraran; por último, manifestaron que con Rogerio Ruiz Vásquez no existió precisamente contrato alguno de trabajo por cuanto no existió la subordinación o dependencia que se requiere entre demandante y demandados, ya que su llegada a la casa y a la Hacienda "Los Chinivos" se verificó como hermano de uno de los demandados y en busca del padre don Eladio Ruiz Plata, quien con anterioridad y por carencia de hogar y medios de subsistencia también había llegado allí; que la llegada de Rogerio Ruiz fue también en busca de amparo familiar y como menor de edad, facilitándosele gratuitamente alimentación, vestuario y alojamiento, unas veces en Charalá y otras en la mencionada hacienda cuya administración estuvo encomendada al padre don Eladio Ruiz Plata, hasta el final de sus días, por lo cual la permanencia del demandante no era precisamente como trabajador sino más bien para que sostuviera y auxiliara al padre en las necesidades; que en el año de 1934 que la demanda fija como fecha inicial de un pretendido contrato de trabajo, el demandante sólo tenía 16 años y por ello tan sólo era apto para recibir favores y beneficios sin compensación laboral alguna por consecuencia de su situación familiar, prestando algunas veces servicios de ayuda a las labores desempeñadas por su padre y en otras disponiendo a su entera voluntad para realizar otra clase de actividades, especialmente cuando llegó a la mayoría de edad, tales como viajar a distintas poblaciones, hacer negocios por su propia cuenta y trabajar en otras fincas; que ocasionalmente cuando se le encomendaba algún trabajo le era pagado puntualmente como a cualquier trabajador ocasional o transitorio; que en el interregno de 1951 a 1953 se le reconoció al actor la cantidad de $ 80.00 mensuales, no como remuneración por trabajo sino más bien a título de ayuda como miembro de familia, además de la alimentación que se le suministraba.

Se propusieron asimismo las excepciones perentorias de carencia de acción del demandante y la de prescripción, la que fue alegada en la última audiencia de trámite.

Surtida la tramitación procesal de rigor, el Juzgado del conocimiento dirimió la litis en sentencia fechada el 16 de agosto de 1957, absolviendo a los demandados de pagar el valor de los derechos reclamados. Dicha providencia fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga —Sala Laboral—, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el mandatario judicial del actor. El fallo del Tribunal fue dictado el 12 de marzo de 1958 y no condenó en costas de segunda instancia.

Corresponde ahora a esta Sala entrar a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra el fallo del *ad quem*, el que fue admitido y tramitado en legal forma. La demanda sustentatoria contiene dos cargos. Se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se señala de este modo:

"La impugnación de la sentencia busca su casación en forma total para que se apliquen normas que amparen el trabajo personal remunerado, dejadas de aplicar, se interpreten cabalmente otras y se destruyan errores ostensibles

en la apreciación de pruebas para que se declaren como consecuencia derechos laborales y prestaciones a favor de mi poderdante. Por otra parte la impugnación aspira, mediante la casación del fallo, si no por las violaciones directas e indirectas de la ley —tal como se dijo anteriormente— sí por los errores de derecho al haber admitido como base de la sentencia pruebas no permitidas por la ley, y aún más, por haberse fallado sobre pruebas producidas en diligencias viciadas de nulidad absoluta que llevan a que se declaren las nulidades manifiestas y la consiguiente retrospección de la actuación al momento en que tales nulidades se produjeron".

MOTIVOS DE CASACION

Sin indicar qué causales de casación se invocan, el impugnador presenta dos cargos que pasa a examinar la Sala.

Primer cargo.

Se enuncia en esta forma:

"La sentencia es violatoria de los artículos 22, 23, 32, 6º, 127, 129, 186, 249, 305 del Código Sustantivo del Trabajo; 42, 60, 61 del Código de Procedimiento Laboral y artículos 455 y 607 del Código Judicial, todos en concordancia como se explica adelante, en forma indirecta y como consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos tanto por la apreciación y falta de apreciación de pruebas como por haber dado por establecidos hechos con medios probatorios no autorizados por la ley por exigir ésta determinada solemnidad para la validez de los actos que los contienen. Para mayor claridad dividimos el cargo en dos secciones que tratan una del error de hecho y otra del error de derecho".

Para el recurrente hay error de derecho por cuanto varios testimonios acogidos por el Tribunal "fueron rendidos sin la solemnidad de la audiencia pública impuesta por el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral". Y agrega: "Es tan solemne la publicidad en los actos del proceso laboral que el artículo citado sanciona con nulidad absoluta la falta de ésta. Y de acuerdo con el artículo 61 *ibídem* cuando la ley exige determinada solemnidad *ad sustantiam actus*, no se podrá admitir prueba por otro medio".

En cuanto al error de hecho lo hace consistir el casacionista en la falta de apreciación de unas pruebas y en la errónea estimación de otras. Entre las primeras menciona la contestación de la demanda, la partida de bautismo de Rogerio Ruiz y las posiciones absueltas por los demandados. Entre las segundas, cita la confesión del demandante y las declaraciones de Pedro David Mujica, Delia Torres de Mujica, Juan Cediel, Luis Martínez, Eustaquio Solano y Angel María Flórez Dulcey.

SE CONSIDERA:

Error de derecho. A este respecto, la crítica del recurrente es susceptible de las siguientes glosas. A saber:

a) Es de observar que el planteamiento que hace el recurrente es equivocado porque confunde una actuación procesal con el régimen de valoración probatoria. En efecto, la solemnidad *ad sustantiam actus* tiene que ver con hechos de significación jurídica para cuya demostración la ley exige determinados medios probatorios; en cambio, el principio de la publicidad constituye una ritualidad procesal que comprende una órbita mucho más amplia, como la relativa a las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación, con una sanción específica por su omisión que, por regla general, es la nulidad. Por el contrario, la falta de solemnidad *ad sustantiam actus* tipifica un error de derecho que puede ocurrir en dos eventos: "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".

b) Las pruebas en que el recurrente concreta el error de derecho son las declaraciones de Bárbara Camacho viuda de Andrade, Pedro David Mujica, Benedicto Reyes y Luis Martínez. Mas ocurre que el Tribunal también tuvo en cuenta los testimonios de Delia Torres de Mujica, Angel María Flórez, Juan Cediel, Pedro Chacón, Eustaquio Solano y José Morales; de un modo expreso comenta las declaraciones de Juan Cediel y de Eustaquio Solano. Luego, por este aspecto, es de observar que el impugnador no atacó todos los soportes que le sirven de fundamento al fallo recurrido y, por lo mismo, ellos están intactos sin que los haya quebrantado la alegación estudiada.

Por las razones expuestas, este aspecto del cargo no prospera.

Error de hecho. Las razones de orden jurídico que tuvo en cuenta el Tribunal para haber confirmado el fallo absolutorio de primer grado están expuestas en estos términos:

"Según el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo y el 23 de la misma obra, el contrato

de trabajo requiere "la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de orden, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato". Las pruebas estudiadas están diciendo que no existía entre demandante y demandado la exigencia que se acaba de transcribir del Código, la subordinación; el mismo demandante así lo confiesa cuando en frase transcrita atrás dice: "que a veces consultaba con ellos (Margarita Galán y Eladio Ruiz) sus ausencias y a veces no". Y para qué volver a insistir sobre las declaraciones recibidas que casi todas refieren que Rogerio Ruiz llegaba a la casa como familiar que es de uno de los demandados y por el contrario el padre de él como administrador de la finca. La presunción que consagra el artículo 24 de la obra citada tampoco puede llevar al juzgador a creer que el trabajo de Rogerio Ruiz en la finca de los demandados acredita el contrato de trabajo. Porque está acreditado en los autos que faltó uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo y no hay prueba en contrario ya que el demandante en ninguna parte demostró la subordinación debida al patrono" ... "Además de lo dicho por el Juzgado, la Sala encuentra demostradas las ausencias repetidas y prolongadas de Rogerio Ruiz del lugar del trabajo y como no se acreditó el tiempo de esos días en que no trabajó para Ruiz y Galán, no hubiera sido justo una sentencia condenatoria sin excluír el valor de esos salarios dejados de devengar, y como es sabido la prueba del tiempo y la del salario corren a cargo del demandante, entonces tampoco habría lugar a la reforma del fallo consultado".

Ahora bien, el recurrente sostiene que el error de hecho se configura por unas pruebas dejadas de apreciar y por otras que fueron estimadas equivocadamente. Entre las primeras cita la contestación de la demanda, de la cual hace este comentario: "Aquí nos cuenta la confesión de los demandados que Rogerio Ruiz permaneció al lado del administrador de la finca Los Chinivos, que estuvo bajo la protección de tal administrador o sea un representante de los patronos, que el tal administrador exigió servicios de su hijo Rogerio y que éste los prestó desde los últimos días de diciembre de 1951 a diciembre de 1958; que los demandados dieron a Rogerio Ruiz durante este lapso alimentación y alojamiento y ochenta pesos mensuales". Menciona también la partida de bautismo del demandante, con la que se acredita que en el año de 1933 en que llegó a la finca ya tenía 18 años de edad. Y, por último, las posiciones absueltas por los demandados, de las cuales, a juicio del recurrente, se deduce la comprobación de varios hechos de la demanda promotora de la litis.

Entre las pruebas apreciadas erróneamente, el impugnador relaciona la confesión del demandante y las declaraciones de Pedro David Mujica, Delia Torres de Mujica, Juan Cediel, Luis Martínez, Eustaquio Solano y Angel María Flórez Dulcey.

Consideraciones de la Sala.

En primer término, es necesario observar que de parte de los demandados no ha habido un desconocimiento absoluto de los servicios prestados por el demandante. Ellos dan a entender que sí los hubo pero que fueron prestados con carácter familiar por los vínculos de tal índole que ligan a Rogerio Ruiz con los opositores y que lo ligaron con Eladio Ruiz, administrador de la finca y padre de Rogerio. Destacan también los demandados, tanto en la contestación de la demanda inicial como en las posiciones que les tocó absolver, las continuas ausencias de Rogerio Ruiz de la finca de propiedad de aquéllos.

En segundo lugar, está aceptado por las partes y así lo corrobora la prueba documental testimonial que entre demandante y demandados, lo mismo que con el administrador de la finca, existían vínculos familiares. De ahí que el Tribunal haga mérito especial de tal circunstancia, como se aprecia en pasajes atrás transcritos. Además, el *ad quem* hace hincapié en la falta del elemento subordinación en la relación de servicios que ligó a las partes contendientes. Y ciertamente que la prueba es abundante en lo que respecta a este punto. En efecto, el propio demandante dice, en varias de las respuestas al pliego de posiciones: "Las retiradas mías fueron antes de 1948 y después de que vinimos de Bionegro no me retiré de ahí... Cuarenta días duré allá (ésta es la respuesta a la pregunta de si se retiró de Los Chinives para trabajarle a Pedro Elías Carrizosa)... Es cierto y eso fue por ahí en el año 36 o en el 37... (respuesta a la pregunta de si era cierto que se había dedicado a trabajar un camión haciendo viajes a Duitama, Bucaramanga, San Gil y otras poblaciones)..." Igualmente declara que es cierto que por un lapso mayor de seis meses se fue a prestar los servicios como chofer a la empresa de Transportes Andrades en la población de Güepsa. El demandante acepta, en contestación a otras preguntas, haberse ausentado en diferentes ocasiones de la hacienda Los Chinivos.

Y estas manifestaciones del promotor del juicio están confirmadas por las declaraciones de Delia Torres de Mujica, Angel María Flórez, Juan Cediel, Pedro Chacón Vargas, Eustaquio Solano y José Morales.

Encuentra la Sala, pues, que la situación de Rogerio Ruiz, no obstante los servicios personales que pudo prestar surge bastante confusa. Así las cosas, cobra mayor consistencia la posición del Tribunal, dentro del criterio de libre formación del convencimiento que inspira el procedimiento del trabajo, por cuanto ya en repetidas oportunidades la jurisprudencia laboral ha dicho lo siguiente:

"... Cree el Tribunal Supremo que dada la libertad de apreciación que la ley confiere al fallador, en este caso no se llega a demostrar con las pruebas aducidas, que se incurriera en un error de hecho ostensible, tan manifiesto que se encuentre contrario a la realidad. Y ya se ha dicho en reiteradas ocasiones que aún en los casos dudosos, en virtud de la libre formación del convencimiento que se atribuye al Juez, es procedente respetar la estimación que haga del acervo probatorio". (Gaceta del Trabajo. Tomo V, pág. 1091).

No se configura el manifiesto error de hecho y, por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

La acusación está propuesta así: "Es la sentencia violatoria por infracción directa del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, violación que incide también en los artículos 186, 249, 306 y concordantes, generadores de derechos sociales inherentes al contrato de trabajo. El juzgador, a pesar de haber citado en la sentencia el artículo que he señalado como violado y cuya falta de aplicación implicó aquélla de normas consagratorias de derechos sociales ya citadas, se abstuvo de aplicarlo".

Y agrega:

"Es de notar que sobre la relación de trabajo personal no hubo discusión probatoria y que los extremos de tiempo de servicios, de trabajo personal y de remuneración que implica salario sí están probados fehacientemente a lo largo del probatorio y así lo reconoce el mismo juzgador implícitamente; entonces tenemos que el Tribunal dejó de aplicar la norma —violándola en forma directa— porque a pesar de encontrar probado el hecho del trabajo personal remunerado por parte del demandante en la finca de los demandados, para éstos, exigió como requisito el que además se probara por el trabajador el elemento subordinación. Al exigir el juzgador (el elemento subordinación) la prueba de hechos distintos a los previstos en la ley que establece la presunción y agregar la prueba de circunstancias distintas a las previstas por la norma para poder aplicarla, se está cometiendo la violación por infracción directa de un texto claro que no es susceptible sino de una sola interpretación: la aplicación de la presunción al hecho cuando éste se halla comprobado".

SE CONSIDERA:

El recurrente parte de bases erradas para estructurar su cargo pues sostiene que el fallador acepta los extremos sobre tiempo de servicios, trabajo personal y salario. La realidad procesal indica otra cosa. En efecto, acerca del tiempo de servicios el Tribunal afirma que las continuas ausencias del sitio donde se dice prestaba su trabajo el actor hace imposible fundamentar un pronunciamiento condenatorio. En cuanto a trabajo personal el *ad quem* no desconoce que existió una relación de esta clase pero ocurre que del examen de las pruebas aportadas al proceso encontró que el hecho presumido por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, la subordinación, carecía de sustentación por aparecer que se trataba de vinculación no dependiente, desvirtuándose en esta forma la presunción legal. Respecto al salario, el Sentenciador acepta que hubo algunos pagos de servicios pero no como salario sino como retribución de tipo familar.

Como se ve, son cuestiones completamente distintas lo dicho por el Tribunal y lo afirmado por el impugnador.

Así las cosas, la acusación no se conforma con la realidad procesal y, por lo mismo, no es eficaz para quebrantar el fallo acusado.

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 el fallo acusado.

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.

SALARIOS INSOLUTOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. SANCION MORATORIA. TECNICA DE CASACION.

Requisitos para que pueda ser eximido el patrono de la sanción moratoria. Cuál es la vía indicada para impugnar en casación, con base en la buena fe, la condena indemnizatoria.

1. A lo dicho, debe agregarse que el recurrente se limitó en este cargo a indicar como violados los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, normas que contienen la definición del contrato de trabajo y la enumeración de los elementos esenciales requeridos para que exista una relación de esa naturaleza, pero que ningún derecho concreto establecen en favor de los trabajadores por razón de ese vínculo que los une a sus patronos. Significa lo anterior, que aún en el supuesto de que se hubiese formulado eficazmente la acusación y se hubiese demostrado el error de hecho que se atribuye a la sentencia, esta no podría invalidarse, a causa de no haberse indicado por el impugnador las normas de derecho sustancial referentes a los derechos y prestaciones reconocidos a la demandada en la sentencia acusada. Es decir, la proposición jurídica contenida en el cargo es incompleta, y este defecto conduce a la ineficacia de la acusación.

2. Como se aprecia, la sentencia acusada no desconoce el alcance y contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que aplicó la sanción contenida en esta norma, por haberse establecido que a la terminación del contrato la empresa no pagó a la trabajadora las prestaciones debidas, pues sólo cumplió esta obligación y efectuó la consignación de lo que estimó deberle, después de haber transcurrido un período de un (1) año, once (11) meses y veintiséis (26) días, tiempo este en que estuvo en mora.

El elemento buena fe a que alude el recurrente, para efectos de la recta aplicación y entendimiento del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hace referencia a la posición que el patrono puede asumir en el debate, al discutir la existencia del contrato mismo, fuente de los derechos reclamados, y desconocer, en consecuencia, sin malicia o temeridad, las prestaciones consiguientes. Pero como lo tiene admitido la jurisprudencia, sólo en aquellos casos en que militan razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, puede aceptarse esa posición patronal como respetable y justificada. En tales eventos, la decisión del juzgador, busca necesariamente su fundamento en los hechos probados del juicio. Si el razonamiento del Tribunal es desacertado y no encuentra respaldo en los elementos de convicción obrantes en el proceso, el ataque contra la sentencia debe formularse por vía indirecta y como consecuencia de error de hecho en la estimación o falta de apreciación de las pruebas. Por consiguiente no es procedente el ataque por el motivo de casación que alega el recurrente (errónea interpretación), por lo cual el cargo no prospera.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

María Godoy de Méndez, por medio de apoderado, demandó a la sociedad denominada "Samuel Williamson e Hijos Ltda.", representada por su Gerente el señor Samuel Williamson R., para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condene a pagarle las sumas que resulten por concepto de dominicales y festivos, salarios insolutos, prima de servicios, el valor de los zapatos y blusas que no le fue-

ron suministrados oportunamente, vacaciones, cesantía, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Para fundamentar su acción, relató los siguientes hechos:

Que, desde el 1º de mayo de 1935 hasta el 30 de abril de 1955, prestó sus servicios como trabajadora en las haciendas denominadas "Haití" y "San José", en jurisdicción del Municipio de Tibacuy; inicialmente y hasta el 30 de octubre de 1935, al servicio directo de los señores Samuel y Alberto Williamson y desde el primero de noviembre de 1935 hasta el día de su retiro, bajo la dependencia de la sociedad denominada "Samuel Williamson e Hijos Ltda.", que sustituyó a los primitivos patronos. Que en el desempeño de sus labores le correspondía cocinar para los obreros agrícolas y maestros al servicio de las haciendas, disponer la distribución de alimentos a los mismos y atender, en diferentes épocas, a sus patronos, familiares y amigos de éstos, que iban a la hacienda; atender y disponer todo lo concerniente a distintas labores conexas para el movimiento y orden de las haciendas, que tenían un intenso laboreo para el cultivo y recolección de café y trabajos de ganadería; que se ocupaba también en las distintas labores que se hacían necesarias para el fiel cumplimiento de sus deberes, en obedecimiento a todas las órdenes impartidas por el Administrador, como representante de sus patronos. Que por su trabajo se le pagó únicamente la suma de $ 5.00 mensuales, durante todo el tiempo en que prestó sus servicios en las referidas haciendas; que laboró durante todos los días, inclusive dominicales y festivos, sin que por este trabajo se le pagase la doble remuneración, ni se le diese el descanso compensatorio; que desde el 1º de enero de 1950 hasta la terminación del contrato, por mandato de la ley, se le debió pagar un salario mínimo de $ 60.00 mensuales, lo que no cumplió la parte patronal, debiéndosele, en consecuencia, el excedente por dicho concepto, como también los reajustes por razón de los aumentos legales decretados posteriormente; que no se le pagaron primas de servicios, ni se le concedieron vacaciones, ni se le reconocieron ni pagaron las prestaciones que por ley le corresponden.

En derecho fundamentó la demanda en lo dispuesto por las leyes 35 de 1939, 6ª de 1945, 136 de 1948, Decretos 222 de 1932, 71 de 1950, 3871 de 1949, 2127 de 1945, y en los artículos 177, 179, 306, 144, 129, 127, 230, 231, 232, 249, 186 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y Decreto 2158 de 1948.

La sociedad demandada, por medio de apoderado, dio respuesta al libelo. En el escrito correspondiente, consignó su oposición a todas y cada una de las peticiones de la demanda. Negó los hechos, agregando varias razones o explicaciones para su defensa, respecto a "las relaciones existentes" con la demandante. Al efecto, manifestó entre otras cosas, lo siguiente: Que la demandante era la esposa de Rosendo Méndez quien desempeñó el cargo de administrador de la hacienda de San José, durante algunos años y hasta el 30 de noviembre de 1956. Que dicho administrador ocupaba con su esposa e hijos, la casa de habitación de la hacienda; que la demandante dedicaba su tiempo útil a las labores del hogar y de su familia, y que "ningún servicio prestaba permanente y habitualmente a la hacienda ni a las personas de sus propietarios". Que tres o cuatro veces mensuales en que don Alberto Williamson almorzaba en la casa de la hacienda, la demandante lo atendía sirviéndole la mesa a la hora del almuerzo; que "es este el único servicio que puede considerarse como un servicio personal prestado por la demandante a los propietarios de la hacienda San José", por lo cual se le retribuía entregándole la suma de $ 5.00 mensuales "que los propietarios de la hacienda consideraron siempre como una dádiva, o demostración de afecto para la esposa de su servidor, y no como un sueldo" puesto que el tiempo empleado por la demandante no fue mayor de tres o cuatro horas al mes. Que "al retirarse el señor Rosendo Méndez del servicio de 'Samuel Williamson e Hijos Ltda.' formuló por conducto de abogado, el reclamo de las prestaciones sociales de su esposa, a quien nunca los señores Williamson habían considerado como su trabajadora, pero, en vista de que efectivamente había recibido un pago de $ 5.00 mensuales, la sociedad 'Samuel Williamson e Hijos Ltda.', le liquidó las prestaciones con base en ese salario, que, se repite, se pagaba en razón de un servicio prestado por la demandante durante tres o cuatro horas por mes, y consignó el valor correspondiente en el Juzgado 6º del Trabajo de Bogotá". Propuso, además, la excepción de prescripción.

Correspondió el conocimiento del litigio al Juez 4º Laboral de esta ciudad, quien lo puso término por sentencia de 30 de abril de 1959, mediante la cual condenó a la sociedad demandada a pagar a la demandante María Godoy de Méndez, la suma de $ 5.183.91, por concepto de reajuste de salarios, prima de servicios, vacaciones, auxilio de cesantía e indemnización por mora, como se detalla, en los literales a), b), c),

d) y e) del numeral 3º de la parte resolutiva. La sentencia declara probada la excepción perentoria de prescripción de la acción por salarios y prestaciones, menos la de cesantía, causadas y exigibles antes del 11 de mayo de 1954 (numeral 1º). Absuelve a la demandada de las peticiones referentes al pago de trabajo en los días feriados, reajuste de salarios por el aumento del 15% ordenado por el Decreto 3871 de 1949 y por el suministro de calzado y delantales (numeral 2º). Condena en costas a la demandada (numeral 4º).

Los apoderados de las partes interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que decidió la alzada por sentencia de fecha 17 de agosto de 1959, por la cual se revocó el fallo apelado, y en su lugar, dispuso lo siguiente:

"1º

a) Declárase probada la excepción perentoria de prescripción, respecto de salarios insolutos, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

2º Condénase a la sociedad 'Samuel Williamson e Hijos Ltda.' a pagar a la señora María Godoy de Méndez las siguientes cantidades:

a) Nueve pesos con diez centavos ($ 9.10) moneda corriente, por concepto de reajustes de salarios;

b) Ciento veinte pesos con noventa y ocho centavos ($ 120.98) moneda corriente, por concepto de primas de servicios;

c) Cuarenta pesos con treinta y tres centavos ($ 40.33) moneda corriente, por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas;

d) Ochocientos veintitrés pesos con cinco centavos ($ 283.05) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

e) Un mil novecientos veinticuatro pesos con ochenta y nueve centavos ($ 1.924.89) moneda corriente, a título de indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones y salarios;

f) Suministrar a la ex-trabajadora tres (3) pares de zapatos y tres (3) delantales, y

g) Pagar la totalidad de las costas de primera instancia;

3º Del monto de las condenas anteriores, autorízase a la demandada para deducir la cantidad de ciento veintinueve pesos con cuarenta centavos ($ 129.40) moneda corriente, suma que fue consignada a favor de la demandante.

4º Absuélvase a la demandada de los demás cargos formulados contra ella en la demanda instaurada por María Godoy de Méndez, por concepto de apoderado.

5º Sin costas en esta instancia".

El apoderado de la sociedad demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma, la Corte pasa a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación. Aspira a que se case totalmente la sentencia acusada y a que la Corte, procediendo como Tribunal de Instancia, absuelva a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, en el capítulo de la demanda que tiene como epígrafe "La acusación", formula dos cargos, que se estudian a continuación.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustantiva "por aplicación indebida de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al aceptar la existencia de un vínculo contractual en las relaciones que existieron entre la demandante y la sociedad demandada, indebida aplicación que provino de errores de hecho en la apreciación de algunas de las pruebas que obran en el expediente".

En el desarrollo del cargo, manifiesta el impugnador que para efectos de aceptar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el Tribunal se basa primordialmente en las declaraciones de los señores Abacú Gómez y Eugenio Betancourt, dejando de apreciar las restantes pruebas que obran en el expediente, con las cuales se demuestra que la actividad de la actora se limitaba a las propias de esposa y madre, al lado de su marido Rosendo Méndez quien desempeñaba las funciones de mayordomo de la hacienda y no a la prestación de servicios mediante contrato de trabajo para los señores Williamson.

Dice que de la atenta lectura de los testimonios citados, como también de las declaraciones de los señores Jorge Pérez y Manuel Alarcón Guerrero, se deduce que de las relaciones entre las partes en ninguna forma puede estructurarse un contrato de trabajo. Agrega que es cierto que a la actora le donaban los señores Williamson la pequeña suma de $ 5.00 mensuales, pero no como salario sino como una propina por pequeños servicios. Manifiesta que el Tribunal no puede estimar como confesión de la existencia de un con-

trato de trabajo, los términos del memorial en que se hizo la consignación de prestaciones, ya que tal consignación fue hecha simplemente para interrumpir la mora ante la amenaza de un pleito temerario.

Segundo motivo de impugnación.

El recurrente lo presenta, así:

"Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte y del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo en el sentido de que solo procede la condena por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales cuando se establece en el juicio la mala fe del patrono al negar el pago de tales prestaciones; pero no cuando existe motivo válido y serio para negar la existencia de contrato de trabajo. De suerte que al condenar el Tribunal a la empresa que represento al pago de indemnización moratoria violó igualmente por errónea interpretación el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cargo que igualmente formulo contra la sentencia recurrida, porque como hemos visto, y se desprende de las pruebas analizadas, la empresa que represento tenía sobrada razón para estimar que la demandante nunca estuvo vinculada por contrato de trabajo".

El opositor, luego de presentar una relación de los hechos que dieron origen al litigio, entra a referirse a las pruebas aportadas al proceso. Analiza las declaraciones rendidas por los testigos Antonio López, Eugenio Betancourt, Abacú Gómez y Rosendo Méndez, lo mismo que los dictámenes periciales rendidos por Jorge Alberto Matus (folio 110 a 115) y por Miguel De La Ossa Vergara (folios 135 y 136), respectivamente, para concluír que de todo ese acervo probatorio resulta plenamente demostrado el contrato de trabajo entre las partes de este litigio. Hace un breve análisis de los fallos de instancia, y termina así, su escrito: "Por lo anteriormente dicho, invoco a nombre de mi mandante, a esa honorable Sala, rechace la pretensión de la demandada, y al casar la sentencia como lo solicito, esta sea en el sentido de modificar los fallos en lo desfavorable a la parte actora y se condene a la demandada a pagar con todos los alcances que la ley otorga y dentro de la equidad, en favor de una mujer que espera antes de su fallecimiento, ya que es de avanzada edad, poder percibir algo de lo que la ley da,...".

SE OBSERVA:

En primer término, advierte la Sala que la petición formulada por el apoderado de la demandante y opositor en este recurso extraordinario, para que se case la sentencia del Tribunal a fin de "modificar los fallos en lo desfavorable a la parte actora", constituye una solicitud inoperante y fuera de lugar, por la sencilla razón de que la demandante no interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Por tanto, su pretensión en esta fase del juicio, queda limitada, de acuerdo con su interés jurídico, únicamente a impugnar las tesis sostenidas por el recurrente en la demanda de casación, para que la sentencia no se invalide.

La Corte considera:

En el primer cargo, el recurrente atribuye error de hecho al juicio del Tribunal, en cuanto aceptó la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada, pues afirma que fueron equivocadamente apreciadas las declaraciones rendidas por Abacú Gómez y Eugenio Betancourt, lo mismo que la diligencia de consignación hecha por el representante de la empresa, que, en copia debidamente autenticada, obra en el expediente.

El *ad quem*, para deducir la existencia del contrato de trabajo, evidentemente se apoyó en las declaraciones de los dos testigos que cita el recurrente, en la diligencia de consignación, y en el dictamen pericial, como aparece de los siguientes apartes del fallo: "De las declaraciones de los señores Abacú Gómez y Eugenio Betancourt, resulta probado que la demandante prestó servicios personales como cocinera en las haciendas 'Haití' y 'San José' desde mayo de 1935 hasta abril de 1955, habiendo iniciado sus servicios en San José aproximadamente un año después de la fecha primeramente indicada". Y más adelante, agregó: "En la diligencia de consignación de prestaciones de que se ha hablado, manifiesta el Gerente de la demandada que María Godoy de Méndez trabajó al servicio de esa sociedad en la hacienda San José desde el mes de junio de 1952 hasta el 30 de abril de 1955. Así mismo, aceptaron los demandados haber pagado a la demandante, durante ese período, $ 5.00 mensuales, lo cual también se prueba con el dictamen pericial en lo que respecta al lapso comprendido entre enero de 1948 y abril de 1955.

"Queda así plenamente demostrada la existencia de un contrato de trabajo mediante el cual prestó servicios la demandante desde mayo de 1936, aproximadamente, hasta el 30 de abril de 1955 en la hacienda San José, y que fueron propietarios de ella, primeramente, los señores Samuel y Alberto Williamson R., para luego

pasar a ser de propiedad de la sociedad demandada".

El testigo Abacú Gómez R., sobre el punto que interesa para demostrar la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y la sociedad demandada, en su declaración que obra del folio 62 al 65, manifestó lo siguiente: "Preguntado: Sírvase decir si conoce a la señora María Godoy de Méndez, cuánto tiempo hace, dónde y por qué la conoció; Contestó: a la señora María Godoy de Méndez la conozco desde el año 35 (1935), la conocí en la hacienda 'Haití' de propiedad de los señores Samuel y Alberto Williamson y Compañía Ltda., porque yo estaba trabajando en la hacienda de San José de propiedad de los mismos señores, y me mandaban a llevar miel de la hacienda de Haití y allá encontré trabajando al señor Rosendo Méndez y a la señora María Godoy de Méndez; la ví haciendo oficios domésticos de la hacienda y ella me entregaba la miel cuando no se encontraba don Rosendo Méndez; esto fue en el año de 1935 de mayo en adelante más o menos; luego un año después, trasladaron a don Rosendo Méndez y a la señora María Godoy de Méndez, para la hacienda de San José de la misma propiedad de los señores Williamson; al señor Méndez como administrador y a la señora Godoy de Méndez como trabajadora de oficios domésticos; todo lo dicho me consta directamente porque lo ví personalmente y porque yo como trabajador de la hacienda de San José me dí cuenta que la señora María Godoy de Méndez era despensera y hacía todos los demás oficios domésticos de la casa, como también hacía de comer para todos los empleados y trabajadores de la hacienda; todo lo anterior lo se por haber trabajado como dije antes en la hacienda de San José y vivía dentro de la hacienda; trabajé desde el año de 1935 hasta noviembre de 1956 como obrero de la hacienda". De las respuestas que el declarante dió al contrainterrogatorio que en la misma diligencia le formuló el apoderado de la sociedad demandada, no aparece hecho o circunstancia alguna que desvirtúe, en lo más mínimo, el contenido de la respuesta transcrita antes. Por el contrario, la manera precisa, categórica, clara y sencilla como el testigo responde al contrainterrogatorio, dirigido principalmente a establecer si la demandante vivía en la casa de la hacienda de San José con su esposo y sus hijos, confirma y demuestra que dice la verdad en su testimonio, con suficiente conocimiento de los hechos.

En forma semejante y sobre el mismo punto, declara el testigo Eugenio Betancourt, quien afirma que María Godoy de Méndez prestó sus servicios a la demandada desde el año de 1935, en la hacienda de Haití y luego en la de San José, prestando servicios como cocinera, hasta mediados de 1955. En idéntico sentido se hallan otras declaraciones, como la rendida por Antonio López.

Obra en el expediente, copia auténtica de la diligencia de consignación hecha por el apoderado general de la sociedad demandada ante el Juez Sexto Laboral de esta ciudad, de la suma que estimó deber a la demandante por concepto de prestaciones sociales. En el escrito de consignación, la Empresa, por intermedio de su representante, expresó lo siguiente: "Señor Juez Sexto del Trabajo. E. S. D. En mi carácter de apoderado general de la sociedad 'Samuel Williamson e Hijos Ltda.', presento a usted el recibo de consignación número 156283 del Banco de la República de fecha 26 de abril de 1957, por valor de $ 129.40 que corresponde al valor de las prestaciones sociales liquidadas por dicha compañía a la señora María Godoy de Méndez, que usted se servirá poner a disposición de dicha señora en la oportunidad legal. Son hechos de esta solicitud: la señora María Godoy de Méndez trabajó al servicio de la sociedad desde el mes de junio de 1952 hasta el 30 de abril de 1955, en la hacienda de 'San José', en jurisdicción de Tibacuy. La interesada se ha negado a recibir el valor de sus prestaciones, las cuales le fueron liquidadas conforme al siguiente detalle: Cesantía de dos años y diez meses $ 14.20. Primas seis semestres $ 14.20. Vacaciones de dos años $ 5.00. Calzado y delantales $ 96.00, total $ 129.40. Siendo procedente la anterior solicitud ruego a usted aceptar el depósito mencionado y darle el curso correspondiente. Bogotá, abril 26 de 1957. Atentamente (F'do.), Jorge Holguín P., cédula de ciudadanía número 2905199 de Bogotá".

Las pruebas antes mencionadas y principalmente la declaración de parte, hecha por el apoderado general de la empresa demandada, que tiene el mérito de confesión por reunir los requisitos del artículo 607 del Código Judicial, contenida en el escrito de consignación efectiva ante el Juzgado Sexto Laboral de esta ciudad, de las prestaciones sociales que por valor de $ 129.40 estimó deber a la demandante María Godoy de Méndez, demuestran en forma evidente y completa la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes de este juicio. Es de advertir, que la consignación tuvo ocurrencia el 26 de abril de 1957, o sea, varios días antes de la presentación de la demanda y de su notificación al representante de la demandada. Dicho acto jurídico de la consignación, de suyo

implica el reconocimiento expreso de deber la cantidad consignada, por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones, calzado y dejantales, en razón de un contrato de trabajo subordinado o dependiente.

A lo dicho, debe agregarse que el recurrente se limitó en este cargo a indicar como violados los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, normas que contienen la definición del contrato de trabajo y la enumeración de los elementos esenciales requeridos para que exista una relación de esa naturaleza, pero que ningún derecho concreto establecen en favor de los trabajadores por razón de ese vínculo que los une a sus patronos. Significa lo anterior, que aún en el supuesto de que se hubiese formulado eficazmente la acusación y se hubiese demostrado el error de hecho que se atribuye a la sentencia, esta no podría invalidarse, a causa de no haberse indicado por el impugnador las normas de derecho sustancial referentes a los derechos y prestaciones reconocidos a la demandada en la sentencia acusada. Es decir, la proposición jurídica contenida en el cargo es incompleta, y este defecto conduce a la ineficacia de la acusación.

Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

El segundo motivo de impugnación se hace consistir en la errónea interpretación, por parte del Tribunal, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El recurrente se abstiene de señalar cuál es la parte de la sentencia que contiene el juicio equivocado del juzgador al interpretar y aplicar la norma acusada.

El *ad quem* al decretar la condena de indemnización por mora, dijo lo siguiente: "Finalmente, en lo que respecta a la indemnización por mora, a ella debe condenarse por el lapso comprendido entre el 1º de mayo de 1955 (fecha de retiro de la trabajadora) y el 26 de abril de 1957 (fecha de la consignación), teniendo como base una remuneración de $ 80.65 mensuales, es decir, $ 2.69 diarios por un lapso de un (1) año, once (11) meses y veintiséis (26) días, lo que da un total de $ 1.924.59 moneda corriente. El Tribunal comparte las razones que tuvo el Juez *a quo* para condenar a esta indemnización únicamente hasta el día en que fue hecha por la demandada la consignación, pero, se reformará el fallo apelado para condenar a la demandada al pago de la suma de $ 1.924.59 moneda corriente, por este concepto, toda vez que el salario real que sirve para su liquidación ha quedado modificado".

Como se aprecia, la sentencia no desconoce el alcance y contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo sino que aplicó la sanción contenida en esta norma, por haberse establecido que a la terminación del contrato la empresa no pagó a la trabajadora las prestaciones debidas, pues solo cumplió esta obligación y efectuó la consignación de lo que estimó deberle, después de haber transcurrido un período de un (1) año, once (11) meses y veintiséis (26) días, tiempo este en que estuvo en mora.

El elemento buena fe a que alude el recurrente, para efectos de la recta aplicación y entendimiento del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hace referencia a la posición que el patrono puede asumir en el debate, al discutir la existencia del contrato mismo, fuente de los derechos reclamados, y desconocer, en consecuencia, sin malicia o temeridad, las prestaciones consiguientes. Pero como lo tiene admitido la jurisprudencia, solo en aquellos casos en que militan razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, puede aceptarse esa posición patronal como respetable y justificada. En tales eventos, la decisión del juzgador, busca necesariamente su fundamento en los hechos probados del juicio. Si el razonamiento del Tribunal es desacertado y no encuentra respaldo en los elementos de convicción obrantes en el proceso, el ataque contra la sentencia debe formularse por vía indirecta y como consecuencia de error de hecho en la estimación o falta de apreciación de las pruebas. Por consiguiente no es procedente el ataque por el motivo de casación que alega el recurrente, por lo cual el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

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.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Casación Laboral profirió también durante los meses de mayo, junio, julio y agosto de 1962, las sentencias que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

Indemnización moratoria. Momento desde el cual comienza el cómputo de tal indemnización. Apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas. Técnica de casación. Por sentencia de 3 de mayo de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral instaurado por Rosa Emilia Londoño contra la empresa "Talabartería de Calle Hermanos Ltda.". Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Pensión de jubilación. Duración del contrato de trabajo. Labores realizadas a temperaturas anormales y pensión de jubilación. Plazos legales. Duración del contrato de trabajo. Técnica del recurso de casación. Mantiénese la sentencia absolutoria acusada. Por sentencia de 4 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Hernando Cortés contra "Vidriería Fenicia" y otra. Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Prestaciones e indemnizaciones laborales. Técnica de casación. Defectuosa formulación de cargos en la demanda de casación. Interpretación errónea de la ley y aplicación indebida de la misma. Violación directa y violación indirecta. Por sentencia de 9 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Enrique Gómez R. contra "Talleres Merizalde y Mejía Ltda.". Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.

Indemnización de perjuicios. En el supuesto litigioso la terminación del contrato se cumplió legalmente; no tuvieron fundamento las indemnizaciones solicitadas. Técnica de la casación. Por sentencia de 19 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral promovido por Ramón Sánchez contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A.". Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.

Invalidez y enfermedad no profesional. Límites de las atribuciones de la Medicina Industrial en relación con sus conceptos. Prestaciones patronales comunes y Seguro Social. Técnica de casación. Por sentencia de 23 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Jaime Rocha Rocha contra "All American Cables And Radio Inc.". Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo.

Obligaciones especiales del patrono. Sanción moratoria. Obligación de pagar al trabajador los gastos de su traslado. En qué categoría ha de clasificarse esta obligación patronal. En el presente caso no se causó la indemnización moratoria. Por sentencia de 30 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral instaurado por Edward E. Doerr contra el Colegio Nueva Granada. Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Técnica de casación. Prueba de perjuicios. Error de derecho. La infracción directa, por interpretación errónea de la ley, se produce con independencia de problemas de orden probatorio. Los perjuicios no se presumen, es preciso demostrarlos. El error de derecho en la estimación de las pruebas con referencia al dictamen pericial. Por sentencia de 20 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior

de Medellín en el ordinario laboral promovido por Olivia Pérez Jaramillo contra José María Rodríguez Rojas. Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Contrato de trabajo. Error de hecho en la sentencia acusada. Indemnización moratoria y consignaciones insuficientes. Técnica de casación. Por sentencia de 4 de julio de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laborsl adelantado por Gildardo Rondón contra "Industria de Maderas Alfonso Velásquez P. e Hijos Cía. Ltda.". Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Reclamación de honorarios profesionales. Requisitos de la demanda de casación en materia laboral. Valoración de la prueba. Casación y costas del juicio. Recurso de casación. 1. Requisitos que en materia laboral ha de tener la demanda de casación para que sea estimable. 2. En materia laboral el requisito consistente en declarar el alcance de la impugnación, que constituye el petitum de la demanda de casación, se estima como esencial para que pueda producirse la decisión, que reemplace a la de instancia, en el evento de que prospere la acusación. 3. Libertad del juzgador laboral en el examen de las pruebas. 4. Por lo referente a las costas del juicio no hay lugar al recurso de casación. 5. El vicio in judicando de que pueda adolecer la sentencia impugnada en casación, ha de aparecer en la parte dispositiva. Por sentencia de 14 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por el doctor Gregorio Becerra Becerra y otro contra Luis de Vivo y otros, como subrogatorios de la Compañía organizadora "La Costeña S. A.". Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.

Apoderados. Alcance del poder conferido para un juicio. El poder se entiende conferido para interponer los diferentes recursos legales, inclusive el de casación. Por providencia de 16 de julio de 1962, no se declara desierto el recurso de casación interpuesto por "Industria Colombiana de Llantas, S. A." contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Gabriel González Oyuela contra aquélla. Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Técnica del recurso extraordinario. Recurso de casación y nulidades procesales. Solicitudes especiales formuladas en la demanda de casación. Acusación sobre inobservancia del artículo 26 de la Carta. 1. La demanda de casación debe relacionar en forma completa las disposiciones sustantivas violadas. 2. Solicitud de anulación del acta conciliatoria y recurso de casación. 3. Casación laboral e incongruencia de la sentencia acusada. 4. Acusación sobre pretendida infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional. Por sentencia de 16 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Luis Libardo Agudelo Piedrahita contra "Bodegas Andaluzas, Pastor & Cía. Ltda.". Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Exención de la sanción moratoria. Técnica del recurso de casación. 1. No basta señalar la prueba mal apreciada o que dejó de estimar el sentenciador, se requiere indicar además en qué consiste el error de hecho en que se supone ha incurrido por esa causa. Cuando la decisión impugnada se apoya en elementos probatorios, la violación de la ley sólo puede producirse en forma indirecta. 3. Es preciso tener en cuenta, al decidir sobre exención de la sanción moratoria, que bien puede ser distinto el juicio del sentenciador sobre los hechos del proceso, que el que tuvo el patrono en relación con la naturaleza jurídica del contrato celebrado por él con el trabajador. Por sentencia de 31 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por el doctor Guillermo Largacha Saiz contra "Hipódromo de Techo S. A.". Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.

Reclamación de honorarios profesionales por el mandatario judicial. No se dio la pretendida violación de la ley a través de errores de hecho. Por sentencia de 3 de agosto de 1962, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por el doctor Guillermo Garavito Durán contra Joaquín Caldas Luna. Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de jurisprudencia de esta Sala a cargo del Relator de entonces doctor Luis Ignacio Segura.

RETENCION INDEBIDA DE LOS AUTOS Y CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Sentido y alcance del artículo 364 del Código Judicial.

1. Al consagrar el legislador el instituto de la caducidad, quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año, contadero como lo indica el artículo 364 del Código Judicial, sin hacer alguna gestión escrita; o sea, que no obstante obligar al Juez en el artículo 348 del mismo Código a impulsar oficiosamente el proceso, constriñe al demandante a gestionar su prosecución cuando permanece en suspenso por cerca de un año, so pena de que, si deja consumar tal período sin hacer la gestión, se vea sancionado con la caducidad, a petición del demandado.

2. No obstante que un negocio haya estado paralizado por más de un año sin que el demandante haya hecho gestión alguna por escrito, no puede accederse a hacer declaración de caducidad, cuando la paralización consiste en que el demandante retiene indebidamente el expediente, pues esa concreta situación irregular tiene señaladas específicas sanciones distintas, cuales son las que se contienen en los artículos 380, 381 y 382 del Código Judicial, aparte de que, como lo ha señalado la Sala en varias ocasiones, no puede entenderse que el demandante ha abandonado el negocio cuando precisamente conserva el expediente en su poder.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo 3 de 1962.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en el presente juicio promovido por Fulgencio Lequerica Vélez y otros contra la Nación, solicita en memorial que antecede que se declare la caducidad de la instancia, a tenor del artículo 364 del Código Judicial, por cuanto "la última notificación de este negocio se verificó en el mes de marzo de mil novecientos sesenta, es decir, que han transcurrido más de dos años después de quedar en firme el auto de 17 de marzo de 1960", último que se profirió.

De conformidad con informe de la Secretaría el negocio fue entregado al señor apoderado de la parte demandante en traslado para alegar de conclusión, el día 17 de marzo de 1960 "y no lo ha devuelto hasta hoy".

En subsidio pide que se ordene al apoderado del actor la devolución del expediente, conminándolo en la forma prevista en el artículo 380 del Código Judicial.

Para resolver se considera:

Para evitarle los graves efectos de la caducidad de la instancia, el artículo 364 del Código Judicial constriñe al demandante a no dejar pasar un año, contadero desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia, sin hacer alguna gestión por escrito. Pero como de conformidad con el artículo 348 del Código Judicial, los jueces de-

ben adelantar los juicios por sí mismos, "con excepción de los casos expresamente señalados en la ley", parecería lógico que el instituto de la caducidad sólo pudiera regir en esos precisos casos excepcionales en que la prosecución del juicio depende de la gestión del demandante, tanto más cuanto que, como es bien sabido, tal instituto fue tomado por el legislador colombiano del derecho procesal español, donde, así como en el italiano y muchos otros, impera el principio dispositivo en punto al impulso procesal. Naturalmente, si esos casos excepcionales a que alude el artículo 348 no existieran, habría que concluír, a fin de no dejar sin vigencia todo un instituto procesal, que al establecerlo el legislador quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año sin hacer alguna gestión, o sea, en definitiva, sin recordarle al juez el cumplimiento de su deber de hacer progresar el proceso. De hecho existen esos casos excepcionales en que el impulso procesal pasa del juez al demandante, y se anotan por lo menos dos. El primero es el contemplado por el artículo 380 del Código Judicial, según el cual "*a solicitud escrita de parte interesada*, el juez ordena se requiera a quien ha demorado la devolución de autos" (se ha subrayado), de donde si falta la solicitud el juez no puede oficiosamente hacer el requerimiento. El segundo caso surge del artículo 390 del Código Judicial (según quedó modificado por el 3º de la Ley 50 de 1933) que dice: "cuando el Superior ante quien se interponga algún recurso no resida en el mismo lugar del inferior, la parte recurrente, si no está exenta por disposición especial, deberá pagar el porte que corresponda al envío y devolución del expediente, y cincuenta centavos más. Este pago se verificará en la Administración de correos dentro de los ocho días siguientes al del recibo del expediente en dicha oficina. Pasado dicho término sin que se haya pagado el porte, el juez, *a solicitud de parte*, requerirá el recurrente para que lo verifique dentro de los tres días siguientes..." (se ha subrayado). En consecuencia si quien interpone el recurso es el demandado y no paga oportunamente los portes, el expediente se quedará en la oficina de correos hasta tanto que el demandante pida al juez que formule requerimiento al demandado.

Habiendo, pues, casos en que el impulso procesal está condicionado a la gestión del demandante, parecería lógico concluir que sólo con relación a ellos podría entrar en juego la caducidad. Sin embargo una sana hermenéutica impone una conclusión distinta.

Y es que no resultaría ajustado a la técnica el que el legislador hubiera organizado minuciosamente un instituto procesal para sólo hacerlo regir respecto a dos situaciones por demás excepcionales, y en las que —y esto es fundamental— el beneficio de su alegación vendría a producirse como consecuencia de una conducta culpable e irregular; pues sería el demandado, incumplidor de su obligación de devolver los autos o de pagar los portes, quien se beneficiaría de la caducidad, resultando castigado el demandante por haber sido indulgente respecto a esa situación anormal, creada por su contraparte.

Una tan evidente falta de lealtad procesal, por decir lo menos, no podría quedar vinculada a los fundamentos del ejercicio de un derecho tan importante como el de alegar la caducidad. "Nemo auditur propriam turpitudinem alegans". Por consiguiente es preciso concluír que, puesto que el legislador no pudo haber tenido en cuenta las dos situaciones anómalas contempladas por los artículos 380 y 390 del Código Judicial, al consagrar el instituto de la caducidad quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año, contadero como ya se indicó, sin hacer alguna gestión escrita; o sea, que no obstante obligar al juez en el artículo 348 del Código Judicial a impulsar oficiosamente el proceso, constriñe al demandante a gestionar su prosecución cuando permanece en suspenso por cerca de un año, so pena de que, si deja consumar tal período sin hacer la gestión, se vea sancionado con la caducidad, a petición del demandado.

Parecería fluír de lo dicho que habría que acceder a la declaración de caducidad impetrada por el señor Procurador Delegado, toda vez que el negocio ha estado paralizado por varios años sin que el demandante hubiera hecho gestión alguna por escrito. Sin embargo en el presente caso, en que el demandante ha retenido el negocio por más tiempo del que legalmente le correspondía, no puede aplicarse la caducidad, por tener señalada esa concreta situación irregular sanciones específicas distintas, cuales son las señaladas en los artículos 380, 381 y 382 del Código Judicial. Aparte de que, como ha señalado ya la Sala en varias ocasiones, no puede entenderse que el demandante ha abandonado el negocio cuando precisamente conserva el expediente en su poder (G. J., T. LXX, p. 630).

Se impone, en consecuencia, acceder a la petición subsidiaria del señor Procurador Delegado, justificada plenamente a la luz del citado artículo 380 del Código Judicial, y teniendo en cuenta el informe de la Secretaría, mencionado arriba.

En mérito de lo expuesto se resuelve:

1º No hay lugar a declarar la caducidad de la instancia.

2º Requiérese al señor apoderado de la parte demandante a que devuelva el expediente contentivo del juicio a que se ha aludido en la presente providencia, dentro de los cinco días siguientes al en que le sea notificada, y se le conmina a pagar a favor de la Nación una multa de cuarenta pesos para el caso de que no obedezca lo acabado de indicar.

Notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ramiro Araújo Grau.

Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTES

Se rechaza un incidente por cuanto ya había sido anteriormente promovido y fallado. Se trataba de fijar, conforme al artículo 553 del Código Judicial, el valor de una condena en cantidad ilíquida.

La condenación en abstracto impone a la parte favorecida probar, dentro del término legal del incidente, la cuantía de los perjuicios, frutos, alquileres, etc., cuando la contraparte no ha aceptado la liquidación presentada; y si así no lo hace, el auto que la desecha resuelve en definitiva el punto debatido, sin que sea posible revisar lo fallado en posterior articulación, de acuerdo con el artículo 394 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 22 de mayo de 1962.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

Por sentencia de fecha 22 de julio del año de 1959, dictada en el juicio promovido por el ingeniero Federico Uribe Restrepo contra la Nación, se dispuso que, por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, el actor fijara el valor de los alquileres de las máquinas relacionadas en el anexo del contrato de 28 de noviembre de 1949, inserto en el número 27270 del Diario Oficial, y al efecto, en ejecución del dicho fallo, presentó la correspondiente liquidación, la cual por los motivos expuestos en el auto de fecha 4 de febrero de 1960, no se aceptó, comoquiera que, objetada la liquidación por el procurador delegado, el articulante no presentó prueba alguna para establecer o probar la cuantía de los alquileres.

Ejecutoriada tal providencia, en nuevo escrito, presenta otra liquidación, con el mismo fin, o sea, para determinar la cuantía de los alquileres de las máquinas a que se refiere la sentencia de 22 de julio de 1959; sin embargo, no puede admitirse esta segunda articulación, por estos motivos:

a) El artículo 394 del Código Judicial ordena al juez rechazar de plano los incidentes, "cuando se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra ocasión"; y es evidente que ya se surtió la correspondiente articulación, encaminada a la fijación de la cuantía de los alquileres devengados por las máquinas a que se refiere la memorada sentencia de 22 de julio de 1959;

b) En ejecución de la mencionada sentencia se recibió o se llevó a efecto la primitiva articulación; de manera que quedó cumplido el ordenamiento del fallo y agotada la facultad de la parte favorecida para pedir la fijación de los alquileres, sin que el insuceso registrado, por falta de pruebas, le confiera derecho para promover incidentes en serie indefinida, que prohibe, expresamente el citado artículo 394 del Código Judicial.

c) Finalmente, la condenación en abstracto impone a la parte favorecida, probar dentro del término legal del incidente, la cuantía de los perjuicios, frutos, alquileres, etc., cuando la contraparte no ha aceptado la liquidación presentada; y si así no lo hace, el auto que la desecha resuelve en definitiva el punto debatido, sin que sea posible revisar lo fallado en posterior articulación.

Por lo expuesto, no se admite la nueva petición del apoderado del actor, para que se abra una segunda articulación; en consecuencia, se ordena archivarla juntamente con el expediente que contiene el juicio respectivo.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ramiro Araújo Grau.

Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

OCUPACION DE HECHO DE TERRENOS PARTICULARES

La ocupación de hecho por entidades administrativas no produce por sí misma la transferencia del dominio. En esta clase de juicios la sentencia que ordena el pago del terreno ocupado y de los perjuicios, reemplaza a la escritura pública. La indemnización de los perjuicios comprende intereses.

1. En juicios como el presente, en que se ejercita la acción de indemnización por ocupación permanente de hecho por parte de entidades administrativas de terrenos particulares, el demandante no está obligado a presentar el certificado sobre suficiencia del título registrado de que trata el artículo 635 del Código Judicial, por tener tal exigencia un carácter de excepción para los casos en que la ley lo exige expresamente. La presentación de un título registrado hace presumir la propiedad, y esa presunción favorece a quien el título muestra como propietario, mientras no se demuestre la cancelación del registro por quien la alegue.

2. La ocupación permanente con carreteras u otros trabajos públicos de terrenos particulares por parte de las entidades administrativas, sin la anuencia del propietario y con prescindencia de todo trámite judicial previo, no produce por sí misma una transferencia de los terrenos al patrimonio de dichas entidades. Por lo tanto, si el propietario pide que se le pague el precio, como condigna reparación del despojo, debe accederse a ello; y como tal solicitud lleva implícito el ánimo de transferir el dominio, la transferencia se opera sin necesidad de otorgamiento de escritura pública, ya que la sentencia la suple.

3. Como corolario de la tesis de que la ocupación permanente con trabajos públicos de zonas de terrenos particulares no produce por sí misma la transferencia al patrimonio de la entidad pública ocupante, el demandante tiene derecho al reconocimiento de los intereses, de conformidad con la doctrina del artículo 739 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

Los señores Arturo López M. y Carlota Hurtado de López, vecinos del Municipio de Palestina (Caldas) demandaron, por medio de apoderado, al Departamento de Caldas para que se hicieran contra éste las siguientes declaraciones:

"Primero. Que el Departamento de Caldas está obligado a pagarles a mis mandantes, en la proporción que a cada uno corresponda y previo avalúo, el valor de las fajas o zonas que ocupó en los predios de propiedad de los mismos, descritos en la parte motiva de esta demanda, de acuerdo con el precio que señalen los peritos que para el caso se designen conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 35 de 1915 y demás disposiciones concordantes".

"Segundo. Que igualmente está el Departamento demandado en la obligación de pagarles a mis mandantes, en la proporción que a cada uno corresponda, el valor de los perjuicios que se les causaron en sus propiedades, por la destrucción de plantaciones de café y demás sementeras, cercas, etc., también de acuerdo con el precio en que estas prestaciones sean fijadas por peritos, incluyendo en su valor el daño emergente y lucro cesante".

"Tercero. Que el valor de las prestaciones relacionadas es de mil ciento setenta y seis pesos ($ 1.176.00) para el señor Arturo López M. y de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) para la

señora Carlota Hurtado de López, o en su defecto, la cantidad que se determine para cada uno en el avalúo que se surta en el juicio".

"Cuarto. Que la parte actora debe otorgar oportunamente en favor del Departamento de Caldas el correspondiente título traslaticio de dominio por las fajas o zonas que son motivo de la acción".

Fundamentaron la demanda en las circunstancias de que el Departamento de Caldas ocupó permanentemente zonas de terrenos de su propiedad, en la construcción de la carretera que de la cabecera de Palestina conduce a "La Rochela" o "Santágueda", y que al mismo tiempo les destruyeron cercas y plantaciones de café.

El libelo fue presentado ante el Tribunal Administrativo de Caldas en noviembre de 1954, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en ese entonces sobre competencia respecto a esta clase de controversias. Posteriormente, suscitado un incidente de nulidad con base en incompetencia de jurisdicción, dictada la sentencia de la Corte de 20 de junio de 1955, sobre inexequibilidad de los artículos 261 a 268 del Código Contencioso-Administrativo en cuanto aplicables por el Consejo de Estado y proferido el Decreto legislativo 293 de 1956, el negocio, en virtud de providencia de esta Sala, quedó radicado en el Tribunal Superior de Manizales, el cual puso término a la primera instancia en sentencia de 28 de noviembre de 1956, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor: "En mérito de lo dicho, el Tribunal Superior de Manizales, en sala de decisión y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, condena al Departamento de Caldas, representado por su Gobernador, a pagar al señor Arturo López M., mayor y vecino de Palestina, la suma de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) moneda corriente y a la señora Carlota Hurtado de López, de las mismas condiciones civiles, la suma de cuatrocientos cuarenta pesos ($ 440.00) como valor de las fajas de terreno que ocupó dentro de sus predios con la construcción de la carretera Palestina-La Rochela o Santágueda, saldos líquidos resultantes después de deducir el veinte por ciento de que trata el artículo 268 de la Ley 167 de 1941".

"Los demandantes deberán transmitir el dominio de las referidas fajas, según la extensión anotada en la parte motiva, al Departamento de Caldas, otorgando las correspondientes escrituras".

"Si la presente sentencia no fuere apelada, consúltese con el Superior".

Apelada dicha sentencia por ambas partes, vino a esta Corporación, donde comenzó a recibir la tramitación propia de la segunda instancia del juicio ordinario consagrado por el Código Judicial, siendo así que, de conformidad con el mencionado Decreto 293 de 1956 correspondía imprimirle la tramitación del juicio ordinario establecido por el Código Administrativo. Advertido el error, hubo de retrotraerse lo actuado a efecto de que se cumplieran los trámites correspondientes. Por otra parte, el Gobernador de Caldas no constituyó apoderado, por lo que las diversas notificaciones tuvieron que hacérsele mediante juez comisionado.

Las anteriores vicisitudes explican lo muy prolongado de la tramitación del presente juicio.

El Tribunal *a quo* encontró establecido el hecho de que los terrenos de los demandantes quedaron parcialmente ocupados por la carretera Palestina-Santágueda, construída por el Departamento de Caldas. También halló comprobada la propiedad de los demandantes sobre los terrenos, así como que las obras se comenzaron antes de la vigencia del Decreto 2770 de 1953, que establecía un gravamen sobre los predios ocupados por zonas de carreteras equivalente al valor de dichas zonas. Igualmente aceptó el avalúo hecho por los peritos nombrados al efecto en la primera instancia, sobre el valor de las fajas de terreno ocupadas por la carretera. En cambio no reconoció la estimación pericial respecto a los otros daños sufridos por los demandantes, por encontrar esta parte del experticio carente de la debida fundamentación.

Los demandantes no tuvieron ante esta Corporación intervención distinta a la de la presentación de un alegato por parte de su apoderado cuando llegó el negocio para la tramitación de la segunda instancia, alegato en que se critica el rechazo parcial que hizo el Tribunal del dictamen de los peritos, y se pide la reforma de la sentencia en sentido plenamente favorable a las pretensiones de los actores.

Para resolver se considera:

1º El hecho de la ocupación por una carretera departamental de zonas de terrenos pertenecientes a los demandantes está plenamente establecido en autos con certificaciones oficiales, declaraciones de testigos, inspección ocular, copia de una diligencia de remate y escritura pública debidamente registrada. Estos dos últimos documentos fueron allegados para establecer la propiedad de los demandantes sobre los predios, y el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha llevado la voz del Ministerio Público ante esta Sala, impugna su valor proba-

torio, por cuanto, a su juicio, no han sido completados con el certificado del señor Registrador sobre vigencia actual de los registros.

Como ha anotado esta Sala, en juicios como el presente, no está obligado el demandante a presentar el certificado sobre suficiencia del título registrado de que trata el artículo 635 del Código Judicial, por tener tal exigencia un carácter de excepción para los casos en que la ley lo exige expresamente. La presentación de un título registrado hace presumir la propiedad, y esa presunción favorece a quien el título muestra como propietario, mientras no se demuestre la cancelación del registro por quien la alegue. (G. J., T. XCII, Nos. 2225/6, pág. 1196). Por consiguiente hacen fe sobre sus calidades de propietarios la diligencia de remate presentada por Arturo López y la escritura pública aducida por Carlota Hurtado de López, ambas debidamente registradas.

2º Declarado inexequible por la Corte el artículo 269 del Código Contencioso-Administrativo, aparece inconcuso, como ya ha tenido oportunidad de indicar la Sala, que la ocupación permanente con carreteras u otros trabajos públicos de terrenos particulares por parte de las entidades administrativas, sin la anuencia del propietario y con prescindencia de todo trámite judicial previo, no produce por sí misma una transferencia de los terrenos al patrimonio de dichas entidades.

Por lo tanto, si el propietario pide que se le pague el precio, como condigna reparación del despojo, debe accederse a ello. Esta solicitud por otra parte, lleva implícito el ánimo de transferir el dominio, y la transferencia se opera sin necesidad de otorgamiento de escritura pública, ya que la sentencia la suple. En providencia de 30 de junio de 1980 dijo la Sala sobre esta materia: "Se dijo atrás que abrogado el artículo 269 de la Ley 167 no hay lugar a asimilar la acción que se ejercita a la enajenación forzosa, y ahora se agrega que tampoco lo hay, por consiguiente, a subordinar la transferencia del dominio a la formalidad de escritura pública, y el otorgamiento de ésta a la de la presentación por el demandante del certificado de suficiencia del título, como se dispone en el fallo de primer grado, pues una tal decisión deja sin solución el litigio, o por lo menos lo somete a condiciones inútiles: sin solución, porque debiendo atribuírse alguna finalidad a la presentación del certificado, cualquier vicio o defecto que él descubra en el título cohonesta la actitud de la parte vencida que se niegue a aceptar el traspaso alegando ese vicio o defecto, con que quedaría sin cumplimiento la decisión principal, o sea, la relativa al resarcimiento; inútil, porque siendo la sentencia título de adquisición en cuanto define los derechos y obligaciones de las partes (Cod. Civ. art. 2652, num. 2º), y hallándose embebido en la orden de pagar el precio el reconocimiento de la correlativa de transferir el inmueble, comoquiera que el precio no es sino la contraprestación necesaria de esa transferencia, el posterior otorgamiento de escritura pública aparece como superfluo. Por la accesión, que es a la vez título constitutivo de dominio (Cod. Civ. art. 765, inc. 2º) y modo de adquirirlo (Cod. Civ. art. 713), se produce un desplazamiento automático de la propiedad (algún tratadista habla de "expropiación instantánea"), que sólo requiere el reconocimiento judicial del hecho cumplido; y aunque en el caso del inciso primero del artículo 739 del Código Civil ese desplazamiento no es automático, pues en tal evento el principio general de la accesión se halla atenuado en tanto en cuanto no se atribuye al dueño del terreno la plenitud de facultades sobre lo edificado o plantado, y aún se le permite imponer al constructor o plantador la adquisición del terreno donde ejecutó la obra o estableció el plantío sin su conocimiento, optado y propuesto por el dueño el segundo de los expresados extremos, y acogido éste en la sentencia, el reconocimiento que en ésta se hace de la obligación de pagar el precio genera como compensación el desplazamiento de la propiedad del actor al demandado, por lo cual es la sentencia título constitutivo de propiedad que suple la escritura pública, como ocurre en todos los casos en que el fallo produce mutación en las situaciones jurídicas o crea derechos u obligaciones recíprocas" (G. J., T. XCII, Nos. 2225/6, pág. 1198).

3º El precio de las fajas de terreno de los demandantes ocupadas por la carretera fue avaluado por peritos durante la primera instancia, y no hay objeción que hacer a la aceptación que dio el Tribunal a dicha peritación. Igualmente resulta ajustado a derecho el rechazo que el juzgador *a quo* dio al avalúo de los perjuicios por destrucciones de cercas y plantaciones, no sólo es cierto que en esa parte el trabajo de los expertos carece de toda fundamentación, sino también que en realidad tales perjuicios no aparecieron plenamente comprobados. En el acta de la inspección ocular se lee que los peritos conceptuaron que en la finca de Arturo López había unos setenta árboles de café, y que en la de Carlota Hurtado de López, ochenta. Pero esa observación personal de los expertos nada puede establecer de conformidad con el artículo 730 del Código Judicial, según el cual "el acta de

la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez". Comprobados los perjuicios por la observación del juez, desde luego en asocio de los peritos, éstos bien habrían podido realizar el trabajo de avalúo que se les pidió que hicieran; pero el propio avalúo no podía servir de medio para comprobar la realidad de los perjuicios, no susceptibles, a lo menos en el presente caso, de prueba pericial. Por otra parte, la afirmación de los peritos sobre el número de cafetos es indiscriminada, y no se sabe cuántos estaban fuera de la zona ocupada por la carretera y que, por tanto, requerían ser avaluados en forma independiente de dicha zona. Este dato tampoco resulta de las declaraciones de testigos, sobre los daños sufridos por los terrenos de los demandantes, pues no indican el número de árboles destruídos que quedaron fuera de la carretera, ni tampoco la extensión precisa de los otros daños.»

4º Aunque los demandantes no hicieron mención expresa de intereses en su demanda, y ello sin duda por haberse atenido a la jurisprudencia sobre la manera de entender acciones como la presente, vigente cuando se instauró el pleito, no es menos cierto que al demandar por perjuicios, quedaron involucrados en el pedimento; y a ellos tienen derecho de conformidad con la doctrina del artículo 739 del Código Civil, como corolario de la tesis aludida arriba, de que la ocupación permanente con trabajos públicos de zonas de terrenos particulares no produce por sí misma su transferencia al patrimonio de la entidad ocupante. Por consiguiente ha de hacerse condena al pago de dichos intereses. Como fecha en que se produjo la ocupación se fija el primero de marzo de 1953, según inferencia que resulta del dicho de quienes al respecto declararon.

5º De conformidad con el artículo 268 del Código Administrativo, aplicable al presente negocio en virtud del Decreto 293 de 1956 (art. 3º), procedió bien el Tribunal al deducir el veinte por ciento al valor de las fajas de terreno ocupadas por la carretera.

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:

Refórmase la sentencia apelada, la cual quedará así:

1º Condénase al Departamento de Caldas a pagar al señor Arturo López M., mayor y vecino de Palestina, la suma de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) moneda corriente, más los intereses legales de dicha suma desde el 1º de marzo de 1953 hasta cuando se efectúe el pago.

2º Condénase al Departamento de Caldas a pagar a la señora Carlota Hurtado de López, mayor y vecina de Palestina, la suma de cuatrocientos cuarenta pesos ($ 440.00) moneda corriente, más los intereses legales de dicha suma desde el 1º de marzo de 1953, hasta cuando se efectúe el pago.

3º Tales sumas deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

4º Absuélvase al Departamento de Caldas de los demás cargos formulados en la demanda.

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

Ramón Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

CONCESION DE MINAS

Oposición a un contrato celebrado con la Nación sobre unos yacimientos de mercurio. Competencia para conocer de estos procesos. Minas contratables. Extremos que debe probar el opositor. Inspección ocular e identificación de predios.

1. Cuando se trata de minas contratables, el presunto propietario de los minerales tiene dos oportunidades para ejercitar la acción de oposición: la primera, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, dentro del plazo señalado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 85 de 1945, en cuyo evento "el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno"; y la segunda, "dentro del término de un año, que se contará a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida", conforme al inciso 1º del artículo 5º de la citada ley. En consecuencia, tratándose de la misma acción, con las mismas pretensiones e igual situación jurídica de las partes en cuanto a la naturaleza de proceso (juicio ordinario), no puede modificarse la competencia atribuída expresamente a los Tribunales Superiores en el citado artículo 1º, que en el inciso 4º dispone: "Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios".

2. Las minas de mercurio, como las de carbón, hierro, mica, etc., pertenecen a la clase de las nominadas "contratables", siempre que se descubran en terrenos baldíos o en aquellos que hubieren sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, conforme al numeral c) del artículo 4º del Código Fiscal. Para hacer efectiva, en la práctica, la norma citada, el artículo 110 del mismo Código ordenó: "Las minas y depósitos de que tratan los apartes c) y d) del artículo 4º de este Código, con excepción de las de petróleo que se sujetarán a las reglas contenidas en los artículos 109 a 112, pueden explotarse por medio de contratos...".

3. Los extremos que debe probar el opositor a una concesión de minas, para el éxito de sus pretensiones, se reducen: a) título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873); b) títulos de la actual propiedad de los predios, objeto de la acción, con el certificado sobre suficiencia de los exhibidos, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en relación a un lapso no menor de 20 años; c) identificación o ubicación sobre el terreno, tanto del predio objeto del título expedido por el Estado, como de los predios respecto de los cuales alega propiedad privada; d) superposición del globo de terreno de la concesión sobre los inmuebles del actor.

4. La inspección ocular es el medio probatorio que "tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez acompañado de peritos o de testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate"; y así, pues, según el ordenamiento legal, la inspección ocular, en forma primordial, está encomendada a la actividad del Juez, quien debe examinar, personalmente, las cosas o hechos litigiosos, con la asistencia de peritos o testigos, según lo exigiere la naturaleza de los hechos o de las cosas que deben ser sometidas a examen.

5. Tratándose de una inspección ocular para identificar determinados predios, corresponde al Juez, acompañado por peritos o testigos, recorrer los inmuebles para verificar sobre el terreno, en su realidad geográfica las lindes descritas en los títulos, y no puede dejarse al cuidado únicamente de los peritos el establecer la identidad de los predios, su ubicación sobre el terreno, si forman o no parte de otro u otros, etc., porque en tal forma se desvirtúa o desnaturaliza el medio probatorio, que requiere la personal y directa intervención del Juez, para que el acta de la inspección ocular haga plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por él, según el artículo 730 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 30 de mayo de 1962.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

Ante el Tribunal de Manizales, el apoderado de los condueños Pablo Emilio, Juan Ramón y Luis Carlos Alzate Arias, demandó al Estado con el fin de que, en juicio ordinario de dos instancias, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Los lotes de terreno de propiedad común y en proindiviso de los señores Juan Ramón, Luis Carlos y Pablo Emilio Alzate Arias, linderados en los hechos 1º y 2º de esta demanda salieron legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, las minas de mercurio y demás metales no preciosos que existan en los lotes de terreno a que antes se hace referencia, no son contratables por el Estado, pues pertenecen a los nombrados dueños del suelo.

"Tercera. El contrato celebrado por la Nación con el Consorcio Minero Colombiano, el 14 de junio de 1958, para la exploración y explotación de los yacimientos de mercurio, en cuanto abarque los lotes de terreno de propiedad de Juan Ramón, Luis Carlos y Pablo Emilio Alzate Arias, linderados en los hechos 1º y 2º de la demanda, no obliga a éstos, por ser dueños del subsuelo, y por tanto la sociedad concesionaria carece de derecho para iniciar allí labores de cualquier clase a fin de extraer mercurio.

"Cuarta. Por tanto, el mercurio que se encuentre en los dos lotes de terreno a que se hace referencia, está excluído del contrato de concesión que el Gobierno Nacional celebró con el Consorcio Minero Colombiano el 14 de junio de 1958, y por ende, únicamente puede ser explotado como de propiedad privada" (fs. 19 C. Nº 1º).

En cuanto a los hechos, en síntesis, expuso:

1º Los nombrados copropietarios adquirieron el fundo "Montiel", ubicado en el Municipio de Aranzazu, por las lindes descritas en este aparte, en virtud de compra hecha a Evelio Botero H. mediante la escritura número 310 de 1º de abril de 1946, otorgada en la Notaría de Salamina, Departamento de Caldas; Botero H. adquirió el inmueble por compra a Rafael Gómez por escritura número 286 de 28 de septiembre de 1931 de la Notaría de Aranzazu; y este último vendedor lo hubo en remate efectuado ante el Juez 1º Civil del Circuito de Salamina, el 19 de diciembre de 1928.

2º Otro lote, ubicado en el mismo Municipio de Aranzazu y matriculado con el nombre de "El Edén", separado del anterior por un camino, lo adquirieron los actores por adjudicación hecha en el juicio de sucesión de Serafín Arias, por las lindes descritas en este aparte, con la advertencia de que acompaña copia de la hijuela.

"3º Los lotes de terreno que quedan relacionados salieron legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, como se demostrará oportunamente. Forman parte del extenso territorio donde hoy existen las ciudades de Manizales, Neira, Aranzazu y Salamina, que a comienzo del siglo XVIII obtuvo don José María Aranzazu por capitulación concedida por el Rey Carlos IV, soberano de España.

"4º Como en el inmenso territorio de la expresada capitulación se habían establecido numerosos vecinos, que poblaron y cultivaron, se suscitaron entre éstos y González, Salazar y Cía., representantes del señor Aranzazu, numerosos litigios, que estimo innecesario referir. En el año de 1850 había tres poblaciones en el territorio encerrado entre los ríos Pozo y Chinchiná: Salamina, Neira y Manizales, abarcando la primera lo que actualmente es la ciudad de Aranzazu.

"5º A fin de definir esa situación entre los pobladores y los representantes del señor Aranzazu, el Congreso Nacional expidió el Decreto de 23 de abril de 1853, que según copia de don Juan B. López O. en su obra 'Salamina', Tomo primero, página 100, dispone:

"'Artículo 1º Se faculta al Poder Ejecutivo para que pueda transigir con González, Salazar y Cía. la cuestión pendiente sobre propiedad, posesión y deslinde de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales de la provincia de Córdoba.

"'Artículo 2º Se les faculta igualmente para que puedan disponer en favor de los pobladores de los expresados distritos, de los terrenos que correspondan a la República, después de celebrada la transacción con dicha compañía o sus apoderados, o las personas que se crean con derecho a ello.

"'Parágrafo. Los gastos que se causen por parte del Gobierno para efectuar los arreglos consiguientes a la transacción, se sacarán de lo que corresponda a la República en virtud de dicha transacción'.

"5º Bis. En la Notaría del Circuito de Andalucía, Departamento del Valle, por la escritura pública número 13 de 15 de enero de 1958, que acompaño en copia registrada, el señor Alberto Mejía Patiño protocolizó, según parece, un ejemplar del número 1562 de la Gaceta Oficial de la Nueva Granada, edición correspondiente al 5 de julio de 1853. Allí aparece publicada la tran-

sanción a que llegaron el Gobierno Nacional y el señor Jorge Gutiérrez Lara, como apoderado y miembro de la sociedad de González, Salazar y Cía., sobre la propiedad y posesión de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales, que se hallan comprendidos dentro de los linderos siguientes: 'Desde el punto en donde desemboca el río Poso en el río Cauca; Cauca arriba hasta la confluencia del río Chinchiná; Chinchiná arriba hasta su nacimiento en el punto llamado Laguneta en el Páramo del Ruiz; de aquí por todo el filo de la Cordillera, en dirección Norte, hasta los nacimientos del río San Lorenzo; San Lorenzo abajo hasta su confluencia con el río Poso; Poso abajo hasta encontrar en el Cauca, que es el primer lindero'. Dicha convención fue suscrita en Bogotá el 8 de junio de 1853, y aprobada por el Presidente de la República el 18 del mismo mes.

"6º Considerando el Gobierno Nacional, que se trata de terrenos baldíos o de baldíos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, en Resolución número 74 de 11 de febrero de 1952, el Ministerio de Minas y Petróleos, Servicio Legal de Minas, admitió la propuesta formulada por los señores José Góngora y López, Enrique Betancourt Walker y Alberto Duarte French, para la exploración y explotación de mercurio, en un globo de terreno de dos mil setecientas hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Aranzazu y Salamina, Departamento de Caldas. Aunque hubo algunas oposiciones, sus proponentes las desistieron, y otras formuladas al hacer la entrega a los concesionarios no fueron admitidas por el Ministerio.

"7º En Resolución número 931 de 28 de agosto de 1958, fue señalado el 25 de septiembre del mismo año para verificar la entrega al Consorcio Minero Colombiano del globo de terreno materia del contrato celebrado entre el Ministerio y el Consorcio antes citado, entrega que se efectuó sin atender las reclamaciones de numerosos propietarios, y hasta sin identificar en debida forma el lote materia de esa diligencia. Quedaron comprendidas así, en la diligencia, los dos lotes pertenecientes a mis poderdantes, descritos en los hechos 1º y 2º.

"8º El Ministerio de Minas y Petróleos, en Resolución número 1264 de 29 de octubre de 1958, dispuso en el artículo 1º de ella:

"'No es el caso de enviar al honorable Tribunal Superior de Manizales las diligencias relativas a la propuesta número 611 por cuanto que la Resolución 379 de 7 de mayo de 1956 que así lo ordena fue suspendida por la número 517 de 15 de mayo de 1957 y luego reconsiderada por la número 957 del mismo año.

"'En consecuencia, no se accede a suspender la diligencia de entrega de la zona objeto del contrato celebrado por el Gobierno con el Consorcio Minero Colombiano para la exploración y explotación de los yacimientos de Mercurio en ella existentes, contrato celebrado con fecha 14 de junio del año en curso'.

"Por consiguiente, asiste a mis mandantes el derecho para iniciar la acción ordinaria correspondiente, ya que sólo el 25 del mes en curso expira el término de un año fijado por el artículo 5º de la Ley 85 de 1945" (fs. 17 a 18 vto. ib.).

Como disposiciones aplicables invocó el apoderado de los actores: artículo 202 de la Constitución Nacional; artículos 4, 108 y 110 del Código Fiscal; Ley 85 de 1945 y demás normas concordantes.

El Fiscal 2º del Tribunal de Manizales contestó la demanda en representación de la Nación; y a efecto, después de manifestar que no le constaban algunos hechos o de pedir que se probasen, "a nombre de la Nación que represento en este juicio —dijo—, me opongo a las declaraciones pedidas por la parte demandante".

Agotada la primera instancia en forma normal, el Tribunal del conocimiento, en fallo de fecha 31 de mayo de 1961, absolvió "a la Nación de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo de demanda".

La anterior sentencia debe revisar la Sala, en virtud de apelación interpuesta por la parte actora; y a ello se procede con fundamento en la siguiente motivación.

1. *Competencia.*

Desde luego, la competencia del Tribunal para conocer del litigio en primera instancia está fuera de toda duda, porque el objeto o la finalidad de este juicio no es juzgar sobre el contrato de transacción celebrado por el Estado con "González, Salazar y C'a.", sino sobre el hecho de haber salido del dominio del Estado tales predios antes del 28 de octubre de 1873; y para demostrarlo, como instrumento, prueba o medio, se invoca o se presenta el mencionado contrato de transacción; por esto, pues, no se puede aplicar el artículo 40 del Código Judicial, sino el 76 del mismo Código, como así lo reconoce el Tribunal *a quo*.

Además, cuando se trata de minas contratables, el presunto propietario de los minerales tiene dos oportunidades para ejercitar la acción de oposición: la primera, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, dentro del plazo señalado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 85 de 1945, en cuyo evento, "el Ministerio enviará las

diligencias al Tribunal superior del distrito judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno"; y la segunda, "dentro del término de un año, que se contará a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida", conforme al inciso 1º del artículo 5 de la citada ley; en consecuencia, tratándose de la misma acción, con las mismas pretensiones e igual situación jurídica de las partes en cuanto a la naturaleza del proceso (juicio ordinario), no puede modificarse la competencia atribuída, expresamente, a los tribunales superiores en el citado artículo 1º, que en el inciso 4º dispone: "Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios".

II. *Minas contratables.*

Las minas de mercurio, como las de carbón, hierro, mica, etc., pertenecen a la clase de las nominadas "contratables", siempre que se descubran en terrenos baldíos o en aquellos que hubiesen sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, pues, el numeral c) del artículo 4º del Código Fiscal dispone: "Son bienes fiscales del Estado: ... c) Las minas distintas de las mencionadas en el artículo 202 de la Constitución y el aparte anterior de este artículo, como las de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertas o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, sin perjuicio asimismo de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas".

Para hacer efectiva, en la práctica, la norma transcrita, el artículo 110 del citado Código Fiscal, ordenó: "Las minas y depósitos de que tratan los apartes c) y d) (huano y otros abonos) del artículo 4º de este Código, con excepción de las de petróleo, que se sujetarán a las reglas contenidas en los artículos 109 a 112, pueden explotarse por medio de contratos..."

En el año de 1945 se dictó la Ley 85 "por la cual se reglamentan las oposiciones a las concesiones mineras"; y con esta finalidad, en el artículo 1º, hechas las publicaciones sobre la propuesta "para explorar y explotar yacimientos de metales preciosos, metales no preciosos o substancias minerales no metálicas", señala un plazo de tres meses para que el presunto propietario de los minerales o yacimientos presente su oposición al Ministerio de Minas, con el fin de que envíe "las diligencias al Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno", para que se decida en juicio ordinario de mayor cuantía, con la facultad de interponer, ante la Corte Suprema de Justicia, los correspondientes recursos de apelación.

En el artículo 5º de la misma ley, si el presunto propietario de los yacimientos no ha presentado oposición ante el Ministerio, le previene que "perderá definitivamente su derecho si no inicia la acción ordinaria correspondiente dentro del término de un año, que se contará a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida".

La presente demanda fue presentada dentro del plazo señalado por los artículos mencionados, por cuanto la diligencia de entrega se llevó a cabo el 25 de septiembre de 1958 y la presentación de aquélla, el 24 de septiembre de 1959 (fs. 19 vto.).

III. *Fundamentos de la oposición.*

Los extremos que debe probar el opositor, para el éxito de sus pretensiones, se reducen: a) título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873; b) títulos de la actual propiedad de los predios, objeto de la acción, con el certificado sobre suficiencia de los exhibidos, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en relación a un lapso no menor de veinte años; c) identificación o ubicación, sobre el terreno, tanto del predio objeto del título expedido por el Estado, como de los predios respecto de los cuales alega propiedad privada; d) superposición del globo de terreno de la concesión sobre los inmuebles de los actores.

1º Como título emanado del Estado se presentó el documento de fecha 8 de junio de 1853, suscrito por el doctor José María Plata, Secretario de Estado en el Despacho de Hacienda, y por Jorge Gutiérrez de la Lara, como apoderado y miembro de la sociedad González, Salazar y Compañía, en copia expedida por el Ministerio de Gobierno, Negocios Generales, tomada del número 1562 de la Gaceta Oficial de julio 5 de 1858.

Esta copia contiene el contrato de transacción celebrado por el Estado con la dicha sociedad, para poner fin al litigio sobre la propiedad de una extensísima zona, que afectaba el territorio de los Municipios de Salamina, Neira y Manizales; y al efecto, en el artículo 1º se estipuló: "El Gobierno de la República cede i trasfiere a la Sociedad de los S. S. González i Compañía, todos los derechos i acciones que en la actualidad puedan corresponderle sobre la propiedad i la posesión de los terrenos de Salamina, Neira i

Manizales que se hallan comprendidos dentro de los linderos siguientes: Desde el punto donde desemboca el río Poso en el río Cauca; Cauca arriba hasta la confluencia del río Chinchiná; Chinchiná arriba hasta sus nacimientos en el punto llamado Lagunetas en el Páramo de Ruiz; de aquí por todo el filo de la Cordillera, en dirección Norte, hasta los nacimientos del río San Lorenzo; San Lorenzo abajo hasta su confluencia con el Poso; Poso abajo hasta su entrada en el Cauca, que es el primer lindero" (fs. 12 vto. C. Nº 2º).

En la segunda cláusula o artículo, además de ratificar las concesiones y ventas hechas antes a terceros, la compañía se obligó especialmente: "1º Darán en plena i absoluta propiedad, gratuitamente, diez fanegadas de tierra a cada habitante de los establecidos dentro del territorio espresado, siempre que tenga casa en él, o haya hecho una labranza o cualquiera otro establecimiento agrícola. 2º Darán gratuitamente a cada población doce mil fanegadas de tierra, que se tendrán a disposición del Cabildo respectivo. Estas doce mil fanegadas se completarán sobre las concesiones que se hayan hecho anteriormente a las mismas poblaciones; pero si dichas concesiones escedieren de las doce mil fanegadas, quedarán siempre a favor de la respectiva población el esceso" (fs. 13 ib.).

2º Según el artículo 4º, "El Tesoro de la República queda propietario de una acción equivalente a la cuarta parte de todos los bienes, derechos i acciones, de que es propietaria la Compañía de González i Salazar. El Gobierno designará la persona ó autoridad que le habrá de representar en la Compañía espresada.".

En las instrucciones enviadas por el Secretario de Estado, doctor José María Plata, al Gobernador de la Provincia de Córdoba, le comunica: "Como por el artículo 4º del contrato el Tesoro de la República viene a ser propietario de una acción equivalente a la cuarta parte de todos los bienes, derechos i acciones de que es propietaria la Sociedad de los señores González Salazar i Compañía, el Gobierno designa para que los represente en la Compañía, al señor Administrador Jeneral de Correos de la provincia, quien desde luego deberá informarse con esactitud de todo lo que constituya el activo de la empresa, i entender en su administración en la parte correspondiente" (fs. 14 ib.).

Por tanto, si por el título examinado salió del dominio del Estado la expresa región alindada en la cláusula primera, tampoco puede remitirse a duda que aquel quedó como copropietario, con un interés igual a la cuarta parte, en todos los bienes de la compañía, que incluye la propiedad cuando menos del subsuelo, por cuanto no se ha probado en este proceso que la compañía se hubiese liquidado y los bienes se hubieran dividido entre los socios.

3º En cuanto concierne a la propiedad actual del predio nominado "Montiel", según el certificado expedido por el registrador de Salamina el 23 de octubre de 1959, la cadena de títulos se ha establecido a partir del remate hecho por Diego Estrada el 6 de mayo de 1913, en el Juzgado 1º del Circuito de Manizales, hasta la escritura número 310 de 1º de abril de 1946 de la Notaría del lugar citado, la cual contiene el contrato de compraventa celebrado entre los actores con Evelio Botero H., vigente en la fecha de expedición del certificado.

Respecto del inmueble "El Edén" existen títulos de propiedad particular a partir de la escritura pública número 367 de 16 de marzo de 1875, otorgada en la Notaría de Salamina, hasta la adjudicación hecha a los actores, en el juicio de sucesión de Serafín Arias, mediante sentencia de 15 de diciembre de 1953 que aprobó la partición, inscrita en el Libro de Causas Mortuorias el 18 de febrero de 1954 y vigente el 29 de septiembre de 1959, fecha de la expedición del certificado por el Registrador de Salamina.

IV. *Inspección ocular.*

Para la identificación de los predios, el actor solicitó la práctica de una inspección ocular, con la asistencia de peritos, la cual, por comisión, llevó a efecto el Juez Municipal de Aranzazu, en una diligencia bastante deficiente, como lo observa atinadamente el tribunal *a quo*.

En efecto, respecto a los linderos de la gran zona cedida a la sociedad González, Salazar y Cía., en una adición a la primitiva acta, los peritos dicen que "no se determinaron sobre el terreno por su extensión, pero los señores peritos dejan expresa constancia de conocerlos directamente, y esta la razón de sus afirmaciones al responder el cuestionario formulado"; pues, en efecto, en la primera parte del acta, en relación con los inmuebles Montiel y El Edén, objeto de este litigio, dijeron que "están comprendidos, sin lugar a duda de ninguna clase, dentro de los linderos que aparecen en el contrato de ocho de junio de mil ochocientos cincuenta y tres celebrado entre la Nación y el Gerente de la Sociedad González Salazar y Compañía", y al dar respuesta al segundo punto, dicen: "También es cierto que en el extenso globo de terreno que conforme al contrato aludido vino a corresponderle a la sociedad González Salazar y Cía., abarca no sólo los terrenos de propiedad de los

demandantes sino innumerables propiedades rurales como también los lugares donde se encuentran edificadas en la actualidad las ciudades de Neira, Filadelfia, Aranzazu y Salamina".

La inspección ocular es un medio probatorio que "tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez acompañado de peritos o de testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate"; y así, pues, según el ordenamiento legal, la inspección ocular, en forma primordial, está encomendada a la actividad del juez, quien debe examinar, personalmente, las cosas o hechos litigiosos, con la asistencia de peritos o testigos, según lo exigiere la naturaleza de los hechos o de las cosas que deben ser sometidas a examen.

Tratándose de una inspección ocular para identificar determinados predios, corresponde al juez, acompañado por peritos o testigos, recorrer los inmuebles para verificar, sobre el terreno, en su realidad geográfica, las lindes descritas en los títulos, con el fin de extender después "la correspondiente acta, en que se anotan cuidadosamente las cosas y hechos examinados y las observaciones conducentes del juez, de los peritos o testigos y las partes que hayan concurrido...", conforme a lo dispuesto en el artículo 727 del Código Judicial; y en consecuencia, no puede dejarse al cuidado, únicamente, de los peritos el establecer la identidad de los predios, su ubicación sobre el terreno, si forman o no parte de otro u otros, etc., porque en tal forma se desvirtúa o desnaturaliza el medio probatorio, que requiere la personal y directa intervención del juez, para que el "acta de la inspección ocular haga plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez", según el decir del artículo 730 del Código Judicial.

Sobre esta materia, la Corte, en sentencia de casación de 24 de octubre de 1940, publicada en el Tomo L de la *Gaceta Judicial*, página 393, ha dicho:

"El actor en el presente juicio no le dio importancia suficiente a la necesidad indispensable de comprobar plenamente la singularización del terreno disputado. Para ello ha debido demostrar que ese terreno hace parte integrante del predio Santo Domingo, o que está comprendido en él..."

"La prueba adecuada por excelencia para demostrar los hechos que se dejan anotados, es la inspección ocular con intervención de peritos, practicada en conciencia, mediante recorrido y examen prolijo de los linderos de uno y otro predio, con vista de los títulos de propiedad respectivos y la consiguiente identificación de tales linderos y demás circunstancias indispensables para adquirir la convicción perfecta de que el terreno hace parte de otro, o está comprendido dentro de él, o no, lo cual no quiere decir que se excluyan los otros medios de prueba, que puedan aceptarse también, y así lo tiene resuelto la Corte como posteriormente se verá".

En la diligencia practicada por el juez municipal de Aranzazu, el 20 de septiembre de 1960, no se llevó a efecto una inspección ocular, porque el juez no hizo examen alguno, ni verificó las lindes de los predios, ni hizo observación alguna en orden al esclarecimiento de los puntos cuestionados, necesarios para el éxito de la acción incoada, sino que toda la actividad la dejó al cuidado de los peritos, que solamente tenían la misión de asistirlo en la solución de problemas técnicos, en caso de haberse presentado, o en la escogencia de medios o sistemas científicos para llenar a cabalidad el fin buscado con la inspección ocular.

Si por la extensión no podía verificarse, sobre el terreno, las lindes que encierra el globo de terreno cedido en 1853 a la sociedad González, Salazar y Cía., bien pudo haberse ocurrido a un sistema científico, una vez que el polígono está circunscrito por límites precisos por todos sus costados; pero no puede aceptarse como suficiente la mera referencia al conocimiento directo de los peritos, quienes, en todo caso, debieron fundamentar su dictamen, en la forma exigida por el artículo 723 del Código Judicial.

Si no se identificó el terreno cedido a la sociedad González, Salazar y Cía., en 1853, mediante el recorrido de las lindes, ni se acudió a otro procedimiento técnico, para llegar al mismo resultado, es obvio que este extremo del litigio no se ha probado; y, en consecuencia, tampoco puede aceptarse que los predios Montiel y El Edén hacen parte de aquél, porque sin identificar el todo, no puede afirmarse si una determinada parte está o no comprendida en ese todo indeterminado.

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma la sentencia de fecha 31 de mayo de 1961 proferida por el Tribunal de Manizales.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, envíese copia de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Jorge García M., Secretario.

COMPETENCIA DE JURISDICCION DE LA JUSTICIA ORDINARIA FRENTE A LA FUNDACION CIUDAD DE CALI PARA CONOCER DE UNA DEMANDA SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Es equivocado el concepto de que las disposiciones de la Ley 179 de 1959 hubieran convertido a la Fundación Ciudad de Cali en un organismo jurisdiccional al que necesariamente hubiera que acudir para obtener de la Nación el pago de perjuicios causados por la explosión ocurrida en la mencionada ciudad. El numeral 1º del artículo 76 del Código Judicial no quedó modificado por la referida Ley 179 de 1959.

Afirma el Fiscal apelante que la Ley 179 de 1959 estableció la obligación de agotar la vía de reclamo administrativo ante la Fundación Ciudad de Cali, cosa que omitió la parte actora, antes de acudir a la Justicia Ordinaria, cuando se trata de demandar a la Nación por perjuicios causados por la explosión ocurrida el 7 de agosto de 1956 en la mencionada ciudad.

Sobre lo cual se observa:

Como ya lo anotó la Sala en auto de 29 de mayo del presente año de 1962, de la simple lectura del artículo 2º de la referida ley se infiere que sus disposiciones fueron dictadas "con la finalidad de pagar extrajudicialmente las reparaciones a que haya lugar como consecuencia del siniestro"; pero no convirtieron a dicha Fundación en un organismo jurisdiccional al que forzosamente hubiera que acudir para obtener de la Nación el pago de perjuicios causados por la aludida explosión. Todo lo cual resulta corroborado por el artículo 22, en cuya primera parte se contempla la posible excepción de pago que podrá alegar el Estado, llegado el caso, con relación a las sumas que el damnificado hubiera recibido de la mencionada Fundación, y en su final expresamente advierte que "queda a salvo el derecho de quienes no quieran acogerse a las disposiciones de esta Ley para hacerlo valer ante la justicia ordinaria". Por consiguiente, si es competente el Tribunal de Cali para conocer del presente negocio, de conformidad con el numeral 1º del artículo 76 del Código Judicial, que no quedó modificado por la Ley 179 de 1959.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 27 de junio de 1962.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra el auto de 7 de marzo del cursante año, proferido por dicho Tribunal en el juicio que contra la Nación sigue la Compañía Constructora S. A., y en el cual auto no se accedió a declarar la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción, que había alegado el aludido Agente del Ministerio Público. Según éste la Ley 179 de 1959 estableció la obligación de agotar la vía de reclamo administrativo ante la Fundación Ciudad de Cali, cosa que omitió la parte actora, antes de acudir a la Justicia Ordinaria, cuando se trata de demandar a la Nación por perjuicios causados por la explosión ocurrida el 7 de agosto de 1956 en la mencionada ciudad.

En su alegato de fondo el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha tenido la representación de la Nación ante la Sala, hace un análisis de las principales disposiciones de la aludida Ley 179 de 1959, para concluír que ellas no pueden respaldar los puntos de vista del Fiscal del Tribunal, y como consecuencia pide la confirmación del auto recurrido.

Como ya anotó la Sala en auto de 29 de mayo próximo pasado, proferido en el juicio de Eugenio Domenici Tomasio y otro contra la Nación,

de la simple lectura del artículo 2º de la ley se infiere que sus disposiciones fueron dictadas "con la finalidad de pagar *extrajudicialmente* las reparaciones a que haya lugar como consecuencia del siniestro" (se ha subrayado), pero no convirtieron a dicha Fundación en un organismo jurisdiccional al que forzosamente hubiera que acudir para obtener de la Nación el pago de perjuicios causados por la aludida explosión. Todo lo cual resulta corroborado por el artículo 22, en cuya primera parte se contempla la posible excepción de pago que podrá alegar el Estado, llegado el caso, con relación a las sumas que el damnificado hubiera recibido de la mencionada Fundación, y en su final expresamente advierte que "queda a salvo el derecho de quienes no quieran acogerse a las disposiciones de esta Ley para hacerlo valer ante la justicia ordinaria".

Por consiguiente sí es competente el Tribunal de Cali para conocer del presente negocio, de conformidad con el numeral 1º del artículo 76 del Código Judicial, que no quedó modificado por la Ley 179 de 1959.

En mérito de lo expuesto la Sala resuelve: Confírmase el auto de marzo 7 del cursante año dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de la Compañía Constructora S. A. contra la Nación, objeto de la apelación.

Notifíquese, devuélvase el negocio a la Oficina de origen e insértese en la *Gaceta Judicial*.

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

Jorge García Merlano, Secretario.

CUESTIONES PREJUDICIALES. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y EN ESPECIAL DEL ESTADO. RECTIFICACION DE DOCTRINAS EN TORNO A LA NATURALEZA DE TAL RESPONSABILIDAD.

1. Los artículos 11 y 24 del Código Penal subordinan la resolución sobre resarcimiento de perjuicios a la que se profiera en el proceso penal que se adelanta por el hecho que los ocasionó. Pero no quiere ello decir que estas acciones no puedan ejercitarse independientemente, sino que en todo caso la civil esté subordinada a la penal. El ejercicio de la acción civil dentro de la causa penal es facultativo para el perjudicado. La extinción de la acción pública para sancionar el delito no implica la del deber de indemnizar los perjuicios causados, debido a que las dos acciones son de diferente naturaleza y tienen objeto diferente. 2. Condiciones para que, conforme al último inciso del artículo 2347 del Código Civil, logre destruírse la presunción de responsabilidad por el hecho del dependiente o subordinado. 3. La responsabilidad del Estado y la jurisprudencia nacional a través del tiempo. 4. El argumento a simili sólo puede formularse cuando la regla establecida para un caso conviene a otro por militar en ambos las mismas razones. No es la teoría organicista la más adecuada a la índole y organización de las personas jurídicas de derecho público y privado, en cuanto en ciertos casos las hace indirectamente responsables de los actos de sus dependientes conforme al principio que recogen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. No basta la simple relación de dependencia o subordinación en sentido lato, para que nazca la responsabilidad indirecta, sino que además se requiere que el autor del hecho perjudicial se halle al cuidado de quien es llamado a responder por él. La noción de custodia es elemento de la responsabilidad indirecta, y de ninguna manera puede afirmarse que los dependientes estén al cuidado o bajo la custodia de la persona jurídica. Esta clase de responsabilidad supone, además, dualidad de culpas: la que es imputable al comisionado o dependiente como autor del eventus damni y la que se atribuye al patrono, o sea, la culpa in vigilando o in eligendo. La culpa en que puede incurrir la persona moral, en cambio, es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes. En tratándose en particular del Estado, hay otras razones además, que concurren a desplazar su responsabilidad del artículo 2347 para situarla en el 2341. La responsabilidad extracontractual del Estado es por lo general directa y carece de toda base la teoría que distingue entre órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad estadual y agentes que apenas ejecutan esa voluntad, para efecto de distinguir la responsabilidad directa de la indirecta según que la culpa pueda atribuírse a aquéllos o a éstos, con mira a aplicar por analogía el artículo 2347. La responsabilidad por culpa in eligendo supone libertad suficiente para seleccionar al dependiente, y la por culpa in vigilando medios eficaces para evitar los errores y desviaciones en que el empleado pueda incurrir, y el Estado las más de las veces no dispone de aquella libertad ni de estos medios. El artículo 2341 del Código Civil, al consagrar el principio general de que quien causa daño a otro por su culpa debe repararlo, recoge también todos los casos de responsabilidad no comprendidos específicamente

en otras disposiciones, teniendo por tanto el carácter de regla complementaria en cuanto prescribe el régimen general a que se sujetan los casos no previstos de manera concreta. Si la responsabilidad del Estado no es asimilable a la especial que regulan los artículos 2347 y 2349, corresponde a la que por vía general o complementaria reglamenta el artículo 2341. Si bien el Estado por la falta del servicio se hace responsable frente a la víctima, el agente o autor material también lo es frente a ésta y frente al Estado por su culpa conforme a las normas constitucionales y legales que consagran la responsabilidad de los funcionarios. La prueba general de la diligencia y cuidado que autoriza el artículo 2347 no es la pertinente para eximir de culpa a la Nación por el hecho dañoso de un empleado dependiente suyo, cometido en ejercicio de tareas oficiales y dentro de la órbita de las que reglamentariamente le correspondían, como es el caso que contemplan estos autos.

1. Los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal consagran, en materia de responsabilidad delictual o culposa, el régimen a que está sometida la prejudicialidad, es decir, la prevención del conflicto en que pueden entrar dos decisiones judiciales cuando la cuestión que debe resolverse en una de ellas constituye un presupuesto de lo que ha de decidirse en la otra.

Hay cuestión prejudicial cuando la defensa opuesta en el juicio civil se refiere a la existencia de la situación jurídica alegada en la penal, en cuyo caso el reconocimiento de la existencia de dicha situación en el segundo proceso necesariamente ha de ser tenida en cuenta en el primero, al pronunciarse la correspondiente declaración de certeza sobre la misma situación, si se quiere evitar el incurrir en fallos contradictorios. Por eso las expresadas normas subordinan la resolución sobre resarcimiento de perjuicios a la que se profiere en el proceso penal que se adelanta por el hecho que los ocasionó, la del artículo 11 mediante la suspensión de la sentencia civil mientras se resuelve la cuestión penal, y la del artículo 24 mediante la concurrencia en un solo proceso de las acciones civil y penal.

Pero no quiere ello decir que estas acciones no pueden ejercitarse independientemente, sino que en todo caso la civil esté subordinada a la penal. Por el contrario, el artículo 25 de la ya citada obra permite intentarlas separadamente, con las solas excepciones enunciadas en el artículo 28, cuando el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización; lo que indica que el ejercicio de la acción civil dentro de la causa penal es facultativo para el perjudicado. Y si bastan la no intervención en el juicio penal y la inconformidad con el respectivo fallo para que pueda adelantarse la acción civil en forma autónoma, cuánto más si por desistimiento, amnistía o muerte del culpable se ha extinguido la acción penal sin que lo mismo haya ocurrido con la civil, ya que la extinción de la acción pública para sancionar el delito no implica la del deber de indemnizar los perjuicios causados. Este deber subsiste aunque por alguna de las circunstancias anotadas no sea ya el caso de perseguir penalmente al responsable, debido a que las dos acciones son de diferente naturaleza y tienen objeto diferente.

Por estos motivos, no puede prosperar la excepción de inepta demanda que alega el señor Agente del Ministerio Público quien afirmó al dar contestación al libelo, que "la demanda es inepta ya que la acción para reclamar perjuicios procede especialmente dentro del juicio penal". Mayormente cuando en los autos está comprobado el fallecimiento del sindicado, y consiguientemente la extinción de la acción penal, aun antes de que se llegara a la calificación del sumario, por lo cual ni siquiera la suspensión de la sentencia en espera de la decisión penal sería procedente en este caso.

2. Cualquiera que sea el criterio de la Sala sobre la naturaleza de la responsabilidad de las personas morales, y particularmente de los entes públicos, para que conforme al artículo 2347 del Código Civil cese la responsabilidad por el hecho del dependiente o subordinado se requiere que la persona llamada a responder no hubiera podido impedirlo con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere y prescribe; es decir, que aun ubicando aquella responsabilidad en el ámbito de la citada disposición, para que haya lugar a exonerarse de ella es necesario que el daño se haya producido no obstante haberse tomado medidas concretas encaminadas a evitarlo. La regla del último inciso del artículo mencionado

no alude a la diligencia genérica con que el comitente o patrono puede vigilar la conducta general de su comisionado o servidor, sino a la diligencia de carácter concreto indispensable para impedir la ocurrencia o suceso que dio lugar al ejercicio de la acción. De ahí que la prueba de la ausencia de culpa in vigilando, suficiente para destruir la presunción que consagra la norma, no pueda referirse solamente a condiciones de idoneidad y buen comportamiento del comisionado sino al ejercicio efectivo de la autoridad del comitente para evitar el daño. No basta, pues, que la Nación pruebe que el conductor del vehículo, en el caso de autos, era chofer mecánico licenciado y que en el desempeño de su oficio nunca había sido sancionado por infracción a los reglamentos de circulación ni por otra causa, pues no se trata de establecer el buen concepto en que hasta el momento de ocurrir el accidente era tenido el conductor sino que tal accidente se produjo a pesar de haberse tomado medidas específicas para hacer imposibles hechos de esa especie.

3. Cabe examinar, por otra parte, si la del Estado es una responsabilidad indirecta, como lo sostiene el señor Procurador con fundamento en la doctrina de la Corte que discierne entre órganos y agentes para aplicar al ente público, por el procedimiento de la interpretación analógica, el artículo 2347 del Código Civil, o si, por el contrario, es una responsabilidad directa que se rige por la norma del artículo 2341 del mismo código.

En materia de responsabilidad del Poder Público la jurisprudencia se ha mostrado vacilante. Hasta el año de 1896 profesaba el dogma de la irresponsabilidad en virtud del principio de la soberanía interna del Estado. En ese año la Corte admitió, en sentencia de 23 de octubre, que "todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y (que) si bien es cierto que un Estado como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes" (Gaceta Judicial, XI, 357). El fallo de 20 de octubre de 1898 marca ya un progreso respecto de la doctrina anterior, en cuanto elimina el carácter subsidiario que aquélla le atribuía a la responsabilidad estadual: "En materia de delitos y culpas civiles —dijo la Corte— la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aun por la mala elección que de ellos haga. Un empresario de transportes, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causen daño a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo. El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra"; y agrega: "La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil, por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable" (Gaceta Judicial, XIV, 56-57).

De entonces acá se ha cumplido un proceso de evolución de la doctrina judicial relativa a la responsabilidad del Estado, progresivo aunque a veces en cierto modo artificioso, mediante adaptaciones de las reglas del Código Civil sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual a los casos concretos, para hacerla derivar, simplemente por modo indirecto, unas veces, de la equivocada escogencia del empleado o funcionario y de falta de vigilancia de sus actos; directamente, en otras ocasiones, de la falla del servicio, en unos fallos, y en otros de la carencia de personalidad del agente y de su identificación con la persona jurídica; en las más de las veces, de manera indirecta de la culpa del agente, cuando éste carece de función directiva y cumple solamente tareas de ejecución, y en forma directa de la del órgano al través del cual se expresa la voluntad del Estado, cuando ese órgano es el que ha realizado el hecho o impartido la orden respectiva (teoría organicista). Esta última es la doctrina que ha prevalecido en la última época y la que más frecuentemente ha aplicado la Corte en sus salas de Negocios Generales y de Casación Civil.

4. Dado que el argumento a simili sólo puede formularse cuando la regla establecida para un caso conviene a otro por militar en ambos las mismas razones, debido a su similitud y a la existencia de idénticos motivos de conveniencia o equidad (ubi eadem ratio, eadem lex esse debet), la localización de la responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios en cualquiera de las normas del título 34 del libro 4º del Código Civil depende de que las circunstancias en que el hecho se consuma y en que se mueve la actividad del servicio y las condiciones

que singularizan dicha actividad sean asimilables a las que aquellas normas toman en cuenta para regular la responsabilidad de las personas privadas, ya que la función de la responsabilidad no es otra cosa que la reparación del daño según tales circunstancias y condiciones. Ellas definen el carácter de la responsabilidad ubicándola en los textos, e inclusive determinan su extensión y los sujetos de la obligación respectiva.

Pues que el Estado es persona moral, conviene hacer notar, en primer término, que no obstante el criterio que hasta ahora ha venido privando en la jurisprudencia de la Corte, no es la teoría organicista la más adecuada a la índole y organización de las personas jurídicas de derecho público y privado, en cuanto en ciertos casos las hace indirectamente responsables de los actos de sus dependientes conforme al principio que recogen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. El primer inciso del artículo 2347 consagra el precepto de que toda persona es responsable del hecho de aquéllos que estuvieren "a su cuidado", es decir, que supone como fundamento de la responsabilidad indirecta la existencia de un deber específico de custodia que no se da en las personas morales respecto de sus agentes. En seguida ilustra el contenido de la norma con varios ejemplos, en todos los cuales se observa la expresa exigencia de aquél deber específico, si no es que éste fluye de la misma situación jurídica en que se hallan el autor del daño y quien por él debe responder: así, el padre, o en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos menores de edad obligaciones concretas de vigilancia y atención que emanan de la patria potestad, y cuyo incumplimiento se hace difícilmente excusable cuando éstos habitan con aquéllos en la misma casa; las mismas obligaciones corresponden al tutor o curador respecto del pupilo, en virtud de la guarda que les ha sido discernida; el deber del marido de cuidar de su mujer es un corolario de los derechos que le confiere la potestad marital; los directores de colegios y escuelas son responsables del hecho de sus discípulos "mientras están bajo su cuidado", a tenor del texto de la disposición; y los empresarios y artesanos del de sus dependientes o aprendices "en el mismo caso", o sea, que para establecer la responsabilidad de tales artesanos y empresarios la ley prevé que los aprendices o los dependientes causen el daño encontrándose a su cuidado o bajo su custodia. Y lo mismo ocurre en el caso del artículo 2349, puesto que la relación que se crea entre el amo y el doméstico es de tal naturaleza que supone por parte de aquél una permanente y estricta vigilancia de los actos de éste. No basta, pues, la simple relación de dependencia o subordinación en sentido lato, para que nazca aquella responsabilidad, sino que además se requiere que el autor del hecho perjudicial se halle al cuidado de quien es llamado a responder por él. La noción de custodia aparece así como el común denominador de todos los casos que caen bajo el régimen de las disposiciones comentadas, pues que así resulta tanto del principio general como de los casos concretos que muestran cómo debe ser desarrollado ese principio; tal noción es elemento de la responsabilidad llamada indirecta (locución impropia, pues este atributo no es predicable de la responsabilidad sino de la relación de causalidad), y de ninguna manera puede afirmarse que los dependientes estén al cuidado o bajo la custodia de la persona jurídica, aunque entre ellos exista un vínculo de subordinación.

Por otra parte, la responsabilidad indirecta que reconocen los artículos 2347 y 2349 supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas in eligendo e in vigilando, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del eventus damni con la in eligendo o in vigilando que se atribuye al patrono; en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones.

Ahora, concretándose al caso particular del Estado, cuyos cometidos esenciales se satisfacen a través de los servicios públicos, parece lo indicado señalar otras razones que concurren, con las que se acaban de exponer, a desplazar su responsabilidad del artículo 2347 para situarla en el del 2341.

Cuando el deber jurídico de reparar procede, no de un hecho ceñido a la actividad y objetivos del servicio cumplido conforme al reglamento respectivo, sino de un error de conducta consumado por razón de aquella actividad, la responsabilidad se configura como subjetiva y cae en el ámbito de la ley civil en atención a que sus reglas son aplicables en los casos de responsabilidad subjetiva de las personas morales, entre las cuales se cuentan el Estado y sus organismos secundarios y descentralizados. Mas esa responsabilidad, emergente de una culpa de funcionario o agente de la administración, des-

borda, sin embargo, el ámbito obligacional de aquél para comprometer también al Estado —salvo que el hecho sea personal, como cuando se ejecuta en provecho exclusivo del agente u por su cuenta—, y no ya solamente en virtud del vínculo que liga al servicio con el autor material del daño, sino porque aquél absorbe en cierto modo la culpa del funcionario en cuanto la actividad administrativa se traduce siempre en actos de sus agentes o empleados, sin que sea dable separar la una de los otros; de modo que la falta de éstos trasciende a aquella actividad generando fallas o deficiencias en la organización y funcionamiento del servicio. Y en efecto, el daño producido en tales condiciones denuncia un mal funcionamiento de la administración pública por falla o defecto en su organización o deficiente coordinación de sus órganos o agencias, debiendo recaer la culpa de esas fallas o deficiencias en quien según las circunstancias los organiza y dirige, esto es, en el Estado o en alguno de sus organismos secundarios o autónomos. La falta (o sea, la culpa) de la administración resulta así de la falta, conocida o anónima, de los encargados de mover la actividad del servicio, en atención a que la culpa de éstos determina errores o deficiencias en el mecanismo administrativo atribuibles a la organización general. Y es que dado el contenido fundamental de protección y garantía de los derechos de la persona humana que al Estado corresponde conforme a claras disposiciones de la Constitución, no es de concebir que los servicios públicos actúen en condiciones de lesionar aquellos derechos, cualquiera que sea la causa inmediata del perjuicio, contraviniendo no sólo la ley del servicio sino el deber primario del Poder Público en lo que concierne a aquella protección. Nótese que ya desde 1896, en la sentencia de 22 de octubre, la Corte vio en ese cometido una razón de ser de la responsabilidad de la administración pública "por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios".

De estas premisas se deduce que la responsabilidad extracontractual del Estado es, por lo general directa y que carece de toda base, por lo tanto, la teoría que distingue entre órganos al través de los cuales se manifiesta la voluntad estadual y agentes que apenas ejecutan esa voluntad, para efecto de distinguir la responsabilidad directa de la indirecta según que la culpa pueda atribuirse a aquéllos o a éstos, con mira a aplicar por analogía el principio contenido en el artículo 2347.

Como ya quedó dicho al tratar de la responsabilidad de las personas morales, en los casos de esta disposición el comitente, responsable indirecto, se obliga por su propia culpa, consistente en la negligente selección del comisionado o en la descuidada vigilancia de los actos de éste, situación en que con dificultad puede encontrarse el ente público que carece de una voluntad independiente de la de sus funcionarios o empleados; y por otra parte, la relación existente entre el servicio y quienes desenvuelven la actividad que a él compete no es de carácter patronal, como la que liga al empresario o patrono con sus subalternos, sino de derecho público, lo que implica la sujeción a procedimientos y consideraciones que limitan la libertad del servicio. La responsabilidad por culpa in eligendo supone libertad suficiente para seleccionar al dependiente, y la por culpa in vigilando medios eficaces para evitar los errores y desviaciones en que el empleado pueda incurrir, y el Estado las más de las veces no dispone de aquella libertad ni de estos medios. El ha de obrar siempre conforme al reglamento del servicio que con frecuencia le impone, con mayor rigidez que el reglamento laboral a la persona privada, un régimen de conscripción, de nombramiento, de promoción y de ascenso que le deja menos autonomía que la que las leyes del trabajo suelen reconocer a las personas o entidades particulares. Dado el sistema de reclutamiento militar, por ejemplo, no se ve cómo sería posible hacer responsable al Estado por culpa in eligendo cometida en la selección de un cuerpo armado; y al más responsable sistema para el ingreso a funciones públicas técnicas o especializadas, el de oposición o concurso, se le hace a menudo el reparo de que no siempre permite apreciar condiciones tales como la experiencia, laboriosidad, diligencia y solicitud del candidato. El estatuto del empleado público constituye así una evidente limitación a la libertad de la administración para hacer la escogencia de sus agentes, como embaraza, y a veces hace inoperante la vigilancia de los empleados oficiales la índole política de los órganos del Poder Público, y sobre todo, la peculiar organización del Estado, a través de cuya compleja estructura jerárquica y de procedimientos complicados y casuísticos se diluye frecuentemente la responsabilidad de los funcionarios y se hace menos expedito y eficaz el oportuno control de las acciones individuales.

Ahora bien: El artículo 34 del libro 4º del Código Civil organiza el sistema de la responsabilidad delictual y cuasidelictual mediante regulaciones concretas de casos particulares, a la vez que por el método de la regla general destinada a recoger los no comprendidos en los

preceptos que reglamentan situaciones específicamente determinadas. Así, el artículo 2341, al consagrar el principio general de que quien causa daño a otro por su culpa debe repararlo, recoge también todos los casos de responsabilidad no comprendidos específicamente en otras disposiciones, teniendo por tanto el carácter de regla complementaria en cuanto prescribe el régimen general a que se sujetan los casos no previstos de manera concreta. De modo que si por las razones que se dejan expuestas debe entenderse que la responsabilidad del Estado no es asimilable a la especial que regulan los artículos 2347 y 2349, pero que en cuanto persona moral debe responder de las faltas del servicio conforme al Código Civil, su responsabilidad corresponde a la que por vía general o complementaria reglamenta el artículo 2341, sin que esta solución signifique disociar los elementos estructurales del sistema y romper su unidad para aplicarlo apenas parcialmente, con preterición de algunas de sus disposiciones, ya que la función de la regla complementaria es precisamente completar el sistema mediante la reglamentación de todas aquellas situaciones que no pueden ser ubicadas en el cuadro de los preceptos que regulan casos específicos; y sin perjuicio, por lo demás, de la acción que el Estado pueda tener contra el autor material para la reparación del daño que se le haya causado en su patrimonio, pues si bien él con la falta del servicio se hace responsable frente a la víctima, el agente también lo es frente a éste y frente al Estado por su culpa conforme a las normas constitucionales y legales que consagran la responsabilidad de los funcionarios. El deber jurídico de resarcir al servicio los perjuicios que le causen sus agentes se halla claramente establecido en el artículo 20 de la Carta que hace a los funcionarios responsables por la infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de éstas, sin que pueda entenderse que tal responsabilidad no se extiende a los daños de orden patrimonial que el Estado sufra por actos u omisiones de sus empleados.

En suma, que al Poder Público no le es aplicable el principio de la responsabilidad "por el hecho ajeno" contenido en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, por cuanto no se encuentra en las mismas circunstancias de quienes responden por otros, como quiera que esta especie de responsabilidad supone dualidad de culpas y en el caso del servicio la culpa de éste es la misma del agente; pero si lo comprende lo dispuesto en el artículo 2341, pues allí es persona moral capaz de cometer culpas civiles, hallándose consiguientemente en las mismas condiciones de las personas naturales que responden conforme a la citada disposición. (En el mismo sentido la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil, en esta misma fecha, en el juicio ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá).

Admitida esta conclusión, forzosa es también la de que la prueba general de la diligencia y cuidado que autoriza el artículo 2347, que en este caso alega el señor Procurador, no es la pertinente para eximir de culpa a la Nación, toda vez que se encuentra acreditado que el perjuicio cuya reparación se demanda se debió a la imprudencia de un empleado dependiente de ella, cometida en ejercicio de tareas oficiales y dentro de la órbita de las que reglamentariamente le correspondían.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de junio de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

A consecuencia de la colisión de dos vehículos, el automóvil marca De Soto, tipo Power Master, 8-18, con placa número 8122 del Departamento del Valle, de propiedad del señor Diego Nicholls Vélez, conducido por éste, y la volqueta de placa número 0116 del Departamento de Nariño, de propiedad de la Nación, al servicio de la Zona de Carreteras de este último Departamento, conducida por el chofer oficial Jorge Enrique Guerrero Vitori, hecho ocurrido al tomar una curva cuando ambos vehículos marchaban en dirección contraria, entre los kilómetros 112 y 113 de la carretera que de Ipiales conduce a Pasto, la señora Fanny de Gómez resultó con lesiones graves, que dieron lugar a que tanto ella como su marido, el señor Aníbal Gómez, éste en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad Aníbal, Eugenia, Elena, Héctor, Carlos Alberto y Victoria Gómez Vásquez, demandaran, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, a la Nación, representada por el respectivo agente del Ministerio Público, para alcanzar las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Que "la Nación o Estado Colombiano (dependencia administrativa de la Zona de Carreteras de Túquerres, del Departamento de Nariño, Ministerio de Obras Públicas) es civilmente responsable por el hecho culposo realizado por uno de sus dependientes, en el accidente de tráfico ocurrido cerca de la población de Al-

dana, en las horas de la mañana del día 13 de septiembre de 1955, y a consecuencia del cual sufrieron mis poderdantes los perjuicios de orden patrimonial, materiales y morales, padecidos por los mismos y como consecuencia directa tanto del accidente de tráfico como de las lesiones y enfermedad que éste causó".

Segunda. Que, "como consecuencia de la anterior declaración, el Ministerio de Obras Públicas, Zona de Carreteras de Túquerres del Departamento de Nariño, o la Nación o Estado Colombiano, ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este litigio, de indemnización por culpa extracontractual o aquiliana, deben ser condenados, o ser condenado, en favor de mis poderdantes, al pago de las siguientes sumas:

"a) Doce mil pesos ($ 12.000.00), por concepto de gastos de operación, drogas, pasajes, atenciones médicas, etc., gastadas por el señor Aníbal Gómez por motivo de la lesión y enfermedad sufridas por la señora Fanny de Gómez, cuya suma (sic) debe ser pagada —y a ésto se la condena— por la parte demandada en favor del señor Aníbal Gómez.

"b) La suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) por concepto de los perjuicios morales subjetivados sufridos por el señor Aníbal Gómez y sus cinco hijos menores a consecuencia del daño que sufrió su esposa y madre de sus hijos: María Victoria, Carlos Alberto, Héctor Aníbal, Elena y Beatriz Eugenia Gómez Vásquez; esto es, a dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno, según la tasa legal que establece el artículo 25 del Código Penal. Suma ésta que debe entregarse al señor Gómez, por sus propios derechos y por los derechos de sus expresados hijos de quienes es representante legal.

"c) La suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), a la tasa indicada, por concepto de perjuicios morales subjetivados en favor de la señora Fanny de Gómez, que debe pagar la parte demandada a la misma señora.

"d) La suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) por concepto de los perjuicios morales objetivados sufridos por la señora Fanny de Gómez a consecuencia del hecho dañoso de que fue víctima; o lo que se demuestre en este juicio, o la que se liquide de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial.

Tercera. Que "la Nación o Estado Colombiano debe pagar las sumas anteriores ejecutoriada que sea la sentencia que así lo dispone, excepto el valor de los perjuicios morales objetivados y los materiales, para el evento de que la misma ordene liquidarlos en incidente posterior, en cuyo caso el pago, ejecutoriada la providencia que apruebe la liquidación correspondiente, se hará en favor de las personas respectivas y de conformidad a los numerales precedentes del punto II".

La parte actora funda su demanda en los hechos que a continuación se transcriben:

"Primero. El señor Diego Nicholls Vélez y su señora esposa Luz de Nicholls Vélez, el día 13 de septiembre de 1955, en unión del señor Aníbal Gómez, y de la esposa de éste, señora Fanny de Gómez, los últimos que eran transportados de manera benévola, en el automóvil marca "De Soto", modelo 1953, color plomo gris, tipo Power Master, S18, motor S18-40861, Serie 30301238, con placa número 01-16 del Departamento del Valle, conducido por su dueño, señor Diego Nicholls Vélez, a la sazón Capitán de Puerto y Administrador de la Aduana de Ipiales, viajaban de la ciudad de Ipiales a la Capital del Departamento de Nariño.

"Segundo. Dicho día, en el Municipio de Aldana, en la entrada de la ciudad que lleva el mismo nombre, por la carretera que de Ipiales conduce a Pasto, chocaron violentamente el vehículo que conducía las personas nombradas, con un volqueta del Ministerio de Obras Públicas, de la Zona de Carreteras de Túquerres, Departamento de Nariño, volqueta de propiedad de la Nación, con placa 81-22 del Departamento de Nariño y que por la misma carretera, en dirección contraria, venía conducido por el señor Enrique Guerrero Viteri (Q. e. p. d.); resultando de este accidente de tráfico varios daños en el vehículo que viajaban mis poderdantes, como también resultando fracturada, gravemente la pierna izquierda de la señora Fanny de Gómez; con una fractura que le ocasionó la fragmentación de ambos huesos de dicha pierna.

"Tercero. Esta lesión le dejó una incapacidad total de seis meses, con consecuencias irreparables para el futuro.

"Cuarto. Entre esas consecuencias, se apuntan: una deformidad de la pierna lesionada que después de la operación que se le hizo en el Hospital San Vicente de Paúl de Ipiales, por los médicos Parménides Revelo, Luis Coral, Hernando Ortega y Alejandro Montenegro, consistente en el mayor volumen de la pierna izquierda con respecto a la derecha, en una cicatriz visible para siempre sobre el empeine del pie y dolores que se le producen cada y cuando hace ejercicios, inclusive normales, como el de caminar, el cual le produce también una inchazón de toda la pierna, cada que lo hace; y la obligada necesidad en que ha quedado la señora de Gómez, de permanecer en estado de relativa quietud, que le impide desempeñar en su casa la vigilancia y oficios domésticos a que se dedica

una matrona, como lo es ella. Aparte de estar privada de concurrir a los actos sociales que siempre acostumbraba, dada su edad y su rango social.

"Quinto. También por el mucho tiempo que tuvo que permanecer enyesada su pierna lesionada, la señora Fanny de Gómez, adquirió una alergia y para curar ésta por la gran cantidad de drogas que se le suministró, como consecuencia de la fractura sufrida, perdió el último de sus niños, quien falleció a los veintiséis días de nacido; niño éste que fue bautizado con el nombre de Luis Fernando; y cuyo fallecimiento, según concepto de los médicos se debió al estado de su madre durante el embarazo y por causa del enyesamiento.

"Sexto. La señora Fanny de Gómez, lo mismo que su marido, pertenecen a la sociedad de Medellín y de esta ciudad. Su marido desempeña en la actualidad y desde mucho antes de ocurrir el accidente de tráfico el cargo de Gerente, en esta ciudad de la Compañía Colombiana de Comercio Ltda., agencia de Fabricato; en cuyo cargo él ha venido devengando un sueldo, hecho el promedio de la comisión que se gana en las diversas ventas que hace, de más o menos cuatro mil pesos.

"Séptimo. La operación que tuvo que soportar la señora Fanny de Gómez y las continuas curaciones que se le tiene que hacer hasta ahora, como los diversos viajes de salud que de esta ciudad ha tenido que hacer a Bogotá y a Medellín; el pago de médicos, drogas; los transportes aéreos, en fin, le han demandado un gasto a su marido señor Aníbal Gómez de más de doce mil pesos, y en todo caso, por la suma que se acredite en este juicio. Habida cuenta de que en estos viajes se ha visto obligado el señor Aníbal Gómez a trasladarse con sus pequeños hijos y su esposa, a las ciudades de Bogotá y Medellín; por una ocasión para enyesarle la pierna a su esposa, por otra para desenyesarle, y últimamente para curarse de la alergia.

"Octavo. Cada y cuando hubo que hacer estos viajes, la familia Gómez-Vásquez, tenía que abandonar su casa en esta ciudad y por consiguiente encargar de la misma a la señora Teresita Viveros de Salas, con el consiguiente pago que este encargo implica; lo mismo, en esos viajes, dejar encargado en esta ciudad de sus negocios al señor Hugo Rodríguez, a quien hubo de pagarle por todo concepto la suma de dos mil pesos.

"Noveno. La señora Fanny de Gómez, por motivo de la lesión sufrida, ha sufrido los consiguientes perjuicios morales sujetivados (sic) de verse postrada en cama, de manera continua, por más de seis meses, de no poder atender, como lo hacía antes, sus deberes de casa, de no poder prestar la ayuda, que antes prestaba a su marido, de no dar la protección y el cariño maternal y solicitud de la atención requerida a sus tiernos hijos; y los perjuicios morales objetivados, consistentes en la disminución de la capacidad de trabajo en sus oficios domésticos, que desempeñaba a cabalidad, como esposa y madre, con anterioridad; a la par de verse privada de la vida social, que antes llevaba; perjuicios morales objetivados que no pueden menos de valuarse, por el resto de su vida, siquiera en una cantidad, de cincuenta pesos mensuales, que es la suma ínfima que debe pagar a una ama de llaves que la reemplace en lo posible, en los menesteres que antes hacía, y que hoy no puede hacerlos dada la situación moral y material, de carácter permanente, que le quedó después del accidente.

"Décimo. Tanto el señor Aníbal Gómez, como sus hijos al principio nombrados, por la lesión y enfermedad permanente de su esposa, han sufrido perjuicios morales subjetivados, que es obvio entender, los cuales deben ser indemnizados, como también a su esposa, en la tasa legal, para cada uno de los dos y de sus hijos.

"Undécimo. Toda la culpa del accidente de tránsito y de la consecuencial lesión y enfermedad de la señora Fanny de Gómez, como se acreditó pericialmente en la inspección ocular, de que atrás se hizo mención, la tuvo el conductor del volquete señor Enrique Guerrero Viteri.

"Duodécimo. El volquete en referencia es o fue de propiedad de la Zona de Carreteras de Túquerres, dependencia del Ministerio de Obras Públicas, en el Departamento de Nariño; pero en todo caso este señor el día del accidente de tráfico estaba al servicio del Ministerio de Obras Públicas, y conducía el volquete como empleado de la Zona de Carreteras, a sueldo del expresado Ministerio.

"Décimotercero. El chofer o conductor del volquete, cometió un error de conducta al conducirlo mal y violando las leyes de tráfico, porque viajaba, en dicho día, a una velocidad excesiva (sic), ocupando el lado izquierdo de la carretera en su totalidad, y por lo mismo robándole su derecha al vehículo que conducía el Capitán Diego Nicholls Vélez, cuya conducta fue libre de culpa en absoluto. Error de conducta este que los peritos nombrados por la Dirección de Circulación y Tránsito, que actuaron en la diligencia de inspección, lo ponen de manifiesto de manera expresa en su concepto ya mencionado".

Como normas aplicables al caso se citan las de los artículos 63, 1494, 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Corrido traslado de la anterior demanda al señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, como representante de la Nación, la contestó oponiéndose a la acción incoada, negando algunos hechos y manifestando no aceptar ni negar otros, y proponiendo, finalmente, la excepción de inepta demanda, por no proceder la acción intentada, según su concepto, sino dentro del juicio penal correspondiente.

La parte actora produjo en la oportunidad debida las pruebas que obran en el respectivo cuaderno del expediente, en las cuales se funda el siguiente fallo proferido por el tribunal *a quo*, que ahora se revisa en virtud de apelación interpuesta por ambas partes litigantes:

"1º La Nación Colombiana es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados al señor Aníbal Gómez y a la señora Fanny V. de Gómez con motivo del accidente de tránsito ocurrido el día trece (13) de septiembre de 1955 cerca a la población de Aldana, Departamento de Nariño, en la carretera de Ipiales a Pasto, en el cual debido al choque del automóvil marca De Soto modelo 1953 y de las demás especificaciones dadas en la demanda, y en el cual iban como pasajeros los esposos Gómez Vásquez, accidente ocasionado por el conductor al servicio del Ministerio de Obras Públicas Jorge Enrique Guerrero Vileri".

"2º En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana, Ministerio de Obras Públicas, a pagar a los demandantes señores Aníbal Gómez y señora Fanny Velásquez de Gómez, diez días después de ejecutoriado este fallo, las siguientes cantidades: nueve mil cuatrocientos sesenta y un pesos con noventa centavos ($ 9.461.90) moneda legal, por valor de los perjuicios materiales; y la suma de quince mil trescientos sesenta y dos pesos con ochenta y ocho centavos ($ 15.362.88) moneda legal por perjuicios materiales consolidados y futuros, en razón de la incapacidad de la señora Fanny V. de Gómez".

"3º Se absuelve a la Nación Colombiana de los demás cargos formulados en la demanda".

"4º Dese al Gobierno Nacional el aviso de que trata el artículo 564 del Código Judicial, en la oportunidad debida".

Se halla acreditada en los autos la personería sustantiva de los demandantes con las correspondientes actas y certificados de matrimonio y nacimiento, y la Corte es competente para conocer de la acción instaurada en virtud de lo prescrito en el numeral 1º del artículo 37 del Código Judicial en armonía con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 76 del mismo código, no habiendo observación que hacer, por otra parte, respecto de los presupuestos procesales. Es el caso, pues, de entrar en el estudio de las condiciones necesarias para que se configure la responsabilidad de la parte demandada, y en caso de haberla, en el de la extensión de esa responsabilidad.

I. *La excepción de inepta demanda.*

1. "La demanda es inepta ya que la acción para reclamar perjuicios procede especialmente dentro del juicio penal", afirma el señor agente del Ministerio Público al oponer, en la contestación que dio al libelo, la excepción de inepta demanda.

2. Los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal consagran, en materia de responsabilidad delictual o culposa, el régimen a que está sometida la prejudicialidad, es decir, la prevención del conflicto en que pueden entrar dos decisiones judiciales cuando la cuestión que debe resolverse en una de ellas constituye un presupuesto de lo que ha de decidirse en la otra.

Hay cuestión prejudicial cuando la defensa opuesta en el juicio civil se refiere a la existencia de la situación jurídica alegada en la penal, en cuyo caso el reconocimiento de la existencia de dicha situación en el segundo proceso necesariamente ha de ser tenida en cuenta en el primero, al pronunciarse la correspondiente declaración de certeza sobre la misma situación, si se quiere evitar el incurrir en fallos contradictorios. Por eso las expresadas normas subordinan la resolución sobre resarcimiento de perjuicios a la que se profiere en el proceso penal que se adelanta por el hecho que los ocasionó, la del artículo 11 mediante la suspensión de la sentencia civil mientras se resuelve la cuestión penal, y la del artículo 24 mediante la concurrencia en un solo proceso de las acciones civil y penal.

3. Pero no quiere ello decir que estas acciones no puedan ejercitarse independientemente, sino que en todo caso la civil está subordinada a la penal. Por el contrario, el artículo 25 de la ya citada obra permite intentarlas separadamente con las solas excepciones enunciadas en el artículo 28, cuando el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización; lo que indica que el ejercicio de la acción civil dentro de la causa penal es facultativo para el perjudicado. Y si bastan la no intervención en el juicio penal y la incon-

formidad con el respectivo fallo para que pueda adelantarse la acción civil en forma autónoma, cuanto más si por desistimiento, amnistía o muerte del culpable se ha extinguido la acción penal sin que lo mismo haya ocurrido con la civil, ya que la extinción de la acción pública para sancionar el delito no implica la del deber de indemnizar los perjuicios causados. Este deber subsiste aunque por alguna de las circunstancias anotadas no sea ya el caso de perseguir penalmente al responsable, debido a que las dos acciones son de distinta naturaleza y tienen objeto diferente.

Por estos motivos no puede prosperar la excepción que se alega, mayormente cuando en los autos está comprobado el fallecimiento de Jorge Enrique Guerrero Viteri, y consiguientemente la extinción de la acción penal, aún antes de que se llegara a la calificación del sumario, por lo cual ni siquiera la suspensión de la sentencia en espera de la decisión penal sería procedente en este caso.

II. *La culpa del agente.*

4. El señor Procurador Delegado en lo Civil impugna en su alegato de segunda instancia la prueba de los hechos de los cuales el Tribunal sentenciador deduce la responsabilidad de la parte demandada, en los siguientes términos:

"La parte actora ha intentado demostrar la culpa del conductor de la camioneta de las obras públicas nacionales mediante los testimonios de las personas que viajaban en el carro conducido por el capitán Nicholls, y mediante las actas de inspección ocular (practicada por el señor inspector de circulación y tránsito de Ipiales) y de reconstrucción del hecho (ordenada por el señor Juez 1º Penal del Circuito de Ipiales), y con base en los dictámenes periciales rendidos en estas dos diligencias.

"Los testimonios de las personas que viajaban en el carro del capitán Nicholls, entre las cuales se contaban los esposos Gómez quienes figuran como demandantes en el juicio, no tienen valor probatorio suficiente por hallarse los deponentes, directa o indirectamente, interesados en la decisión del caso.

"Las diligencias de inspección ocular y de reconstrucción no fueron practicadas dentro de este juicio, ni con citación de la parte que represento. No poseen, por tanto, el carácter de pruebas concluyentes sino meramente de indicios más o menos graves, según lo dispone el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a esta clase de situaciones, según jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia sentada en un caso similar al presente.

"Por cuanto hace referencia a los dictámenes periciales rendidos en las dos diligencias a las cuales venimos refiriéndonos, conviene anotar que si bien ellos pueden constituir prueba de los hechos a los cuales se refieren, no pueden considerarse como pruebas concluyentes en cuanto a la responsabilidad del conductor Guerrero se refiere, toda vez que equivaldría a convertir a los peritos en jueces de última instancia a cuyo cargo correría establecer, de manera definitiva, la responsabilidad del inculpado".

5. Las diligencias de inspección ocular y los dictámenes a que alude el señor Procurador si bien pueden no tener el valor de pruebas concluyentes, es decir, completas, si poseen, como él mismo lo afirma, el mérito de presunciones más o menos graves que a las diligencias extrajudiciales les otorga el artículo 732 del Código Judicial; y el artículo 664 de esta obra prescribe que "una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del Juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento".

Tales diligencias fueron practicadas, con intervención de peritos, por el funcionario a quien correspondió adelantar las primeras diligencias investigativas, pocas horas después del accidente, cuando aún se hallaban visibles los datos indicadores de como había ocurrido, la primera de ellas (C. 2º, fls. 109 ss.); y la segunda, por el Juez Primero Penal del Circuito de Ipiales, dentro del sumario incoado en averiguación de aquellos hechos, los que fueron reconstruídos ante el Juez y los peritos por las mismas personas que en ellos fueron actores, entre éstas el conductor Guerrero Viteri. No es posible negar que sobre toda esta segunda diligencia, por su finalidad, por su naturaleza, por la forma minuciosa como se verificó, con intervención de quienes actuaron en el accidente, o estuvieron presentes en él, crea una presunción lo suficientemente grave como para formar la convicción que de ser ciertas las conclusiones a que llegan los peritos Julio Cozal y Eduardo Rosero, cuando afirman, después de presenciar la reconstrucción de los hechos y de oír las exposiciones de quienes intervinieron en ellos: "a) La verdadera posición del automóvil antes y en el momento del choque fue la de haber ocupado su derecha; la verdadera posición de la volqueta era la de ir rodando la derecha del vehículo que viajaba a Pasto, y en el momento del choque, si el automóvil ocupaba su derecha, si se produjo el choque, lógico es concluír que la volqueta no conservó su derecha sino que se cargó hacia su izquierda dando margen a la colisión; (...) c) Establecidos todos los detalles anteriores al instante del choque,

la causa que lo motivó es sencillamente que el conductor de la volqueta antes y en el lugar mismo del accidente no conservó su derecha (...); eh) La llanta trasera del automóvil del lado derecho quedó arrimada al talud en virtud del golpe sufrido en el choque, en la parte izquierda, saliendo la delantera hacia la izquierda; la volqueta por la misma circunstancia debía salir la delantera hacia su derecha, dejando, en consecuencia, esa diferencia en las medidas, en cuanto a la posición de ambos vehículos". Este dictamen, que como se observa versa sobre *hechos* sin invadir el campo moral o jurídico de la responsabilidad, es la consecuencia de observaciones objetivas de que da cuenta su fundamentación, y precisa elementos de hecho lo suficientemente graves como para convencer de la culpabilidad del conductor Guerrero Vileri.

6. No es esa, además, la única prueba idónea de la culpabilidad de Guerrero que obra en el juicio. A folios 104 vuelto y siguientes del cuaderno segundo del expediente aparece, trasladada en copia del sumario a que ya se hizo referencia, la declaración indagatoria rendida por él ante el Juez Primero Penal del Circuito de Ipiales, en la cual hace las siguientes manifestaciones:

"... Juez: Ha dicho usted que a las seis de la mañana del citado día, trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, se ha encontrado descansando (sic) en la población de Aldana, para luego reanudar sus trabajos respectivos. Pudiera decirme para qué lugar se dirigió a la hora de reanudación de tales trabajos, y si éstos los realizó como chofer, es decir, manejando el vehículo de la zona, debiendo explicar ¿qué dirección tomó y cuáles fueron sus actividades? Contestó: En tal fecha y a la hora que se me pregunta tomé la volqueta y me dirigí en ella al punto denominado San Luis, con el objeto de traer al obrero Segundo López; pero resulta que en la curva de la carretera, más acá de la pila de la población de Aldana, cuyo kilometraje no recuerdo, choqué con un carro que de esta ciudad había estado conduciendo el capitán de la aduana de apellido Nicholls, y tal choque fue porque la dirección de la volqueta estaba mala, ya que al encontrarnos en dicha curva, o antes de llegar a dicha curva, yo enderecé a mi derecha, porque la dirección tiraba a la izquierda, mas el capitán había ido por mi derecha y a una gran velocidad, por cuyo motivo no frenó o no sé que le pasó a él, pero es lo cierto que chocamos. Juez: Ha dicho usted que la dirección de la volqueta a su manejo se encontraba en malas condiciones. Sírvase explicar si sabiendo como sabía el estado de ese vehículo, por qué no trató de repararlo o informar a sus superiores, o llevarla al respectivo taller, y sin embargo, a pesar de tal estado, resolvió viajar, como al efecto lo hizo? Contestó: yo avisé de las condiciones del vehículo a los maestros de los respectivos talleres, o sea, al maestro Miguel Reyes y Leonardo Jurado, vecinos de Túquerres actualmente; y también sabían de ese mal estado los choferes que antes la habían manejado, señores Oswaldo Figueroa y un chofer de apellido Lazo, y todos la conocían y todos también me decían que tal defecto era desde cuando era nueva (...) Juez: Sírvase decirme si cuando usted venía en la recta situada para llegar a la curva, lugar de los hechos, usted conservaba su derecha, y en caso afirmativo, si pudiera determinar la distancia habida entre el lugar y lugares que ocupaba y el talud de la carretera a su derecha, cuál era esa distancia, lo mismo que cuál fue esa distancia al momento del choque? Contestó: La distancia precisa, cuando venía en la recta, no la recuerdo propiamente; pero sí estaba en mi derecha; momentos inmediatamente anteriores al choque, como dejo dicho, la dirección me llevó un poquito a la izquierda, y en ese preciso momento me dirigí a la derecha, y fue cuando el capitán, o digo mejor, el carro conducido por el capitán chocó con el que yo manejaba".

Esta declaración corrobora las conclusiones a que se llegó en las diligencias y peritaciones cuyo mérito se ha examinado.

III. *La responsabilidad del Poder Público.*

7. Refiriéndose a la responsabilidad de la Nación, dice el señor Procurador que conforme a la doctrina dominante de la Corte "la responsabilidad puede ser directa o indirecta atendiendo a si se trata de un órgano o de un mero funcionario o empleado sin autonomía y sin iniciativa", para en seguida expresar que siendo el conductor Guerrero un simple empleado carente de tales calidades, indispensables para la formación de la voluntad general, la responsabilidad que puede serle atribuída al Estado es indirecta, por lo cual es oponible la prueba de la ausencia de culpa *in eligendo* e *in vigilando* que supone tal especie de responsabilidad; y agrega que en este proceso existe la prueba mencionada, pues que "obra en autos el certificado de la dirección de circulación y tránsito de Pasto en que consta que Guerrero era chofer mecánico licenciado, que durante los varios años de ejercicio de su oficio no fue sancionado por infracción de las normas de tránsito y que durante el tiempo de vigencia de su patente de conductor observó buena conducta. Este certifi-

cado — afirma— tiende a desvirtuar la presunción de culpa que existe contra la Nación, toda vez que de él se deduce que la Nación obró diligentemente en la escogencia de su empleado".

8. Se hace notar, ante todo, que cualquiera que sea el criterio de la Sala sobre la naturaleza de la responsabilidad de las personas morales, y particularmente de los entes públicos, para que conforme al artículo 2347 del Código Civil cese la responsabilidad por el hecho del dependiente o subordinado se requiere que la persona llamada a responder no hubiera podido impedirlo con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere y prescribe; es decir, que aún ubicando aquella responsabilidad en el ámbito de la citada disposición, para que haya lugar a exonerarse de ella es necesario que el daño se haya producido no obstante haberse tomado medidas concretas encaminadas a evitarlo. La regla del último inciso del artículo mencionado no alude a la diligencia genérica con que el comitente o patrono puede vigilar la conducta general de su comisionado o servidor, sino a la diligencia de carácter concreto indispensable para impedir la ocurrencia o suceso que dio lugar al ejercicio de la acción. De ahí que la prueba de la ausencia de *culpa in vigilando*, suficiente para destruir la presunción que consagra la norma, no pueda referirse solamente a las condiciones de idoneidad y buen comportamiento del comisionado sino al ejercicio efectivo de la autoridad del comitente para evitar el daño. No basta, pues, que la Nación compruebe que Guerrero era chofer mecánico licenciado y que en el desempeño de su oficio no fue sancionado por infracción a los reglamentos de circulación ni por otra causa, pues no se trata de establecer el buen concepto en que hasta el momento de ocurrir el accidente era tenido el conductor sino que tal accidente se produjo a pesar de haberse tomado medidas específicas para hacer imposibles hechos de esa especie.

9. Cabe examinar, por otra parte, si la del Estado es una responsabilidad indirecta, como lo sostiene el señor Procurador con fundamento en la doctrina de la Corte que discierne entre órganos y agentes para aplicar al ente público, por el procedimiento de la interpretación analógica, el artículo 2347 del Código Civil, o si, por el contrario, es una responsabilidad directa que se rige por la norma del artículo 2341 del mismo Código.

10. En materia de responsabilidad del Poder Público la jurisprudencia se ha mostrado vacilante. Hasta el año de 1896 profesaba el dogma de la irresponsabilidad en virtud del principio de la soberanía interna del Estado. En ese año la Corte admitió, en sentencia de 22 de octubre, que "todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y (que) si bien es cierto que un Estado como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes" (G. J., XI, 357). El fallo de 20 de octubre de 1898 marca ya un progreso respecto de la doctrina anterior, en cuanto elimina el carácter subsidiario que aquella le atribuía a la responsabilidad estatal: "En materia de delitos y culpas civiles —dijo la Corte—, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aún por la mala elección que de ellos haga. Un empresario de transportes, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido cause daño a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo. El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra"; y agrega: "La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil, por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable" (G. J., XIV, 56-57).

De entonces acá se ha cumplido un proceso de evolución de la doctrina judicial relativa a la responsabilidad del Estado, progresivo aunque a veces en cierto modo artificioso, mediante adaptaciones de las reglas del Código Civil sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual a los casos concretos, para hacerla derivar: simplemente por modo indirecto, unas veces, de la equivocada escogencia del empleado o funcionario y de la falta de vigilancia de sus actos; directamente, en otras ocasiones, de la falta del servicio, en unos fallos, y en otros de la carencia de personalidad del agente y de su identificación con la persona jurídica; en las más de las veces, de manera indirecta de la culpa del agente, cuando éste carece de función directiva y cumple solamente tareas de ejecución, y en forma directa de la del órgano al través del cual se expresa la voluntad del Estado, cuando ese órgano es el que ha realizado el hecho o impartido la orden respectiva (teoría

organicista). Esta última es la doctrina que ha prevalecido en la última época y la que más frecuentemente ha aplicado la Corte en sus salas de Negocios Generales y de Casación Civil.

11. Dado que el argumento a *simili* sólo puede formularse cuando la regla establecida para un caso conviene a otro por militar en ambos las mismas razones, debido a su similitud y a la existencia de idénticos motivos de equivalencia o equidad (*ubi eadem ratio, eadem lex esse debet*), la localización de la responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios en cualquiera de las normas del título 34 del Libro 4º del Código Civil depende de que las circunstancias en que el hecho se consuma y en que se mueve la actividad del servicio y las condiciones que singularizan dicha actividad sean asimilables a las que aquellas normas tienen en cuenta para reglar la responsabilidad de las personas privadas, ya que la función de la responsabilidad no es otra que la reparación del daño según tales circunstancias y condiciones. Ellas definen el carácter de la responsabilidad ubicándola en los textos, e incluso determinan su extensión y los sujetos de la obligación respectiva.

12. Pues que el Estado es persona moral, conviene hacer notar, en primer término, que no obstante el criterio que hasta ahora ha venido privando en la jurisprudencia de la Corte, no es la teoría organicista la más adecuada a la índole y organización de las personas jurídicas de derecho público y privado, en cuanto en ciertos casos las hace indirectamente responsables de los actos de sus dependientes conforme al principio que recogen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. El primer inciso del artículo 2347 consagra el precepto de que toda persona es responsable del hecho de aquéllos que estuvieren "a su cuidado", es decir, que supone como fundamento de la responsabilidad indirecta la existencia de un deber específico de *custodia* que no se da en las personas morales respecto de sus agentes. En seguida ilustra el contenido de la norma con varios ejemplos, en todos los cuales se observa la expresa exigencia de aquel deber específico, si no es que éste fluya de la misma situación jurídica en que se hallan el autor del daño y quien por él debe responder: así, el padre, o en su defecto, la madre tienen respecto de sus hijos menores de edad obligaciones concretas de vigilancia y atención que emanan de la patria potestad, y cuyo incumplimiento se hace difícilmente excusable cuando éstos habitan con aquéllos en la misma casa; las mismas obligaciones corresponden al tutor o curador respecto del pupilo, en virtud de la guarda que les ha sido discernida; el deber del marido de enidar de su mujer es un corolario de los derechos que le confiere la potestad marital; los directores de colegios y escuelas son responsables del hecho de sus discípulos "mientras están bajo su cuidado", a tenor del texto de la disposición; y los empresarios y artesanos del de sus dependientes o aprendices, "en el mismo caso", o sea, que para establecer la responsabilidad de tales artesanos y empresarios la ley prevé que los aprendices o los dependientes causen el daño encontrándose *a su cuidado* o *bajo su custodia*. Y lo mismo ocurre en el caso del artículo 2349, puesto que la relación que se crea entre el amo y el doméstico es de tal naturaleza que supone por parte de aquél una permanente y estricta vigilancia de los actos de éste. No basta, pues, la simple relación de dependencia o subordinación en sentido lato, para que nazca aquella responsabilidad, sino que además se requiere que el autor del hecho perjudicial se halle *al cuidado* de quien es llamado a responder por él. La noción de *custodia* aparece así como el común denominador de todos los casos que caen bajo el régimen de las disposiciones comentadas, pues que así resulta tanto del principio general como de los casos concretos que muestran cómo debe ser desarrollado ese principio; tal noción es elemento de la responsabilidad llamada indirecta (locución impropia, pues este atributo no es predicable de la responsabilidad sino de la relación de causalidad), y de ninguna manera puede afirmarse que los dependientes estén al cuidado o bajo la custodia de la persona jurídica, aunque entre ellos exista un vínculo de subordinación.

Por otra parte, la responsabilidad indirecta que reconocen los artículos 2347 y 2349 supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas *in eligendo* e *in vigilando*, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del *eventus damni* con la *in eligendo* o *in vigilando* que se atribuye al patrono, en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones.

13. Ahora, concretándose al caso particular del Estado, cuyos cometidos esenciales se satisfacen al través de los servicios públicos, parece lo indicado señalar otras razones que concurren, con las que se acaban de exponer, a desplazar su

responsabilidad del ámbito del artículo 2347 para situarla en el del 2341.

Cuando el deber jurídico de reparar procede, no de un hecho ceñido a la actividad y objetivos del servicio cumplido conforme al reglamento respectivo, sino de un error de conducta consumado por razón de aquella actividad, la responsabilidad se configura como subjetiva y cae en el ámbito de la ley civil en atención a que sus reglas son aplicables en los casos de responsabilidad subjetiva de las personas morales, entre las cuales se cuentan el Estado y sus organismos secundarios y descentralizados. Mas, esa responsabilidad, emergente de una culpa de funcionario o agente de la Administración, desborda, sin embargo, el ámbito obligacional de aquél para comprometer también al Estado —salvo que el hecho sea personal, como cuando se ejecuta en provecho exclusivo del agente o por su cuenta , y no ya solamente en virtud del vínculo que liga al servicio con el autor material del daño, sino porque aquél absorbe en cierto modo la culpa del funcionario en cuanto la actividad administrativa se traduce siempre en actos de sus agentes o empleados, sin que sea dable separar la una de los otros; de modo que la falta de éstos trasciende a aquella actividad generando fallas o deficiencias en la organización y funcionamiento del servicio. Y en efecto, el daño producido en tales condiciones denuncia un mal funcionamiento de la Administración Pública por falla o defecto en su organización o deficiente coordinación de sus órganos o agencias, debiendo recaer la culpa de esas fallas o deficiencias en quien según las circunstancias los organiza y dirige, esto es, en el Estado o en alguno de sus organismos secundarios o autónomos. La falta (o sea, la culpa) de la Administración resulta así de la falta, conocida o anónima, de los encargados de mover la actividad del servicio, en atención a que la culpa de éstos determina errores o deficiencias en el mecanismo administrativo atribuíbles a la organización general. Y es que dado el contenido fundamental de protección y garantía de los derechos de la persona humana que al Estado corresponde conforme a claras disposiciones de la Constitución, no es de concebir que los servicios públicos actúen en condiciones de lesionar aquellos derechos, cualquiera que sea la causa mediata del perjuicio, contraviniendo no sólo la ley del servicio sino el deber primario del Poder Público en lo que concierne a aquella protección. Nótese que ya desde 1896, en la sentencia de 22 de octubre, la Corte vio en ese cometido una razón de ser de la responsabilidad de la Administración Pública: "por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios".

14. De estas premisas se deduce que la responsabilidad extracontractual del Estado es por lo general directa y que carece de toda base, por lo tanto, la teoría que distingue entre órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad estadual y agentes que apenas ejecutan esa voluntad, para el efecto de discernir la responsabilidad directa de la indirecta según que la culpa pueda atribuírse a aquéllos o a éstos, con mira a aplicar por analogía el principio contenido en el artículo 2347.

15. Como ya quedó dicho al tratar de la responsabilidad de las personas morales, en los casos de esta disposición el comitente, responsable indirecto, se obliga por su propia culpa, consistente en la negligente selección del comisionado o en la descuidada vigilancia de los actos de éste, situación en que con dificultad puede encontrarse el ente público que carece de una voluntad independiente de la de sus funcionarios o empleados; y por otra parte, la relación existente entre el servicio y quienes desenvuelven la actividad que a él le compete no es de carácter patronal, como la que liga al empresario o patrono con sus subalternos, sino de derecho público, lo que implica la sujeción a procedimientos y consideraciones que limitan la libertad del servicio. La responsabilidad por culpa *in eligendo* supone libertad suficiente para seleccionar al dependiente, y la por culpa *in vigilando* medios eficaces para evitar los errores y desviaciones en que el empleado pueda incurrir, y el Estado las más de las veces no dispone de aquella libertad ni de estos medios. El ha de obrar siempre conforme al reglamento del servicio que con frecuencia le impone, con mayor rigidez que el reglamento laboral a la persona privada, un régimen de conscripción, de nombramiento, de promoción y de ascenso que le deja menos autonomía que la que las leyes del trabajo suelen reconocer a las personas o entidades particulares. Dado el sistema de reclutamiento militar, por ejemplo, no se ve como sería posible hacer responsable al Estado por *culpa in eligendo* cometido en la selección de un cuerpo armado; y al más recomendable sistema para el ingreso a funciones públicas técnicas o especializadas, el de oposición o concurso, se le hace a menudo el reparo de que no siempre permite apreciar condiciones tales como la experiencia, laboriosidad, diligencia y solicitud del candidato. El estatuto del empleado público constituye así una evidente limitación a la libertad de la Administración para hacer la escogencia de sus agentes, como embaraza, a veces hace inoperan-

te la vigilancia de los empleados oficiales la índole política de los órganos del Poder Público, y sobre todo, la peculiar organización del Estado, al través de cuya compleja estructura jerárquica y de procedimientos complicados y casuísticos se diluye frecuentemente la responsabilidad de los funcionarios y se hace menos expedito y eficaz el oportuno control de las acciones individuales.

16. Ahora bien: El título 34 del Libro 4º del Código Civil organiza el sistema de la responsabilidad delictual y cuasidelictual mediante regulaciones concretas de casos particulares, a la vez que por el método de la regla general destinada a recoger los no comprendidos en los preceptos que reglamentan situaciones específicamente determinadas. Es así, que el artículo 2341, al consagrar el principio general de que quien causa daño a otro por su culpa debe repararlo, recoge también todos los casos de responsabilidad no comprendidos específicamente en otras disposiciones, teniendo por tanto el carácter de regla complementaria en cuanto prescribe el régimen general a que se sujetan los casos no previstos de manera concreta. De modo que si por las razones que se dejan expuestas debe entenderse que la responsabilidad del Estado no es asimilable a la especial que regulan los artículos 2347 y 2349, pero que en cuanto persona moral debe responder de las faltas del servicio conforme al Código Civil, su responsabilidad corresponde a la que por vía general o complementaria reglamenta el artículo 2341, sin que esta solución signifique disociar los elementos estructurales del sistema y romper su unidad para aplicarlo apenas parcialmente, con preterición de algunas de sus disposiciones, ya que la función de la regla complementaria es precisamente completar el sistema mediante la reglamentación de todas aquellas situaciones que no pueden ser ubicadas en el cuadro de los preceptos que regulan casos específicos; y sin perjuicio, por lo demás, de la acción que el Estado pueda tener contra el autor material para la reparación del daño que se le haya causado en su patrimonio, pues si bien él con la falta del servicio se hace responsable frente a la víctima, el agente también lo es frente a ésta y frente al Estado por su culpa conforme a las normas constitucionales y legales que consagran la responsabilidad de los funcionarios. El deber jurídico de resarcir al servicio los perjuicios que le causen sus agentes se halla claramente establecido en el artículo 20 de la Carta que hace a los funcionarios responsables por la infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de éstas, sin que pueda entenderse que tal responsabilidad no se extiende a los daños de orden patrimonial que el Estado sufra por actos u omisiones de sus empleados.

17. En suma que al Poder Público no le es aplicable el principio de la responsabilidad "por el hecho ajeno" contenido en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, por cuanto no se encuentra en las mismas circunstancias de quienes responden por otros, como quiera que esta especie de responsabilidad supone dualidad de culpas y en el caso del servicio la culpa de éste es la misma del agente; pero sí lo comprende lo dispuesto en el artículo 2341, pues que es persona moral capaz de cometer culpas civiles, hallándose consiguientemente en las mismas condiciones de las personas naturales que responden conforme a la citada disposición. (En el mismo sentido la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil, en esta misma fecha, en el juicio ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá).

18. Admitida esta conclusión, forzosa es también la de que la prueba general de la diligencia y cuidado que autoriza el artículo 2347 y que en este caso alega el señor Procurador, no es la pertinente para eximir de culpa a la Nación, toda vez que se encuentra acreditado que el perjuicio cuya reparación se demanda se debió a la imprudencia de un empleado dependiente de ella, cometida en ejercicio de tareas oficiales y dentro de la órbita de las que reglamentariamente le correspondían.

IV. El hecho de tercero.

19. El señor Procurador Delegado sustenta la tesis de que el accidente ocurrió, no exclusivamente por el hecho de Guerrero o por culpa de la Administración Pública, sino también por la del conductor del automóvil en que viajaba la señora Fanny de Gómez, capitán Nicholls.

"Obran en autos —expone el Procurador— elementos probatorios suficientes para establecer que al momento de ocurrir el accidente el vehículo conducido por el capitán Nicholls viajaba a una velocidad excesiva, teniendo en cuenta la naturaleza del terreno, el hecho de haber sucedido el choque en una curva muy pronunciada y la circunstancia de haber ocurrido en las proximidades de un centro urbano (ciudad de Adana).

"Los tres elementos probatorios a los cuales hacemos referencia son éstos: la declaración del demandante mismo, Aníbal Gómez, rendida dentro de la diligencia de reconstrucción practicada el 9 de enero de 1957 por el señor Juez Penal

del Circuito de Ipiales, ratificada dentro de este juicio. Interrogado por el señor Juez acerca de si al momento de ocurrir el infausto suceso el vehículo conducido por el capitán Nicholls viajaba a velocidad normal, manifestó Aníbal Gómez:

"'(...) Me queda imposible decir si era excesiva o normal si es que normal puede llamarse una velocidad entre 50 y 70 kilómetros por hora que es la que puedo calcular en forma aproximada era la que llevaba el automóvil'.

"Transitar en curva a una velocidad de 50 a 70 kilómetros por hora en terreno montañoso y cerca de una agrupación urbana, parece a todas luces una manifiesta imprudencia, una negligencia de la cual es responsable el conductor del vehículo en que viajaba doña Fanny de Gómez.

"El segundo elemento probatorio que tiende a demostrar la culpa de parte del conductor del vehículo en el cual transitaba la lesionada es la huella de frenada que dejó dicho vehículo, constatada por el señor Inspector de Circulación y Tránsito de Ipiales y por los peritos que lo asesoraron en la diligencia. De conformidad con el acta de inspección ocular, con el concepto pericial y con el croquis adjunto, el vehículo conducido por don Diego Nicholls dejó un 'rastro de frenada', es decir, que considerando que el vehículo tenga un largo de 2 metros con 20 centímetros, el total de la frenada fue de 12 metros con 15 centímetros. Una huella de esta longitud revela claramente la velocidad excesiva a la cual transitaba el vehículo accidentado.

"Por último, como tercer elemento probatorio debe citarse el auto proferido por el honorable Tribunal Superior de Pasto revocando el auto de detención de Guerrero firmado por el señor Juez Penal del Circuito de Ipiales. Según transcripción de la parte pertinente de dicho auto, hecha por el señor Fiscal del honorable Tribunal de Pasto en su concepto de fondo de la primera instancia en este juicio y corroborada indirectamente por el auto dictado por el señor Juez 1º Penal del Circuito de Ipiales:

"'bien pudieron ser ellas (las lesiones) ocasionadas como consecuencia de la frenada violenta en el momento en que el carro viajaba a alta velocidad'".

20. Al anterior razonamiento del señor Agente del Ministerio Público cabe hacerle las siguientes observaciones: a) En su declaración —incompleta en la transcripción que de ella hace el Procurador— dice el señor Aníbal Gómez: "En relación con la velocidad llevada por el vehículo conducido por el capitán Nicholls, ésta era a mi modo de concebir, normal; sin embargo, me queda imposible decir si era excesiva o normal, si es que normal se puede llamar una velocidad entre cincuenta y setenta kilómetros por hora que es la que puedo calcular en forma aproximada era la que llevaba el automóvil". Se ve, pues, que el deponente no está seguro de lo que expone: comienza por afirmar que en su concepto la velocidad era normal, para en seguida manifestar dudas sobre ello; ni está cierto de que esa velocidad fuera de cincuenta a setenta kilómetros por hora, pues que dice calcularla por aproximación; ni el fallador puede inferir que una determinada velocidad horaria sea o no normal, porque se trata de una noción muy relativa, cuya apreciación exige cierta experiencia que aquél puede no tener, cuando está regida por el criterio meramente subjetivo de que el conductor debe conservar el control del vehículo, así como el conocimiento del respectivo reglamento cuando prevalece el criterio objetivo de la simple velocidad horaria, además de ciertas circunstancias sin cuya comprobación en los autos cualquiera apreciación del Juez o de un testigo es una apreciación subjetiva que bien puede no conformarse a la realidad. Cualquiera que sea la regla que regula la velocidad de los vehículos automotores, en efecto, sea ella la de la velocidad horaria o la del control del vehículo según la pericia del conductor, la apreciación de la culpa depende en estos casos de una pluralidad de circunstancias muy varias y variables, como son, por ejemplo, la intensidad del tránsito de vehículos y peatones, la amplitud y condiciones de la vía, la naturaleza y accidentes del terreno, lo abierto o cerrado de las curvas, el peso y dimensiones del vehículo, etc., que no siempre el juez está en capacidad de apreciar por sí mismo, y que hacen necesario que el correspondiente servicio administrativo, el de circulación y tránsito, dé a conocer indicaciones precisas que sirvan de guía aún a los conductores expertos; indicaciones o reglamentos que no fueron acreditados en los autos, habiendo debido serlo, como tampoco lo fueron las circunstancias expresadas, salvo la de haber ocurrido el accidente a inmediaciones de un centro poblado. b) Por los mismos motivos tampoco puede concluírse que una huella de frenada como la establecida en la inspección ocular corresponda a una velocidad anormal. c) Las transcripciones que las partes hacen en demandas, alegatos o en otros escritos que no figuran en el juicio, no tienen más valor probatorio que el que tienen las demás afirmaciones que suelen contener tales documentos.

Nada hay, pues, en los autos que respalde la aseveración de la parte opositora relativa a la culpa de Nicholls, salvo la afirmación del con-

doctor de la volqueta oficial, Guerrero Viteri, que aparece infirmada por las conclusiones de las inspecciones oculares y de los peritos que en ellas actuaron, por lo cual carece del mérito que pudiera atribuírsele al estimar su declaración.

V. *Los daños y su reparación.*

21. La sentencia de primer grado condena a la Nación a pagar a los demandantes nueve mil cuatrocientos sesenta y un pesos con noventa centavos, por concepto de perjuicios materiales, suma en que fueron calculados por los peritos señores Luis Alfredo Martínez y Sixto Enríquez de los Ríos, en vista de las pruebas que obran en el expediente, los que discriminan así: a) Servicios médicos prestados a la señora Fanny de Gómez por el doctor José Uribe Velásquez, quinientos pesos ($ 500.00); b) Servicio prestado por la Sociedad Quirúrgica de Bogotá, ciento veintitrés pesos con noventa centavos ($ 123.90); c) Servicios prestados por la Sociedad Médica Antioqueña, setenta y siete pesos con sesenta centavos ($ 77.60); d) Cuenta del Hospital San José de Bogotá, ciento veintitrés pesos con noventa centavos ($ 123.90); e) Cuenta de drogas suministradas por la "Droguería Vida" de Ipiales, doscientos siete pesos con setenta centavos ($ 207.70); f) Servicio médico quirúrgico prestado por el doctor Parménides Revelo Sánchez, cinco mil pesos ($ 5.000.00); g) Servicios de la persona que se encargó de la vigilancia de los negocios del señor Aníbal Gómez durante su ausencia de Ipiales para acompañar a su esposa a Bogotá y Medellín donde se le prestó atención médica, dos mil pesos ($ 2.000.00); h) Por concepto de pasajes aéreos para el señor Aníbal Gómez y su familia, en varios viajes motivados por el tratamiento de su esposa, entre septiembre de 1955 y febrero de 1956, mil cuatrocientos veintiocho pesos con ochenta centavos ($ 1.428.80). Estos gastos suman los nueve mil cuatrocientos sesenta y un pesos con noventa centavos a que fue condenada la Nación por concepto de perjuicios materiales.

La Corte encuentra correcta esa liquidación, porque los gastos en ella incluídos fueron todos causados por el tratamiento médico quirúrgico a que hubo de someterse la señora de Gómez a causa del accidente, y porque aparecen comprobados en el juicio con la correspondientes facturas, cuentas y recibos y con los testimonios de los señores Segundo León, Alfredo Salas, Angelo Muñoz y Carlos Polo.

22. Se condena también a la Nación al pago de quince mil trescientos veintiséis pesos con ochenta y ocho centavos, por razón de daños consolidados futuros, liquidados conforme a las tablas de Garuffa, y representados por la disminución de la capacidad de trabajo de la víctima del accidente, la cual fue apreciada por los peritos médicos doctores Alejandro Montenegro y Parménides Revelo Sánchez en un cincuenta por ciento, por defecto funcional permanente que le impide a la señora de Gómez desempeñar las labores domésticas normales. Con fundamento en este dictamen, los peritos Martínez y Enríquez de los Ríos estimaron los referidos daños en la suma expresada. El dictamen de los médicos Montenegro y Revelo dice lo siguiente:

"La señora de Gómez presenta a nivel de la garganta de la pierna izquierda una cicatriz en forma estrellada de seis centímetros de longitud por seis de ancho que es visible a través de la media. La cicatriz es dolorosa al tacto, especialmente en la parte interna. A nivel de dicha cicatriz el tobillo tiene una circunferencia de veintidós centímetros en comparación con el derecho que tiene veintiún centímetros; dicho aumento de volumen corresponde a la presencia de un callo de osificación. El pie izquierdo en estado de reposo se encuentra en aducción lo mismo que en la marcha, pero acentuándose más en este último. Al caminar máximo una cuadra la señora de Gómez presenta claudicación de la pierna izquierda que la obliga a descansar. Conclusión: 1º La señora de Gómez presenta deformidad física por la presencia de la cicatriz y del aumento de volumen en la garganta del pie dado por la presencia de los callos de osificación. 2º Disminución funcional de carácter permanente que se puede valorar en un cincuenta por ciento. 3º Neuralgia y zonas anestésicas a nivel de dicha fractura ocasionadas por la compresión nerviosa del callo de osificación. Por lo tanto durante el resto de su vida la señora examinada, y por motivos de la lesión sufrida en el accidente de tránsito, no podrá desempeñar los oficios domésticos a que dada su edad se presume debía hacer en su hogar como esposa y madre. Tampoco podrá tener una vida social tranquila, ya que su imposibilidad física tiene que como consecuencia dar una depresión moral. Ella no podrá caminar largos trechos, ni menos bailar. Los dolores con el transcurso del tiempo podrán disminuírse y aún desaparecer. Pero como hemos dicho la deformidad física y el defecto funcional, son de carácter permanente".

Obran en autos, trasladados de las diligencias sumarias realizadas por el Juez Penal del Circuito de Ipiales, dos conceptos, uno de la Oficina Central Médico Legal de Pasto, de 22 de noviembre de 1956, y otro del médico doctor Eudoro

Martínez, de 26 de octubre del mismo año, según los cuales una vez concluído el tratamiento le quedaría a la señora de Gómez un defecto funcional transitorio, lo que no está de acuerdo con las conclusiones de la peritación de los doctores Montenegro y Revelo que pronostican un defecto funcional permanente; desacuerdo que hace notar el señor Procurador Delegado en su alegato de conclusión. La Sala encuentra, sin embargo, que el Tribunal sentenciador obró acertadamente al atenerse a las conclusiones de esta última diligencia, por cuanto en ella se dan explicaciones y se determinan un estado físico y perturbaciones funcionales que dan fuerza al dictamen, mostrándolo como razonable, mientras que los conceptos de la Oficina Médico Legal y del doctor Martínez son muy sumarios y económicos en la fundamentación de las conclusiones a que llegan; y además, porque la peritación practicada en este juicio tuvo lugar el treinta de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, esto es, cuando por haber transcurrido más de dos años desde la terminación del tratamiento médico a que se sometió la víctima del accidente, era más seguro el pronóstico de las consecuencias que tendrían las lesiones recibidas, que cuando la Oficina Médico Legal y el doctor Martínez dieron su concepto.

23. También está ceñido a derecho lo resuelto por el Tribunal respecto de perjuicios morales, pues que los reclamados como objetivados —disminución de la capacidad laboral— fueron reconocidos como materiales, que es la calidad que realmente les corresponde; y porque respecto de los subjetivos es en este caso aplicable la doctrina contenida en el fallo de la Sala de Casación Civil el 15 de marzo de 1941 (G. J., LI, 794), conforme a la cual "cuando los daños corporales, que entrañan a la vez que un perjuicio material de incapacidad, un sentimiento, elemento psicológico, que deprime el espíritu y entristece la vida, pero que sin embargo no admite la calificación de perjuicio moral, jurídicamente hablando, porque no tienen existencia propia y diferente del daño patrimonial (...), en la reparación del daño patrimonial debe entenderse comprendida la del daño moral". En el caso presente, el perjuicio moral está en cierto modo embebido en el material representado por la incapacidad o defecto funcional permanente de la demandante señora de Gómez.

Demostrados, como aparecen en el juicio, los daños y su cuantía, y los demás extremos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que se configure el deber de repararlos; y siendo, por otra parte, imputable a la Nación la responsabilidad como dueña del vehículo y por tener bajo su dependencia al empleado que causó el accidente en acto de servicio público, es el caso de confirmar la sentencia apelada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve.

Publíquese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Obras Públicas, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, con salvamento de voto, *Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.*

Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA

En obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Judicial, expongo a continuación los motivos por los cuales no suscribo el fallo anterior, con el natural temor de estar equivocado en mis apreciaciones y no haber, además, captado en toda su integridad los argumentos de la mayoría de la Sala.

I. *El hecho subjudice.* Se trata en este proceso de fallar sobre la responsabilidad del Estado, respecto de un accidente de tránsito, en el cual, por el choque de dos vehículos, el uno conducido por el capitán Diego Nicholls Vélez y el otro por Jorge Enrique Guerrero Viteri, chofer de la Zona de Carreteras de Túquerres, resultó lesionada Fanny de Gómez, con las consecuencias anotadas por los médicos legistas y apreciadas, en dinero, por los peritos que intervinieron en primera instancia.

II. *Tesis sustentada en la sentencia.* Según la mayoría de la Sala, la responsabilidad que le incumbe al Estado no debe juzgarse de acuerdo con los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, como hasta ahora, o sea, por una responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, sino mediante la aplicación del artículo 2341 del citado Código, vale decir, por un *hecho propio* que conlleva una responsabilidad *directa.*

Admitida esta tesis, como consecuencia, fluye que la prescripción no se cumplirá en tres años, sino en veinte, tanto para las personas de de-

recho público como para las jurídicas de derecho privado; en este supuesto, tampoco parece que pudieran invocar la prescripción señalada en el inciso 1º del artículo 2358 del Código Civil, como lo podrían hacer las personas naturales directamente responsables del delito; y en todo evento, como causa de exoneración de la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el hecho ajeno, no podrían ser sino el caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o de la propia víctima, para descartar la ausencia de culpa de las personas jurídicas, prevista en el artículo 2349 del Código Civil, es decir, deben asumir obligaciones que se deducen del riesgo creado.

III. *Disposiciones constitucionales.* Para fundar mi disentimiento respecto de la tesis sustentada por la mayoría, principiaré por invocar las disposiciones constitucionales que, en mi concepto, resuelven el problema en una forma clara y perentoria, pues, según se verá, en los casos de culpa de los funcionarios, la responsabilidad directa la hace recaer sobre éstos, no sobre el Estado, como sucede en otras constituciones extranjeras.

En efecto, dice el artículo 20: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

El doctor José María Samper, en su obra Derecho Público Interno de Colombia (Tomo II, págs. 48 y 49), comentando el artículo transcrito, que no ha sido modificado desde 1886 hasta ahora, dice: "Pero muy distinta es la condición del funcionario público. En tanto que los particulares carecen de autoridad, como tales, sobre la cosa pública, y no tienen el deber, sino en grado indirecto, de cuidar de lo que pertenece al Estado, al procomunal, el funcionario público es un apoderado, un guardador de cosas ajenas, un mandatario que ha de ser fiel a su mandato. Y este mandato está en la ley. La ley es su título para obrar, es el poder que lo constituye agente del Estado. Si el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohibe, o deja de hacer lo que la ley no le manda que haga, el funcionario público no puede hacer, no debe hacer sino lo que la ley le manda que haga. El no existe como funcionario, por origen natural, como todos los miembros de la sociedad, sino por institución política o del Estado. De consiguiente, a su responsabilidad común de miembro de la comunidad, por infracción de la Constitución y leyes comunes, tiene que añadirse una responsabilidad oficial; una responsabilidad que proviene de dos motivos: extralimitación de funciones (de aquellas que la ley le asigna y él debe ejercer) y omisión en el ejercicio de éstas".

De acuerdo con el artículo 51 de la Constitución Nacional, "Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este Título".

Como este artículo tampoco ha sido modificado, conserva toda su eficacia el siguiente comentario del mismo doctor Samper, en la página 107 de la obra citada: "Si todo este título tiene por objeto asegurar derechos civiles y garantías sociales, no puede afirmarse que él los asegura por sí solo. Los reconoce, proclama y afirma, como principios tutelares de Derecho constitucional; pero en resolución, como sus disposiciones son puramente substantivas, a la ley compete darles la efectividad necesaria. Y seguramente el más sólido elemento de esa efectividad, consiste en la responsabilidad de los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados por la Constitución; responsabilidad que las leyes han de definir, adoptando todos los medios que conduzcan a hacerla cierta, fácil y segura.

"Como la responsabilidad puede ser compleja, consistiendo simultáneamente en el resarcimiento de daños y perjuicios que se causen al ofendido, y en una pena gradinada según la gravedad del hecho, es patente que toda cuestión de efectividad del derecho puede resolverse en otra de responsabilidad de quien lo vulnera. Así, el mandamiento que contiene este artículo, a ser bien ejecutado, es la mejor garantía de todos los derechos que reconoce el Título III; y tanto más es así, cuanto la responsabilidad comprende a todos los funcionarios públicos, de cualquier clase que sean.

"Toca, pues, a las leyes hacer plenamente efectivas las garantías del derecho, asegurando, por medios eficaces, la responsabilidad de todos los funcionarios públicos. Sin esta responsabilidad, inoficiosas son todas las garantías individuales, puesto que los funcionarios públicos, con sus abusos, pueden atropellarlas muchas veces y volverlas nugatorias de hecho".

Como es obvio, la responsabilidad recae sobre el funcionario que, por acto u omisión personal, causa un perjuicio económico al ofendido; y solo de manera indirecta, en cuanto al resarcimiento del daño, sobre el Estado, que por no tener una entidad real o física, como toda persona jurídica, no puede incurrir en la comisión de delitos ni hacerlo directamente responsable de culpas ajenas, sin expresa disposición constitucional o legal siquiera.

En desarrollo del principio sentado en el artículo 51 de la Constitución Nacional se dictaron los artículos 261 a 280, inclusive, de la Ley 167 de 1941, que no tenían la finalidad de autorizar las ocupaciones o expropiaciones de hecho de la propiedad raíz privada, sino la de que el Estado indemnizara a los damnificados, no obstante tratarse de un acto administrativo irregular, imputable directamente al funcionario, quien en ocasiones comprometerá su responsabilidad en el campo penal, conforme al artículo 276, que dice: "Lo dispuesto en este capítulo no exime a los funcionarios o autoridades que hubieren ordenado o ejecutado las ocupaciones o los daños, de la responsabilidad criminal en que, conforme al derecho común, pudieren haber incurrido".

Consumada la ocupación de hecho de la propiedad, por ejemplo, de una zona de terreno para la construcción de una carretera, en principio, según el citado artículo 51, el funcionario responsable debía hacer la indemnización; pero como esto en la mayor parte de los casos sería un derecho puramente ilusorio, a la vez que la respectiva entidad se aprovecha de tal expropiación, las disposiciones citadas, por elementales principios de justicia distributiva, ordenaron que la beneficiada cumpliera con la obligación de reparar el daño causado a propietario.

Para terminar este aparte, parece conveniente copiar las disposiciones constitucionales de Italia y de Alemania, ahora vigentes, sobre esta materia.

El artículo 28 de la Constitución de Italia dice así: "Los funcionarios y los dependientes del Estado y de las entidades públicas son directamente responsables según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados con violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a las entidades públicas".

Según esto, la responsabilidad se predica directamente de los funcionarios; y a pesar de que allí se estatuye que "la responsabilidad se extiende al Estado y a las entidades públicas", los tratadistas italianos, como Zabonini, excluyen la indirecta, por delitos o culpas de los funcionarios.

El numeral 1º del artículo 19 de la Constitución alemana, dice: "Un recurso jurisdiccional queda abierto a cualquiera que se encuentre lesionado en sus derechos por el poder público. Este recurso es, salvo disposición contraria, de la competencia de los tribunales ordinarios".

El artículo 31 agrega: "Cuando una persona investida de una función pública viole las obligaciones inherentes a dicha función en lo que respecta a terceros, la responsabilidad incumbirá, en principio, al Estado, o a la corporación al servicio de la cual se encuentra. En los casos de falta voluntaria o de negligencia grave se podrá repetir contra el funcionario. La decisión ante los tribunales ordinarios no queda excluída por la reclamación de daños y perjuicios, o por la exigencia de responsabilidad al funcionario".

Conviene destacar que esta disposición establece la responsabilidad del Estado cuando un funcionario "viole las obligaciones inherentes a dicha función", lo cual es sustancialmente distinto a ejecutar un acto ilícito con ocasión de la función; y equivale a la distinción, hecha por la jurisprudencia francesa, entre responsabilidad personal del funcionario y la directa de la Administración, como así lo expresa el profesor uruguayo Enrique Sayagues Lasso, en el siguiente aparte de su obra Tratado de Derecho Administrativo (pág. 622), publicada en Montevideo en el año de 1959):

"El sistema francés todavía reposa fundamentalmente en la clásica separación de la responsabilidad personal del funcionario y la directa de la administración, aunque el principio ha sufrido muy serias limitaciones al admitirse la acumulación o coexistencia de ambas responsabilidades.

"Para contestar el interrogante de sobre quien recae la responsabilidad, la jurisprudencia francesa elaboró los conceptos de falta personal y falta de servicio. Si existía la primera la acción debía dirigirse contra el funcionario; si la segunda, contra la administración.

"Se configura la falta personal cuando en la actividad desarrollada por el funcionario aparece una circunstancia material o intelectualmente separable de la función administrativa e imputable a aquél. Como decía Laferriere, son los hechos en que el hombre aparece con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias; en que la personalidad del funcionario se revela por faltas del derecho común, por una vía de hecho, un dolo, pues entonces la falta es imputable al funcionario, no a la función.

"El acto dañoso cometido por el funcionario puede haberse realizado al margen de la función administrativa, siendo así ajeno a la función misma, o en ejercicio de la función administrativa encomendada al agente. No hay duda alguna de que la falta personal puede presentarse en ambos casos".

En el presente litigio, aparece claramente un hecho personal del conductor del vehículo oficial, porque, según se afirma, en el momento de producirse la colisión, quebrantó las normas de tránsito que le imponían el deber de conservar su derecha, en forma primordial al tomar una cur-

va de la carretera, imprudencia que no se puede atribuír o imputar a la Administración, o sea, a la Zona de Carreteras de Túquerres, repartimiento administrativo del cual dependía el chofer Guerrero Vitery.

IV. *Disposiciones legales sobre las personas jurídicas.* Quizá pudiera considerarse inútil, por lo conocidas, mencionar las distintas normas que se refieren a las personas jurídicas, en el campo civil; sin embargo, no deja de ser conveniente para fines posteriores.

El artículo 633 del Código Civil define la persona jurídica como "una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

Considera, pues, a la persona jurídica como un ente ficticio que no tiene, ni puede tener, una realidad física, ni puede actuar por sí mismo; y de ahí que, lógicamente, el artículo 1504 del mismo Código las considere incapaces relativamente, por cuanto no pueden actuar por sí mismas sino por intermedio de sus representantes, quienes no pueden identificarse con aquellas, sino en forma puramente imaginaria, pero no jurídica, mientras las normas legales citadas estén vigentes, como también el artículo 639 del Código Civil.

El artículo 640 del mismo Código, dispone: "Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del Ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante".

Esta norma, en tratándose de un proceso puramente civil y en relación con una persona jurídica como el Estado, pues así lo expresa el artículo 90 de la Ley 153 de 1887, tiene plena aplicación cuando debe decidirse respecto de una controversia por responsabilidad extracontractual, que presupone una negligencia o imprevisión, es decir una culpa del agente, la cual no puede considerarse que está comprendida dentro de sus funciones o ministerio, según el artículo 640 copiado antes, como que no puede haber representación en la comisión de actos ilícitos.

El profesor argentino Henoe D. Aguiar, en su tratado sobre Hechos y Actos Jurídicos, publicado en Buenos Aires en 1950, dice:

"Si es posible que las personas jurídicas respondan por daños y perjuicios, tiene que serlo, necesariamente, por el hecho ajeno, o sea, por el de las personas físicas que concurren a la realización de los fines de la entidad; porque ésta no puede, partiendo de su incapacidad de hecho y de la distinción legal entre la persona jurídica y sus miembros, resolver ni ejecutar por sí misma acto alguno.

"Son actos de las personas morales los actos jurídicos ejecutados a los fines de su institución, por sus representantes legales, siempre que éstos no excedan los límites de su ministerio (artículos 36 36). En consecuencia, no se consideran actos de las personas jurídicas los realizados a su nombre con otros fines que los dichos, o por quienes no tengan su representación, o que teniéndola, extralimiten su mandato.

"La representación de las personas jurídicas es legítima, pues, cuando tiene por objeto un acto lícito, destinado a cumplir con alguno de los objetivos de la institución. Satisfecha esta exigencia primordial, el acto del mandatario se reputa como propio y directo de la entidad, siempre que sea un acto jurídico comprendido dentro de los límites del poder que aquél ejercitó. Tal acto no le crea, ni puede crearle otra obligación que la que de él emerja como su efecto específico y normal, atendido su objeto y la ley que lo rige. Pero como la responsabilidad civil, sea contractual o delictual, emana de un hecho anormal de violencia y de desconocimiento del derecho ajeno, calificado por el dólo o la culpa del deudor en el incumplimiento de la obligación originaria o en el retardo en cumplirla, ya que hasta la mora es, como se ha dicho, *dilatio culpa non carens*, claro es que las personas jurídicas no pueden realizar por sí, esos hechos dolosos o culpables, ni sus representantes dar mandato válido para que se lleven a cabo a nombre de ellas.

"Los actos ilícitos ejecutados por los miembros, por los administradores, por los representantes, por los agentes o por los empleados de las personas jurídicas, aunque hubiesen sido efectuados en la función que se les hubiese encomendado, no se considerarán actos de aquéllas; porque en razón de la propia ilicitud de tales actos, aquellas personas físicas no han recibido ni podido recibir mandato para realizarlos, dado que los medios para alcanzar el fin que se proponen las personas jurídicas, no pueden ser de los reprobados por la ley, y dado que si otorgaren mandato para ejecutar actos ilícitos extraños o no tendientes a aquel fin, por ese solo hecho no se considerará acto suyo el del representante. Ello no obsta para que la persona jurídica, por otro motivo que el de la representación, estuviese obligada a responder por los daños y perjuicios que sus agentes hubiesen ocasionado. No se trataría, en tal caso, de la responsabilidad directa o por hecho propio, sino de la responsabilidad por el hecho de otro, por quien la ley las obligaría a responder" (págs. 140 y 141).

Si el Estado es demandado por responsabilidad extracontractual, como sucede en este juicio, comparece como persona jurídica, porque la competencia está atribuída a los tribunales superiores, en primera instancia (num. 1º, art. 76 del C. J.) y a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en segunda (num. 1º art. 37 ib.), únicamente cuando "*se ventilen cuestiones de derecho privado*"; de consiguiente, los litigios que atañen a controversias sobre servicios estatales, por pertenecer al Derecho Público, corresponden a otra jurisdicción, "salvo los juicios de expropiación y de los que trata el artículo 40", agrega la disposición mencionada.

Puede que los anteriores conceptos no estén a tono con los adelantos modernos, pero mientras la legislación no sea modificada, el juez no puede desconocer disposiciones expresas, ni tomarse atribuciones de legislador en cuanto aplica indebidamente disposiciones civiles, como el artículo 2341 del Código Civil, a actos o hechos que en la sentencia se consideran atañen al servicio público, quizá sin fundamento, en mi concepto.

V. *Jurisprudencia Nacional*. Desechada la irresponsabilidad del Estado, la Corte sentó una abundante jurisprudencia a partir del año de 1896, pero conviene mencionar, en vía de ejemplo, las siguientes:

"'Las entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas, sino sus agentes o representantes legales, y por lo tanto son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometen'. (Casación, 22 de octubre 1890, XI, 356; 19 de julio 1916, XXV, 304; 23 de agosto 1917, XXVI, 189; 17 de marzo 1928, XXXV, 259; 2 de febrero de 1932, XXXIX, 459; 29 septiembre 1934, XLI bis, 51; 17 de junio 1938, XLVI, 683; 12 mayo 1939, XLVIII, 27)".

"'El título 34 del Libro IV del Código Civil, consagrado a dar normas sobre la responsabilidad común por los delitos y culpas, divídese por materias en tres grupos: el primero constituído por los artículos 2341 a 2345, contiene los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal y que se denomina responsabilidad directa; el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, que regulan la misma responsabilidad por el hecho de personas que estén bajo el cuidado o dependencia de otra; y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355 que se refieren a la responsabilidad por el hecho de cosas inanimadas. El primer grupo enfoca la responsabilidad directa y los dos últimos la indirecta'.".

En la sentencia de fecha 1º de septiembre de 1945, inserta en el Tomo 61, páginas 622 a 628, de la *Gaceta Judicial*, se lee:

"En efecto, según se relata en el libelo con que la acción se promovió, el accidente fue originado por faltar en el lugar del siniestro las señales reglamentarias destinadas a indicar la proximidad de los trenes o las barreras que cerrarán el tránsito por la carretera en los momentos en que ésta era atravesada por el convoy en marcha; y, de otro lado, porque el cruce de las vías se hace en una curva que por la presencia de los árboles y malezas que del lado de la carretera existen impiden la debida visibilidad y hacen peligroso el tránsito de los vehículos por aquel trayecto".

Más adelante deduce las consecuencias jurídicas, en esta forma:

"... En el presente negocio no se estructura la figura de la responsabilidad por otro o indirecta, que es la contemplada en la disposición ya citada porque el hecho u omisión causantes del perjuicio no se localiza en una persona individualmente considerada, por la cual deba responder la entidad pública demandada, sino que la imputación se endereza contra ella misma y no contra ninguno de los funcionarios o agentes de su dependencia. No hay razón a estudiar, por tanto, el grado de responsabilidad que al demandado puedan aparejar los hechos u omisiones de que se habla como ocurriría por ejemplo, si la culpa del desastre se atribuyera a un acto del conductor del tren, del maquinista o de cualquier otro agente o empleado que por razón de sus funciones hubiera tenido intervención en la actividad causante del daño.

"En las condiciones y dentro del preciso marco en que la presente acción reparatoria se configura la Corte no vacila en afirmar que no se trata de deducir una responsabilidad indirecta a cargo del Estado y que, por la misma razón, la regla aplicable a la prescripción extintiva invocada no es la del artículo 2358 en su último inciso; o sea que el plazo trienal en él establecido no es la base legal para resolver sobre la excepción propuesta".

Como se vé, en la sentencia a que se acaba de hacer referencia, la Corte estudió una omisión de la Administración, que tiene buen cuidado de diferenciarla de la falta personal del dependiente.

En la sentencia de 1º de septiembre de 1960, inserta en el Tomo 93, páginas 1037 y siguientes,

se trata también esta materia, aun cuando no tenga la autoridad de las doctrinas antes copiadas.

"La responsabilidad del Estado o de la Administración por daños ocasionados en el desarrollo de su actividad, desconocida o negada antes, ha sido admitida a la postre en el derecho moderno, tanto en forma directa como en la indirecta, aun cuando la regulación se hace a veces de acuerdo con las normas del Derecho Civil, en especial en cuanto a la responsabilidad extracontractual; o bien conforme con la legislación propia del Derecho Administrativo, en ambos casos con el propósito de resarcir los perjuicios causados.

"En la categoría de la responsabilidad directa, el Estado debe resarcir los daños ocasionados por actos u operaciones administrativas, realizados con 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 no pueden actuar sino con el concurso de las personas naturales.

"La responsabilidad directa del Estado por actos u omisiones administrativas, de acuerdo con las doctrinas de los autores, encuentra su fundamento en el principio de la igualdad que debe existir entre los ciudadanos, pues, según los postulados de la justicia distributiva, no puede aceptarse que, mientras alguno o algunos soportan los gravámenes, los otros se aprovechan de los beneficios de la actividad desarrollada por la Administración, la cual, si tiene derechos también debe ser sujeto de obligaciones.

"La responsabilidad directa del Estado no sólo se opera por los actos u operaciones ilegítimas, sino también por las actividades legítimas. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución, "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial o indemnización previa". El artículo 31 de la Carta a la vez que autoriza el establecimiento de monopolios como arbitrio rentístico, impone la obligación de indemnizar a los individuos privados del ejercicio de una industria antes lícita. Además, no solamente los actos administrativos lícitos o legítimos, como los antes indicados, pueden ocasionar daños a terceros, sino también hechos necesarios para el éxito de una determinada función del Estado, como serían los causados a los propietarios por maniobras militares llevadas a efecto en tiempo de paz, con el fin de dar instrucción y un adecuado adiestramiento a la tropa.

"Si los actos o hechos legítimos comprometen la responsabilidad directa del Estado, imponiéndole la obligación de indemnizar los daños causados, fácilmente se aceptará tal responsabilidad por los actos o hechos ilegítimos, pero, eso sí, cumplidos por los órganos o funcionarios con facultad de decisión e inherentes a una actividad administrativa, como la ocupación de hecho de la propiedad para la construcción de una carretera; o bien la destitución de un empleado escalafonado en la carrera administrativa, como un maestro o profesor, sin la previa comprobación de hechos que justifiquen tal medida o decisión.

"Si la responsabilidad del Estado es directa en los casos antes expuestos, tanto en los legítimos como en los ilegítimos, no sucede lo propio con los actos o hechos ejecutados por los dependientes o subalternos, que no tienen la calidad de órganos ni la facultad de decisión, sino que comprometen directamente su responsabilidad personal e indirectamente la del Estado, como sucedería en el caso del obrero que, empleado en la construcción de una carretera, causa una lesión a un tercero por imprevisión o negligencia en el manejo de la máquina, puesta a su cuidado para la construcción de la vía; de manera, pues, que si la ocupación de hecho de la propiedad, con destino a la carretera, compromete la responsabilidad directa del Estado, por el contrario, la imprudencia o negligencia del trabajador, en cuanto ocasiona daños a terceros, no puede considerarse sino como indirecta, con fundamento en la culpa del dependiente, destacándose así la diferencia entre y una otra".

VI. *La falta de servicio.* Como en varios pasajes de la sentencia se hace alusión a la "falta de servicio", conviene precisar esta idea de acuerdo con la definición que trae el artículo 1º del Decreto 753 de 1956, que sustituyó el 430 del Código Sustantivo del Trabajo.

"De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos.

"Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

"Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras las siguientes actividades:

"a) Las que se presten en cualquiera de las ramas del poder público;

"b) ....."

Según el aparte a) no puede remitirse a duda, ni lo hace la sentencia, que la Zona de Carreteras de Túquerres está empeñada en un servicio

público, pues, entre otros fines, tiene el Ministerio de atender a la conservación de las carreteras, ubicadas dentro del territorio de su jurisdicción, para el cómodo y seguro tránsito de los vehículos, "en forma regular y continua", según los reglamentos respectivos. Para llenar este cometido, se requiere el concurso de varios empleados o dependientes, como la de choferes para transportar herramientas de trabajo, materiales, obreros, etc., es decir, estas son las funciones propias de tales empleados; ahora, si con ocasión de tales funciones, uno de los choferes tiene un accidente de tránsito, este acontecimiento desgraciado no está dentro de la función, sino que es un hecho consumado "per accidens", en forma contingente, completamente ajeno a "satisfacer necesidades de interés general"; por tanto, no puede calificarse en ninguna forma como "falta del servicio" el accidente de tránsito que ocasionó las lesiones a la parte actora, sino que debe atribuirse a una falta personal del conductor del vehículo oficial, quien, según se afirma, quebrantó los reglamentos de circulación, elemento extraño a las funciones propias de su cargo, o mejor, prohibido para el normal ejercicio de su actividad, porque todo conductor, oficial o particular, tiene el deber de acatar y cumplir estrictamente las normas regladoras del tránsito con el fin, precisamente, de evitar lamentables accidentes y daños, como consecuencia de una falta o culpa personal del chofer o conductor.

En este proceso, el presunto responsable del accidente, pretendió atribuirlo a fallas mecánicas en la dirección del vehículo, con el fin de hacer recaer la responsabilidad, no sobre él personalmente, sino sobre la Zona de Carreteras de Túquerres, que no atendió a la reparación del daño; pero esta alegación no se probó en ninguna forma, pues el dicho del interesado no vale ni como confesión, ni siquiera como declaración según se verá más adelante.

VII. *Los argumentos de la sentencia.* Posiblemente no he comprendido en su exacta eficacia los argumentos expuestos en la sentencia; de ahí quizá los breves reparos que me propongo hacerles a continuación.

Ante todo, si no estoy equivocado, en la sentencia se asimila o se da el mismo valor al daño causado con *ocasión* de la función, que genera la culpa personal del agente, con el causado en ejercicio de la función, que puede comprometer la responsabilidad directa de la Administración, como la ocupación de hecho de la propiedad, la omisión en colocar las señales de tránsito necesarias en el cruce de una carretera con un ferrocarril, con el objeto de evitar accidentes, etc.

Se dice que no pueden aplicarse los artículos 2347 del Código Civil por analogía, sino el 2341 del mismo Código; sin embargo, la tesis exacta, dentro de nuestra legislación, es precisamente la contraria, porque, como antes se vio, los actos ilícitos no pueden cometerse por representación; y como las personas jurídicas de todo género no pueden actuar por sí mismas, pues son entes ficticios por definición legal (art. 633 del C. C.), no responden directamente por los actos o hechos ilícitos de sus funcionarios, empleados o dependientes.

En el aparte o numeral 12 de la sentencia, para desechar la aplicación de los artículos 2347 y 2349, se establece una sinonimia entre las expresiones "a su cuidado" con la palabra "custodia", que en realidad, según el diccionario, tienen distinta significación y contenido, porque la primera puede considerarse como el género, mientras que la segunda sería solamente una especie.

En efecto, el diccionario define a la palabra cuidado: "Solicitud y atención para hacer bien alguna cosa. 2. Dependencia o negocio que está a cargo de uno". Por tanto, según el segundo significado, bien puede decirse que el Estado tiene "a su cuidado" o bajo su responsabilidad a los empleados.

"Custodia. Acción y efecto de custodiar. 2. Persona o escolta encargada de custodiar a una persona".

"Custodiar. Guardar con cuidado y vigilancia".

Por consiguiente, de este argumento exegético, no puede deducirse si deben o no aplicarse por analogía los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, porque fallando la principal premisa, falla también la conclusión.

Ahora, si los empleados públicos no están bajo la custodia del Estado o Administración, la deducción lógica sería la de que no responde en ninguna forma, ni directa ni indirectamente, de los daños ocasionados por culpa de sus dependientes, primero, porque a lo imposible nadie está obligado; y, segundo, porque si no puede estar obligado a lo menos, a una simple responsabilidad indirectamente, menos todavía podrá agravarse su situación jurídica atribuyéndole una directa.

En el numeral 13 se insiste en la falta de servicio, en especial, respecto de la culpa anónima, pero en el caso de autos el litigio tiene por objeto un hecho concreto e imputable a una persona conocida y determinada; de manera que no tiene relación alguna con la responsabilidad directa de la Administración por las omisiones

para el correcto funcionamiento de un determinado servicio.

Si en el cruce de una carretera con un ferrocarril, el Estado no ha colocado las señales de tránsito para advertir el peligro, por esta omisión, responderá en forma directa; pero si las señales se han colocado en forma conveniente, más el empleado no las acciona oportunamente, por negligencia o cualquiera otra causa, habrá una culpa personal del dependiente, que no puede calificarse de falta de servicio.

En el numeral 15, para hacer al Estado directamente responsable de los daños ocasionados por sus dependientes, se expone la teoría de que no tiene libertad en la escogencia o elección de los empleados, como sí la tienen las personas naturales; sin embargo, en este caso como en el señalado antes, la conclusión lógica sería de que no se puede hacerlo responsable directa ni indirectamente, una vez que "ha de obrar siempre conforme al reglamento del servicio que con frecuencia le impone, con mayor rigidez que el reglamento laboral a la persona privada, un régimen de conscripción, de nombramiento, de promoción y ascenso que le deja menos autonomía que la que las leyes del trabajo suelen reconocer a las personas o entidades particulares".

Finalmente, contra lo expuesto en el numeral 16, el artículo 2341 del Código Civil no puede ser aplicable a las personas jurídicas, porque, por su condición de ficticias, no pueden ser sujetos a quienes se pueda imputar la comisión de un delito o de una culpa, supuesto necesario de la citada norma, que dice así: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

VIII. *Declaración inadmisible.* Finalmente en la sentencia se aprecia y se le da valor probatorio al dicho del sindicado, según lo expuesto en el numeral 6º de la sentencia, en el cual, además, se transcriben apartes de la declaración indagatoria, con el fin de poner de manifiesto el mal estado del vehículo por daños en la dirección, que no fueron reparados no obstante los reclamos del dicho conductor.

El testimonio consiste en la relación exacta, verídica y completa que hace un tercero, respecto de los hechos que hayan llegado a su conocimiento por sus sentidos externos, esto es, información personal y directa sobre un acontecimiento; por tanto, a la declaración indagatoria de un sindicado, como la rendida por el chofer Guerrero Viteri, se le pueden hacer las siguientes sustanciales objeciones:

a) Su exposición no es imparcial, porque la expresó en un sumario en el cual aparecía como parte, vale decir, como sindicado, con el natural deseo de evadir toda responsabilidad haciéndola recaer sobre terceros;

b) En cuanto a la parte formal, tal exposición se hizo sin juramento, mientras los testimonios, para ser apreciados en juicio, deben llenar los requisitos de forma previstos en las disposiciones del Código de Procedimiento, entre otras, el deponente debe prestar juramento de decir la verdad, toda la verdad y solamente la verdad; y por esto, según norma constitucional, a ningún sindicado se le puede exigir juramento, salvo en cuanto atañe a los cargos hechos a terceros.

IX. *Vacíos en la prueba.* En la sentencia se hacen reparos sobre la falta de ciertos elementos probatorios, algunos de carácter técnico, que bien pudieron esclarecerse mediante la aplicación del artículo 600 o del inciso 2º del artículo 719, ambos del Código Judicial.

Todo lo expuesto puede resumirse en estos puntos:

a) Para imponer al Estado una responsabilidad directa, habría que reformar o derogar los artículos 20 y 51 de la Constitución Nacional;

b) Para identificar a los funcionarios con la persona misma de las entidades públicas o privadas, se requiere la modificación o abolición del artículo 90 de la Ley 153 de 1887; y de los artículos 638, 687, 640, 1504 y otros del Código Civil.

c) Los accidentes de tránsito de los conductores de carros oficiales, no pueden considerarse como fallas del servicio, sino como culpas personales de ellos, porque presuponen una negligencia, imprevisión o violación del reglamento de tránsito.

d) Las conductoras de vehículos oficiales, por el hecho del nombramiento, no cambian de categoría o de naturaleza como se deduce del numeral 3º del artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal; por tanto, el accidente de tránsito imputable a un chofer particular tiene la misma categoría al que pudiera consumar el conductor de un vehículo automotor oficial, o sea, ambos están sometidos a la legislación laboral, como cualquier obrero; en consecuencia, el hecho o culpa debe juzgarse por las mismas normas, mediante la aplicación del artículo 2347 y concordantes del Código Civil.

Por las razones expuestas no suscribo la sentencia precedente, no obstante el respeto que merecen las opiniones de mis ilustrados colegas.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

RECIPROCIDAD INTERNACIONAL. INMUNIDAD DE JURISDICCION CIVIL PARA LOS AGENTES DIPLOMATICOS. EXENCIONES QUE SE CONCEDEN EN RELACION CON LAS DISPOSICIONES LABORALES.

1. Reciprocidad internacional sobre concesión de inmunidades a los agentes diplomáticos. Extensión y medida de la inmunidad de jurisdicción civil que las Repúblicas de China y Colombia conceden a los diplomáticos extranjeros. 2. Exenciones de los agentes diplomáticos en relación con las disposiciones laborales del Estado receptor. 3. La inmunidad de jurisdicción civil para los diplomáticos y el concepto de los doctrinantes.

1. Estima la Sala que la concesión de una determinada inmunidad, de conformidad con el Decreto 3135 de 1986 y según el sistema de la reciprocidad que el mismo Decreto establece, no depende de que en el país a que pertenece el diplomático se concedan en abstracto todas las inmunidades que reconoce Colombia, sino que en ese país se otorgue la determinada inmunidad que aquí haga valer el diplomático. Si esa concreta inmunidad está reconocida también por el Gobierno del país a que el diplomático pertenece, y en idéntica extensión, es obvio que se produce la figura de la reciprocidad, y no se ve por qué entonces no deba reconocerla Colombia.

En la República de China, los diplomáticos extranjeros gozan de la inmunidad de jurisdicción civil "con respecto de actos ejecutados en su carácter oficial". Y en Colombia se les reconoce la misma inmunidad con relación a actos concernientes a una actividad que no sea ajena a las funciones del agente diplomático o que no implique el ejercicio de una acción real sobre bienes que se hallen dentro del territorio nacional, según se infiere del ordinal 4º del artículo 10 del Decreto 3135.

Para la Sala es por demás claro que los actos oficiales respecto a los cuales la República de China concede inmunidad de jurisdicción civil son los mismos actos relativos a una actividad no ajena a las funciones del diplomático, que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 3135, Colombia coloca dentro de la esfera de la inmunidad de la aludida jurisdicción civil. Hay, pues, reciprocidad respecto a tales actos.

Esos actos oficiales o no ajenos a las funciones del diplomático no pueden ser aquellos actos específicos en los cuales se concretan las relaciones diplomáticas de país a país, ya que éstos, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a litigios ventilados ante los jueces civiles, por lo cual mal podría concederse inmunidad de jurisdicción respecto de ellos. Para que esa inmunidad tenga algún sentido es obvio que debe referirse a actos que, sin ella, podrían suscitar litigios que normalmente tendrían que ser decididos por las autoridades jurisdiccionales civiles.

Indudablemente la contratación de los servicios de un intérprete para que preste servicios en una legación es un acto típico de los acabados de aludir, pues, de una parte, no es de los que implican el ejercicio de las relaciones diplomáticas entre el país del plenipotenciario y el país ante el cual está acreditado, y de otra, no tiene por finalidad el beneficio personal del dicho plenipotenciario, sino el de la Legación, y además, puede dar lugar a litigios susceptibles de ser decididos por las autoridades judiciales.

De conformidad con lo afirmado en el hecho segundo de la demanda, el actor fue traductor de la Legación China acreditada en Colombia, esto es, no trabajaba para los ministros personalmente considerados, sino para la Legación. Por consiguiente, y de conformidad con lo antes expuesto, la contratación de sus servicios por parte del Ministro chino fue un acto oficial de éste, o lo que es lo mismo, un acto realizado en ejercicio de una actividad no ajena a sus

funciones diplomáticas. Siendo esto así, resulta que respecto a tal acto está cobijado el Excelentísimo señor Ministro, demandado por el mencionado señor traductor, para el pago de ciertas prestaciones sociales, por la inmunidad de jurisdicción civil que reconoce el artículo 10 del Decreto 3135 de 1956, ya que, como se indicó antes, respecto a la inmunidad para tales actos existe reciprocidad de tratamiento con la República de China.

2. El apoderado del demandante remitió a la Sala una traducción oficial de apartes de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, firmada en dicha ciudad el 18 de abril de 1961, entre otros países, por China y Colombia. Según el parágrafo primero del artículo 33, "un agente diplomático estará, en lo que concierne a servicios prestados para el Estado que lo envía, exento de las disposiciones laborales que rijan en el Estado que lo recibe". De conformidad con el parágrafo segundo la exención anterior se hace extensiva a los sirvientes particulares del agente diplomático, con las excepciones en el mismo expresadas. Y a tenor del parágrafo tercero, "un agente diplomático que emplee personas a quienes no sea aplicable la exención establecida en el parágrafo 2º de ese artículo observará las obligaciones que las disposiciones laborales del Estado que recibe la misión impone a los patronos".

El apoderado del demandante advierte que tal convención no ha sido ratificada por Colombia, pero que la presenta como "prueba plena, autorizada y de excepción de que la regla universal de derecho internacional hoy reconocida y aceptada por los 81 estados signatarios, que son la casi totalidad de los del mundo, es la de la sujeción del agente diplomático a la legislación laboral del estado receptor de la misión".

Lo anterior es cierto en lo que hace a los servicios prestados al agente diplomático personalmente considerado pero no al Estado que lo envía, pues de conformidad con el parágrafo primero del artículo 33, con relación a los servicios prestados al Estado remisor se consagra exención respecto a las disposiciones laborales, o sea, una inmunidad más amplia que la de la jurisdicción civil, ya que al no regir las disposiciones laborales, el agente diplomático no podrá ser demandado ni siquiera ante las autoridades de su país, como sí podría de sólo existir la inmunidad de jurisdicción. Ahora bien, los servicios de traductor en una legación no se entienden prestados al Ministro personalmente considerado, sino a la legación, esto es, al país que la envía. Luego con relación a esos servicios quedaría cobijado el Ministro por la exención de la legislación a que alude el parágrafo primero del artículo 33 de la Convención de Viena, y no podría ser objeto de demanda al respecto.

3. No está demás hacer notar que la doctrina se pronuncia decididamente en favor del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción civil a los diplomáticos, y sin hacer distinción entre la clase de actos que ejecuten. "No es porque su persona sea sagrada —declara Vattel—, que los embajadores no pueden ser citados ante la justicia; es por la razón de que ellos no caen bajo la jurisdicción del país a que son enviados... Agreguemos aquí que es del todo conveniente y aun necesario, que un embajador no pueda ser citado ante la justicia a fin de que no sea molestado en el ejercicio de sus funciones... No está en los poderes de un soberano someter a su jurisdicción al Ministro de otro soberano... Es, pues, muy conveniente a los deberes de las naciones, y conforme a los grandes principios del derecho de gentes, que por el uso y el consentimiento de todos los pueblos, el embajador o el Ministro sea absolutamente independiente de toda jurisdicción del estado en que él resida". (Droit de Gens, Lib. IV, Cap. VIII). Y un autor moderno como Reyking afirma: "Aunque el centro de los negocios de un embajador se encuentra en el lugar de su misión, en el Estado que lo recibe, no adquiere allí un domicilio legal. Todas las pretensiones civiles que surgen durante el ejercicio de sus funciones y las que son producidas antes, son justiciables por los tribunales del Estado que lo envía". (L' extraterritorialité, II, pág. 272). Con ambos autores se declara en conformidad Raoul Genet en su "Traité de Diplomacie et de Droit Diplomatique", T. I, pág. 567.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 6 de julio de 1962.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

1. El señor Jorge Castillejo C., vecino de esta ciudad, presentó ante esta Sala por medio de apoderado, demanda contra el Excelentísimo señor Li Chin, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la República de China ante el Gobierno de Colombia, para que le pague determinadas sumas de dinero por razón de cesantía, vacaciones, indemnización por ruptura unilateral de contrato, y salarios caídos.

Como fundamentos de hecho el apoderado del demandante expone los siguientes:

"*Primero.* Mi representado ingresó al servicio del Excelentísimo señor Van Sung Pan, Enviado

Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la República de China, con fecha 10 de diciembre de 1959".

"*Segundo*. El demandante desempeñó las funciones de traductor inglés-español y español-inglés en las oficinas de la Legación de la República de China, desde un principio y hasta el día 17 de diciembre de 1959".

"*Tercero*. Las partes no celebraron contrato escrito de trabajo. Este fue verbal".

"*Cuarto*. El Excelentísimo señor Pan fue reemplazado en su cargo por el honorable señor Frank C. P. Chang, encargado de negocios a. i. y éste último por el Excelentísimo señor Li Chin".

"*Quinto*. El demandante continuó prestándole sus servicios al honorable señor Chang, y luégo, al Excelentísimo señor Li, en el mismo empleo de traductor, sin solución de continuidad".

"*Sexto*. El demandado rompió unilateral, intempestiva e injustamente el contrato de trabajo con mi representado el día 17 de diciembre de 1959".

"*Séptimo*. El demandado le pagó al demandante el sueldo correspondiente a la segunda quincena de diciembre de 1959".

"*Octavo*. El último sueldo devengado por el demandante fue de seiscientos pesos ($ 600.00) mensuales moneda legal".

"*Noveno*. El demandado no recibió, en ningún tiempo, el valor de sus vacaciones, ni auxilio de cesantía ni fue indemnizado por la ruptura unilateral, intempestiva e injusta de su contrato laboral".

"*Décimo*. El demandado se ha negado al pago de las sumas que adeuda por esos conceptos, sumas antes indicadas".

"*Undécimo*. Con la República de China no tiene la de Colombia celebrado ningún tratado ni convenio sobre fueros ni privilegios diplomáticos".

2. Comprobó el demandante, con certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores, que no existe tratado alguno entre Colombia y la República de China sobre prerrogativas, inmunidades o privilegios diplomáticos.

3. Lo relacionado con los privilegios y prerrogativas de los agentes diplomáticos acreditados en la República está reglamentado en el Decreto legislativo 3135 de 1956 que en su artículo 10 establece: "El personal diplomático acreditado (art. 8º aparte a) gozará en Colombia de las siguientes prerrogativas esenciales:

1. Inviolabilidad personal.

2. Inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

3. Inmunidad de jurisdicción penal, y

4. Inmunidad de jurisdicción civil, con las siguientes excepciones:

a) Cuando el funcionario diplomático renuncia a la inmunidad presentándose como demandante;

b) Cuando se trate de acciones reales, inclusive acciones posesorias relativas a una cosa mueble o inmueble que se halle dentro del territorio nacional, y

c) Cuando se trate de actos relativos a una actividad profesional ajena a las funciones del agente diplomático".

En el artículo 2º había advertido que "el otorgamiento de las prerrogativas y exenciones de carácter diplomático, se entenderá siempre subordinado a la observancia del régimen de la más estricta reciprocidad internacional".

4. De conformidad con el artículo 11 del mismo Decreto 3135 "en los casos previstos en el numeral 4º del artículo anterior tiene competencia para conocer del respectivo negocio contencioso, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales".

5. Notificado el auto admisorio de la demanda al Excelentísimo señor Li Chin por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, manifestó, en escrito dirigido a la Sala, que respondía "sólo por tratarse de un documento emanado de la más alta Corporación de Justicia colombiana", con la cual quería tener la atención y cortesía de responder, y sin que ello en ningún caso implicara el renunciamiento de su fuero diplomático y de la inmunidad que lo cobija conforme al derecho internacional y que, además, se encontraba ante un caso de fuerza mayor; que se acogía al principio de la extraterritorialidad de la ley, en virtud del cual no debía aplicársele la ley colombiana sino la de su país, ya que el presunto demandante prestó accidentalmente sus servicios a la Legación, "y entonces no sería a mí a quien demandara sino al Gobierno que represento, dado que fue dentro de la sede de la Misión que él prestara sus servicios en forma discontinua"; que éstos servicios los prestaba no para asuntos particulares, sino para actos relacionados con la misión diplomática.

En apoyo de sus asertos transcribió un aparte del "Tratado de Derecho Social Colombiano" del doctor Ernesto Herestadt, en el que se expresa que los trabajadores de los agentes diplomáticos, si bien tienen derecho a las prestaciones sociales y demás ventajas que les concede la ley colombiana, no pueden hacerlas efectivas ante la justicia nacional, y que respecto a las inmunidades de los diplomáticos se exceptúa lo establecido en el Decreto 615 de 1935, excepción

sustancialmente igual a la que trae el ya transcrito artículo 10 del Decreto 3135 de 1956.

6. Ante tal alegación del demandado la Sala decidió pedir información al Ministerio de Relaciones Exteriores (Dirección General de Protocolo) sobre si con la República de China existía reciprocidad en materia de privilegios e inmunidades de los diplomáticos, y si, en caso negativo, el Gobierno colombiano, de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 4º del aludido Decreto 3135, confería a la República de China la inmunidad de jurisdicción civil con relación al presente litigio.

7. A través del correspondiente Embajador, el Ministerio obtuvo del Gobierno de la República China la siguiente declaración: "... 1. Se conceden privilegios e inmunidades diplomáticas a agentes diplomáticos extranjeros debidamente acreditados en la República de China sobre base de reciprocidad. 2. Los agentes diplomáticos extranjeros debidamente acreditados en la República de China gozan de inmunidades del ejercicio de la jurisdicción civil china con respecto de actos ejecutados en su carácter oficial. En cuanto a actos ejecutados en su carácter particular, gozan de tales inmunidades de acuerdo con y en el grado permitido por las leyes internacionales aplicables en la República de China y los tratados y convenciones aplicables de que es parte la República de China".

8. En el informe que pasó a la Corte sobre la anterior declaración el Jefe de la División de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores considera que "... 1) En cuanto a los agentes diplomáticos acreditados por la República de China en Colombia no es pertinente la aplicación del régimen de reciprocidad de que habla el Decreto 3135 de 1956, en lo referente a la inmunidad de jurisdicción civil, por cuanto en Colombia el anterior Decreto confiere inmunidad completa con las excepciones señaladas en su artículo 10, mientras que en China solamente se confiere dicha inmunidad para los actos que ejecute el agente diplomático en su carácter oficial, quedando los de carácter particular sometidos al Derecho Internacional y a las convenciones aplicables en China. 2) Esta División no se considera autorizada por el artículo 4º del Decreto 3135 de 1956 para decidir en este caso concreto si hace extensiva al señor Embajador de China la inmunidad de jurisdicción civil para actos particulares, pues tal disposición solamente autoriza al Ministerio para elaborar reglamentos de carácter general".

9. Estima la Sala que la concesión de una determinada inmunidad, de conformidad con el Decreto 3135 de 1956 y según el sistema de la reciprocidad que el mismo Decreto establece, no depende de que en el país a que pertenece el diplomático se conceda en abstracto todas las inmunidades que reconoce Colombia, sino de que en ese país se otorgue la determinada inmunidad que aquí haga valer el diplomático. Si esa concreta inmunidad está reconocida también por el Gobierno del país a que el diplomático pertenece, y en idéntica extensión, es obvio que se produce la figura de la reciprocidad, y no se ve por qué entonces no deba reconocerla Colombia.

10. En la República de China, como ya se vio, los diplomáticos extranjeros gozan de la inmunidad de jurisdicción civil "con respecto de actos ejecutados en su carácter oficial". Y en Colombia se les reconoce la misma inmunidad con relación a actos concernientes a una actividad que no sea ajena a las funciones del agente diplomático o que no implique el ejercicio de una acción real sobre bienes que se hallen dentro del territorio nacional, según se infiere del ordinal 4º del artículo 10 del Decreto 3135.

11. Para la Sala es por demás claro que los actos oficiales respecto a los cuales la República de China concede inmunidad de jurisdicción civil son los mismos actos relativos a una actividad no ajena a las funciones del diplomático, que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 3135, Colombia coloca dentro de la esfera de la inmunidad de la aludida jurisdicción civil. Hay, pues, reciprocidad respecto a tales actos.

12. Esos actos oficiales o no ajenos a las funciones del diplomático no pueden ser aquellos actos específicos en los cuales se concretan las relaciones diplomáticas de país a país, ya que éstos, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a litigios ventilables ante los jueces civiles, por lo que mal podría concederse inmunidad de jurisdicción respecto a ellos. Para que esa inmunidad tenga algún sentido es obvio que debe referirse a actos que, sin ella, podrían suscitar litigios que normalmente tendrían que ser decididos por las autoridades jurisdiccionales civiles.

13. Indudablemente la contratación de los servicios de un intérprete para que preste servicios en una legación es un acto típico de los acabados de aludir, pues, de una parte, no es de los que implican el ejercicio de las relaciones diplomáticas entre el país del plenipotenciario y el país ante el cual está acreditado, y de otra, no tiene por finalidad el beneficio personal del dicho plenipotenciario, sino el de la Legación, y además, puede dar lugar a litigios susceptibles de ser decididos por las autoridades judiciales.

14. De conformidad con lo afirmado en el hecho segundo de la demanda, el actor fue traduc-

tor de la Legación de China, lo que resulta comprobado con el certificado que acompañó al libelo, expedido por el Secretario de la Legación china. Esto es, no trabajaba para los Ministros personalmente considerados, sino para la Legación. Por consiguiente, y de conformidad con lo antes expuesto, la contratación de sus servicios por parte del Ministro chino fue un acto oficial de éste, o lo que es lo mismo, un acto realizado en ejercicio de una actividad no ajena a sus funciones diplomáticas. Siendo esto así resulta que respecto a tal acto está cobijado el Excelentísimo señor Ministro de la China por la inmunidad de jurisdicción civil que reconoce el artículo 10 del Decreto 3135 de 1956, y ya que, como se indicó arriba, respecto a la inmunidad para tales actos existe reciprocidad de tratamiento con la República de China.

15. El apoderado del demandante remitió a la Sala una traducción oficial de apartes de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, firmada en dicha ciudad el 18 de abril de 1961, entre otros países, por China y Colombia. Según el parágrafo primero del artículo 33, "un agente diplomático estará, en lo que concierne a servicios prestados para el Estado que lo envía, exento de las disposiciones laborales que rijan en el Estado que lo recibe". De conformidad con el parágrafo segundo la exención anterior se hace extensiva a los sirvientes particulares del agente diplomático, con las excepciones en el mismo expresadas. Y a tenor del parágrafo tercero, "un agente diplomático que emplee personas a quienes no sea aplicable la exención establecida en el parágrafo 2º de ese artículo observará las obligaciones que las disposiciones laborales del estado que recibe la misión impone a los patronos".

El apoderado del demandante advierte que tal convención no ha sido ratificada por Colombia, pero que la presenta como "prueba plena, autorizada y de excepción de que la regla universal de derecho internacional hoy reconocida y aceptada por los 81 estados signatarios, que son la casi totalidad de los del mundo, es la de la sujeción del agente diplomático a la legislación laboral del estado receptor de la misión".

Lo anterior es cierto por lo que hace a los servicios prestados al agente diplomático personalmente considerado, pero no al estado que lo envía, pues de conformidad con el parágrafo primero del artículo 33, con relación a los servicios prestados al estado remisor se consagra exención respecto a las disposiciones laborales, o sea, una inmunidad más amplia que la de la jurisdicción civil, ya que al no regir las disposiciones laborales, el agente diplomático no podrá ser demandado ni siquiera ante las autoridades de su país, como si podría de sólo existir la inmunidad de jurisdicción. Ahora bien: ya se dijo que los servicios de traductor en una legación no se entienden prestados al Ministro personalmente considerado, sino a la legación, esto es, al país que la envía. Luego con relación a esos servicios quedaría cobijado el Ministro por la exención de legislación a que alude el parágrafo primero del artículo 33 de la Convención de Viena, y no podría ser objeto de demanda al respecto.

16. No está de más hacer notar que la doctrina se pronuncia decididamente en favor del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción civil a los diplomáticos, y sin hacer distinción entre la clase de actos que ejecuten. "No es porque su persona sea sagrada —declaraba Vattel—, que los embajadores no pueden ser citados ante la justicia; es por la razón de que ellos no caen bajo la jurisdicción del país al que son enviados... Agreguemos aquí que es del todo conveniente y aún necesario, que un embajador no pueda ser citado ante la justicia a fin de que no sea molestado en el ejercicio de sus funciones... No está en los poderes de un soberano someter a su jurisdicción al Ministro de otro soberano... Es, pues, muy conveniente a los deberes de las naciones, y conforme a los grandes principios del derecho de gentes, que por el uso y el consentimiento de todos los pueblos, el embajador o el ministro sea absolutamente independiente de toda jurisdicción del estado en que él resida" (Droit de Gens, Lib. IV, Cap. VIII). Y un autor moderno como Heyking afirma: "aunque el centro de los negocios de un embajador se encuentra en el lugar de su misión, en el Estado que lo recibe, no adquiere allí un domicilio legal. Todas las pretensiones civiles que surgen durante el ejercicio de sus funciones y las que son producidas antes, son justiciables por los Tribunales del Estado que lo envía". ("L'extraterritorialité", II, pág. 272). Con ambos autores se declara en conformidad Raoul Genet en su "Traité de Diplomacie et de Droit Diplomatique" (T. I, pág. 567).

Por todo lo expuesto la Sala resuelve: Revócase el auto que admitió la demanda presentada por el señor Jorge Castillejo C. contra el Excelentísimo señor Li Chin, Ministro Plenipotenciario de la República de China ante el Gobierno de Colombia.

Notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ramiro Araújo Gran.

Jorge García Merlano, Secretario.

SUSPENSION DE TERMINOS. EL PRINCIPIO PRECLUSIVO. LA TEORIA DEL ANTIPROCESALISMO. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO Y LA TEORIA DE LAS FALTAS DEL SERVICIO. RESPONSABILIDAD POR MOROSIDAD. PERDIDA DE MERCANCIAS EN LAS ADUANAS. IRRESPONSABILIDAD POR RAZON DEL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.

1. Lo más conforme con la naturaleza de nuestro procedimiento civil es el que las partes no puedan dar efecto retroactivo a una suspensión de términos. Consolidación, en virtud del principio preclusivo, de determinadas situaciones irregulares dentro del procedimiento. Alcance limitado de la teoría del antiprocesalismo. 2. La responsabilidad del Estado y la teoría de las faltas del servicio. 3. Responsabilidad de la Administración por razón de la morosidad del servicio. 4. La doctrina dominante no acepta la responsabilidad del Estado por los daños que pueda causar el desarrollo de la función jurisdiccional, salvo texto expreso, y a lo menos en cuanto no se pueda imputar dolo a los jueces. 5. Mientras por providencia judicial ejecutoriada no se decrete el decomiso de las mercancías secuestradas bajo sospecha de contrabando, el Estado no puede apropiárselas, y debe ejercer una vigilante custodia sobre las mismas. Si se trata de especies deteriorables, como los alimentos, tiene obligación de hacerlas rematar. 6. Responsabilidad del Estado por pérdidas de mercancías secuestradas por las autoridades aduaneras.

1. Cuando ya habían transcurrido ocho de los diez días para pedir pruebas, los personeros de las partes solicitaron suspensión de términos, la que fue concedida por el Tribunal, en providencia en que expresamente advirtió que quedaban dos días del dicho término para pedir pruebas y en la que precisó la fecha en que vencía la suspensión. Posteriormente y a medida que se iban venciendo los plazos, las partes fueron reanudando sus peticiones de suspensión hasta completar siete. Cuando formularon la última, ya habían vencido los sesenta días de la sexta, razón por la cual advirtieron que daban efecto retroactivo a la nueva solicitud, a fin de que operase en forma que subsistieran los dos días del término para pedir pruebas.

Es lo más conforme con la naturaleza de nuestro procedimiento civil el que las partes no puedan dar efecto retroactivo a una suspensión de términos; en todo caso, es lo cierto que el Tribunal donde se surtió la primera instancia, consideró que sí podían y profirió providencia en que aceptó que del término para pedir pruebas quedaban dos días utilizables, así como que durante esos dos días la parte demandante pidió la práctica de las que fueron allegadas.

Ahora bien, en virtud del principio preclusivo resulta imposible desconocer ahora esa realidad procesal; sin que valga alegar la teoría del antiprocesalismo, que permite al juzgador no ser consecuente, al proferir una providencia en el curso de un juicio, con el error en que hubiere incurrido en providencia anterior ejecutoriada; precisamente porque tal teoría, según su formulación por la Corte, a lo que autoriza es simplemente a eso, y no a la revocatoria de autos ejecutoriados; por lunde si el trámite procesal está terminado no hay posibilidad de enmendar el error cometido en auto que se dejó ejecutoriar.

Ciertamente los procedimientos son de orden público, en cuanto no es dable a las partes escoger el que a bien tengan para dirimir sus controversias, pero ello no puede impedir que como

consecuencia de la abstención de una parte en interponer remedios legales, se consoliden determinadas situaciones irregulares cuyo acaecimiento, por su menor gravedad, no han sido consideradas por el legislador como causales de nulidad. Admitido por el Tribunal que quedaban dos días disponibles para pedir pruebas, sin que la providencia hubiera sido impugnada, y no habiéndose incurrido en causal de nulidad alguna, es del todo imposible desconocer ahora los efectos que de ese reconocimiento se derivaron en cuanto a las pruebas, cuya práctica resultó en consecuencia impetrada dentro del correspondiente término de diez días que para pedirlas señala el Código Judicial.

2. Las pretensiones de la sociedad demandante parten del supuesto de que el Estado es responsable por los daños que puedan causar sus actuaciones u omisiones a los asociados cuando una u otras constituyan culpa, ya sea que se le impute ésta a determinados funcionarios, personalmente conocidos, o bien que se prescinda de la localización precisa de éstos, y se considere que el servicio público ha funcionado inadecuadamente, lo que se designa con el nombre de falta o falla del servicio.

En reciente providencia de esta Sala, de fecha 30 de junio de 1982, se dejó indicado in extenso cómo es más acorde con la naturaleza de las entidades públicas deducir la responsabilidad de ellas de conformidad con esta última concepción, que implica la eliminación de la idea de responsabilidad indirecta, todas las veces que, por actuaciones culposas de sus funcionarios, precisados o dejados en el anonimato, a través de los cuales tiene necesariamente que actuar el Estado, se causa un daño a una persona.

Sentado lo anterior, cabe entonces dilucidar si en el caso concreto se ha producido la actuación culposa de la Administración.

3. Sobre la supuesta mora de la Administración en proveer sobre los reclamos de la sociedad demandante respecto a las sumas liquidadas en exceso, por concepto de derechos de aduana sobre las mercancías, y a la devolución de dichas sumas, que constituye el fundamento de hecho para pedir indemnización de perjuicios en cuanto a la primera acción, bastará anotar que no aparece indicación ni prueba alguna con relación a las fechas en que los reclamos fueron presentados ni a la duración normal de su tramitación, bases indispensables para poder concluir algo respecto a una posible morosidad del servicio.

4. Los perjuicios reclamados en la segunda acción los deriva la entidad demandante del secuestro que de mercancías de su propiedad decretó el Tribunal Supremo de Aduanas. Se trata, pues, de perjuicios causados por una actuación judicial.

Si bien el campo de la responsabilidad del Estado tiende a ensancharse cada vez más, la doctrina dominante no acepta la responsabilidad del Estado por los daños que pueda causar el desarrollo de la función jurisdiccional, salvo texto expreso, y a lo menos en cuanto no se pueda imputar dolo a los jueces. En el mismo sentido se ha orientado la jurisprudencia de la Corte (véase Gaceta Judicial, LVI, 299; LXIV, 576; y sentencia de esta Sala, proferida en juicio de Jesús Ramón Cuéllar contra la Nación, de fecha 30 de junio de 1981).

En verdad, la propia naturaleza de los procedimientos judiciales que, con sus recursos, diversos grados de instancia, etc., constituyen sistemas autónomos y en sí mismos completos, que no permiten pedir revisión de lo actuado a funcionarios distintos de los que el propio ordenamiento contempla, es un obstáculo insalvable de carácter positivo que se opone a la posibilidad de enjuiciar las actuaciones realizadas en un determinado proceso por funcionarios a quienes no se les imputa proceder delictivo alguno. De otro lado, la condición falible de los hombres, con su diversa manera de apreciar las leyes y los hechos, impide igualmente, pedir cuenta de sus procederes a los jueces que de buena fe incurran en errores. De lo contrario, una excesiva meticulosidad, hija legítima del temor de incurrir en responsabilidad, o a lo menos la de comprometer la del Estado, haría en la práctica nugatorios los fines de la administración de justicia. La posibilidad de los errores judiciales seguirá siendo un riesgo inherente a la vida en sociedad, y fuerza es por tanto que sus miembros corran con alguna parte al menos de las cargas que él implica.

5. La tercera acción se fundamenta en el deterioro sufrido por las mercancías durante el tiempo del secuestro. Se acusa al Estado de no haber tomado medidas adecuadas para evitar tal perjuicio.

Es claro que mientras por providencia judicial debidamente ejecutoriada no se decrete el decomiso de las mercancías secuestradas bajo sospecha de contrabando, el Estado no puede apropiárselas, y debe ejercer una vigilante custodia sobre las mismas; en otras palabras, es un mero depositario de ellas y está sometido por tanto al deber primordial de devolverlas, una vez ce-

sado el secuestro, si fuere el caso. Si se trata de especies deterlorables, como los alimentos, tiene la obligación de hacerlas rematar (art. 387 del C. J.; artículo 86 de la Ley 79 de 1931), para entregar el producto de la almoneda a los sindicados, caso de que sean absueltos, o para resarcir al Fisco de los deterioros sobrevinientes, ya que una de las penas imponibles al contrabandista es el decomiso de las mercancías a favor del Estado.

En el caso de autos aparece que el Tribunal de Aduanas, ordenó el remate de las mercancías que habían sido secuestradas a la sociedad demandante. Pero el apoderado de ésta, pidió que no se llevara a cabo y al efecto ofreció prestar caución para garantizar al Fisco de los perjuicios que pudieran sobrevenirle por el posible deterioro de los artículos y el Tribunal accedió a lo solicitado. Si, pues, el remate no se cumplió por solicitud que la sociedad demandante hizo al respecto, mal puede culpar al Estado de no haberlo realizado. Al haber tenido la sociedad demandante una intervención decisiva en la no realización del remate ordenado, asumió sobre sí los riesgos de los probables deterioros de las especies secuestradas, y liberó de toda responsabilidad al Estado, a ese respecto.

6. En cuanto a la responsabilidad del Estado por las pérdidas de mercancías secuestradas por las autoridades aduaneras, es en principio indiscutible, si realmente fue custodio de ellas en la persona de alguno de sus funcionarios. El custodiarlas es una obligación inherente al carácter de depositario que al respecto habría asumido el Estado, y que evidentemente constituiría una manifestación del ejercicio de la función administrativa, más bien que de la jurisdiccional. Lo que ocurre en el caso de autos es que por falta de elementos probatorios, no se puede determinar cuáles y cuántas fueron las mercancías que el depositario judicial primeramente designado entregó a los funcionarios de Aduana, de donde resulta que es imposible precisar las que se perdieron en poder de éstos y de que deba responder el Estado. Hay aquí un problema de deslinde de responsabilidades entre dos depositarios, y no hay elemento alguno de convicción que permita resolverlo en contra del Estado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 24 de julio de 1962.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

La sociedad comercial "Inversiones Emoro Ltda.", domiciliada en Cali, por medio de apoderado constituído por su representante legal, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Cali, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primero*. La República de Colombia o la Nación Colombiana es responsable y debe pagar a la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada', domiciliada en Cali, los perjuicios sufridos por esta sociedad con motivo de la liquidación equivocada de los impuestos de aduana correspondientes a los manifiestos relacionados en el hecho 6º de esta demanda. Estos perjuicios corresponden a los intereses liquidados al tipo corriente en la plaza o en subsidio a la rata legal, sobre la cantidad de $ 680.746.98 durante todo el tiempo que la Nación retuvo en su poder esa cantidad o sea en el lapso comprendido entre el mes de diciembre de 1950 y el mes de enero de 1952 en que se disolvió".

"*Segundo*. La República de Colombia o la Nación Colombiana es responsable y debe pagar a la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada' el valor de las mercancías pertenecientes a esta sociedad, cuyo secuestro bajo presunción de contrabando decretaron las autoridades aduaneras colombianas. Si en el curso del juicio se demuestra que la Nación Colombiana devolvió esas mercancías a la sociedad demandante, la condenación se hará únicamente por el valor de las mercancías faltantes y por las que se dañaron, extraviaron, perdieron y disminuyeron de precio durante el tiempo que estuvieron retenidas dichas mercancías o secuestradas por orden de las autoridades aduaneras colombianas o por orden de cualquier otra autoridad colombiana".

"*Tercero*. La República de Colombia o la Nación Colombiana es responsable y debe pagar a la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada', domiciliada en Cali, el valor de los perjuicios sufridos por la sociedad con la retención o secuestro de sus mercancías durante todo el tiempo que dichas mercancías han permanecido inmovilizadas y secuestradas por orden de las autoridades colombianas. Estos perjuicios comprenderán el daño emergente y el lucro cesante sufrido por la sociedad demandante con motivo de esa retención o secuestro".

"*Cuarto*. Estas condenaciones se harán en cifras numéricas de acuerdo con los datos que arroje el juicio y la estimación que hagan peritos en el curso del mismo. Si no aparecieran elementos suficientes para hacer esas condenaciones en cifras precisas, se harán las condenaciones en abstracto para fijar su valor en la

forma indicada por artículo 553 del Código Judicial".

Como fundamentos de hecho adujo los siguientes:

"*Primero*. Por la escritura pública número 2192 del 30 de junio de 1950 pasada en la Notaría Primera de esta ciudad de Cali, se constituyó la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada', con domicilio en esta ciudad. Esta sociedad fue oportunamente registrada e inscrita en la Cámara de Comercio de esta ciudad como lo demuestra el certificado que acompaño extendido por esa Cámara en el cual consta también que el señor Carlos A. Polo es en la actualidad Gerente suplente de esa sociedad".

"*Segundo*. Conforme a la escritura de constitución de esta sociedad el capital social que era la cantidad de US$ 120.000.00 moneda americana, debía ser aportado en su totalidad por el socio The Emoro Company mediante importación de capital a Colombia. Emoro Company es una corporación comercial norteamericana con domicilio en la ciudad de New York (Estados Unidos de América)".

"*Tercero*. Para el efecto de introducir a Colombia el capital aportado por el socio The Emoro Company la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada' procedió a pedir las autorizaciones necesarias para introducir al país ese capital en mercancías. Regía entonces la Resolución número 15 de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, aprobada por medio del Decreto número 2831 de 13 de septiembre de 1949 publicada en el Diario Oficial número 27119. Las licencias solicitadas le fueron concedidas y se le expidieron las licencias números 8489, 8537, 8487, 8490, 8484, 8492, 8488, 8491, 8525 y 8486 de fechas de julio de 1950".

"*Cuarto*. Llegadas las mercancías a Buenaventura fueron nacionalizadas por medio de los manifiestos números 28074, 27078, 30137, 25075, 31217, 28086, 27106, 28059, 27076, 28061, 29501, 27079, 28361, 28076, 27077 y 25085 mediante el pago de los impuestos de aduana que fueron exigidos por las autoridades correspondientes. Las mercancías una vez pagados los impuestos de aduana respectivos, fueron retiradas por los agentes de Aduana y despachadas a Cali".

"*Quinto*. En la Aduana de Buenaventura se presentó diferencia de apreciación en cuanto al valor de los derechos de aduana que esas mercancías debían pagar, pues mientras los Agentes de Aduana que era la firma Echeverri & Cía. Limitada sostenían que debía aplicarse la tarifa establecida por la Ley 62 de 1931, la Administración de la Aduana interpretó que debía aplicarse la nueva tarifa puesta en vigor mediante el Decreto Ejecutivo número 2218 de 10 de julio de 1950. Naturalmente primó el concepto de la Administración de Aduana y hubo de pagarse derechos conforme el nuevo arancel por la cantidad de $ 1.069.561.42 moneda legal, valor de la liquidación de los diez y seis manifiestos relacionados en el punto anterior. Este pago se verificó en el mes de diciembre de 1950".

"*Sexto*. Ante la Dirección General de Aduanas elevó la correspondiente reclamación la firma Echeverri & Cía. Limitada en su carácter antedicho de agentes consignatarios de aduana, y ese Despacho después de examinar detenidamente la documentación presentada resolvió devolver la cantidad de $ 680.746.98 indebidamente cobrada como derechos de aduana. Esta devolución se ordenó por medio de las Resoluciones números J-43, J-67, J-76 a J-82 y J-107 a J-113, dictadas en el lapso comprendido entre el 16 de agosto de 1951 hasta el 5 de noviembre del mismo año, pues en ellas se dispuso liquidar nuevamente los manifiestos. La devolución de la cantidad indicada solo se logró después de múltiples diligencias en el curso del mes de enero de 1952. Durante todo el año de 1951 la Nación Colombiana representada por sus autoridades aduaneras mantuvo en su poder la cantidad de $ 680.746.98 moneda corriente, con el consiguiente perjuicio para la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada' que tuvo que hacer frente injustificadamente al pago de intereses, comisiones, honorarios de abogados, etc., más el lucro cesante correspondiente a esa cantidad retenida durante más de un año, repito en poder de la Nación".

"*Séptimo*. Llegadas a Cali las mercancías en el mes de diciembre de 1950 como lo expresé en el punto anterior, el Tribunal de Aduanas que funciona en Bogotá inició una investigación por supuestas irregularidades en la importación de esas mercancías. Sin darle a la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada' el más simple aviso, sin llamar a sus directores a rendir siquiera una simple declaración, sin indagar a nadie, por sí y ante sí el Tribunal de Aduanas ordenó el depósito de las mercancías bajo la presunción de contrabando. El depósito se llevó a efecto y desde el año de 1951 están secuestradas fuertes cantidades de Salsa de Tomate, Alcaparras y Aceitunas, Espárragos y Juguetería en poder una parte del señor Gerente de Almacenes Santa Fe de Cali designado como secuestre; otra parte en poder del señor Superintendente de los Almacenes de la Federación Nacional de Cafeteros en Cali también designado secuestre; y otra parte depositada en una bodega situada en la Avenida de las Américas de esta ciudad, Edificio del se-

ñor Eduardo Estrada D. que administra don Jesús Gómez Mejía, bodega de la cual tienen las llaves las autoridades de aduana y por la cual paga arrendamiento mensual de $ 200.00 la sociedad que represento".

"*Octavo*. Pero lo verdaderamente asombroso de este caso es que a la sociedad 'Inversiones Emoro Limitada' dueña de esas mercancías y contra la cual se ha usado tan drástica medida de secuestro, no se le ha permitido siquiera conocer el expediente dentro del cual se adoptó esa medida. Ni su Gerente ni sus empleados han sido llamados hasta ahora y cuando la sociedad trató de constituír apoderados que la representaran dentro de esa investigación, se le cerró todo acceso diciéndole que no era parte en ella. Para prevenir el perjuicio que la sociedad pudiera sufrir con el deterioro de esas mercancías, la sociedad usando a sus agentes de aduana ya que directamente no logró ser oída, pidió se le permitiera constituír una fianza para levantar el secuestro ordenado, fundándose para ello en claras disposiciones legales. Nuevas dificultades surgieron antes de resolver esta petición, pero al fin fue aceptada y se dispuso constituírla previo avalúo que de las mercancías debían hacer peritos nombrados por el señor Capitán del Aeropuerto de Cali. Cumplida esta formalidad se extendió el correspondiente documento de fianza por valor de $ 139.924.00, después que las autoridades aduaneras aceptaron la persona del fiador ofrecido, y el documento fue autenticado legalmente. ¿Cuál fue el resultado? Que las autoridades de Aduana no levantaron el secuestro y conservaron, como garantía accesoria, la fianza constituída, quebrantando una vez más no sólo los derechos de la sociedad que represento sino los preceptos legales precisos y terminantes".

"*Noveno*. Esta situación ha perdurado hasta hoy. De nada le ha valido a la sociedad su reclamo permanente ante todas las autoridades. El expediente por presunción de contrabando dentro del cual se ordenó el secuestro, sigue siendo desconocido para 'Inversiones Emoro Limitada'. Este proceso secreto que hace recordar la famosa novela de Franz Kafka, sólo lo conoce la sociedad por sus consecuencias. Ha habido un continuo ir y venir de providencias, de funcionarios, de intervenciones de autoridades de diverso orden. Pero lo que resulta increíble es que dentro de un proceso penal como es ese y dentro del cual hay secuestradas mercancías cuyo precio se aproxima al medio millón de pesos y cuyo dueño se conoce exactamente, nadie ha sido indagado hasta el momento".

"*Décimo*. Por la acción inveneible del tiempo gran parte de esas mercancías se han deteriorado hasta el punto de perder todo su valor comercial. Otra parte está en vía también de llegar a perderse. La sociedad inútilmente ha llamado a todas las puertas pidiendo justicia: Al señor Presidente de la República, al Ministerio de Justicia, al Procurador General de la Nación, al Tribunal de Aduanas. Todas esas autoridades han intervenido y sin embargo el asunto después de tres años de iniciado sigue sin resolverse a pesar de que la legislación aduanera fija términos perentorios dentro de los cuales deben resolverse las investigaciones de esta clase. Las mercancías continúan retenidas y la sociedad sigue sufriendo los perjuicios consiguientes. Acosada por esta situación hoy ha resuelto llamar la única puerta que le falta: Al Poder Judicial que seguramente le dispensará la justicia que las autoridades aduaneras le vienen negando sistemáticamente".

"*Undécimo*. Por mi conducto la sociedad solicita se le indemnicen los perjuicios sufridos por ella con ocasión de los impuestos de aduana cobrados equivocadamente y que dio por resultado el que la cantidad de $ 680.746.98 pagada por exceso y luego devuelta, permaneciera inactiva para la sociedad y en poder de la Nación Colombiana durante todo el año de 1951. Solicita también se le paguen los perjuicios ocasionados por el deterioro de la mercancía y sus mermas durante todo el tiempo que esas mercancías han permanecido secuestradas por orden de las autoridades aduaneras. Solicita también se le paguen los perjuicios, lucro cesante y daño emergente, que ha sufrido la sociedad durante todo el tiempo que esas mercancías han permanecido secuestradas por orden de las mismas autoridades desde el tiempo en que se hizo efectivo el secuestro hasta el día en que se ordene su devolución a la sociedad".

"*Duodécima*. Por medio de su representante autorizado, la sociedad Inversiones Emoro Limitada me ha conferido poder para que la represente en este juicio".

Respecto al derecho dijo que fundamentaba la demanda "en lo dispuesto por los artículos 2341 siguientes y concordantes del Código Civil; 734 y siguiente del Código Judicial".

Estando el negocio abierto a prueba fue objeto de numerosas suspensiones a solicitud conjunta del apoderado de la sociedad demandante y del señor Fiscal 2º del Tribunal, quien había llevado la representación de la Nación.

En sentencia de 13 de noviembre de 1958 el Tribunal puso fin a la primera instancia. La parte resolutiva de dicha providencia es del siguiente tenor:

"*Primero.* Condénase a la República de Colombia o Nación Colombiana, representada por su Fiscal, por ser responsable de tales actos, a pagar a la Sociedad o Compañía 'Inversiones Emoro Limitada', con domicilio en esta ciudad y representada por su Gerente, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, los perjuicios sufridos por la mencionada sociedad con motivo de la liquidación equivocada de los impuestos de aduana correspondientes a los manifiestos relacionados por el actor en el hecho sexto (6º) de la demanda. Estos perjuicios corresponden a los intereses liquidados a la rata legal, sobre la cantidad de seiscientos ochenta mil setecientos cuarenta y seis pesos con noventa y ocho centavos ($ 680.746.98) moneda legal, durante todo el tiempo que la Nación retuvo en su poder esa cantidad, o sea en el lapso comprendido entre el mes de diciembre de 1950 y el mes de enero de 1952, en que la devolvió, intereses que ascienden a la suma de cuarenta mil novecientos cuatro pesos con ochenta y un centavos ($ 40.904.81) moneda corriente";

"*Segundo.* Condénase a la República de Colombia o Nación Colombiana, a pagar a la sociedad denominada Inversiones Emoro Limitada, de este domicilio y representada por su Gerente, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de las mercancías pertenecientes a la dicha sociedad, y cuyo secuestro, bajo presunción de contrabando, decretaron las autoridades aduaneras colombianas, pago que deberá hacerse con base en lo establecido por los señores peritos en su dictamen de fecha diez (10) de diciembre de 1956, y cuyo valor asciende a la suma de cuatrocientos cuarenta y tres mil quinientos noventa y siete pesos con cincuenta centavos ($ 443.597.50), valor que se discrimina en la siguiente forma: Por pérdidas, por descomposición de las mercancías, conforme al aparte D) ... $ 413.544.50; por pérdidas, faltantes calculadas conforme al punto B) ... $ 30.053.00";

"*Tercero.* Condénase a la República de Colombia o Nación Colombiana, a pagar tres días después de la ejecutoria de este fallo, a la sociedad denominada Inversiones Emoro Limitada, de este domicilio y representada por su Gerente, el valor de los perjuicios sufridos por la nombrada sociedad con motivo de la retención o secuestro de sus mercancías durante todo el tiempo que tales mercancías han permanecido inmovilizadas o secuestradas por orden de las autoridades colombianas, perjuicios que comprenderán el daño emergente y el lucro cesante sufrido por la precitada sociedad demandante, con ocasión de esa retención o secuestro, y cuyo valor asciende a la cantidad de trescientos setenta y dos mil veintiún pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 372.021.64) moneda corriente, y la cual se discrimina así: Por pérdidas por daño emergente y lucro cesante conforme al aparte E) ... $ 340.621.64; y por arrendamientos pagados por la sociedad conforme al punto C), $ 31.400.00".

"En resumen, las anteriores cantidades ascienden a un total de ochocientos cincuenta y seis mil quinientos veintitrés pesos con noventa y cinco centavos ($ 856.523.95) moneda corriente, como aparece de los folios 136 a 140 del cuaderno segundo, o sea del dictamen pericial".

"No hay lugar a condenación en costas, en virtud de lo establecido por el artículo 576 del Código Judicial".

"Si no fuese apelada, consúltese ésta sentencia con el Superior".

No habiendo sido objeto de recurso de apelación, vino el negocio en consulta a esta Corporación, donde ha sufrido los trámites de ley. Un incidente de nulidad por incompetencia de jurisdicción, promovido por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil como representante de la Nación, fue resuelto en forma negativa por providencia del Magistrado sustanciador que quedó confirmada por la del resto de la Sala al interponerse recurso de súplica. No hay lugar, pues, a tratar nuevamente de la competencia, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 449 del Código Judicial.

Los demás presupuestos procesales se encuentran debidamente satisfechos.

En extensa vista de fondo el señor Procurador Delegado pide la revocatoria de la sentencia consultada y la consiguiente absolución de la Nación.

Por su parte el señor apoderado de la sociedad demandante en no menos extenso y erudito alegato pide su confirmación.

La cuestión probatoria. El señor Procurador Delegado sostiene en su alegato que las pruebas practicadas en la primera instancia fueron allegadas irregularmente al proceso, por lo cual no ha debido apreciarlas el Tribunal *a quo*, y que como son las únicas que se adujeron para comprobar los hechos de la demanda, debe revocarse la sentencia y absolverse a la Nación, sin necesidad de entrar en consideraciones de otro orden. Basa su aserto en la circunstancia de que, cuando después de seis sucesivas suspensiones de términos decretadas a petición conjunta de las partes, éstas solicitaron la séptima, actuaron extemporáneamente, y que la manifestación que hicieron de que daban efecto retroactivo a esa suspensión, era inválida, razón por la cual procedió ilegalmente el Tribunal al aceptar la nueva suspensión pedida en esa forma y reconocer

consecuencialmente que las partes disfrutaban todavía de dos días para pedir pruebas. Afirma que el auto del Tribunal en que tal se reconoció no es ley del proceso, y que por antiprocesal debe ser desconocido. Critica, además, al Tribunal por no haber dictado auto concediendo el término de 30 días para practicar las pruebas.

SE CONSIDERA:

Cuando ya habían transcurrido ocho de los diez días para pedir pruebas, los personeros de las partes solicitaron suspensión de términos, la que fue concedida por el Tribunal, en providencia en que expresamente advirtió que quedaban dos días del dicho término para pedir pruebas y en la que precisó la fecha en que vencía la suspensión. Posteriormente y a medida que se iban venciendo los plazos, las partes fueron reanudando sus peticiones de suspensión hasta completar siete. Cuando formularon la última, efectivamente ya habían vencido los sesenta días de la sexta, razón por la cual advirtieron que daban efecto retroactivo a la nueva solicitud, a fin de que operase en forma que subsistieran los dos días del término para pedir pruebas. Es lo más conforme con la naturaleza de nuestro procedimiento civil el que las partes no puedan dar efecto retroactivo a una suspensión de términos; en todo caso, es lo cierto que el Tribunal consideró que sí podían y que profirió providencia en que aceptó que del término para pedir pruebas quedaban dos días utilizables, así como que durante esos dos días la parte demandante pidió la práctica de las que fueron allegadas durante la primera instancia. Ahora bien, en virtud del principio preclusivo resulta imposible desconocer ahora esa realidad procesal; sin que valga alegar la teoría del antiprocesalismo, que permite al juzgador no ser consecuente, al proferir una providencia en el curso de un juicio, con el error en que hubiera incurrido en providencia anterior ejecutoriada; precisamente porque tal teoría, según su formulación por la Corte, a lo que autoriza es simplemente a eso, y no a la revocatoria de autos ejecutoriados; por donde si el trámite procesal está terminado no hay posibilidad a enmendar el error cometido en auto que se dejó ejecutoriar. Ciertamente los procedimientos son de orden público, en cuanto no es dable a las partes escoger el que a bien tengan para dirimir sus controversias, pero ello no puede impedir que como consecuencia de la abstención de una parte en interponer remedios legales, se consoliden determinadas situaciones irregulares cuyo acaecimiento, por su menor gravedad, no han sido consideradas por el legislador como causales de nulidad. Admitido por el Tribunal que quedaban dos días disponibles para pedir pruebas, sin que la providencia hubiera sido impugnada, y no habiéndose incurrido en causal de nulidad alguna, es del todo imposible desconocer ahora los efectos que de ese reconocimiento se derivaron en cuanto a las pruebas, cuya práctica resultó en consecuencia impetrada dentro del correspondiente término de diez días que para pedirlas señala el Código Judicial. Que por otra parte, el Tribunal hubiera omitido señalar término para practicar las pruebas, tampoco puede invalidarlas, pues esa omisión no está erigida en causal de nulidad. Con ello ninguna de las partes sufrió perjuicio, y cuando el Magistrado sustanciador, ya practicadas las pruebas, se percató de tal omisión y se limitó a ordenar el traslado para alegar de conclusión, por haber transcurrido más de treinta días desde la expiración del término para pedir pruebas, no hizo sino rendir justo tributo al principio de la economía procesal en cuya virtud deben omitirse las actuaciones redundantes o inútiles.

Resulta, pues, que sí puede hacerse mérito de las pruebas practicadas en la primera instancia, por cuanto fueron solicitadas dentro de término y allegadas antes de la citación para sentencia.

Las acciones ejercidas. De la atenta lectura del libelo, y no obstante que los fundamentos de hecho no aparecen expresados con la precisión y separación que habría sido de desear de acuerdo con lo dispuesto al respecto por el artículo 737 del Código Judicial, resulta indudable que son cuatro los motivos que presenta la sociedad demandante para pedir indemnización de perjuicios: A) El haber demorado las autoridades administrativas aduaneras la devolución de las sumas que pagó en exceso por derechos de aduana cobrados sobre mercancías por ella importadas y que indebidamente fueron liquidados con base en la tarifa contenida en el Decreto 2218 de 1950; B) el haber sido secuestradas por autoridades aduaneras mercancías de su propiedad que habían sido importadas en debida forma; C) el haberse deteriorado muchas de esas mercancías mientras estuvieron secuestradas, y D) no haber devuelto la Nación cuando terminó el proceso, la totalidad de los artículos secuestrados, por haberse perdido muchos de ellos. En sustancia, en esta misma forma fue interpretada la demanda cuando se decidió el incidente de nulidad por incompetencia de jurisdicción, de que ya se habló.

Las pretensiones de la sociedad demandante parten del supuesto, indicado en forma expresa y reiterada en el alegato de conclusión, de que el Estado es responsable por los daños que puedan causar sus actuaciones u omisiones a los asociados cuando unas u otras constituyan culpa, ya sea que se le impute ésta a determinados funcionarios, personalmente conocidos, o bien que se prescinda de la localización precisa de éstos, y se considera que el servicio público ha funcionado inadecuadamente, lo que se designa con el nombre de falta o falla del servicio. En reciente providencia de esta Sala proferida en el juicio de Aníbal Gómez y otro contra la Nación, aún no publicada en la *Gaceta Judicial*, se dejó indicado *in extenso* cómo es más acorde con la naturaleza de las entidades públicas deducir la responsabilidad de ellas de conformidad con esta última concepción, que implica la eliminación de la idea de responsabilidad indirecta, todas las veces que, por actuaciones culposas de sus funcionarios, precisados o dejados en el anonimato, a través de los cuales tiene necesariamente que actuar el Estado, se causa un daño a una persona. Sentado lo anterior cabe entonces dilucidar si con relación a cada uno de los motivos sobre los que basa la sociedad demandante sus pretensiones se ha producido una actuación culposa de la Administración. Se examinan por separado esos cuatro motivos, configuradores de otras tantas acciones.

A

En su alegato de fondo la parte demandante considera que el hecho básico de esta acción es la culpa en que a su juicio incurrió la Administración al aplicar a las mercancías importadas el arancel más gravoso del Decreto 2218 de 1950, y hace extensas consideraciones para demostrar dicha culpa. Olvidó que al decidirse el incidente de nulidad por incompetencia de jurisdicción la demanda fue interpretada, en cuanto a esta acción, en el sentido de que lo impetrado fue una indemnización por la demora de la Nación en devolver las sumas cobradas en exceso respecto a los derechos de aduana. Esta interpretación es la más acorde con los términos del libelo, en el que se concretaron tales perjuicios a los intereses de dichas sumas, por todo el tiempo que la Nación la tuvo en su poder, y es la única en armonía con la circunstancia de haberse presentado el libelo ante la justicia ordinaria, que no es competente para conocer de demandas contra el Estado por los perjuicios que causen los actos jurídicos de sus funcionarios. La indemnización por el sólo hecho del error en la aplicación del arancel aduanero debió haberse pedido juntamente con la devolución de las sumas cobradas de más, como integrante que era del restablecimiento del derecho lesionado; o sea, por la misma vía gubernativa, que eventualmente habría podido dar lugar al ejercicio de la acción de plena jurisdicción contemplada por el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien: sobre la supuesta mora de la Administración en proveer sobre los reclamos de la sociedad demandante respecto a las sumas liquidadas en exceso a las mercancías y a la devolución de dichas sumas, que constituye, como ya se dijo, el fundamento de hecho único de esta primera acción, bastará anotar que no aparece indicación ni prueba alguna con relación a las fechas en que los reclamos fueron presentados ni a la duración normal de su tramitación, bases indispensables para poder concluir algo respecto a una posible morosidad del servicio.

Las anteriores consideraciones son suficientes para desestimar la demanda por lo que hace a esta acción, y se debe por tanto, revocar la condena que al respecto hizo el Tribunal.

B

Los perjuicios reclamados en la segunda acción los deriva la entidad demandante del secuestro que de mercancías de su propiedad decretó el Tribunal Supremo de Aduanas. Se trata, pues, de perjuicios causados por una actuación judicial.

Si bien el campo de la responsabilidad del Estado tiende a ensancharse cada vez más, la doctrina predominante no acepta la responsabilidad del Estado por los daños que pueda causar en el desarrollo de la función jurisdiccional, salvo texto expreso, y a lo menos en cuanto no se pueda imputar dolo a los jueces. En el mismo sentido se ha orientado la jurisprudencia de la Corte (véase G. J., T. LVI, pág. 299, LXIV, pág. 576; sentencia de esta Sala de junio 30/61, proferido en el juicio de Jesús Ramón Cuéllar contra la Nación, todavía no publicada en la *Gaceta*).

En verdad, la propia naturaleza de los procedimientos judiciales que, con sus recursos, diversos grados de instancia, etc., constituyen sistemas autónomos y en sí mismos completos, que no permiten pedir revisión de lo actuado a funcionarios distintos de los que el propio ordenamiento contempla, es un obstáculo insalvable de carácter positivo que se opone a la posibilidad de enjuiciar las actuaciones realizadas en un determinado proceso por funcionarios a quienes no se les

imputa proceder delictivo alguno. De otro lado, la condición falible de los hombres, con su diversa manera de apreciar las leyes y los hechos, impide igualmente, pedir cuenta de sus procederes a los jueces que de buena fe incurran en errores. De lo contrario una excesiva meticulosidad, hija legítima del temor de incurrir en responsabilidad, o a lo menos de comprometer la del Estado, haría en la práctica nugatorios los fines de la administración de justicia. La posibilidad de los errores judiciales seguirá siendo un riesgo inherente a la vida en sociedad, y fuerza es por tanto que sus miembros corran con alguna parte al menos de las cargas que él implica.

Las anteriores consideraciones son de suyo suficientes para desechar la acción que se examina como quiera que, según se indicó, la sociedad "Inversiones Emoro" impetra una indemnización por los perjuicios que sufrió por obra de los funcionarios de la jurisdicción penal aduanera que contra ella llevaron a cabo una investigación, en la cual decretaron el secuestro de mercancías de su propiedad, pero sin que dicha sociedad haya puesto en tela de juicio la buena fe de dichos funcionarios, contra la cual, por lo demás, nada resulta acreditado en el expediente.

Con todo, para mayor abundamiento conviene hacer algunas consideraciones en torno a los hechos acaecidos.

En este orden de ideas debe ante todo destacarse que la sociedad demandante no trajo a este juicio copia de todo el proceso penal aduanero que se le siguió, sino tan sólo de aquellas piezas que tuvo a bien allegar, por donde resulta imposible establecer la ocurrencia de la serie de irregularidades que en forma por demás dramática presenta su apoderado en la demanda y en el alegato de conclusión, para la apreciación de las cuales se requeriría tener un conocimiento más detallado y completo de aquel proceso. En realidad la parte del proceso penal de que se tiene conocimiento suministra una serie de datos en contra de la realización de tales irregularidades. Así en la diligencia de secuestro de marzo de 1951 aparece interviniendo el señor Noel Arango, representante de "The Emoro Company Inc.", entidad que era el socio capitalista exclusivo de "Inversiones Emoro" y en cuyo poder se encontraron las mercancías. En providencia de 9 de abril de 1951 el Presidente del Tribunal Supremo de Aduanas resolvió la solicitud que el apoderado de "Inversiones Emoro" formuló en el sentido de que se suspendiera el remate de las mercancías mediante prestación de caución. El 23 de abril del mismo año firmó la correspondiente diligencia de caución el doctor César Calero Mercado, en ese entonces segundo Gerente de "Inversiones Emoro", según certificado de la Cámara de Comercio de Cali que obra en autos. En providencia del Juzgado de Aduana de 9 de junio de 1954 se hace expresa referencia a los varios memoriales presentados por los doctores Jorge Enrique Gutiérrez Anzola y Bernardo Gaitán Mahecha, como apoderados de la sociedad demandante en varias etapas del sumario, y en muchas otras diligencias aparecen los demandantes como interviniendo normalmente en el proceso. De manera que lejos de estar comprobada la ocurrencia de gravísimas irregularidades rayanas en lo doloso, hay un conjunto de actuaciones que demuestran lo contrario.

En cuanto a la pretendida improcedencia o ilegalidad del secuestro de las mercancías, tampoco aparece plenamente establecida, y en cambio más bien resulta de las piezas del proceso penal aduanero que esa medida precautelativa, tomada en ejercicio de facultades propias de los funcionarios jurisdiccionales aduaneros así como la misma iniciación de la investigación, no fue el fruto de un proceder caprichoso, sino que contó con una justificación objetiva.

Pues la Dirección General de Aduanas había enviado al Tribunal, para que llevara a cabo la correspondiente investigación, una serie de documentos de los que aparecía que en los manifiestos de aduana presentados para nacionalizar las mercancías, se les había dado a éstas un valor inferior al real. Esos documentos habían sido proporcionados por un antiguo empleado de la casa despachadora de Nueva York, y posteriormente funcionarios del Control de Cambios y del Banco de la República comprobaron en dicha ciudad la realidad de la doble facturación denunciada. Como cuando las mercancías llegaron a puerto colombiano no había decidido todavía la Dirección de Aduanas que la tarifa a ellas aplicable no era la anterior, que sólo tenía en cuenta el peso, sino la puesta en vigencia por el Decreto 2218 de 1950, que tasaba los gravámenes en consideración al valor, el hecho de la declaración de precios rebajados en los manifiestos aparecía configurando un contrabando, a tenor del artículo 3º del Decreto-ley 1432 de 1940, según el cual, "constituyen delitos de fraude o contrabando a la renta nacional de aduanas: ... b) Hacer en una declaración aduanera afirmaciones falsas, sin motivo razonable para creerlas verdaderas, con el propósito de privar al Fisco de la totalidad o parte de los derechos de importación o de exportación". La primera providencia en que la Dirección de Aduanas, accediendo al reclamo del apoderado de "Inversiones Emoro", decidió que la tarifa aplicable era la anti-

gua (Ley 62 de 1931) es del 16 de agosto de 1951.

C

La tercera acción se fundamenta en el deterioro sufrido por las mercancías durante el tiempo del secuestro. Se acusa al Estado de no haber tomado medidas adecuadas para evitar tal perjuicio.

Es claro que mientras por providencia judicial debidamente ejecutoriada no se decrete el decomiso de las mercancías secuestradas bajo sospecha de ser de contrabando, el Estado no puede apropiárselas, y debe ejercer una vigilante custodia sobre las mismas; en otras palabras, es un mero depositario de ellas y está sometido por tanto al deber primordial de devolverlas, una vez cesado el secuestro, si fuere el caso. Si se trata de especies deteriorables, como los alimentos, tiene la obligación de hacerlas rematar (art. 287 del C. J.; art. 86 de la Ley 79 de 1931), para entregar el producto de la almoneda a los sindicados, caso de que sean absueltos, o para resarcir al Fisco de los deterioros sobrevinientes, ya que una de las penas imponibles al contrabandista es el decomiso de las mercancías a favor del Estado.

En el caso de autos aparece que el Tribunal de Aduanas, en providencia de 14 de marzo de 1951, ordenó el remate de las mercancías de la sociedad demandante que habían sido secuestradas en poder del señor Noel Arango. Pero el apoderado de la sociedad pidió que no se llevara a cabo el remate, y al efecto ofreció prestar caución para garantizar al Fisco de los perjuicios que pudieran sobrevenirle por el posible deterioro de los artículos. Y el Tribunal, en providencia de 9 de abril, accedió a lo solicitado, procediendo de conformidad con la doctrina del mismo Tribunal contenida en el Acta número 602-A. De tal providencia, del texto del Acta en mención, del auto de 14 de abril del mismo Tribunal en que se aceptó al doctor Calero Mercado como fiador, de la comunicación que el 18 de abril dirigió el Tribunal al Administrador de la Aduana Interior de Cali autorizándolo para asentar la correspondiente diligencia de fianza, resulta por demás claro que la caución debía tener por objeto exclusivo el antes apuntado: "responder de los perjuicios que pueda sufrir la Nación por la suspensión del remate", pero en manera alguna tenía como finalidad práctica hacer posible la cesación del secuestro y permitir la entrega de las mercancías a su dueño. Sólo que en la diligencia notarial en que el doctor Calero se constituyó fiador aparece éste diciendo que lo hacía "con el objeto de que dichas mercancías sean entregadas inmediatamente al señor Noel Arango R., único depositario de ellas a nombre de la sociedad propietaria".

Pero esa finalidad no era la que había sido expresada por el Tribunal al ordenar la prestación de la caución, y sin duda por eso las mercancías no fueron entregadas al señor Arango, o mejor, éste, en cuyo poder, como depositario judicial, estaban, no fue autorizado a disponer de ellas libremente. En todo caso la sociedad demandante quedó complacida en su deseo de que no se realizara el remate, si bien el Fisco quedó sin garantía alguna respecto a los posibles deterioros, ya que, como se acaba de indicar, la fianza no resultó prestada con ese fin, y éste no pudo ser cambiado porque posteriormente el Administrador de la Aduana de Cali en forma unilateral hubiera dejado dicho en una diligencia posterior que la fianza en referencia seguía respondiendo por la integridad de las mercancías dejadas bajo la responsabilidad del citado Noel Arango.

El remate no se cumplió, pues, por solicitud que la sociedad demandante hizo al respecto, de manera que mal puede culpar al Estado de no haberlo realizado. Los deterioros consiguientes no le son imputables, en consecuencia, a éste, cuyos funcionarios, si alguna falta cometieron, fue la anotada de haber dejado prácticamente sin garantía al Fisco por los probables deterioros de los artículos alimenticios secuestrados.

En noviembre de 1952 el Juez Distrital de Aduanas de Bogotá decretó nuevamente el remate de las especies secuestradas, y comisionó para su realización al Administrador de la Aduana de Cali, pero no hay constancia de que se hubiera hecho la comunicación del caso a dicho funcionario, ni dato alguno que permita conocer la razón por la que la orden de remate no tuvo cumplido efecto. Bien pudo ser por la existencia de la solicitud, ya comentada, que la sociedad demandante había formulado con relación al primer intento de remate.

Al haber tenido la sociedad demandante una intervención decisiva en la no realización del remate primeramente ordenado, asumió sobre sí los riesgos de los probables deterioros de las especies secuestradas, y liberó de toda responsabilidad al Estado, a ese respecto.

Por consiguiente se impone revocar la condena que por esta acción hizo la sentencia apelada.

D

En cuanto a la responsabilidad de la Nación por las pérdidas de mercancías, objeto de la cuarta acción, es en principio indiscutible, si

realmente fue custodio de ellas en la persona de alguno de sus funcionarios. El custodiarlas era una obligación inherente al carácter de depositario que al respecto habría asumido el Estado, y que evidentemente constituiría una manifestación del ejercicio de la función administrativa, más bien que de la jurisdiccional.

Ahora bien: cuando las mercancías fueron secuestradas, quedaron en poder del señor Noel Arango, y al cuidado del mismo permanecieron, como depositario judicial, durante algún tiempo; pero más tarde, sin que pueda precisarse el momento, fueron trasladadas a un local de la Avenida de las Américas, donde quedaron bajo el control de los funcionarios de la Aduana, si bien en la demanda se afirma que la sociedad demandante pagó los arriendos. En la diligencia de recuento de 17 de julio de 1951 las mercancías estaban todavía en los depósitos del señor Arango y bajo su responsabilidad, y de su transferencia al aludido local de la Avenida de las Américas sólo se viene a tener noticia por el acta de entrega de las mismas a don Eulogio Echeverri, por orden de la Prefectura del Control de Cambios (julio de 1955, v. folio 107), cuando se terminó el proceso como consecuencia de un Decreto del Gobierno, el 1372 de 1955. Fueron trasladadas en su totalidad al nuevo local? Nada se sabe al respecto, y como se trataba de especies deteriorables, hay que pensar que algunas, por haberse dañado, pudieron ser dadas de baja antes del traslado. O que por robo o diverso motivo hubieran faltado otras. En todo caso, sin saberse cuántos fueron los artículos que el depositario Arango entregó a los funcionarios de Aduana, resulta imposible precisar los que se perdieron en poder de éstos y de que deba responder el Estado. Hay aquí un problema de deslinde de responsabilidades entre dos depositarios, Arango y el Estado, y no hay elemento alguno de convicción que permita resolverlo en contra del último. Es por demás lamentable que el apoderado de la sociedad demandante no hubiera allegado copia del Acta de la entrega de las mercancías a los funcionarios aduaneros por parte del depositario Arango.

Además del secuestro de mercancías llevado a cabo el 1º de marzo de 1951 en depósitos que estaban bajo el control del señor Noel Arango, dan cuenta los autos de otros dos secuestros: uno practicado en los depósitos de la Federación Nacional de Cafeteros el 19 de enero de 1953 y el otro en los Almacenes Generales de Depósito "Santa Fe", sin que se sepa cuándo. El Tribunal *a quo* consideró que esas mercancías eran también de propiedad de "Inversiones Emoro Ltda.", y las tuvo en cuenta para computar pérdidas y deterioros. Pero ninguna responsabilidad puede caberle a la Nación respecto a pérdidas de estas mercancías, por la sencilla razón de que nunca estuvieron bajo la guarda de funcionarios oficiales, sino que los custodios de ellas fueron los Gerentes de las respectivas sociedades depositarias. Aparte de que no está claramente establecido que esas mercancías hubieran pertenecido a "Inversiones Emoro" y no a Eulogio Echeverri personalmente, quien como propietario de ellas, tenía pignoradas unas a la Federación de Cafeteros. Además respecto a las depositadas en los "Almacenes Santa Fe", y de cuya existencia sólo se tiene noticia por el Acta de entrega a Eulogio Echeverri, no se sabe quién ordenó su secuestro.

También debe, pues, absolverse a la Nación por esta acción.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 13 de noviembre de 1958;

2º Absuélvase a la Nación de todos los cargos de la demanda.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS. CADUCIDAD DE LA ACCION. CERTIFICACIONES EXPEDIDAS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. ADMISION DE LA DEMANDA Y CADUCIDAD DE LA ACCION.

Corresponde al actor presentar con la demanda sobre dominio privado del subsuelo petrolífero, la prueba de que ejercita la acción en tiempo oportuno. Condiciones que han de llenar las certificaciones expedidas por los funcionarios públicos para que tengan valor probatorio. Es al juzgador a quien corresponde decidir si una acción ha sido deducida oportunamente, es decir, antes de que haya caducado. El auto por medio del cual se admite una demanda no tiene el mérito de modificar la situación jurídica de la acción ya caducada.

De acuerdo con el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que por razón de la fecha de presentación de la demanda, rige la situación jurídica de los actores, el propietario que no hubiese presentado oposición dentro del plazo señalado en el inciso 2º, podía ocurrir ante el poder judicial, dentro de los dos años siguientes, para que en el respectivo juicio ordinario de mayor cuantía se decidiera a quién pertenecía la propiedad del subsuelo petrolífero, o sea, si a la Nación o al demandante.

Como la suerte de los contratos celebrados por la Nación con los presuntos concesionarios no podía quedar por largo tiempo en la incertidumbre, sujetos a los resultados de posibles litigios promovidos por los presuntos propietarios del subsuelo petrolífero, fijó un plazo preciso de dos años, para que los interesados ejercitaran las acciones procedentes, durante la vigencia del artículo 5º ante los Tribunales Superiores (art. 76 del C. Judicial, núm. 1º), ahora ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, en juicio ordinario de única instancia, incoados dentro de un año a contar del vencimiento del término a que alude el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956; y aun más, esta caducidad de la acción afecta también a la Nación, cuando la sentencia dictada en juicio sumario le hubiese sido adversa.

Por consiguiente, corresponde al actor presentar con la demanda la prueba de que ejercita la acción en tiempo oportuno, o sea, antes de que hubiese caducado. Para cumplir con esta exigencia, los actores presentaron un certificado del Secretario del Ministerio de Minas, que dice:

"Ministerio de Minas y Petróleos. Secretaría General, Bogotá, D. E., julio 10 de 1956. El suscrito Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos, Certifica: Que el término de dos años para instaurar acción ordinaria contra la Nación por parte de las personas que se consideren propietarias del petróleo existente en los terrenos de la propuesta sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional registrada bajo el número 564 y formulada por la Mesa Verde Petroleum Company vence el veintiséis (26) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956). Mario Correa Lince, Secretario General del Ministerio".

Con fundamento en el aparente mérito de esta certificación, las cuatro demandas fueron admitidas, porque por otra parte no podía ser de recibo, al dictar un simple auto de sustanciación, hacer consideraciones sobre el valor probatorio de un documento, ya que tal estudio o consideración corresponde hacerlo en la sentencia definitiva.

Las certificaciones expedidas por los funcionarios públicos, para que tengan valor probatorio, se requiere que se refieran a hechos, primero, y luégo, "en lo referente al ejercicio de sus funciones" según el artículo 632 del Código Judicial; y la certificación expedida por el Secretario del Ministerio de Minas, antes copiada, no se refiere a un hecho, sino a un concepto o juicio que corresponde al juzgador, como es

el de decidir si una acción ha sido deducida a juicio en tiempo oportuno, o sea, antes de transcurrir el plazo fijado en forma perentoria por la ley, para ejercitarla, como sucede en juicios sobre propiedad del subsuelo petrolífero; en consecuencia, con la certificación expedida por el Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, no se establece el oportuno ejercicio de la acción, mediante la presentación de la demanda dentro del plazo fijado por el artículo 8º de la Ley 160 de 1936, porque aquel funcionario no puede arrebatarle a la Sala de Negocios Generales de la Corte la competencia funcional para decidir sobre una excepción perentoria o respecto de un presupuesto procesal del juicio, pues, "también el hallarse dentro del plazo excluyente prescrito para ejercitar determinadas acciones, es un presupuesto procesal especial", como lo dice el profesor alemán Adolfo Schonke en la página 161 de su obra "Derecho Procesal Civil".

Como la presentación del aludido certificado podía atribuirse a una involuntaria equivocación de las partes, para no menoscabar sus legítimas pretensiones, se dictó el auto de fecha 11 de mayo de 1962, con el objeto de establecer estos dos hechos básicos: fecha de desfijación de los carteles en la Alcaldía de Armero y número y fecha del Diario Oficial en el cual se hubiese hecho la publicación del extracto de la propuesta de contrato.

De acuerdo con las constancias o informaciones del Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos sobre estos hechos, el cartel y el aviso fueron fijados, en la Alcaldía de Armero, el 17 de septiembre de 1953 y desfijados el 17 de octubre del mismo año; y el extracto de la propuesta se publicó en el Diario Oficial número 27793 de 3 de enero de 1952; por lo tanto, el término fatal señalado en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, para el ejercicio de la acción, había caducado en las fechas de la presentación de las demandas en los días 24, 25 y 26 de julio de 1956, pues los dos años habían vencido a las doce de la noche del día 17 de octubre de 1955.

Las atestaciones expedidas por el Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento del auto de 11 de mayo citado, cumplen a cabalidad las exigencias del artículo 632 del Código Judicial, porque se reducen a dar cuenta de hechos concretos, como la fijación y desfijación de los avisos y carteles en la Alcaldía de Armero; y porque tales hechos están comprendidos dentro del ámbito de sus funciones legales, como actuario del proceso administrativo sobre la pretendida concesión de la Sociedad Mesa Verde Petroleum Company.

En forma obvia se comprende que el auto por medio del cual se admitieron las demandas no modifica la situación jurídica de las partes, en cuanto a la caducidad de la acción se refiere, porque tal providencia no podía conferir nueva acción a los actores, o sea, revivir una acción inexistente; segundo, como antes se dijo, para desechar la demanda había necesidad de apreciar el valor de una prueba, acto propio de la sentencia; y en fin, como la caducidad de la acción atañe al fondo de la controversia, sea que se estime como excepción o como presupuesto procesal, bien podía reservarse para el fallo definitivo, si el vencimiento del término no aparecía en forma evidente, prima facie, en el momento de la admisión de la demanda (artículos 83 y 87 del C. C. A.).

En conclusión, pues, caducada la acción, no es menester proceder al estudio de las cuestiones sustanciales propuestas en la demanda, en cuanto a títulos coloniales ni en cuanto atañe a la prescripción por posesión económica del suelo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 25 de julio de 1962.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Amalia Mande Brandón, María Edith Brandón de Fernández de Soto, Ana Arboleda de Trujillo e hijos, Ernesto Botero y Teodoro Ensgter, en sendos libelos de fechas 24, 25 y 26 de julio de 1956, acumulados por auto de 14 de noviembre del año citado y con ocasión de la propuesta de contrato número 564 presentada por la sociedad "Mesa Verde Petroleum Company", demandó al Estado en juicio ordinario de única instancia, con el objeto de que se hicieran, en síntesis, las siguientes declaraciones:

Primera. Que el subsuelo petrolífero de los predios El Playón, San Jorge, El Puente, El Hato y La Ceiba, partes integrantes de la antigua hacienda "La Unión", ubicados todos en el Municipio de Armero en el Departamento del Tolima, pertenece, como propiedad particular y por los linderos descritos en la respectiva súplica, a los dichos actores o mandantes, en virtud de haber salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 por "mercedes reales concedidas sobre extensísimos terrenos de que forman parte" los inmuebles enumerados; o, en subsidio, por "justa prescripción, consumada por la posesión y explotación económica de sus tierras".

Segunda. Que, en consecuencia, el subsuelo petrolífero puede explotarse como de propiedad particular por sus mandantes, "y no como si el subsuelo fuese de propiedad del Estado", el cual no puede contratar la explotación con terceros y, además, tanto el suelo como el subsuelo de las parcelas dichas, deben excluirse del área de la propuesta número 564 de la entidad nominada "Mesa Verde Petroleum Company", si el contrato llegare a celebrarse.

Tercera. "Que, una vez ejecutoriada la sentencia en que se hagan las declaraciones aquí demandadas, se ordene su registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Armero —Tolima—, y se envíe copia auténtica de la misma al Ministerio de Minas y Petróleos, para los efectos legales consiguientes".

El representante judicial de los actores, a modo de preámbulo, inserta en todos los libelos los siguientes apartes:

"Antes de enumerar los hechos pertinentes a esta demanda, conviene decir que desde los primeros tiempos de la Colonia fueron muy codiciadas las tierras de una vasta comarca que, hacia el Occidente del río Magdalena, y en la región por donde corren los ríos Sabandija, Bledo y Lagunilla, abarca lo que hoy son territorios de los Municipios de Lérida, Ambalema y Armero.

"Numerosas mercedes reales, solicitadas por hijos o parientes de los conquistadores, o por ocupantes de los terrenos, concedieron las autoridades españolas en aquellas regiones las cuales, al parecer, dependían de la ciudad de Tocaima. Es de notarse, como circunstancia importante, que tanto las escrituras o 'Cartas de Traspaso' del dominio, como las diligencias de 'Vista de Ojos' o inspección ocular practicadas en juicios de amparo de posesión o en pleitos sobre linderos, y lo mismo otros documentos de la época, dan testimonio de que en aquellos fundos antes realengos y luego otorgados por merced real a los particulares, había vastos sembrados de maíz, añil, cacao y caña de azúcar (con sus correspondientes trapiches); y que en sus praderas se apacentaban numeroso ganado vacuno, lanar y equino, todo lo cual muestra, por una parte, cuán dilatadas eran las tierras adjudicadas; y, por otra, que la feracidad de ellas atraía la ambición de los primeros colonizadores, quienes las cultivaban y explotaban con tanto provecho que por eso mismo se disputaban la posesión y la propiedad; muchos de esos litigios y negocios versan cabalmente sobre terrenos de la región del río Lagunilla, en el cual están situados los inmuebles de que trata la presente demanda.

"Como los pobladores españoles eran pocos entonces en relación con la inmensidad del territorio y la Corona se interesaba porque estas tierras vírgenes fuesen trabajadas, cultivadas y aprovechadas, las mercedes reales solían otorgarse con largueza que hoy parece increíble. Las autoridades encargadas de esos menesteres despachaban favorablemente muchas solicitudes, unas veces otorgándolas con expresión de medidas, estancias, caballerías, etc.; y otras veces en extensiones determinadas por límites arcifinios demasiado distantes unos de otros.

"Todo ello explica la vaguedad o ambigüedad de las alinderaciones, y explica también por qué los títulos u otros documentos relativos a mercedes de tierras realengas aparecen hoy como interfiriéndose y superponiéndose unos a otros, hasta el punto de que varias mercedes cubren, al menos en parte, un mismo fundo, o, a la inversa, una misma merced suele ser título que abarca varios y extensos predios. Esto último, se debe en parte a que después de los primeros adjudicatarios, varios fundos venían al poder de una sola persona, latifundista diríamos hoy; o al contrario, al subdividirse las tierras, inmuebles de diferentes dueños quedaban sin embargo amparados por una misma merced real, en todo o en parte.

"Por estas razones me ha parecido conveniente adjuntar a esta demanda varias mercedes y otros documentos de tiempos coloniales, bien que algunos puedan referirse a extensión mayor de la que tiene el predio de que se va a tratar en el juicio que hoy se inicia, pero que se complementan unos con otros, estos documentos, y que también demuestran la posesión y la explotación económica de todas estas tierras.

"Concretándonos a los terrenos sobre los cuales versa la presente demanda, conviene advertir que el predio llamado ahora 'El Playón', junto con otros que son 'La Caiba', 'San Jorge', 'El Puente', 'Puracé', 'Senegal' (antes El Porvenir), formaban hasta cuando se hizo la causa mortuoria de don Aparicio Rebolledo, año de 1894, un sólo globo o finca que se denominaba 'La Unión', nombre que viene figurando por lo menos desde el año de 1847, en sucesivas escrituras de venta.

"Antes del año últimamente citado 'La Unión' era a su vez una parte de otro extensísimo inmueble que se denominaba *'San Sebastián de los Tapias'* o *'Lagunilla'*, seguramente por razón del río del mismo nombre que, ya sea por su cauce antiguo o por el cauce que hoy tiene, bañaba y fecundaba una inmensa región, parte de la cual era la gran finca cuyo nombre acabo de citar" (fls. 33 a 34 C. Nº 1º).

Hecha esta exposición, el apoderado enumera los hechos en relación con cada uno de los libelos, cuyo resumen se hará a continuación:

a) Demanda de Amalia Maude Brandón. Para cumplir con la exigencia del aparte b) del artículo 34 del Código de Petróleos en los primeros seis numerales, hace alusión a los títulos inmediatos de la actora, así: el predio El Playón lo adquirió por adjudicación en la sucesión de su madre Josefina Rebolledo de Brandón, según consta en la escritura de protocolización número 1629 de 30 de marzo de 1949 de la Notaría 4ª de Bogotá; la causante, a su turno, lo hubo por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal Brandón-Rebolledo, como aparece en la escritura de protocolización número 664 de 28 de marzo de 1944 de la Notaría 5ª de Bogotá; la sociedad conyugal, mediante contrato de compraventa celebrado entre Josefina Rebolledo de Brandón con el Banco Central, según escritura número 1322 de 4 de julio de 1912 de la Notaría 2ª de esta ciudad; el Banco Central por remate en el ejecutivo adelantado contra Ramón Rebolledo en el Juzgado 3º del Circuito de Bogotá, por Luis A. Uribe R.; el ejecutado, a título de heredero, se le adjudicó el dicho predio El Playón en la división de la hacienda La Unión, según se demuestra en la escritura número 852 de 11 de diciembre de 1906 de la Notaría 3ª de Bogotá.

En el hecho 7º describe las lindes de la hacienda La Unión, sita en el antiguo Municipio de Guayabal, ahora Armero, de la cual hizo parte el citado predio El Playón, como los nominados El Puente, La Ceiba, San Jorge, El Hato, etc., todos los cuales, según lo afirmado en el décimo, "salieron del dominio del Estado desde remotos tiempos coloniales, y no han vuelto a él, ni de hecho ni por derecho"; y, además, todos los predios nombrados "fueron poseídos y explotados intensamente por los primitivos dueños y continúan siéndolo por los actuales..."

En el undécimo se refiere a la propuesta de contrato número 564 de Mesa Verde Petroleum Company, hecha ante el Ministerio de Minas en septiembre de 1954, con un área, después de algunas exclusiones, de 26.051 hectáreas, que comprende el memorado inmueble El Playón como también los demás que se han citado, objeto de los otros tres litigios. Más adelante copia las lindes de la propuesta, con referencia a las coordenadas geográficas, a los rumbos y a las distancias, tal como las determinó la compañía proponente.

Con la demanda acompañó los títulos o escrituras que demuestran la propiedad actual de la actora, en cuanto concierne al inmueble El Playón y por un lapso mayor al de veinte años, que aparece ratificado con los certificados expedidos por los registradores de Armero y Ambalema.

En los hechos de la demanda no se determinó, por las lindes respectivas, la merced o mercedes antiguas; sin embargo, al enunciar los "documentos coloniales" presentados con la demanda, como los que aducirá durante el término de pruebas, manifiesta que "concurrirán a demostrar que aquellos terrenos salieron del patrimonio del Estado desde tiempos coloniales muchos antes del año de 1873, y que además, los poseedores alcanzaron 'justa prescripción' mediante la explotación económica de las tierras".

Respecto de los documentos coloniales, en la demanda se hace la siguiente relación o síntesis, que se inserta textualmente:

"1º Escritura o 'Carta de Venta', en copia expedida y autenticada por el señor Jefe del Archivo Nacional, y tomada del Tomo XX de 'Tierras de Cundinamarca', instrumento por medio del cual Gaspar del Say (o Del Saz), según otros, enajenó 'por vía de convenio' en favor del padre Andrés Ruiz Osorio de Sahajosa, 'el hato que tengo —dice el documento—, de ganado mayor en términos de la ciudad de Tocaima, sobre el río que llaman de la Sabandija, que se entiende todas las tierras que tengo y poseo, que son dos estancias y media de ganado mayor, la una o lo que pareciere ser, es y se entiende desde el camino real que va de la ciudad de Mariquita a la de Tocaima, á la mano izquierda como vamos por el dicho camino'. Y explica allí mismo que lo vende también parte que adquirió 'En Almoneda en la que se hizo de los bienes que quedaron por fin y muerte de Juan Marín, y media estancia de ganado mayor que hube y compré del Capitán Francisco Méndez, lindando con las dichas caballerías hacia el río Lagunilla; que unas tierras se siguen a otras linde con tierras del Capitán Francisco Bohórquez que se llaman de *La Loguilla*, y tierras de 'El Trapiche', que Francisco Antonio la hubo y compró de don Gaspar Ponce de León, y el dicho don Gaspar hubo las tierras del dicho Matías de Cuevara mi hermano, camino real por medio y *tierra de El Hato de Diego Muñoz Mercado* (el subrayado es mío), y en las que así vendo entran en el rincón que llaman de Robledo y en esta venta dos rozas de maíz...' Este Gaspar del Say (o del Saz) y su hermano Matías de Guevara eran hijos de Juan de Camargo a quien el Cabildo de Tocaima le había hecho una merced de tierras por allá desde el año de 1565; de suerte que en la venta al Padre Osorio incluye la porción de él, la de su hermano Matías de Guevara y las que hubo en Almoneda en la

mortuoria de Juan Marín, más media estancia de ganado mayor comprada al Capitán Francisco Méndez. El Presidente don Juan de Borja le confirmó a Gaspar del Say en 1612, la antigua merced hecha por el Cabildo de Tocaima a su padre, Juan de Camargo.

"2º Solicitud del *amparo de posesión hecha por Julián Delgado* y despachada por las autoridades de Santa Fe, concediéndosela, el 20 de diciembre de 1621, para lo cual se comisionó a 'cualquiera de las justicias de la ciudad de Mariquita', providencia firmada por don Jorge de Villalonga, 'Virrey, Gobernador y Capitán General de este Nuevo Reino de Granada, y Presidente de la audiencia y Chancillería Real de él, etc. . . .'.

"En la solicitud dice el peticionario que compró (y pide amparo en la posesión de ellas), 'las tierras y estancias que fueron de Ambrosio Morales, en jurisdicción de la ciudad de Tocaima, de que se hizo merced a Juan de Camargo, por el Cabildo de dicha ciudad de Tocaima y se confirmó por el señor don Juan de Borja, Presidente, Gobernador y Capitán General que fue deste Reino, con antigüedad de la merced de fecha en 7 de agosto de mil quinientos y sesenta y cinco años, las cuales se midieron y amojonaron conforme a las medidas y ordenanzas de aquella jurisdicción'.

"Espero poder producir, en el término de prueba, la merced otorgada a Juan de Camargo, a que alude el amparo de posesión" (fs. 36 y 36 vto. ib.).

En la adición hecha al libelo, el apoderado agregó: "Presento también una 'Carta' de venta que hace doña Catarina de Rivera a don Vicente Osorio Nieto de Paz. El inventario o relación de bienes demuestra que desde ese tiempo (año de 1704) había en la finca vendida una explotación agrícola en grande escala. Y en ese mismo instrumento se impone al comprador la obligación de cargar con una Capellanía que, siglo y medio después fue redimida ante la Secretaría del Tesoro y Crédito Nacional, Oficina que expidió el correspondiente recibo, con fecha 22 de julio de 1865, diciendo que tal Capellanía pesaba sobre 'el terreno denominado La Unión'" (fs. 39 ib.).

Como disposiciones aplicables invocó los artículos 5º, 34 y 36 del Código de Petróleos y demás disposiciones concordantes de la misma Ley; las reales cédulas de los Monarcas españoles y, en especial, "la expedida en San Ildefonso el 2 de agosto de 1780", el Código de Indias; los artículos 669, 672 y pertinentes del Código Civil y el artículo 879 del Código Fiscal de 1873.

b) Demanda de María Edith Brandón de Fernández de Soto. Este libelo tiene por objeto el predio nominado San Jorge, parte de la antigua hacienda La Unión, cuyas súplicas, en resumen, se dejaron expuestas antes; de modo que ahora se hará la historia de los títulos inmediatos de la actora, relacionados en la demanda en los siete primeros numerales de los hechos, así: el predio San Jorge lo adquirió, por adjudicación, en la sucesión de su madre Josefina Rebolledo de Brandón, en tres sectores, pero realmente solo dos resultaron efectivos, porque el III lo había enajenado la causante; los dichos dos lotes, en uno llamado El Hobal, lo adquirió la dicha causante por adjudicación en la hacienda La Unión, según la ya citada escritura número 852 de 11 de diciembre de 1906; y el otro, a título de heredera de su madre Clementina Pombo de Rebolledo, de acuerdo con la partición protocolizada en la escritura número 2219 de 29 de diciembre de 1928 de la Notaría 3ª de Bogotá; y Clementina Pombo de Rebolledo adquirió el lote II por adjudicación en la división de la hacienda La Unión, de acuerdo con la memorada escritura del año de 1906.

Los demás hechos del libelo se refieren a los mismos títulos relacionados en la demanda de Amalia Maude de Brandón, como también en cuanto atañe a la superposición de la propuesta número 564, a las linderas de ésta, etc., innecesario memorarlos otra vez.

En cuanto a los títulos derivados e inmediatos, además de los enumerados en la demanda de Amalia Maude, presentó los que se refieren a la adquisición de los lotes por Clementina Pombo de Rebolledo, juntamente con las certificaciones expedidas por los Registradores de Honda, Armero y Ambalema.

Respecto de los títulos coloniales u originarios, el apoderado de la actora acompañó a la demanda:

"1. Merced otorgada por el Cabildo de Tocaima en el año de 1589 a Francisco de Prado, la cual comprende el terreno que va del río de Los Bledos antiguo hasta el antiguo río Lagunilla (hoy llamado Acequia Grande);

"2. Merced concedida a Juan García de Herrera por el Cabildo de Tocaima el 8 de febrero de 1588; una estancia de ganado mayor linde del río Lagunilla, y por el otro cabo el río de Los Bledos corriendo el río de la Lagunilla para abajo hacia el río Grande de La Magdalena, desde unos cerros altos que están en medio de un río y el otro junto al río de la Lagunilla desta banda" (la banda derecha, porque están hablando en Tocaima). Este título, al hablar del río

de la Lagunilla, se refieren al río tal como corría por su antiguo cauce, hoy Acequia Grande, puesto que la merced es anterior en siete años al de 1595 en que ocurrió el cataclismo que hizo cambiar de rumbo o partió en dos al río Lagunilla.

"3. Presento también la escritura otorgada el 1º de diciembre de 1626, 'ante Antonio Ortiz Chapurru, Escribano de su Majestad', por Martín de Herrera, 'vecino, encomendero de la ciudad de Tocaima, estante en ésta, a quien conozco (dice el Notario o Escribano) como hijo y heredero de Juan García de Herrera'. Por medio de esa escritura formaliza Martín de Herrera y Esquivel la venta hecha en favor de Diego Muñoz Mercado de dos estancias de ganado mayor 'en tierras que llaman de La Lagunilla'.

"4. Merced otorgada por el Cabildo de Tocaima el 12 de abril de 1572 en favor de Francisco Iñiguez. Esta merced comienza en el puente o 'la puente' del antiguo río Lagunilla" (fs. 45 a 45 vto. C. Nº 2).

En el "otrosí" de la demanda, hace referencia a "la merced otorgada a Francisco Iñiguez y que he acompañado y anunciado en el numeral 4º de 'Títulos Coloniales', corre o cubre, según su propio texto, desde el puente o 'la puente' sobre el antiguo río de la Lagunilla hacia el río Magdalena, puesto que se halla al lado derecho del camino viejo de Tocaima hacia Mariquita: de esta suerte, y por tratarse de una estancia, abarca la finca de 'San Jorge', y digo más, cubre también el inmueble llamado 'La Ceiba' que está al costado oriental de San Jorge. Presento también, como 5º título colonial, la merced otorgada a Bartolomé Rodríguez por el Cabildo de Tocaima, el 21 de abril de 1660 y que es, según dice el título, 'una estancia para ganado' 'que sea donde desemboca el río de la Lagunilla de la sierra desta parte, del dicho río corriendo por todo lo llano, hasta la falda de la sierra' (la serranía). La merced venía pues, desde el desemboque o aparición del río Lagunilla en la sierra (puesto que el nacimiento de tal río es en la Cordillera Central), y seguía hacia abajo, con el curso del río por donde corría en ese tiempo, o sea la Acequia Grande de hoy, hasta la falda de la Serranía. De esta merced tiene ya conocimiento la honorable Corte, según se lee en la sentencia sobre el pleito de 'Eledonia', dictada el 24 de octubre de 1942 y publicada en la *Gaceta Judicial*, Tomo LIV-bis, páginas 365 y siguientes del número 1992 según parece. En dicho fallo figura el título a favor de Bartolomé Rodríguez como expedido en el año de 1577. Sea una u otra la fecha de la merced, lo cierto es que la honorable Corte, al analizarla, dijo lo siguiente: 'El título a favor de Bartolomé Rodríguez es muy vago en cuanto a la ubicación de la tierra que por él obtuvo'. Y agrega luego la Corte: '. . . el origen de la propiedad territorial que se le respetó como tal a Muñoz Mercado en aquella oportunidad, coincide, *a lo menos en parte*, con el título de 1577 conferido a Bartolomé Rodríguez'. He subrayado una frase de aquella sentencia, porque si 'a lo menos en parte' encontró coincidencia la Corte entre el título conferido a Bartolomé Rodríguez y el origen de la propiedad territorial que se le respetó a Muñoz Mercado, en el presente juicio va a encontrar la honorable Corte una confirmación de este punto de vista suyo, porque el mismo título de Bartolomé Rodríguez coincide también ahora, 'a lo menos en parte' con las mercedes o títulos que van a figurar como primero y remotísimo origen de la propiedad del fundo 'San Jorge', materia de esta demanda. Seguramente la parte actora en el pleito de 'Eledonia' ignoraba el hecho histórico del cambio de rumbo y del cauce que sufrió el antiguo río Lagunilla y al cual me he referido en varios lugares de esta demanda, principalmente en el numeral 2º de Títulos Coloniales, al hablar de la merced concedida a Juan de Herrera" (fs. 48 a 48 vto. ib.).

c) Demanda de Ana Arboleda de Trujillo y otros. El mismo apoderado presentó esta demanda en representación de Ana Arboleda de Trujillo, Gonzalo, Sofía, Daniel y Julio Rebolledo Arboleda con el fin de suplicar las declaraciones mencionadas antes, en cuanto concierne con los predios El Puente y el Hato, comprendidos dentro de las lindes generales descritas en la primera súplica.

De acuerdo con el hecho 1º, el nombrado El Puente está integrado por cinco lotes, así: a) El Coso (11 hectáreas) de propiedad exclusiva de Ana Arboleda de Trujillo por compra hecha a Justino Ospina, según escritura pública número 102 de 14 de marzo de 1936 de la Notaría de Ambalema, con la advertencia de que no formó parte de la antigua hacienda La Unión; b) otro nominado Las Casas de La Unión (10 hectáreas) adquirido por la misma actora, en forma exclusiva, mediante remate llevado a efecto el 25 de noviembre de 1941 en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, en el juicio de división de los condóminos, como aparece del certificado del Registrador de Honda, por cuanto el archivo del Juzgado fue destruído por el incendio del 9 de abril de 1948.

Los otros tres lotes fueron adjudicados en común a los cinco actores en el juicio de sucesión de Daniel Rebolledo, por las lindes y áreas in-

dicadas en este hecho, bajo los motes Primer lote, Segundo lote y Lote de El Congo (fs. 28 C. Nº 3º).

En el hecho segundo se refiere a los dos lotes de El Hato, adquiridos por los cinco actores por las lindes insertas en este hecho mediante adjudicación hecha en el juicio de sucesión de Daniel Rebolledo, como aparece en la escritura de protocolización número 108 de 19 de enero de 1940 de la Notaría 4ª de Bogotá.

En los hechos 3º y 4º advierte, como lo ha hecho en las otras demandas, que los dos predios, El Puente y El Hato (exceptuando el Coso) integraban la antigua hacienda La Unión de Aparicio Rebolledo, causante de Daniel, pues aquél adquirió la dicha hacienda en el año de 1883 por compra hecha a la Sociedad Agrícola Anglo-Colombiana, la cual la adquirió y explotó desde el año de 1865.

En el quinto se refiere a que los predios, objeto del litigio, salieron del dominio del Estado antes de 1873; y en el 6º a la propuesta de contrato número 564 de Mesa Verde Petroleum Company de 1º de septiembre de 1950, aceptada por el Ministerio de Minas y Petróleos por Resolución número 439 de 18 de agosto de 1951, cuya área de 26.051 hectáreas comprende los predios El Puente y El Hato.

Con el fin de establecer el dominio de los predios, el apoderado relaciona los documentos acompañados a la demanda, que clasifica en tres series: títulos contemporáneos, antiguos y coloniales.

La primera serie comprende los títulos de propiedad de las distintas parcelas desde 1906 hasta 1906; y así, en veinte apartes o numerales, menciona los distintos títulos de adquisición de los predios, que termina con la enumeración de las cinco certificaciones expedidas por los registradores de Honda, Ambalema y Armero, para establecer la vigencia de los últimos títulos de propiedad.

En 14 numerales cita los títulos llamados antiguos, sobre tradiciones de dominio entre particulares del predio San Sebastián de las Tapias o Lagunilla, a partir del 12 de noviembre de 1830, fecha en la cual, el Presbítero José María Osorio vendió a Benito Palacios la mencionada hacienda, hasta el 11 de diciembre de 1906, en que, por la memorada escritura número 852, se llevó a efecto la división de la hacienda La Unión, adjudicada *ad valorem* a los herederos de Aparicio Rebolledo, segregada de la nombrada Lagunilla en virtud de la división contenida en la escritura de 15 de marzo de 1851, llevada a efecto entre los comuneros Mateo Viana y Ricardo Diago.

En la última serie, el apoderado advierte que "Aun cuando pueda parecer exótico, me permitiré hacer algunas explicaciones o aclaraciones en esta enunciación de títulos coloniales, porque así conviene a la mejor comprensión de esos documentos que en siglos pasados solían redactarse sin las debidas referencias y aun con cierta falta de precisión".

De acuerdo con las copias expedidas por el Archivo Nacional, enumera las siguientes mercedes: la otorgada por el Cabildo de Tocaima el 12 de abril de 1572 en favor de Francisco Iñiguez, con el gravamen de la construcción de un puente sobre el río Lagunilla; la concedida por el mismo Cabildo a Pedro Mariño de Rivera en el año de 1581, confirmada por el Presidente Juan de Borja el 6 de septiembre de 1618; el mismo Cabildo concedió otra a Juan García de Herrera el 6 de febrero de 1588; menciona la escritura suscrita ante escribano por Martín de Herrera "como hijo y heredero de Juan García de Herrera"; la adjudicada por el Cabildo de Tocaima a Bartolomé Rodríguez en el año de 1660, sobre la cual el apoderado hace nueva alusión a la sentencia de la Corte de 24 de octubre de 1942, publicada en el Tomo LIV-bis, páginas 365 y siguientes, sobre el pleito "Bledonia" con los mismos comentarios antes expuestos.

Del numeral 8 en adelante se relacionan documentos coloniales ya citados en las demandas anteriores; y al final del libelo menciona la merced concedida por el Cabildo de Tocaima a Francisco de Prado, en el año de 1589, que dice aducirla, "porque al enunciarse en ella los linderos correspondientes a dicha merced se vé claramente cómo el río Lagunilla corría en esa época por lo que hoy llamamos el cauce antiguo, o sea, la Acequia Grande, que en la desembocadura en el río Magdalena, se denomina actualmente 'Mojabobos'." (fs. 42 C. Nº 39).

Acompaña a la demanda un plano de la propuesta de Mesa Verde Petroleum Company y otro de la antigua hacienda La Unión, "porciones de la cual eran los predios denominados El Puente y El Hato..."

"Es muy posible —dice el apoderado— que dada la inmensa extensión territorial correspondiente a las mercedes que presento, resulte ella excesiva en relación con la antigua finca de 'La Unión' y, a fortiori, respecto de los predios de El Puente y El Hato, pequeñas porciones si se considera la vastedad de los terrenos amparados y cubiertos por aquellas mercedes. Pero he preferido pecar por exceso, según lo dicho en otro lugar de esta demanda, de que en ocasiones solía superponerse en parte una merced a otra ya concedida o, como en el caso de Fran-

cisco Iñignez, que una merced podía venir a reemplazar a otra anterior" (fs. 39 vto. C. Nº 3º).

Finalmente, inserva las lindes descritas en la propuesta de contrato número 564, y, en cuanto a disposiciones, cita las mismas invocadas en los otros libelos.

d) Demanda de Ernesto Botero S. y Teodoro Eusgter. Esta cuarta demanda acumulada, propuesta por los comuneros Ernesto Botero S. y Teodoro Eusgter, se encamina a conseguir las mismas declaraciones hechas en los otros libelos, en relación con el predio La Ceiba, con base en los hechos que se resumen así:

En los cinco primeros, menciona los títulos de propiedad de la antigua hacienda La Unión, de la cual hacía parte el predio La Ceiba, a partir de la escritura número 852 de 11 de diciembre de 1906 hasta la número 1608 de 29 de marzo de 1949 de la Notaría 4ª de Bogotá, que acredita el actual condominio de los actores; en el 6º se refiere a que la dicha parcela salió del dominio del Estado desde los tiempos coloniales en virtud de numerosas mercedes o por justa prescripción, y en el 7º menciona la propuesta de contrato de Mesa Verde Petroleum Company, presentada en septiembre de 1954, registrada bajo el número 564.

Finalmente, hace una relación de los títulos presentados con la demanda, para demostrar la propiedad del inmueble en los actuales demandantes; y en fin, se refiere a las mercedes concedidas en los tiempos de la colonia, que coinciden con las invocadas en los libelos precedentes.

En los cuatro libelos se indica el área de los predios, en la siguiente forma:

	Hectáreas	
a) El Playón de Amalia Maude Brandón	300	
b) San Jorge de María Edith de Fernández de Soto	458	
c) Los predios de Ana Arboleda de Trujillo y otros están integrados por dos lotes, El Puente y El Hato, que a su turno se subdividen en otros así:		
El Puente: en El Coso y Las Casas de La Unión, de propiedad exclusiva de Ana Arboleda de Trujillo, con 11 y 10 hectáreas, en su orden; y en otras tres parcelas de propiedad común de los cinco actores con 300 hectáreas cada uno de los dos primeros y con 40 El Congo; los cinco lotes, en total ...	661	
El Hato, subdividido en dos lotes, el primero con 178 hectáreas y 4.000 M.2 y el segundo con 280 hectáreas, en total	458	4.000 M.2
d) La Ceiba de Ernesto Botero S. y Teodoro Éusgter con	517	
Total	2.394	4.000 M.2

Se dijo antes, según observación del apoderado, que el Lote El Coso de propiedad exclusiva de Ana Arboleda de Trujillo, con once hectáreas, no formó parte de la antigua hacienda La Unión.

Las demandas que se acaban de resumir fueron admitidas; y se ordenó correr el respectivo traslado al Procurador Delegado en lo Civil, según providencias dictadas por los Magistrados a quienes les correspondió el conocimiento, según la diligencia de repartimiento.

Contestado el traslado por el Procurador Delegado, los procesos se recibieron a prueba, dentro de cuyo término se practicó por el Tribunal de Ibagué, comisionado por esta Sala, una minuciosa inspección ocular, según la relación contenida en el acta. Finalmente, recibidos los alegatos de conclusión, citadas las partes para sentencia, pasaron los procesos acumulados al estudio para fallo, que se procede a dictar con fundamento en los motivos que se exponen a continuación.

Si bien las cuatro demandas se presentaron en los días 24, 25 y 26 de julio de 1956, la propuesta lo fue el 12 de septiembre de 1950 por el doctor Nicolás Escobar Soto como apoderado de la sociedad Mesa Verde Petroleum Company, admitida mediante Resolución número 439 de 18 de agosto de 1951 y publicada en el número 27793 de 3 de enero de 1952 del Diario Oficial, según la atestación del Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos; por consiguiente, la situación jurídica de los actores, en el momento de la presentación de la demanda, debe apreciarse de conformidad con el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que subrogó el 26 de la Ley 31 de 1931.

De acuerdo con el artículo 5º citado antes, el propietario que no hubiese presentado oposición dentro del plazo señalado en el inciso 2º, podía ocurrir ante el Poder Judicial, dentro de los dos años siguientes, para que en el respectivo juicio ordinario de mayor cuantía se decidiera a quien pertenecía la propiedad del subsuelo petrolífero, o sea, si a la Nación o al demandante.

Como la suerte de los contratos celebrados por la Nación con los presuntos concesionarios no podía quedar por largo tiempo en la incertidumbre, sujetos a los resultados de posibles litigios promovidos por los presuntos propietarios del subsuelo petrolífero, fijó un plazo preciso de dos años, para que los interesados ejercitarán las acciones procedentes, durante la vigencia del artículo 5º, ante los Tribunales Superiores (art. 76 del C. J. núm. 1º), ahora ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, en juicio ordinario de única instancia, incoados dentro de un año a contar del vencimiento del término a que alude el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956; y aún más, esta caducidad de la acción afecta también a la Nación, cuando la sentencia dictada en juicio sumario le hubiese sido adversa.

Por consiguiente, corresponde al actor presentar con la demanda la prueba de que ejercita la acción en tiempo oportuno, o sea, antes de que hubiese caducado; y para cumplir con esta exigencia, los actores presentaron un certificado del secretario del Ministerio de Minas, que dice así:

"Ministerio de Minas y Petróleos. Secretaría General. Bogotá, D. E., julio 10 de 1956. El suscrito Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos. Certifica: Que el término de dos años para instaurar acción ordinaria contra la Nación por parte de las personas que se consideren propietarias del petróleo existente en los terrenos de la propuesta sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional registrada bajo el número 564 y formulada por la Mesa Verde Petroleum Company vence el veintiséis (26) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956). Mario Correa Lince. Secretario General del Ministerio".

Con fundamento en el *aparente* mérito de esta certificación, las cuatro demandas fueron admitidas, porque, por otra parte, no podía ser de recibo, al dictar un simple auto de sustanciación, hacer consideraciones sobre el valor probatorio de un documento, ya que tal estudio o consideración corresponde hacerlo en la sentencia definitiva.

Las certificaciones expedidas por los funcionarios públicos, para que tengan valor probatorio, se requiere que se refieran a hechos, primero, y luégo, "en lo referente al ejercicio de sus funciones" según el artículo 632 del Código Judicial; y la certificación expedida por el secretario del Ministerio de Minas, antes copiada, no se refiere a un hecho, sino a un concepto o juicio que corresponde al juzgador, como es el de decidir si una acción ha sido deducida a juicio en tiempo oportuno, o sea, antes de transcurrir el plazo fijado en forma perentoria por la ley, para ejercitarla, como sucede en juicios sobre propiedad del subsuelo petrolífero; en consecuencia, con la certificación expedida por el secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, no se establece el oportuno ejercicio de la acción, mediante la presentación de la demanda dentro del plazo fijado por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, porque aquél funcionario no puede arrebatarle a la Sala de Negocios Generales de la Corte la competencia funcional para decidir sobre una excepción perentoria o respecto de un presupuesto procesal del juicio, pues, "*también el hallarse dentro del plazo excluyente prescrito para ejercitar determinadas acciones, es un presupuesto procesal especial*", como lo dice el profesor alemán Adolfo Schmke, en la página 161 de su obra "Derecho Procesal Civil".

Como la presentación del aludido certificado podría atribuírse a una involuntaria equivocación de las partes, para no menoscabar sus legítimas pretensiones, se dictó el auto de fecha 11 de mayo de este año, con el objeto de establecer estos dos hechos básicos: fecha de desfijación de los carteles en la alcaldía de Armero y número y fecha del Diario Oficial en el cual se hubiese hecho la publicación del extracto de la propuesta de contrato.

De acuerdo con las constancias o informaciones del secretario del Ministerio de Minas y Petróleos sobre estos hechos, el cartel y el aviso fueron fijados, en la alcaldía de Armero, el 17 de septiembre de 1953 y desfijados el 17 de octubre del mismo año; y el extracto de la propuesta se publicó en el Diario Oficial número 27793 de 3 de enero de 1952; por lo tanto, el término fatal señalado en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, para el ejercicio de la acción, había caducado en las fechas de la presentación de las demandas en los días 24, 25 y 26 de julio de 1956, pues los dos años habían vencido a las doce de la noche del día 17 de octubre de 1955.

Las atestaciones expedidas por el Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento del auto de 11 de mayo de este año, an-

tes mencionado, cumplen a cabalidad las exigencias del artículo 632 del Código Judicial, porque se reducen a dar cuenta de hechos concretos, como la fijación y desfijación de los avisos y carteles en la alcaldía de Armero; y porque tales hechos están comprendidos dentro del ámbito de sus funciones legales, como actuario del proceso administrativo sobre la pretendida concesión de la sociedad Mesa Verde Petroleum Company.

En forma obvia se comprende que el auto por medio del cual se admitieron las demandas no modifica la situación jurídica de las partes, en cuanto a la caducidad de la acción se refiere, primero, porque tal providencia no podía conferir nueva acción a los actores, o sea, revivir una acción inexistente; segundo como antes se dijo, para desechar la demanda, había necesidad de apreciar el valor de una prueba, acto propio de la sentencia; y en fin, como la caducidad de la acción atañe al fondo de la controversia, sea que se estime como excepción o como presupuesto procesal, bien podía reservarse para el fallo definitivo, si el vencimiento del término no aparecía en forma evidente o a prima facie en el momento de la admisión de la demanda (arts. 82 y 87 del C. C. A.).

La modificación del área de la propuesta con el objeto de excluír determinados predios, en obedecimiento a una sentencia ejecutoriada, no tiene la virtud de dar nueva oportunidad a los propietarios del suelo para mover un juicio sobre el subsuelo, una vez vencido el plazo fatal fijado en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, porque no se trata de una nueva propuesta, sino simplemente de modificar la cabida de la preexistente, respecto de la cual caducó la acción de oposición.

Asimismo, si la modificación del área se debe a la libre determinación del proponente que renuncia a una parte de aquélla, a más de la razón antes expuesta, se agregaría la de que éste no podría, por su propia voluntad, modificar la situación procesal de la Nación, en cuanto atañe a las acciones de oposición ya caducadas.

En conclusión, pues, caducada la acción, no ha menester proceder al estudio de las cuestiones sustanciales propuestas en la demanda, en cuanto a títulos coloniales ni en cuanto atañe a la prescripción por posesión económica del suelo.

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, declara la caducidad de la acción o acciones deducidas a juicio por Amalia Maude Brandón; María Edith Brandón de Fernández de Soto; Ana Arboleda de Trujillo, Gonzalo, Sofía, Daniel, Julio Rebolledo Arboleda; Ernesto Botero S. y Teodoro Eusgter, respecto de los predios nominados El Playón, San Jorge, El Puente, El Hato y La Ceiba, partes integrantes de la antigua hacienda La Unión, ubicados todos en el Municipio de Armero, por los linderos descritos en las respectivas demandas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, remítase copia de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Ossio Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario *.

---

* **Nota de Relatoría.** La providencia de fecha 2 de noviembre de 1962, que decide sobre la solicitud para que se aclare la presente sentencia, será publicada en el lugar que cronológicamente le corresponde.

PETROLEOS. ACLARACION DE UNA SENTENCIA QUE DECLARO LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR HABER SIDO EXTEMPORANEAMENTE EJERCITADAS. QUE SE ENTIENDE POR CADUCIDAD. OPORTUNIDADES PARA DECLARAR LA CADUCIDAD. DISTINCION ENTRE CADUCIDAD Y PRESCRIPCION EXTINTIVA. ACLARACIONES DE LA PARTE MOTIVA. VENCIMIENTO DEL PLAZO.

1. Desde luego, no es exacto que el artículo 384 del Código Judicial haya definido la palabra caducidad, sino que se limitó a consagrar el fenómeno procesal de la caducidad de la instancia, como consecuencia del abandono del juicio por parte demandante; y además, tampoco prohibió, ni podía hacerlo, que la misma palabra se use en otras acepciones técnicas o en las naturales y obvias a que alude la primera parte del artículo 28 del Código Civil; y por tanto, a la palabra caducidad se le puede atribuir el significado que mejor cuadre con su naturaleza, entre los indicados por el diccionario o la técnica jurídica; y así en aquél se lee: "Caducar —2— perder su fuerza una ley, testamento, contrato, etc. 3. Extinguirse un derecho, una facultad una instancia o recurso..."

Así, pues, con toda propiedad se emplea el vocablo caducar para significar la expiración de la acción de oposición a la propuesta de contrato, pues no otra cosa significa este aparte del artículo 34 del Código de Petróleos. "Esta acción podrá ejercitarla el interesado únicamente dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del término para formular la oposición", sustancialmente igual al artículo 7º de la Ley 100 de 1936; pero que ahora se halla modificado por el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956, así: "El que se considere propietario del petróleo que pueda existir dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta, deberá demandar a la Nación en juicio ordinario de una sola instancia y de mayor cuantía, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la propuesta. Este juicio únicamente podrá iniciarse dentro del año siguiente a la publicación en el Diario Oficial del extracto de la propuesta, de que trata el numeral 1º del artículo anterior, y en él podrá el proponente coadyuvar la causa de la Nación.

2. Si los presuntos propietarios del yacimiento petrolífero han dejado caducar la acción de oposición, la Sala de Negocios Generales de la Corte puede rechazar la demanda; o si hubiese sido admitida por equivocación o con fundamento en una prueba aparente e inane, oficiosamente, en la sentencia puede declarar la caducidad de la acción de oposición, en obedecimiento a las disposiciones legales antes copiadas, las cuales, por otra parte, contienen una terminante prohibición al juzgador para considerar o estudiar, una vez vencido el plazo, la acción de oposición propuesta extemporáneamente, imponiéndole el deber de declarar la caducidad en la sentencia, en forma oficiosa, si equivocadamente se admitió la demanda, aún en el supuesto de que el fenómeno se lo denomine como prescripción extintiva, con poca exactitud o técnica.

3. Si bien es cierto que puede existir dificultad, en la práctica, para delimitar en forma precisa cuándo se trata de una caducidad y cuándo de una prescripción extintiva, es lo cierto que tales fenómenos jurídicos son distintos, como pasa a verse.

La caducidad tiene por objeto dar certeza a un derecho o a una relación jurídica que pueden tener, en cierto momento, el carácter de litigiosos, dudosos o inciertos; pero como en determinados casos la ley considera inadmisible esta incertidumbre indefinida, ordena a los presuntos titulares de la acción ejercitarla dentro de un plazo perentorio.

Por el contrario, la prescripción extintiva de las acciones, a la cual se refiere el artículo 2535

del Código Civil, extingue o termina con un derecho o relación jurídica antes existente o cierta, como cuando se declara la prescripción de una obligación o de la acción ejecutiva, por ejemplo, porque no sería dable declarar la prescripción de una obligación que no existe; y por eso, el artículo 329 del Código Judicial, dice: "Constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. (subraya la Sala).

El fenómeno de la caducidad de las acciones no sólo se registra en el derecho administrativo, sino que también antiguas normas del Código Civil la consagran, como puede verse en el artículo 217 del mencionado Código, que le fija al marido el plazo fatal de 60 días para impugnar "la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio"; y si dentro del término dicho no hace la impugnación, la presunción consagrada en el artículo 213 del Código Civil y demás disposiciones concordantes, se torna irrevocable y adquiere certeza absoluta.

Asimismo, la propiedad del subsuelo pertenece, en principio, al Estado, en virtud de la presunción contenida en el artículo 44 del Código Fiscal, ratificada en el artículo 5º de la Ley 200 de 1936, en cuanto allí se dijo: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tiene aplicación ninguna respecto del subsuelo".

Como consecuencia de la presunción, hecha una propuesta de contrato para la exploración y explotación del petróleo, se da el aviso y se cumplen las demás formalidades previstas en el artículo 34 del Código de Petróleos, para que los presuntos propietarios del subsuelo, mediante juicio ordinario de única instancia, procedan a dar la prueba en contrario; pero como esta situación de incertidumbre no puede ser indefinida, el mismo artículo señala un plazo de dos años, después reducido a uno, para que ejerciten la acción de oposición a la propuesta de contrato; y si no lo hacen, la dicha presunción adquiere caracteres de certeza, con lo cual se da seguridad y confianza a los contratistas para hacer las inversiones necesarias, en especial las que atañen a la explotación; sin embargo, ni en este caso ni en el de la impugnación de la legitimidad del hijo concebido dentro del matrimonio, puede afirmarse que se ha operado una prescripción extintiva de la respectiva acción, pues la proposición recíproca sería del todo inaceptable, como que supondría que el hijo ha adquirido su estado civil y el Estado la propiedad del subsuelo con fundamento en una prescripción adquisitiva y no con base en las citadas presunciones legales.

Con el fin de reafirmar los anteriores conceptos, se transcriben las siguientes doctrinas:

"Hay caducidad —dice Nicolás Coviello— cuando no se ha ejercido un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley o la convención para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho debe ser útilmente ejercitado. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho; o sea, la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad del hecho".

En el Tomo II, página 484 de la Enciclopedia Jurídica se lee:

"La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal, mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia de usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción, en tanto que la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello, dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción, en cambio, sólo la invoca el demandado. La prescripción se aplica únicamente a las pretensiones, mientras que la caducidad se refiere a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión".

En resumen, no puede confundirse la caducidad con la prescripción extintiva, como tampoco resulta de recibo suponer que no existe, en nuestra legislación, sino la mencionada, como fenómeno procesal, por el artículo 364 y siguientes del Código Judicial, cuando realmente existe la caducidad en cuanto atañe también a relaciones o situaciones jurídicas sustanciales, según lo antes expuesto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Amalia Maude Brandón, Ana Arboleda de Trujillo, y otros, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 482 del Código Judicial, solicita se aclare la sentencia de fecha 25 de julio de este año (*Gaceta Judicial*, Tomo XCIX, pág. 692), proferida en el Juicio ordinario de única instancia, respecto de la propiedad del subsuelo de los predios El Playón, San Jorge, El Puente y otros, porque las expresiones de la parte resolutiva, "a través de su aparente sencillez, envuelven conceptos equívocos que requieren una explicación que les fije con exactitud su significación y alcance jurídico".

No obstante que la finalidad perseguida por el memorial de aclaración no encuadra, en forma precisa, dentro del ordenamiento del artículo 482 del Código Judicial, con todo se procede a hacer un análisis de las dudas técnicas o jurídicas que la declaración de caducidad de las acciones, extemporáneamente ejercitadas, ha suscitado en el ánimo del apoderado de la parte actora, para lo cual se seguirá el mismo orden de la exposición de aclaración.

I. *Caducidad y prescripción extintiva.* La primera observación atañe a la confusión que, según el apoderado, se ha hecho en la sentencia entre los términos caducidad y prescripción extintiva de una acción, con el resultado de poder declarar aquella oficiosamente, sin petición de parte, como lo requiere la segunda, en obedecimiento a lo dispuesto en los artículos 343 del Código Judicial y 2513 del Código Civil.

Para tratar de poner de bulto esta supuesta confusión, el apoderado comienza su exposición invocando el artículo 28 del Código Civil, en cuanto "las palabras que el legislador haya definido expresamente para ciertas materias, se les ha de dar en éstas su significación legal".

En seguida toma como definición de la palabra caducidad lo dispuesto en el artículo 364 del Código Judicial, sobre caducidad de la instancia en los procesos; y luego, continúa así:

"Pero en el caso de la sentencia cuya aclaración solicito, la Sala no empleó la palabra *caducidad* con la significación definida por la ley, sino para decidir que cuando las demandas fueron presentadas, ya la acción o acciones deducidas en ellas se habían extinguido por la expiración del tiempo concedido por la ley para ejercitarlas. Así lo expresa claramente el fallo en el principal de sus considerandos, según la transcripción que más adelante se verá.

"Y entonces cabe preguntar: si la sentencia no consideró (ni tenía por qué) el caso de *caducidad de la instancia*, sino el de extinción de la acción por expiración del tiempo señalado por la ley para su ejercicio, ¿por qué no empleó la palabra *prescripción*, que define con exactitud este fenómeno y es la consagrada por la ley para el efecto, como se ve en el tratado sobre la materia, que es el Título 41 del Libro 4º del Código Civil?

"Dice, en efecto, el artículo 2512 del citado Código, que la *prescripción* es un modo de adquirir las cosas *ajenas o de extinguir las acciones* o derechos ajenos, por no haberse poseído las cosas o *no haberse ejercido dichas acciones* durante cierto tiempo. Y el artículo 2535, explica que la prescripción que extingue las acciones sólo exige cierto tiempo durante el cual no se hayan ejercido.

"Es, sin duda alguna, el caso que consideró la Sala; y, no obstante, en la parte resolutiva de su fallo no quiso emplear la palabra definida por la ley para su exacta denominación que, es el término *prescripción* sino que se valió del vocablo *caducidad* que, por definición legal, según lo antes dicho, sólo es aplicable al caso de abandono del juicio.

"*Caducidad de la instancia y prescripción de la acción* son expresiones que por definición de la ley corresponden a diferentes estados de derecho; y por lo mismo, el empleo de la una por la otra en un fallo judicial, a más de desatender y violar el artículo 28 del Código Civil, crea dudas y confusiones en la interpretación e inteligencia del fallo mismo.

"Pero no puede suponerse que la Sala haya incurrido perceptiblemente (sic) en la impropiedad anotada; sino que, como la prescripción no puede declararse sin petición de parte, conforme al precepto del artículo 343 del Código Judicial se cree poder prescindir de tal requisito mediante la figuración de una *caducidad que no es prescripción* y complementando el artificio con el cubileco de una nueva forma de presupuesto de la acción, que convierte la prescripción en *caducidad*. Tal anfibiatía que necesariamente produce dudas y confusión sobre el alcance jurídico de la sentencia.

"En este juicio, la Nación demandada no sólo se abstuvo de alegar la prescripción de la acción como medio de defensa contra las demandas acumuladas, sino que su personero, el señor Procurador Delegado, manifestó expresamente en su extenso y bien meditado alegato de conclusión, no haber encontrado razón alguna para oponerse a las peticiones de los demandantes y que, por lo mismo, no se oponía. En otros términos, el

concepto del Procurador fue favorable a la parte actora. Pero la Sala falladora cree que diciendo *caducidad* donde debe decirse *prescripción*, bien puede declararse extinguida la acción o acciones de los demandantes sin el esencial requisito de petición de parte, sin caer en la cuenta de que también lo exige la ley como condición esencial para el decreto de caducidad de la instancia.

"Estamos, pues, en presencia de una *caducidad* que es esencialmente una *prescripción;* y que la Sala la declaró en su sentencia sin petición de parte" (fs. 123 vto. a 124 C. Nº 1º).

La Sala contesta las observaciones del apoderado de la parte demandante, en la siguiente forma:

1º No existe definición legal sobre la palabra caducidad. Desde luego, no es exacto que el artículo 364 haya definido la palabra caducidad, sino que se limitó a consagrar el fenómeno procesal de la caducidad de la instancia, como consecuencia del abandono del juicio por parte demandante; y además, tampoco prohibió, ni podía hacerlo, que la misma palabra se use en otras acepciones técnicas o en las naturales y obvias a que alude la primera parte del artículo 28 del Código Civil; por tanto, a la palabra caducidad se le puede atribuír el significado que mejor cuadre con su naturaleza, entre los indicados por el diccionario o la técnica jurídica; y así, en aquél se lee: "Caducar. 2. perder su fuerza una ley, testamento, contrato, etc. 3. Extinguirse un derecho, una facultad, una instancia o recurso..."

Así, pues, con toda propiedad se emplea el vocablo caducar para significar la expiración de la acción de oposición a la propuesta de contrato, pues no otra cosa significa este aparte del artículo 34 del Código de Petróleos: "Esta acción podrá ejercitarla el interesado únicamente dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del término para formular la oposición", sustancialmente igual al artículo 7º de la Ley 160 de 1936; pero que ahora se halla modificado por el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956, así: "El que se considere propietario del petróleo que pueda existir dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta, deberá demandar a la Nación en juicio ordinario de una sola instancia y de mayor cuantía, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la propuesta. Este juicio únicamente podrá iniciarse dentro del año siguiente a la publicación en el Diario Oficial del extracto de la propuesta, de que trata el numeral 1º del artículo anterior, y en él podrá el proponente coadyuvar la causa de la Nación".

2º Oportunidades para la declaración de caducidad. Si los presuntos propietarios del yacimiento petrolífero han dejado caducar la acción de oposición, la Sala de Negocios Generales de la Corte puede rechazar la demanda; o si hubiese sido admitida por equivocación o con fundamento en una prueba aparente e inane, oficiosamente, en la sentencia puede declarar la caducidad de la acción de oposición, en obedecimiento a las disposiciones legales antes copiadas, las cuales, por otra parte, contienen una terminante prohibición al juzgador para considerar o estudiar, una vez vencido el plazo, la acción de oposición propuesta extemporáneamente, imponiéndole el deber de declarar la caducidad en la sentencia, en forma oficiosa, si equivocadamente se admitió la demanda, aún en el supuesto de que el fenómeno se lo denomine cómo prescripción extintiva, con poca exactitud o técnica.

3º Distinción entre caducidad y prescripción extintiva. En efecto, si bien es cierto que puede existir dificultad, en la práctica, para delimitar en forma precisa cuándo se trata de una caducidad y cuándo de una prescripción extintiva, es lo cierto que tales fenómenos jurídicos son distintos, como pasa a verse.

La caducidad tiene por objeto dar certeza a un derecho o a una relación jurídica que pueden tener, en cierto momento, el carácter de litigiosos, dudosos o inciertos; pero como en determinados casos la ley considera inadmisible esta incertidumbre indefinida, ordena a los presuntos titulares de la acción ejercitarla dentro de un plazo perentorio.

Por el contrario, la prescripción extintiva de las acciones, a la cual se refiere el artículo 2535 del Código Civil, extingue o termina con un derecho o relación jurídica antes existente o cierta, como cuando se declara la prescripción de una obligación o de la acción ejecutiva, por ejemplo, porque no sería dable declarar la prescripción de una obligación que no existe; y por eso, el artículo 329 del Código Judicial dice: "Constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación *o la declaran extinguida si alguna vez existió*" (subraya la Sala).

El fenómeno de la caducidad de las acciones no sólo se registra en el derecho administrativo, sino que también antiguas normas del Código Civil la consagran, como puede verse en el artículo 217 del mencionado Código, que le fija al marido el plazo fatal de 60 días para impugnar "la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio"; y si dentro del

término dicho no hace la impugnación, la presunción consagrada en el artículo 213 del Código Civil y demás disposiciones concordantes, se torna irrevocable y adquiere certeza absoluta.

Asimismo, la propiedad del subsuelo pertenece, en principio, al Estado, en virtud de la presunción contenida en el artículo 44 del Código Fiscal, ratificada en el artículo 5º de la Ley 200 de 1936, en cuanto allí se dijo: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tiene aplicación ninguna respecto del subsuelo".

Como consecuencia de la presunción, hecha una propuesta de contrato para la exploración y explotación del petróleo, se da el aviso y se cumplen las demás formalidades previstas en el artículo 34 del Código de Petróleos, para que los presuntos propietarios del subsuelo, mediante juicio ordinario de única instancia, procedan a dar la prueba en contrario; pero como esta situación de incertidumbre no puede ser indefinida, el mismo artículo señaló un plazo de dos años, después reducido a uno, para que ejerciten la acción de oposición a la propuesta de contrato; y si no lo hacen, la dicha presunción adquiere caracteres de certeza, con lo cual se da seguridad y confianza a los contratistas para hacer las inversiones necesarias, en especial las que atañen a la explotación; sin embargo, ni en este caso ni en el de la impugnación de la legitimidad del hijo concebido dentro del matrimonio, puede afirmarse que se ha operado una prescripción extintiva de la respectiva acción, pues la proposición recíproca sería del todo inaceptable, como que supondría que el hijo ha adquirido su estado civil y el Estado la propiedad del subsuelo con fundamento en una prescripción adquisitiva y no con base en las citadas presunciones legales.

4º *Doctrinas sobre caducidad.* Con el fin de reafirmar los anteriores conceptos, se transcriben las siguientes doctrinas:

"Hay caducidad —dice Nicolás Coviello— cuando no se ha ejercido un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley o la convención para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho debe ser últimamente ejercitado. Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho; o sea, la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad del hecho".

En el Tomo II, página 454 de la Enciclopedia Jurídica se lee:

"La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal, mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción, en tanto que la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello, dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción, en cambio, sólo la invoca el demandado. La prescripción se aplica únicamente a las pretensiones, mientras que la caducidad se refiere a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión".

En resumen, no puede confundirse la caducidad con la prescripción extintiva, como tampoco resulta de recibo suponer que no existe, en nuestra legislación, sino la mencionada, como fenómeno procesal, por el artículo 364 y siguientes del Código Judicial, cuando realmente existe la caducidad en cuanto atañe también a relaciones o situaciones jurídicas sustanciales, según lo antes expuesto.

II. *Aclaraciones de la parte motiva.* En este capítulo, el apoderado de los actores no demanda, propiamente, aclaraciones a la parte motiva del fallo, sino que expone las razones por las cuales no comparte la motivación expuesta por la Sala, no porque hubiese oscuridad o conceptos equívocos, tanto que expresamente reconoce: "En el presente caso, los principales considerandos del fallo, no sólo inciden eficazmente sino necesariamente en su parte resolutiva..."; por tanto los conceptos o argumentos del fallo guardan una lógica armonía con la parte resolutiva, vale decir, no se encuentra motivo de contradicción que pudiese suscitar un verdadero motivo de duda entre las dos dichas partes de la sentencia; ahora que el apoderado no comparta el criterio de la Sala, por encontrar equivocados sus argumentos o los cómputos de los plazos, es cuestión de fondo de la decisión no sujeta al remedio peculiar de la aclaración a que se refiere el artículo 482 del Código Judicial.

1º *Auto sorpresivo.* Así, la primera objeción se refiere a que el auto de fecha 11 de mayo de este año fue "sorpresivo", porque el artículo 600 del Código Judicial no le confiere tal atribución, y como tampoco se notificó personalmente, en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 322 del Código Judicial, en el aparte C) deduce: "Como las constancias o informes solicitadas (sic) por la Sala en su citado auto lo fueron sin petición de parte y sin facultad legal, no lograron formar parte del proceso y, por lo mismo, la Sala ni siquiera podía entrar a considerarlos en su mérito probatorio, según las normas del artículo 597 del Código Judicial" (fs. 125 ib.).

Como se vé, son argumentos que entrañan una cuestión de fondo, en relación con la apreciación del mérito probatorio de las copias solicitadas por la Sala al Ministerio de Minas y Petróleos, en el criticado auto que en la parte conducente dispuso compulsar: "2º Copia de los carteles enviados a las alcaldías de Ambalema, Lérida y Armero, con inserción de las respectivas notas de fijación y desfijación de los dichos carteles, o en subsidio, testimonio de haber permanecido fijado por el término legal, con indicación de la fecha de desfijación o devolución al Ministerio, etc." (fs. 109 ib.).

El secretario auxiliar de Petróleos, José Peña Ochoa, en el oficio número 25 de 23 de mayo de este año, para cumplir con el aparte antes inserto de la memorada providencia, con el pretexto de que los "carteles a que se refiere el mencionado despacho se encuentran cosidos al expediente de esta propuesta...", no compulsó copia, según lo ordenado, de las notas de fijación y desfijación de los carteles sino que en relación con los librados a la alcaldía de Armero, dice: "Cartel y Aviso fijados, septiembre 17 de 1953, desfijados octubre 17 del mismo año" (fs. 1, C. Nº 2º bis).

En la sentencia glosada se explicó por qué se desechaba el inoperante certificado adjunto a cada una de las cuatro demandas, a la par que, visto el diligenciamiento del despacho, se dijo sobre el otro: "Las atestaciones expedidas por el Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento del auto de 11 de mayo de este año, antes mencionado, cumplen a cabalidad las exigencias del artículo 632 del Código Judicial, porque se reduce a dar cuenta de hechos concretos, como la fijación y desfijación de los avisos y carteles en la Alcaldía de Armero; y porque tales hechos están comprendidos dentro del ámbito de sus funciones legales, como actuario del proceso administrativo sobre la pretendida concesión a la sociedad Mesa Verde Petroleum Company" (fs. 120 vto. C. Nº 1º).

2º *Auto para mejor proveer.* Contestando en forma más directa a los argumentos del apoderado de los actores, cabe advertir que el auto de 11 de mayo de 1962, no se dictó con fundamento en el artículo 600 del Código Judicial, sino en el artículo 34 del Código de Petróleos que fija un plazo preciso al presunto opositor a la propuesta de contrato para ejercitar la acción; y si el actor le impone este deber o carga, implícitamente le confiere al juzgador la facultad-deber de desechar la demanda o declarar la caducidad de la acción, si se ha surtido el juicio con fundamento en los documentos, certificados o cualquier otro medio probatorio allegado de oficio al expediente, antes de admitir la demanda o antes de dictar el fallo definitivo, si el actor no ha presentado una prueba legal o eficaz en tiempo oportuno, con el objeto de establecer la vigencia de la acción.

Además, aún el mismo artículo 600 del Código Judicial podría invocarse para justificar el censurado auto de 11 de mayo de este año, porque lo sustancial en tal disposición no es que se dicte en segunda instancia, sino que se falle *definitivamente* el litigio; y en estos juicios de única instancia, la Sala de Negocios Generales los falla definitivamente, pues no existe recurso alguno jerárquico que pueda interponerse por la parte que se crea agraviada, en cuanto se decide sobre la propiedad del subsuelo petrolífero.

En consecuencia, las pruebas allegadas al proceso de conformidad con lo ordenado en el auto de 11 de mayo de este año, forman parte del expediente, "por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad", según lo dispone el numeral 4º del artículo 597 del Código Judicial.

3º *Notificación personal.* La notificación personal impuesta en el artículo 322 del Código Judicial se refiere a los procesos que han estado paralizados o en suspenso por más de seis meses; pero no a aquellos que, agotada la instancia y dictado el auto de citación para sentencia, han entrado al estudio del juez, en cuyo caso el auto o fallo que se dicte cualquiera que sea el tiempo transcurrido, no se notifica como lo indica el artículo 322 del Código Judicial, sino en la forma normal, bien por estados o por la fijación del correspondiente edicto, pues el juicio no ha estado paralizado ni en suspenso.

Ahora, si en el juicio materia de esta providencia se tienen en cuenta las atestaciones procesales, se puede observar lo siguiente: por auto de fecha 19 de mayo de 1955, se ordenó entregar el expediente a las partes para alegar, por 10 días a cada una; el 21 de julio de 1958 se lo

dejó a disposición de la parte actora que presentó el alegato el 14 de febrero de 1959 (siete meses después, fs. 46 vto. C. Nº 1º); el 17 de febrero del mismo año se le entregó al Procurador Delegado en lo Civil, quien no lo devolvió sino el 15 de septiembre de 1961 (fs. 107 C. Nº 1º), o sea, dos años y siete meses después; el seis de octubre se dictó el auto de citación para sentencia; el 18 del mismo mes y año entraron al estudio los cuatro juicios acumulados, como más de mil folios y, no obstante las vacaciones judiciales de Navidad y las de Semana Santa, el once de mayo de 1962 se dictó el auto para allegar las pruebas no presentadas por el actor, *en forma legal y eficiente*, con la demanda ni durante el término probatorio, para establecer la vigencia de la acción incoada.

III. *Vencimiento del plazo*. En cuanto al vencimiento del término para ejercitar la acción de oposición a la propuesta del contrato, el apoderado de los actores observa que el cómputo no se hizo en forma exacta, "porque los dos años no se cuentan a partir del día de la desfijación del cartel en la respectiva Alcaldía, sino desde la expiración del término señalado en el mismo artículo (5º de la Ley 160 de 1936) para formular las oposiciones que regula el inciso segundo"; sin embargo, como el plazo para formular las oposiciones es de dos meses, significaría que la acción caducó, no el 17 de octubre de 1955, sino el 17 de diciembre del mismo año (1955), o sea, siete meses antes de la presentación de las demandas, actos efectuados en los días 24, 25 y 26 de julio del año siguiente de 1956.

Tan evidente consideró el apoderado de los demandantes el vencimiento del plazo hábil para proponer las demandas aludidas, que en el memorial de fecha 5 de junio de este año, con ocasión del auto de 11 de mayo, dijo: "Si no temiera equivocarme, podría suponer que los puntos 'oscuros o dudosos' mencionados en la providencia, se refieren a la cuestión de saber si las demandas acumuladas en este juicio se presentaron dentro del término hábil señalado en el inciso tercero del artículo 34 del Decreto legislativo número 1056 de 1953, vigente en el momento de su presentación. Y al respecto cabe observar: 1º que sí lo fueron, como lo acreditan las certificaciones del Ministerio de Minas y Petróleos visibles a folios 20, 39, 22 vuelto y 96 de los cuadernos 1º, 2º, 3º y 4º, respectivamente; 2º que sobre el particular, *la entidad legalmente capacitada para decir si una demanda de esta naturaleza ha sido presentada en tiempo, es el Ministerio del Ramo* (subraya la Sala), porque allí es donde se tienen los elementos de información necesarios para el efecto, previo el examen de las publicaciones por carteles y en el Diario Oficial ordenadas por la ley; 3º que sobre estas bases, las demandas fueron admitidas por la honorable Corte, de ellas se dio el competente traslado al personero de la Nación, quien no les hizo reparo alguno de extemporaneidad; y 4º que, en consecuencia, la etapa referente a este tópico precluyó eficientemente en el presente juicio y sería contrario a las normas legales de procedimiento desconocer tal presupuesto" (fs. 12 C. Nº 2º bis).

Para contestar las anteriores observaciones, en la parte motiva del fallo se expuso: "En forma obvia se comprende que el auto por medio del cual se admitieron las demandas no modifica la situación jurídica de las partes, en cuanto a la caducidad de la acción se refiere, primero, porque tal providencia no podía conferir nueva acción a los actores, o sea, revivir una acción inexistente; segundo, como antes se dijo, para desechar la demanda, había necesidad de apreciar el valor de una prueba, acto propio de la sentencia; y en fin, como la caducidad de la acción atañe al fondo de la controversia, sea que se estime como excepción o como presupuesto procesal, bien podía reservarse para el fallo definitivo, si el vencimiento del término no aparecía en forma evidente o prima facie en el momento de la admisión de la demanda (arts. 83 y 87 del C. C. A.)". (fs. 120 C. Nº 1º).

IV. *Certificación ineficaz*. El certificado expedido el 10 de julio de 1956 por el secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, Mario Correa Lince, sin facultad legal alguna, resolvió o decidió, por sí y ante sí, que el plazo de dos años "para instaurar acción contra la Nación", por parte de los presuntos opositores a la propuesta de contrato de la sociedad Mesa Verde Petroleum Company, "*vence el veintiséis de julio de mil novecientos cincuenta y seis*", abrogándose así una facultad propia del juez, a quien incumbe decidir, de acuerdo con los hechos, si la acción se ha ejercitado o no dentro del plazo legal, entre otros motivos, porque la demanda no se presenta ante el Ministerio de Minas y Petróleos, según lo afirma el apoderado de la parte actora, sino que tal acto se cumple ante el Secretario de la Sala de Negocios Generales de la Corte.

En el auto de once de mayo de este año, la Sala solicitó copia de las notas de fijación y desfijación de los carteles respectivos, sin embargo, aun cuando por motivos desconocidos, el secretario auxiliar del Ministerio de Minas y Petróleos, José Peña Ochoa, bajo el pretexto de hallarse cosidos al expediente, no las expidió, sino que se limitó a indicar aquellas fechas, con todo las dos certificaciones son sustancialmente dis-

en la proyectada Urbanización Residencial de Turbaco que hacía o hace parte de la actual Granja Agropecuaria de aquel lugar; ...".

"*Segundo*. El Departamento de Bolívar, por medio de su Secretario de Agricultura y Ganadería, intempestivamente suspendió la venta de los lotes que irían a constituír la Urbanización o Barrio Residencial de Turbaco";

"*Tercero*. El Departamento de Bolívar por intermedio de la Secretaría de Agricultura y Ganadería no sólo suspendió la venta de los lotes, sino que cerró las vías de acceso al lote adquirido por mi mandante";

"*Cuarto*. Al no realizarse o tener verificación la proyectada urbanización, desapareció la identidad o calidad esencial de la cosa que indujo al señor Baedecker a comprar el lote materia del contrato cuya rescisión se solicita";

"*Quinto*. La causa o motivo principal que indujo al señor Baedecker a pactar, desapareció al cancelar o suspender el Departamento la venta de los lotes en la mencionada urbanización".

"*Sexto*. De no haberse dicho por la entidad demandada que los lotes que vendía en la granja de Turbaco tenían la destinación de fundar o fomentar un barrio residencial, mi poderdante no hubiera celebrado el contrato cuya rescisión se pide en esta demanda";

"*Séptimo*. Desaparecida la destinación del lote mayor, que indujo a mi mandante a negociar, éste sufrió sin culpa error en cuanto a la calidad extrínseca del bien, pues el uso y destinación que se le iba a dar a la parcela o solar desapareció al quedar cancelada la urbanización, desapareciendo con ello el destino económico y social que representaba para el comprador. Es decir, quedó al mismo tiempo sin valor de afección para él";

"*Octavo*. El acto celebrado por mi poderdante es inexistente, pues, su consentimiento se vició o mejor dicho, se destruyó totalmente al desaparecer las condiciones y cualidades intrínsecas y extrínsecas del bien, al no dársele a la porción mayor la destinación para la cual se abrió por el Departamento la Licitación";

"*Noveno*. El señor Teodoro Reinaldo Baedecker, una vez adquirido el lote, comenzó a prepararlo para acondicionarlo a lo que iba a ser destinado, en lo cual gastó la suma de dos mil cien pesos como lo demostraré oportunamente, suma que debe serle pagada o reintegrada por la entidad demandada a título de perjuicios".

En cuanto al derecho dijo: "Fundo esta demanda en los artículos pertinentes de los títulos 1º, 2º, 4º, 12, 13 del Libro IV del Código Civil, especialmente el artículo 1546 de la misma obra, y los artículos pertinentes del Código de Procedimiento Civil".

A continuación agregó: "Con base en los hechos relacionados y las disposiciones legales citadas, respetuosamente me permito solicitar al honorable Tribunal la rescisión del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1143 de fecha primero de septiembre de 1958 y a condenar al Departamento de Bolívar a devolver a mi mandante la suma de once mil quinientos ochenta y ocho pesos ($ 11.538.00), que pagó como precio de la venta, a los perjuicios ocasionados y al pago de la suma de dos mil cien pesos ($ 2.100.00) gastados por el señor Baedecker en la parcela dicha".

Al contestar la demanda el apoderado del Departamento aceptó la celebración del contrato "por ser cierto y constar en un instrumento público", pero negó que hubiera suspendido la venta de lotes el Departamento, explicando que otras personas también habían hecho compras, si bien las ventas luego se suspendieron por falta de nuevos compradores.

En sentencia de 7 de septiembre de 1961 el Tribunal puso fin a la primera instancia, haciendo los siguientes pronunciamientos:

"1º Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre el Departamento de Bolívar y el señor Teodoro Reinaldo Baedecker, contenido en la escritura pública número 1143 del 1º de septiembre de 1958, otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena, y, como resultado de tal resolución, ordénase la cancelación del registro del instrumento notarial anotado";

"2º Como consecuencia de lo anterior se condena al Departamento de Bolívar, representado por su Gobernador, a devolver al actor, señor Teodoro Reinaldo Baedecker, la cantidad de once mil quinientos ochenta y ocho pesos ($ 11.538.00) moneda corriente, que recibió por concepto del precio de la venta resuelta, devolución que deberá hacer dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia", y

"3º Igualmente se condena al Departamento de Bolívar, representado por su Gobernador, a pagar al señor Teodoro Reinaldo Baedecker los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato aquí resuelto".

"Si no fuere apelada esta sentencia, consúltese con el Superior".

Apelada por el apoderado del Departamento, vino el negocio a esta Corporación, donde ha sufrido los trámites de ley. Ninguna de las partes presentó alegato.

No obstante la poca claridad de la demanda, en la que se pide rescisión del contrato y al

mismo tiempo se cita de manera expresa el artículo 1546 del Código Civil, consagratorio de la condición resolutoria tácita, y en cuyos fundamentos de hecho se involucran cuestiones puramente jurídicas, para la Sala resulta indudable que la acción incoada, como bien anotó el Tribunal, es la de resolución del contrato y que su fundamento es el haber incumplido el Departamento obligaciones nacidas del contrato de compraventa del lote, o sea, la acción resolutoria contemplada por el citado artículo 1546 del Código Civil.

Para resolver se considera:

Ante el Notario 2º de Cartagena, según resulta de la escritura pública número 1143, comparecieron el señor Gobernador del Departamento de Bolívar y su Secretario de Agricultura y Ganadería el 1º de septiembre de 1958 y manifestaron que "obrando en los expresados caracteres, en nombre y representación del Departamento de Bolívar, y de conformidad con el acta de la diligencia de remate que presentan para que sea agregada a la presente escritura, en la cual consta que al señor Teodoro Reinaldo Baedecker le fue adjudicado el lote número veinte (20) de la parcelación de la Granja Agropecuaria del Departamento, ubicada en jurisdicción del Municipio de Turbaco, y que hoy constituye la urbanización residencial de Turbaco, vienen a legalizar la venta que por medio de dicha diligencia de remate se verificó a favor del señor Teodoro Reinaldo Baedecker, otorgándole, como en efecto le otorgan el correspondiente título traslaticio, de dicho lote de terreno, o sea el marcado con el número veinte (20) en el plano que fue protocolizado en esta misma Notaría Segunda, por medio de la escritura pública número cuatrocientos veinte (420), de fecha catorce de abril del presente año de 1958, que tiene una extensión superficiaria de catorce mil cuatrocientos ochenta y cinco (14.485) metros cuadrados, y transfieren al rematador, señor Teodoro Reinaldo Baedecker, a título de venta real y enajenación perpetua...".

Consta de la misma escritura que el señor Baedecker pagó el precio del lote, a saber, la suma de $ 11.588.00.

Según resulta de la declaración jurada del señor Secretario de Agricultura y Ganadería del Departamento de Bolívar y del acta de la inspección ocular practicada sobre el terreno, el Departamento suspendió posteriormente la venta de lotes, por haber decidido destinar las tierras de la urbanización a la antigua Granja Agropecuaria, y cercó todo el globo, dejando dentro incomunicado el lote del demandante.

Aunque en la escritura se habla de la "Urbanización Residencial de Turbaco", es lo cierto que no se trataba propiamente de extender el área urbana de dicha población, pero sí de realizar una parcelación de parte de los terrenos de una granja oficial, con el propósito de fomentar el establecimiento de pequeñas granjas. En la resolución por la que el Consejo de Gobierno de Bolívar autorizó al Secretario de Agricultura y Ganadería para proceder a la parcelación, se lee que "dichos terrenos serán parcelados para establecer pequeñas granjas"; resolución que, como parte del acta de remate a que fue sometido el lote del demandante, quedó insertada en la escritura de compraventa, de conformidad con lo acordado por los otorgantes en la misma.

La intención clara de las partes fue, pues, celebrar un contrato de compraventa de un solar o lote de una parcelación de tierras con destino al establecimiento de pequeñas granjas, lo que resulta corroborado por la extensión del lote vendido: 14.485 metros cuadrados, casi hectárea y media, perfectamente adecuada para edificar una casa de campo y montar una pequeña granja. Esa finalidad, expresamente mencionada en la escritura de venta, como ya se vio, vino a ser en consecuencia elemento determinante del contrato por parte del comprador, para quien no podía ser indiferente que se suspendiera la proyectada urbanización, como quiera que se vería privado de la posibilidad, que sin duda tuvo en cuenta al comprar, de contar con vecinos, granjeros o meros residentes, cuya existencia futura más o menos probable, con todas sus naturales ventajas de orden material y moral (mutua ayuda, sensación de vecindario, etc.), es un factor de indiscutible importancia en la determinación a contratar de quien compra un lote o solar en las indicadas circunstancias en que obró el demandante.

De otro lado, es de elemental justicia exigir a quien vende un lote de una urbanización o parcelación que conserve respecto a ese determinado lote el beneficio mínimo que todo proyecto de esa clase debe brindar a quien lo adquiere, cual es el de poder disfrutar con toda libertad de la calle o vía por la que, de acuerdo con los planos, podía llegar a su propiedad.

Por consiguiente, bien puede afirmarse, a la luz de la equidad natural y de los principios generales de derecho, a que aluden los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, que al desistir el Departamento de Bolívar del proyecto de parcelación, suspendiendo las ventas y dejando incomunicado el lote del demandante, por el cerramiento del globo general, incumplió una obligación derivada de la naturaleza del contrato.

En consecuencia era del caso declarar la resolución de éste tal como decretó el Tribunal *a quo*, de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, con los consiguientes pronunciamientos sobre devolución de precio y pago de perjuicios. En la sentencia hizo condena en abstracto al pago de éstos, consistentes, según lo expresado en la parte motiva de la misma providencia, en el precio del alquiler de un tractor que el demandante pagó al señor Eduardo Arrázola. Como la sentencia sólo fue apelada por la parte demandante, debe mantenerse la aludida condena en abstracto, a reserva de que mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, el demandante establezca que realmente el tractor fue empleado, durante las 105 horas a que alude la cuenta de cobros, en trabajos en el lote.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

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

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

Jorge García Merlano, Secretario.

DEMOSTRACION DE LA PROPIEDAD PARTICULAR DEL PETROLEO FRENTE AL ESTADO. LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821. TITULOS ORIGINARIOS. PRUEBA DE SU EXISTENCIA. DETERMINACION DE PREDIOS. LA JUSTA PRESCRIPCION ADQUISITIVA.

1. De acuerdo con la ley y la doctrina, en tratándose de juicios encaminados a obtener una declaración de propiedad particular del petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, incumbe al demandante la obligación de allegar al proceso la prueba de que aquellos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Tal prueba puede consistir: en el título originario del Estado expedido antes de la ya señalada fecha de la reserva fiscal del petróleo; a falta de ese título, en documentos públicos de origen oficial expedidos por autoridad competente que acrediten su existencia; finalmente, en la demostración procesal de que los predios objeto del dominio del subsuelo se ganaron por justa prescripción en virtud de haber sido poseídos sin interrupción y mediante la explotación económica del suelo con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

2. El documento en cuestión sólo contiene un contrato de compraventa corrido entre particulares, en el cual el tradente no alude a título alguno emanado del Estado y en cuya virtud esos terrenos pasaron al patrimonio particular; antes bien, el vendedor expresa únicamente que las tierras objeto del aludido convenio "son las mismas en que Francisco López de Nieto, mi abuelo legítimo materno, tuvo fundadas dos estancias", y que aquél heredó "libres y realengas". Por manera, que la manifestación recogida en dicho instrumento y éste mismo, no acreditan en forma alguna que aquellas tierras fueran adjudicadas por los medios establecidos por la Corona Española para transferir el dominio territorial a favor de sus vasallos, como repartimiento, merced, composición o venta en pública subasta o almoneda, tanto más si se considera que esa carta de venta, aún en el supuesto de que contuviera una referencia cierta al hecho de que se hubiese otorgado algún título primitivo de enajenación del Estado referente a dichos terrenos, sólo constituiría una declaración entre particulares, que por tener ese carácter, no se ha considerado jamás como medio apto para demostrar el dominio privado del subsuelo.

Empero, dice el apoderado judicial de los demandantes que por aplicación de la ley de 11 de octubre de 1821, de la sentencia de esta Sala proferida el 1º de diciembre de 1936 y de la Ley 200 de 1936, el documento referido tiene el valor de título emanado del Estado o que, por lo menos, acredita fehacientemente la existencia de aquél.

Ya la Corte ha concluido en numerosos fallos, todos ellos dictados a partir de la sentencia de 25 de octubre de 1940 (G. J., T. 50, págs. 276 y ss.), que documentos de la naturaleza indicada, son insuficientes, por sí mismos, para demostrar la propiedad particular del petróleo frente al Estado, sin que contra esa doctrina se hayan presentado ahora argumentaciones distintas a las consideradas en esas decisiones y que impongan una rectificación del criterio doctrinal seguido al respecto.

El artículo 14 de la preciitada ley de 11 de octubre de 1821, dispone:

"Si pasados cuatro años, los propietarios no cumplieren con el registro prevenido (en el artículo 13), sus tierras, si fueren adquiridas por merced o composición, se reincorporarán al dominio de la República, y si fueren adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios".

Como lo anota el Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de bien probado, la finalidad de la ley de 11 de octubre de 1821 fue la de lograr el empadronamiento de los terrenos poseídos por los particulares en virtud de títulos originarios emanados del Estado, de compras sucesivas u otros títulos, o de la posesión inmemorial acompañada de explotación económica, con el

objeto, meramente estadístico, de que el Estado pudiera conocer qué tierras estaban en condición de adjudicar como baldías, para el fomento de la agricultura y para la consecución de ingresos necesarios al desarrollo y progreso de la naciente República. Por tanto, el propósito del legislador del año de 1821 no fue el de equiparar "las compras sucesivas u otros títulos" a los títulos emanados del Estado como medios para acreditar la salida de determinados terrenos del patrimonio de éste, en forma legal.

(Véase la sentencia de 5 de agosto de 1942, G. J., T. 53, pág. 918 y ss.).

En cuanto a las tradiciones de dominio anteriores al 11 de octubre de 1821, también ha dicho la Corte que de acuerdo con la Ley 200 de 1936 esos títulos entre particulares no pueden tener ninguna incidencia sobre la propiedad del petróleo, por haberlo dispuesto así el artículo 5º de ese estatuto legal. En efecto, la Ley 200 de 1936 al reconocerles valor a los títulos translaticios de dominio entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, respecto del Estado, hizo expresamente la salvedad de que esas disposiciones no se aplicarían en lo tocante al subsuelo. El memorado artículo 5º reza:

"Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo".

3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 y de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte, la existencia de un título originario del Estado puede acreditarse mediante documento público de origen oficial expedido por autoridad competente que acredite aquélla. Al respecto ha dicho esta Sala que los medios comunes de prueba, entre los cuales se cuenta la presunción, apreciados conforme al Código Judicial, son aptos para demostrar el dominio privado del subsuelo, siempre que al emplearlos no se desconozcan las exigencias de la legislación sustantiva en materia de propiedad territorial. Mas en el caso de autos no puede estimarse la actuación del Cabildo de Tolú como indicio vehemente de la existencia real de un título no aducido en forma original, pues no se está en presencia de un documento que indique en forma alguna el otorgamiento de un título colonial de enajenación que se pudiera presumir como expedido de acuerdo con lo previsto en la legislación indiana.

4. Ha dicho esta Sala en doctrina reiterada (G. J., Nº 1987, pág. 788 y Nº 2198, pág. 413) que en las adjudicaciones antiguas con medidas y linderos, prima entre los dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. Y que tratándose de localizar terrenos con medidas y linderos —como claramente ocurre en el caso de autos— aquéllos y éstas deberán corresponderse en cuanto fuere posible, no sólo en el área comprendida por la medida que se usó en la época en que se hizo la expedición del título de adjudicación, sino en los linderos, esto es, en el perímetro que comprenda el área abarcada por la medida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

Con motivo de haber formulado la Empresa Colombiana de Petróleos la propuesta número 719 para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad del Estado que pudieran encontrarse en un globo de terreno de 39.525 hectáreas 3119 M.2, ubicado en los Municipios de Tolú, Toluviejo, Sincelejo y Palmito, en el Departamento de Bolívar, y Momil, Purísima, San Antero y San Andrés de Sotavento, en el Departamento de Córdoba, comprendido dentro de los linderos que expresa el aviso publicado por el Ministerio del Ramo en el número 29009 del Diario Oficial de 8 agosto de 1956, el señor Antonio Guerra H., en su carácter de administrador de la Sociedad Colectiva de Comercio que gira bajo la razón social de "Antonio Guerra e Hijos", domiciliada en Sincelejo, y la señora María Tulena de Guerra, quien actúa en su propio nombre, confirieron poder para iniciar juicio ordinario de única instancia contra la Nación a fin de obtener esta declaración:

"Que el subsuelo petrolífero de la finca 'El Socorro' que hace parte del antiguo globo de terreno 'Santa Bárbara de Covefias', según los linderos descritos en la demanda, es de propiedad privada de la Sociedad 'Antonio Guerra e Hijos', en común y proindiviso con la señora María Tulena de Guerra, por haber salido legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873".

Son fundamentos fácticos de la acción propuesta, éstos:

1º Que por medio de la Resolución número 598 de 28 de junio de 1956, del Ministerio de Minas y Petróleos, se admitió la propuesta de contrato número 719 de anterior mención.

2º Que dentro del área de la zona solicitada en concesión se encuentra un globo de terreno "que es de propiedad privada, tanto en el suelo como en el subsuelo petrolífero, de la Sociedad 'Antonio Guerra e Hijos', en común con la señora María Tulena de Guerra, en virtud de haber salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873 ese globo de terreno, que forma parte de otro de mayor extensión, que fue objeto de actos de disposición legal por parte de funcionarios autorizados de la Corona Española. Este globo es conocido, desde aquellos remotos tiempos, bajo el nombre de 'Santa Bárbara de Coveñas' y el que pertenece a mis mandantes tiene el nombre de 'El Socorro'."

3º Que los linderos del globo colonial "Santa Bárbara de Coveñas" son los siguientes: "Por el frente con el Mar o sea el Golfo de Morrosquillo, tomando como punto de partida un mojón que está en la orilla de la boca de la Ciénaga hasta el mojón que se encuentra en las ruinas de San Francisco; por la derecha, entrando, con la hacienda de San Jerónimo del Monte, que fue de don Julián Patrón A., toda la línea que corresponde de Oeste a Este, tomando el supracitado mojón de las ruinas de San Francisco y demás demarcaciones hasta el cerro de Las Lajas; por la espalda, con terrenos de Sabaneta y Palmito, hasta llegar a la cabecera del Arroyo de San Antonio, encontrándose en dicha línea las siguientes demarcaciones: un mojón en el camino de Momil, que cruza dicho terreno, al cerro de Piedra; un mojón en el arroyuelo denominado Almagro, de ahí al denominado Bomba, luego al arroyuelo nombrado Barón o Bacon; en esa misma dirección se llega a la falda de una pequeña colina, que lleva el nombre de 'Sierra Chiquita', quedando el mojón al Norte de esta sierra; de ahí en dirección Este llega al Arroyo Puente Grande, atraviesa el camino que denominan Bogón, pasando por varias fincas, pasa por el camino real que de Sabaneta conduce a Coveñas, luego cruza por los arroyos de Hiraca y Sanaca, y luego atraviesa las fincas El Dintel, Umbral, a salir al arroyo de Petaca, atraviesa el camino antiguo de Palmito para la playa en donde está un mojón; de ahí a los derramaderos de Petaca, hasta llegar al arroyo de San Antonio y por el Norte, con rumbo Este a Oeste, pasando por el Caño Salado, que desemboca en la Ciénaga de Tolú, hasta el mojón donde comenzó la delimitación". Y en cuanto a la finca "El Socorro" tenemos: "Por el Norte, con fincas de Virginia Patrón de García, Joaquín González; por el Sur, con Adolfo Garay, Manuel Ramos, camino en medio de Bocón a Sabaneta, con Miguel Conde; por el Este, Mateo Yáñez o Yuñez, Leonardo Alvarez, Primitivo Rodríguez, Pedro Pablo Patrón P., Humberto Gómez Tamara y Clemente Patrón P.; y por el Oeste, Pablo Padilla, Fidel Mejía, Maximiliano Donado, Jesús Herrera y Virginia Patrón de García".

4º Que "habiendo hecho mis poderdantes oposición extemporánea a la citada propuesta número 719, lo cual equivale —jurídicamente— a no haber hecho oposición, quédales el recurso de demandar por la vía ordinaria a la Nación, ante esa honorable Sala, en juicio de mayor cuantía y en una sola instancia, al tenor de las disposiciones vigentes del llamado Código de Petróleos, siempre que esa demanda se intente dentro de los dos años siguientes a la fecha en que venció ese término para presentar oposiciones, el cual término comenzó a correr, para esta propuesta 719, a partir del día cinco (5) de noviembre de 1956, o sea que esta demanda está en tiempo oportuno".

La demanda fue admitida por esta Sala en auto de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho y corrida en traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, fue por éste contestada en el sentido de manifestar su oposición a que se hiciera el reconocimiento impetrado en la súplica del libelo y de expresar, en cuanto a los hechos, que se atendría "a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda y de las que se produzcan posteriormente en el juicio".

El libelo principal se acompañó de numerosas copias de escrituras públicas, de un ejemplar autenticado del Diario Oficial número 29099 de 8 de agosto de 1956, de un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Sincelejo y de otro de la Cámara de Comercio de la citada población.

Durante la etapa procesal subsiguiente se abrió el negocio a prueba y durante él se pidieron y practicaron las que serán objeto de ulterior análisis.

Como el negocio ha quedado preparado para recibir fallo de fondo, se procede a dictar esa decisión.

De acuerdo con la ley y la doctrina, en tratándose de juicios encaminados a obtener una declaración de propiedad particular del petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, incumbe al demandante la obligación de allegar al proceso la prueba de que aquellos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Tal prueba puede consistir: en el título originario del

Estado expedido antes de la ya señalada fecha de la reserva fiscal del petróleo; a falta de ese título, en documentos públicos de origen oficial expedidos por autoridad competente que acrediten su existencia; finalmente, en la demostración procesal de que los predios objeto del dominio del subsuelo se ganaron por justa prescripción en virtud de haber sido poseídos sin interrupción y mediante la explotación económica del suelo con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Considera el apoderado de la parte actora que los terrenos conocidos con el nombre de "El Socorro", que forman parte de otro globo de terreno de mayor extensión llamado desde remotos tiempos con el nombre de "Santa Bárbara de Coveñas", salieron del patrimonio de la Corona Española antes de la fecha tradicional de la reserva del subsuelo en virtud de la siguiente documentación:

1º Contrato en virtud del cual Manuel de Mélida y Puello da en venta a José Villeros 24 estancias de ganado mayor, contrato celebrado el día 4 de enero de 1730. Tal contrato fue protocolizado mediante escritura pública número 136 de 21 de diciembre de 1912, Notaría Unica del Circuito de Sincelejo (fls. 42 y ss. del C. Nº 5).

2º Diligencia de amparo que el Cabildo de la Villa de Tolú expidió en favor de Margarita Varillas el 22 de junio de 1738, en relación con el globo de terreno que fue de propiedad de don Manuel de Mélida y Puello (escritura Nº 136 de 21 de diciembre de 1912, Notaría Unica del Circuito de Sincelejo, pgs. 42 y ss. C. Nº 5).

VENTA DE TIERRAS

Aparece en el primero de los citados documentos que Manuel de Mélida y Puello vende "por propiedad desde ahora para siempre jamás a Jph Villeros de la Villa de Santiago de Tolú de la Gobernación de esta ciudad, es a saber veinte y cuatro caballerías de tierras, antes más que menos, que tengo y poseo en la Costa de Carbonero de la jurisdicción de dicha villa de Tolú a Sotavento, de dicha villa que tiene la frente a la (ilegible) de con tierras que hoy posee dicho Jph Villeros y por esta parte tira la linia de dirección, la tierra adentro al viento del Sur, y corre la frente hasta detrás de la Ciénaga (comido) como quien va a la Villa, y la otra linia (comido) tierra adentro por las espaldas sea-ata (comido) a las tierras medidas a la mar son de (comido) veinticuatro caballerías de tierras antes más que menos son las mismas en que Francisco López Nieto mi abuelo legítimo materno, tuvo fundadas dos estancias con sus (ilegible) edificios, de (ilegible) hay fragmentos de cal y piedra y se nombra la una San (ilegible) de Coveñas, y la otra San Gerónimo del Monte y por muerte del dicho Francisco López Nieto, recayeron en doña María Nieto de Amar mi madre y con su fallecimiento hube y heredé (comido) yo, libres y realengas, no obligadas ni hipotecas, sin deuda, obligaciones ni hipotecas, especial ni general quien las tiene y como dueño y señor de ellas, las he arrendado a diferentes personas sin contradicción alguna, sobre cierta porción y propiedad de información de testigo..."

El comprador dice: "Y estando presente al otorgamiento de esta escritura, yo el dicho Villero, habiéndoles oído y entendido acepto en mi favor y recibo en mi compra veinte y cuatro caballerías de tierras (comido) que menos declaradas y deslindadas, incluyendo las referidas tierras que se (comido) al pueblo de Indias nombrado..."

El documento en cuestión solo contiene un contrato de compraventa corrido entre particulares, en el cual el tradente no alude a título alguno emanado del Estado y en cuya virtud esos terrenos pasaron al patrimonio particular; antes bien, el vendedor expresa únicamente que las tierras objeto del aludido convenio "son las mismas en que Francisco López de Nieto, mi abuelo legítimo materno, tuvo fundadas dos estancias", y que aquél heredó "libres y realengas". Por manera, que la manifestación recogida en dicho instrumento y éste mismo, no acreditan en forma alguna que aquellas tierras fueran adjudicadas por los medios establecidos por la Corona Española para transferir el dominio territorial a favor de sus vasallos, como repartimiento, merced, composición o venta en pública subasta o almoneda, tanto más si se considera que esa carta de venta, aún en el supuesto de que contuviera una referencia cierta al hecho de que se hubiese otorgado algún título primitivo de enajenación del Estado referente a dichos terrenos, sólo constituiría una declaración entre particulares que, por tener ese carácter, no se ha considerado jamás como medio apto para demostrar el dominio privado del subsuelo.

Empero, dice el apoderado judicial de los demandantes que por aplicación de la Ley de 11 de octubre de 1821, de la sentencia de esta Sala proferida el 1º de diciembre de 1930 y de la Ley 200 de 1936, el documento referido tiene el valor de título emanado del Estado o que, por lo menos, acredita fehacientemente la existencia de aquél.

Ya la Corte ha concluído en numerosos fallos, todos ellos dictados a partir de la sentencia de 25 de octubre de 1940 (G. J., T. 50, págs. 276 y ss.), que documentos de la naturaleza indicada, son insuficientes, por sí mismos, para demostrar la propiedad particular del petróleo frente al Estado, sin que contra esa doctrina se hayan presentado ahora argumentaciones distintas a las consideradas en esas decisiones y que impongan una rectificación del criterio doctrinal seguido al respecto.

El artículo 14 de la precitada Ley de 11 de octubre de 1821, dispone:

"Si pasados cuatro años, los propietarios no cumplieren con el registro prevenido (en el artículo 13), sus tierras, si fueren adquiridas por merced o composición, se reincorporarán al dominio de la República, y si fueren adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios".

Como lo anota el Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de bien probado, la finalidad de la ley de 11 de octubre de 1821 fue la de lograr el empadronamiento de los terrenos poseídos por los particulares en virtud de títulos originarios emanados del Estado, de compras sucesivas u otros títulos, o de la posesión inmemorial acompañada de explotación económica, con el objeto, meramente estadístico, de que el Estado pudiera conocer qué tierras estaba en condición de adjudicar como baldías, para el fomento de la agricultura y para la consecución de ingresos necesarios al desarrollo y progreso de la naciente República. Por tanto, el propósito del legislador del año de 1821 no fue el de equiparar "las compras sucesivas u otros títulos" a los títulos emanados del Estado como medios para acreditar la salida de determinados terrenos del patrimonio de éste, en forma legal.

En sentencia de 5 de agosto de 1942 (G. J., T. 53, pág. 910 y ss.), dijo la Corte lo siguiente, después de hacer un completo análisis del problema en discusión:

"Para la Sala, el artículo 14 contiene dos partes principales: la una en que se determina qué ha de ocurrir con las tierras adquiridas por merced o composición cuando sus propietarios no hacen el registro; y la otra, en que se dispone lo que ocurre con las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, si los propietarios no las registran. La primera parte del artículo es categórica al disponer que en la hipótesis que ella contempla las tierras se incorporan al dominio de la República. Es una medida de seguridad que se ha explicado diciendo que allí se consignó por nuestros próceres y primeros legisladores un procedimiento dirigido a corregir los excesos de prodigalidad en el patrimonio común que venían cometiendo los dirigentes españoles en el tiempo inmediato al nacimiento de la República. La segunda parte del artículo no está ya inspirada en aquél criterio de represalia, porque ella no se refiere a dádivas o regalos de tierras hechas en mercedes y composiciones, sino a adquisiciones que tenían otro origen, a lo menos en el mismo tiempo próximo al nacimiento de la nueva nacionalidad. Y como el espíritu que informa esta segunda parte del artículo es muy otro, sus consecuencias, así como su estudio y alcance, son diferentes. Desapareciendo del texto del artículo, para la parte que ahora se considera, el motivo determinante que inspiró la otra parte del mismo, se encuentra el intérprete de la disposición únicamente en presencia de las razones generales que sirvieron de acicate para la expedición de toda ley: regular la enajenación de baldíos y hacer, para los mismos fines, un registro de las tierras que aparecían en poder de particulares. Todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia 'Deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia', estableció el artículo 13. No tenía este registro por objeto sino lograr el empadronamiento de las propiedades rurales de particulares. Pero es obvio que él no se hacía como consecuencia de examen administrativo o judicial de los títulos, que implicara por lo mismo algo así como una decisión en el particular, favorable a los llamados propietarios si el registro se practicaba. Se crearán en la capital de la República, dijo el artículo 12, una oficina de agrimensura general, y una particular en cada provincia, en que se registren las propiedades rurales, y todos los ciudadanos y extranjeros deberán registrar sus propiedades, dispuso el ya citado artículo 13. ¿Cómo hacían los empleados de las oficinas respectivas esos registros? Pues sencillamente dando entrada a los datos que resultarán de los títulos llevados a ellas por los propietarios. Las disposiciones comentadas no dicen que los funcionarios hicieran una calificación de los títulos y que no registraran sino aquellos que a su juicio y concepto fuesen legalmente válidos para acreditar el dominio de los particulares frente al Estado, sobre las tierras baldías. Lo que está indicando que los propietarios y las propiedades a que se alude en los artículos de la ley de 1821 no eran, porque no podían serlo, los propietarios y las propiedades en el concepto técnico a que se refiere el señor apoderado. Tales propietarios, los que registraban sus propiedades, eran titulares del derecho de propiedad, en razón de los documentos que

presentaran para acreditarlo así. Como la ley no estableció la calificación de los títulos, sinó un simple registro, es claro que no hay base en ella para deducir que cuando sus textos mencionan a los propietarios, están señalando a personas que tenían un dominio perfecto, valedero en relación con otros propietarios y también frente al Estado:

"Así entendido el alcance de la ley de 1821, resulta evidente que la ordenación que dejaba en el Gobierno el deber de registrar los títulos a expensas de los propietarios de tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, no implica, en modo alguno, un reconocimiento por el Estado de la calidad de particulares o de dominio privado de las tierras que como tales se registran".

En cuanto a las tradiciones de dominio anteriores al 11 de octubre de 1821, también ha dicho la Corte que de acuerdo con la Ley 200 de 1936 esos títulos entre particulares no pueden tener ninguna incidencia sobre la propiedad del petróleo, por haberlo dispuesto así el artículo 5º de ese estatuto legal. En efecto, la Ley 200 de 1936 al reconocerles valor a los títulos traslaticios de dominio entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, respecto del Estado, hizo expresamente la salvedad de que esas disposiciones no se aplicarían en lo tocante al subsuelo. El memorado artículo 5º reza:

"Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo".

Al analizar esta especial cuestión, entre otros razonamientos, dijo la Corte en la ya citada sentencia de 5 de agosto de 1942:

"Además, el informe no es la ley, y ésta, en ninguna de sus expresiones alude siquiera a la ley mencionada de 1821 para pensarse que hace de ella una interpretación. Tampoco la hace la Ley 200 cantas veces mencionada, en ninguno de sus ordenamientos, pues el aparte c) de su artículo 4º, al referirse a la Ley de 1821, simplemente señala un modo para acreditar propiedad privada territorial, análogo a los de las letras a) y b) o sea el título originario y a otra prueba plena de haber salido el terreno del Estado. Se trata en los tres casos, de documentos distintos que producen unos mismos efectos, para los fines previstos en la ley de tierras. Pero de la identidad de esos efectos no se deduce la igualdad de aquellos documentos, y que sean, por tanto, iguales el título originario del Estado y el título traslaticio entre particulares anterior a 1821. La ley dio determinados efectos a documentos diferentes, pero no igualó esos documentos. Tales documentos son los títulos anteriores a 1821 y los emanados del Estado; aptos unos y otros para demostrar que, en la hipótesis de la Ley 200, las tierras con esos documentos se reputaban de propiedad particular, pero no se declara que esas tierras habían salido del Estado antes de 1821; se admite la propiedad en atención a un documento anterior a 1821; como pudo admitirse atendiendo a un documento anterior a 1850".

Por lo anteriormente expuesto se concluye que la venta de las 24 caballerías hecha por don Manuel de Mélida y Puello en favor de José Villeros en el año de 1730, contenida en el documento antes indicado, no es título legal de adquisición frente a la entidad pública demandada, ni prueba supletoria del título proveniente del Estado, pues una declaración entre particulares no fue nunca medio idóneo para acreditar el traspaso de las tierras de la Nación al dominio privado.

Amparo concedido por el Cabildo de Tolú a Margarita Varillas. (Copias de la escritura pública número 136 de 21 de diciembre de 1912, Notaría de Sincelejo, que aparecen a folios 55 y ss. del C. Nº 3, 22 y ss. del C. Nº 4 y 42 y ss. del C. Nº 5).

En relación con este documento cabe decir que debido al estado de grave deterioro en que se encontraba al ser protocolizado, bien por estar roto en algunas de sus partes sustanciales o ser ilegible en otras, ha dado como resultado que se adviertan discrepancias de consideración entre las diversas copias expedidas por el Notario Público del Circuito de Sincelejo, como puede advertirse al hacer el simple cotejo de las mismas.

Pero, no obstante esos deterioros, una de aquellas acompañada a la demanda alcanza a revelar que el 20 de junio de 1738 Margarita Varillas obtuvo copia del contrato de compraventa otorgado por Manuel de Mélida y Puello en favor de José Villeros, ya analizado en la precedente parte considerativa de esta providencia. También aparece que con fundamento en el citado contrato y en el mismo año de 1738, según certificación del escribano del Cabildo de la Villa de Santiago de Tolú, solicitó ante esta entidad Margarita Varillas se la amparase en la posesión de las 24 caballerías objeto del aludido convenio y que se declarase sin valor la merced pedida por José Fausto de Sayas "de tierras (comido) que llaman de Piedra, por ser la (comido) perteneciente a las expresadas veinticuatro". El Cabildo accedió, al parecer, a despachar favorablemente las peticiones formuladas por la Varillas, pues al respecto reza el documento en men-

ción: "Visto este testimonio (comido) elevado escrito, amparó a la sobredicha, según derecho, en el que tiene expresadas tierras (comido) y declaran ponerla (comido) valor (comido) la merced hecha Fausto de Las Sayas aquecer se llamó y habiendo ocurrido a Cabildo se le hizo saber esta providencia según (comido) genos largamente conste y parece del libro Capítulo (comido) questa a mi cargo a que me remito y la (comido) questa Villa de Tolú en veinte y dos (comido) de mil setecientos veintiocho años (comido) ado Hernández de la Espinoza. Escribano".

Sostiene el apoderado judicial de la parte actora que "la actuación del Cabildo de Tolú no solamente constituye un documento público, de origen oficial, que acredita la existencia del título emanado del Estado sobre dichas tierras, sino que ella misma viene a ser el mencionado título, al declararse por el Escribano del propio Cabildo que éste, en la reunión de la fecha citada, al estudiar un escrito de Margarita Varillas con una copia de la escritura de venta de las 24 caballerías de tierra citadas, que fueron de José Villeros, por medio del cual solicitaba dos cosas: 1) Que se le confirmase su derecho de propiedad y se le mantuviese en la posesión de tales tierras; y 2) Que se anulara la merced hecha por el propio Cabildo a favor de José Fausto de Sayas, en el punto llamado 'Piedras', por considerar que tal merced lesionaba los derechos de la peticionaria, ya que este terreno hacía parte de las 24 caballerías de tierras ya nombradas. Y llama la atención el hecho de que por esos mismos años, el señor José de Sayas era miembro del Cabildo de la Villa de Tolú (folio 24 C. Nº 5), de manera que, al declararse la nulidad de su propio título, el Cabildo estaba reconociendo el dominio anterior, puro y simple, que la señora Margarita Varillas tenía sobre las citadas tierras, con fundamento en sus títulos de propiedad. Y debieron haberse consultado los antecedentes de rigor porque el Cabildo también accedió a la primera petición, siendo así que en los documentos que ahora conservamos solo aparece que dichas tierras fueron del señor Francisco López Nieto; que de éste pasaron, por vía sucesoral, a su nieto el Capitán don Manuel de Mélida y Pruello, quien las vendió al señor José Villeros por medio de escritura pública otorgada en Cartagena el 4 de enero de 1730. Del señor Villeros pasaron estas tierras al patrimonio de Margarita Varillas, por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de aquél, según se vé de la constancia dada por el Escribano del Cabildo y también por la que dio el Escribano de Cartagena señor Luis Herrera Calderón, cuando expidió las anteriores copias de títulos a Margarita Varillas el 29 de julio de 1738, con el visible propósito de que les sirvieran para sostener la petición que elevó ante el Cabildo de la Villa de Tolú dos días más tarde y sobre la cual recayó la decisión favorable que ya he comentado y que, repito, constituye para los efectos de la prueba que estamos analizando, el título emanado del Estado, anterior al 28 de octubre de 1873".

El examen de una de las cuestiones planteadas en su alegato de bien probado por el mandatario judicial de la parte demandante, a saber, si la decisión del Cabildo de Tolú en el juicio de amparo promovido por Margarita Varillas demuestra la existencia, legalmente presumible, de un título emanado del Estado con anterioridad a la fecha de esa actuación, impone estas previas consideraciones:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la existencia de un título originario del Estado puede acreditarse mediante documento público de origen oficial expedido por autoridad competente que acredite aquélla. Al respecto ha dicho esta Sala que los medios comunes de prueba, entre los cuales se cuenta la presunción, apreciados conforme al Código Judicial, son aptos para demostrar el dominio privado del subsuelo, siempre que al emplearlos no se desconozcan las exigencias de la legislación sustantiva en materia de propiedad territorial. Mas en el caso de autos no puede estimarse la actuación del Cabildo de Tolú como indicio vehemente de la existencia real de un título no aducido en forma original, pues no se está en presencia de un documento que indique en forma alguna el otorgamiento de un título colonial de enajenación que se pudiera presumir como expedido de acuerdo con lo previsto en la legislación indiana.

En efecto: en el documento que recoge el contrato de compraventa de las 24 caballerías de tierra celebrado el 24 de enero de 1730 por Manuel de Mélida y Pruello con José Villeros, según lo indican anteriores transcripciones de sus cláusulas principales y el examen de sus restantes declaraciones, no se expresa que el vendedor hubiese entregado al comprador título alguno primitivo o colonial en virtud del cual salieran esas tierras del patrimonio de la Corona Española, como era costumbre significarlo en la época, ni que aquél lo exhibiera al escribano público ante quien se corrió dicha compraventa. Al respecto solo se expresa en dicha escritura que el vendedor cede, renuncia y traspasa al comprador la propiedad, señorío y posesión que "por la expresada herencia tenía" y que como título

de ellas otorga en su favor dicho documento (pág. 43, C. Nº 5). Asimismo, el tratante Mélida y Puello manifiesta en tal instrumento, sin hacer ninguna referencia a título originario, que las tierras en cuestión son las mismas en que su abuelo materno tuvo fundadas dos estancias y que luego, al morir éste, "recayeron en doña María Nieto de Amar mi madre y con su fallecimiento heredé (comido) yo, libres y realengas".

Pues bien: de la actuación adelantada ante el Cabildo de Tolú se desprende que la solicitante del amparo posesorio en referencia, Margarita Varillas, no presentó en tal oportunidad título de adquisición proveniente de la Corona y mediante el cual pasaran esas tierras del dominio real de España a sus causantes, sino solo el documento de venta entre particulares antes examinado, que ni siquiera contiene una manifestación privada entre contratantes sobre existencia de un título originario del Estado. Y a tal documento se refiere la actuación cuestionada, pues allí se expresa:

"Yo Fernando (comido) Escribano y de Cabildo desta y de Santiago de Tolú, por el Rey nuestro señor en la forma que puedo, certifico, (comido) en uno que se celebró por los señores (comido) y Regimiento se presentó por Margarita Varillas un escrito con un testimonio de la escritura de venta de veinte y cuatro caballerías de tierra (comido), de Jpb Villeros difunto, y se le (comido) a la sobredicha, en pago de lo que se le debía (comido), favoreciese y mantuviese en el domi (comido) y comida, piedad de ella... visto este testimonio (comido) elevado escrito, ampara a la sobredicha, según derecho, en el que tiene expresadas tierras..."

Al glosar los apartes legibles y transcritos de la breve certificación del Escribano del Cabildo de Tolú, expresa el señor Procurador Delegado en lo Civil que de ellos se deduce "con claridad meridiana, que como fundamento del juicio de amparo doña Margarita Varillas no presentó un título originario emanado del Estado sino simplemente la escritura de venta otorgada por don Manuel de Mélida y Puello en favor de José Villeros y que con base en dicho documento, del cual ella había solicitado y obtenido copia auténtica según aparece del aparte final de la copia del mismo que obra en autos (f. 44 del C. Nº 5), el Cabildo la amparó en su posesión. En consecuencia, la decisión del Cabildo de Tolú no puede constituír prueba de la existencia de un título originario emanado del Estado. Dicha decisión constituye únicamente prueba de la existencia de la escritura de venta pasada entre los señores Mélida y Puello y Villeros, que fue el único documento presentado en el sumario de amparo y posesión y el fundamento de la decisión correspondiente".

Y lógica y jurídica es lo fundamental es la conclusión sostenida por el representante legal de la Nación, porque si el Cabildo de Tolú sólo consideró en la referida actuación el "testimonio" de la escritura de venta de las 24 caballerías de tierra que Villeros compró a Mélida y Puello, las cuales pasaron luego por vía sucesoral a la Varillas, es claro que dicha actuación no constituye prueba fehaciente de que se hubiese expedido un título originario del Estado, por cuanto la simple referencia que se haga en un documento oficial de un título de venta celebrado entre particulares no lo transmuta en título primitivo.

En cuanto a la otra cuestión suscitada por el apoderado judicial de la parte actora, apunta el Procurador Delegado en lo Civil que la decisión proferida en el citado interdicto de amparo no reviste el carácter de título originario, ya que el amparo "no era una institución de derecho sustantivo sino de derecho procesal, como su nombre lo indica". Y en apoyo de su tesis aduce el concepto del profesor Ots de Capdequi, quien expresa al respecto en su libro "España en América":

"Y junto a la *composición*, los amparos reales. La figura jurídica del amparo real es una figura jurídica que hay que encuadrar no en el derecho sustantivo sino en el derecho adjetivo, en el derecho procesal. El amparo real no es un título; por el contrario, presupone la existencia de un título, bien sea uno de los admitidos por las leyes, bien sea una posesión que pueda entenderse como justa y merezca, por lo tanto, dentro del derecho procesal, el amparo real correspondiente.

"Y aún como figura jurídica de carácter procesal, interesa señalar algunas características. El amparo real se tramita siempre en un procedimiento breve y sumario, porque en realidad es una figura jurídica que surge como consecuencia de una necesidad. Esa Real Cédula de 1591 crea un estado general de inquietud las gentes buscan legalizar de un modo u otro su situación y acuden a solicitar el real amparo.

"La protección que se persigue con el amparo real cubre *solo el hecho de la posesión, no el hecho del dominio*. El amparo real se otorga en ese procedimiento breve y sumario sin perjuicio de tercero; ahora bien, el amparo real cumple también una función en relación con el fisco, con el Estado.

"El amparo real implica con respecto al Estado una espectativa de dominio que podrá concederse si la posesión que se ampara se cubre con

el hecho del cultivo de la población— si se trata de hatos de ganado— dentro de tres meses". (Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1959, pp. 38 y ss.).

Pero aún prescindiendo del carácter jurídico que ofrece el amparo dicho, importa agregar estas otras consideraciones en torno al punto debatido.

Si se tienen en cuenta las reglas de derecho que ordenan la adquisición y conservación de tierras durante la época colonial en los dominios españoles de América, reglas ampliamente analizadas en sentencia de la Corte de 5 de agosto de 1942, se advierte que dichas tierras se concedían mediante capitulaciones, repartimientos, mercedes, denuntes y composiciones. Tales modos de adquisición de las tierras realengas constituyen títulos originarios emanados del Estado, suficientes y válidos, al expedirse conforme a la legislación antigua, para acreditar que determinados terrenos salieron del patrimonio estatal.

Pero la actuación del Cabildo de la Villa de Santiago de Tolú, según aparece de la corta certificación del escribano del mismo, no se proveyó para el otorgamiento de un título de adjudicación de tierras realengas, mediante el cumplimiento de las disposiciones generales vigentes al tiempo de su expedición, ni para revalidar un anterior repartimiento, despacho o título de tierras que hubiera hecho el Cabildo conforme a estatuto especial que lo facultase para el efecto, ya que dicha actuación de amparo solo tuvo por fundamento el contrato de venta entre particulares celebrado entre Mélida Puello y José Villeros y se encaminaba a aclarar una situación de hecho, mas no a definir por medio adecuado la traslación de dominio de terrenos de realengo a sus ocupantes. Por lo tanto, no encontrándose *sub judice* una merced o gracia de tierras hecha por el Cabildo en mención, puesto que la actuación referida no permite deducirlo así, resulta innecesario juzgar la validez del supuesto título, o sea, entrar a establecer si quien lo expidió tenía facultades para hacerlo y si en su otorgamiento se cumplieron los preceptos vigentes en la época sobre la materia.

Para cumplir con el requisito de la identificación de los terrenos objeto de la litis, la parte demandante pidió en su oportunidad legal la práctica de una diligencia de inspección ocular con asocio de peritos, "a fin de que se establezca el hecho de que el enunciado teórico de los títulos, en cuanto a los linderos se refiere, corresponden a realidades identificables en el suelo; para lograr este objetivo el comisionado, a que adelante aludo, se servirá del expediente de este juicio y de todas aquellas pruebas concurrentes que se practicarán dentro de esta diligencia a que ahora me refiero. Los señores peritos deberán dictaminar, con base en estos elementos de juicio y en los demás que sean pertinentes, si los terrenos materia de este juicio están o no superpuestos por los linderos de la propuesta número 719 de la Empresa Colombiana de Petróleos".

Decretada la prueba en referencia, para llevarla a cabo se comisionó por la Sala al Tribunal Superior de Cartagena, practicándose entre los días 20 y 24 de octubre de 1959.

Las actas respectivas (folios 10 y ss. del C. Nº 5) expresan que el personal inspector procedió a identificar la finca denominada Santa Bárbara de Coveñas, mediante el reconocimiento de los linderos que la individualizan según la demanda (hecho III), los cuales se detallan en tal acta. También fue reconocido el globo de terreno objeto de este litigio y conocido con el nombre de "El Socorro", de acuerdo con los linderos indicados por la parte actora al respecto (hecho III de la demanda), globo de terreno que constituye una parte del anteriormente nombrado. Los diferentes sitios indicados como lindes en la demarcación señalada en la demanda para las tierras antes mencionadas, fueron reconocidos con el apoyo de varias declaraciones juradas de testigos, o sea, de moradores de la citada región.

Con fundamento en la inspección ocular mencionada, conceptuaron los peritos en cuanto a la identificación del inmueble denominado "Santa Bárbara de Coveñas":

"Con base en los linderos descritos en la demanda, se procedió al reconocimiento de los linderos del globo de tierra denominado 'Santa Bárbara de Coveñas'. Se identificaron los siguientes puntos o sitios del polígono o contorno que forma dicho globo:

"*La boca de la Ciénaga*, en donde por medio de testimonios se estableció la existencia de un mojón de concreto, actualmente cubierto por el mar. En la Carta del Instituto Geográfico, esta boca es el extremo de un canal o conducto que lleva al mar Caribe las aguas procedentes de la Ciénaga de La Caimanera.

"Tomando luego una dirección sensiblemente al oeste, y a lo largo de la costa del mar, se encontraron unas ruinas y un mojón, muy cerca de la orilla del mar y del sitio denominado Coveñitas en la Carta del Instituto. Por medio de testigos se estableció que las ruinas en referencia pertenecían a una iglesia llamada de San

Francisco. El lindero recorrido desde la boca de la Ciénaga hasta las ruinas, da frente al Mar Caribe o mejor al Golfo de Morrosquillo y tiene una longitud aproximada de 6½ kilómetros.

"A partir del mojón situado cerca de las *ruinas de San Francisco* y siguiendo una dirección sensiblemente al Sur, se encontró un mojón situado sobre un camino que conduce del caserío de Momil hacia la Costa y siguiendo la misma dirección se encontró otro mojón localizado en un sitio que los testigos identificaron como el *Cerro de Las Tajas*.

"Del *Cerro de Las Tajas*, el lindero cambia de dirección hacia el Oriente y a una distancia aproximada de seiscientos metros (600.00 mts.) se llega a *un camino que viene de Momil*, en donde los testigos manifestaron que *existió un mojón de concreto*. (Marcado en el plano con el Nº 23).

Del mojón anterior, el lindero cambia nuevamente de dirección hacia el norte y a una distancia aproximada de ochocientos metros (800.00 mts.), se encontró un cerro pequeño que los testigos afirmaron ser el *"Cerro de Piedra"*. Evidentemente la estructura geológica observada en el cerro es de aspecto recuso.

"A partir del *'Cerro de Piedra'*, el lindero toma una dirección hacia el Oriente, pasando por la parte sur de una pequeña eminencia conocida en la región con el nombre de 'Sierra Chiquita', según aseveración de testigos, hasta llegar a un sitio o paraje que por análogo testimonio se estableció como 'La Llave' o 'Caeó', en donde se encontraron ruinas de un mojón de concreto. En el recorrido anterior se cruzó el arroyo llamado Bacón, se pasó por la parte Sur de la 'Sierra Chiquita', se atravezó el arroyo llamado 'La Fuente' o 'Puente Grande', se cruzó el camino llamado de Bacón y en seguida el camino llamado real en la región y que conduce de Sábanota a Coveñas; luégo dos arroyos más antes de llegar al sitio anteriormente llamado 'La Llave' o 'Caeó', cerca del cual corre un arroyo llamado Petaca que sigue una dirección entre el Norte y el Este. La longitud aproximada del lindero anterior es de 7 kilómetros. El sitio o paraje denominado El Salado, no fue posible identificarlo por tierra, pues las condiciones del terreno pantanoso, lo dificultaron. En tal sitio ordenaron la colocación de una banderola, la que posteriormente por medio de reconocimiento aéreo en avioneta fue observada, lo mismo que otros sitios que forman parte del globo de terreno en referencia.

"El globo de tierra determinado en la forma anterior, forma un polígono cerrado y en el plano del Instituto que acompañamos aparece demarcado en color rojo".

Continúa así el informe de los peritos:

"El globo de tierra encerrado por la línea roja, corresponde aproximadamente al determinado en marzo de 1914 durante la diligencia de deslinde y posesión de las tierras de Santa Bárbara de Coveñas, de propiedad del señor Julio A. Patrón, ya que la longitud de los lados del polígono determinado sobre la carta del Instituto, son aproximadamente iguales a los determinados durante la diligencia referida (Cuaderno Nº 2, folios 9 y ss.).

"La cabida del globo así determinado, da una superficie aproximada de 10.400 hectáreas, lo cual corresponde a la narrada en la escritura número 186 otorgada por Julián Patrón (C. Nº 5, Fº 42) sobre 'Documentos de las tierras de Santa Bárbara de Coveñas o de los Solomayores', en donde se refieren a una extensión de 24 caballerías de tierra, 'antes más que menos', para tal globo de tierra. Como la equivalencia aproximada de una caballería de tierra es de 419.39 hectáreas, las 24 caballerías darán una superficie de 10.065 hectáreas, lo cual está muy próximo a lo comprendido por el polígono de Santa Bárbara de Coveñas, indicado en color rojo".

Luego, y refiriéndose los expertos al inmueble de "El Socorro", dicen éstos que "se identificaron sobre el terreno los límites de la finca y de los lotes en que está subdividida", mediante "el recorrido de los linderos descritos en la demanda y con el testimonio de los conocedores de la región", según consta en el acta de la diligencia de inspección ocular.

Y después de indicar la forma como los distintos lotes que integran el terreno objeto de la demanda se superponen, total o parcialmente, al área de las tierras que se dieron en contrato de exploración y explotación de petróleos a la Empresa Colombiana de Petróleos, cuyos linderos localizaron sobre la Carta del Instituto Geográfico de conformidad con la copia del plano de la propuesta expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos, concluyen los péritos:

"Los linderos del globo de tierra denominado 'Santa Bárbara de Coveñas' y de la finca 'El Socorro', son identificables sobre el terreno y corresponden con la alindación dada en la demanda.

"El globo de tierra denominado Santa Bárbara de Coveñas y la finca El Socorro, están parcialmente cubiertos por los linderos de la propuesta número 719. Las zonas cubiertas de estos globos de tierra, se determinaron con claridad anteriormente.

"El globo de tierra denominado 'Santa Bárbara de Coveñas', cubre la finca denominada 'El Socorro', en su mayor extensión, excepto en el sector sur, en donde hay una faja de la finca de 'El Socorro' y correspondiente al lote denominado 'El Paraíso', comprendida entre la parte sur de 'Sierra Chiquita' y el camino de Bacón, que queda fuera de los linderos determinados para Santa Bárbara de Coveñas, y se la determina por los números: 19-20-21-22-19".

SE OBSERVA:

Acaso debido a la vaguedad del alindamiento contenido en el título que la parte actora invoca como originario y a la forma inconcreta como se solicitó esta prueba, los expertos se abstuvieron de proceder a la determinación objetiva del inmueble materia del contrato de compraventa celebrado por Mélida y Puello con José Villeros, y, en cambio, se redujeron a indicar que el globo de tierra denominado "Santa Bárbara de Coveñas", singularizado en la demanda, "corresponde aproximadamente" al determinado en la diligencia de apeo pedida en el año de 1914 por el entonces propietario de esas tierras, señor Julián Patrón A., según reconocimiento que al respecto hicieron "sobre la Carta del Instituto Geográfico y Militar". Pero la información pericial no da cuenta con certeza de la relación que pudiera existir entre el alindamiento del pretendido título colonial antes citado y el del globo de terreno a que se refieren los expertos.

En consecuencia, con la peritación referida y omitiendo críticas a la manera defectuosa como en parte se realizó la identificación dicha, a lo sumo se habría establecido en autos que el inmueble "Santa Bárbara de Coveñas" se determinó "aproximadamente" en este juicio por las lindes que lo individualizaban cuando pertenecía al citado Patrón A., quien lo había adquirido en virtud de varios títulos traslativos de dominio entre particulares acompañados al libelo de demanda que se remontan al año de 1894, linderos que entonces se precisaron por razón del juicio de deslinde adelantado en 1914, o sea, mediante diligencia muy remota en comparación al tiempo del otorgamiento del alegado título primitivo.

En la escritura de venta otorgada por Mélida y Puello a favor de José Villeros en 1730, único documento de la época que contiene descripción de los linderos de las 24 caballerías de tierra objeto de ese contrato y el cual se invocó como fundamento del amparo posesorio ya antes analizado, se lee que esos terrenos están "en la costa de Carbonero de la jurisdicción de dicha Villa de Tolú a Sotavento, de dicha Villa que tiene la frente a la (ilegible) de son tierras que hoy posee dicho Jfh Villeros y por esta parte tira la línea de dirección, la tierra adentro al viento del Sur, y corre la frente hasta detrás de la ciénaga (comido) como quien va a la Villa, y la otra línea (corrido) tierra adentro por las espaldas sea-ata (comido) a las tierras medidas a la mar son de (comido) veinticuatro caballerías de tierras antes más que menos..."

Como se advierte, en este alindamiento está afectado de vaguedad, de palabras ininteligibles, de incertidumbre en las líneas limítrofes, por todo lo cual se requería una investigación seria y detenida para la localización de los puntos de dirección y de cada uno de los lados que pudieran cerrar el polígono del terreno en cuestión. Para obviar la dificultad que ofrece el reconocimiento de los linderos de antiguas adjudicaciones, cuando a ello se procede después de muchos años de la expedición del título primitivo y los términos ambientes que allí se designan han podido cambiar en el decurso del tiempo, la jurisprudencia de la Corte ha admitido que documentos de época próxima a la fecha del otorgamiento del título originario sirvan para que el intérprete los tenga en cuenta para aclarar puntos dudosos o vagos en la fijación de las lindes de terrenos salidos del patrimonio estatal en tiempos remotos.

Pero en el presente juicio no se procedió en la forma indicada, en primer término, ni la peritación en referencia está fundada en un estudio serio y razonable que permita deducir cual sea el área que realmente se determinó en la pretendida adjudicación colonial.

En efecto, los expertos solo dicen en su dictamen que "la cabida del globo así determinado (según la diligencia de deslinde de 1914), da una superficie aproximada de 10.400 hectáreas, lo cual corresponde a la narrada en la escritura 136" (que recoge el contrato de compraventa otorgado por Mélida y Puello a favor de José Villeros), "sobre 'documentos de las tierras de Santa Bárbara de Coveñas', en donde se refieren a una extensión de 24 caballerías de tierra, antes más que menos, para tal globo de tierra" y "como la equivalencia aproximada de una caballería de tierra es de 419-39 hectáreas, las 24 caballerías darán una superficie de 10.065 hectáreas, lo cual está muy próximo a lo comprendido por el polígono de Santa Bárbara de Coveñas".

Ha dicho esta Sala en doctrina reiterada (G. J., Nº 1987, pág. 788 y Nº 2198, pág. 413) que en las adjudicaciones antiguas con medidas y linderos, prima entre los dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación el que más resalte de ellos, las medidas o los lin-

deros. Y que tratándose de localizar terrenos con medidas y linderos —como claramente ocurre en el caso de autos— aquéllos y éstas deberán corresponderse en cuanto fuere posible, no sólo en el área comprendida por la medida que se usó en la época en que se hizo la expedición del título de adjudicación, sino en los linderos, esto es, en el perímetro que comprenda el área abarcada por la medida.

Mas para la localización de las tierras vendidas por Mélida y Puello a Villeros, los peritos no tuvieron en cuenta para la determinación de sus linderos los puntos fijos o líneas de dirección indicados en tal documento, pues el informe no contiene referencias al respecto, sino que se limitaron a expresar que su cabida "de 24 caballerías, más o menos", es aproximada a la comprendida "por el polígono de Santa Bárbara de Coveñas, fijado según el deslinde 1914, pero sin establecer si estas medidas son proporcionadas o próximas en extensión territorial al área abarcada por los linderos del título que se invoca como primitivo. Tanto más se imponía establecer esa proporcionalidad si se considera que el documento de venta de 1730 indica algunos lados de la posible figura del terreno, o, por lo menos, datos que en principio pueden delinear el espacio que fue objeto de esa venta mediante el trazo en el terreno de alguna o algunas de las líneas de su perímetro.

Por lo tanto, del simple cálculo en la conversión de medidas agrarias antiguas que han hecho los peritos, pero sin relacionar esas medidas con el área abarcada por los linderos, no se deduce la identificación del cuestionado globo de tierras, ya que no se conoce la posición de tales caballerías, ni el ámbito territorial que éstas llenan de conformidad con el alegado título colonial.

La Sala considera que tampoco se trajo al juicio —según lo antes expuesto— la plena prueba de la determinación precisa y objetiva de las tierras a que se refieren los títulos aducidos para acreditar la enajenación de aquéllos por las autoridades de la Corona Española, pues el dictamen de los peritos, tanto por la falta de precisión y claridad como por carencia de debida fundamentación, no reúne los requisitos exigidos por los artículos 722, 733 y 730 del Código Judicial.

De otra parte, no puede prosperar la presente acción con fundamento en el título a que da derecho la justa prescripción adquisitiva de dominio, por cuanto no está comprobada en los autos la identificación del inmueble sobre el cual se pudieran ejercitar actos de explotación económica de tiempo inmemorial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, niega todas las peticiones impetradas en la demanda promovida por la Sociedad colectiva "Antonio Guerra e Hijos" y María Tulema de Guerra, y, en consecuencia, absuelve a la Nación de todos los cargos contra ella formulados en el libelo que es objeto de la presente decisión.

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

Ramiro Araújo Gran, Efrén Ospjo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR CULPA DEL ESTADO O DE SUS ORGANISMOS SECUNDARIOS O DESCENTRALIZADOS. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ORDINARIA Y DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. FUNCION POLICIVA DEL PODER PUBLICO. LEGITIMACION EN LA CAUSA.

1. La Corte entiende que la jurisdicción ordinaria no ha perdido la competencia para conocer en los negocios a que se refieren los artículos 40, 76 y 109 del Código Judicial, por motivos que resumidamente pueden enunciarse así:

(1) El numeral 3º del artículo 151 de la Constitución de 1886 no adscribió a la Corte el conocimiento de los negocios contencioso-administrativos, sino de los contenciosos civiles en que fuera parte la Nación, como lo pone de resalto el hecho de que la misma Carta en su artículo 160 autorizó al legislador para "establecer la jurisdicción contencioso - administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos, y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de la Administración".

(2) Los artículos 37 y 40 del Acto legislativo número 1 de 1945 disponen, en su orden, que "la ley señalará las funciones de cada una de las salas o secciones" que integran el Consejo de Estado, y que es atribución de éste "desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley", con lo cual se defiere al legislador determinar la competencia del Consejo de Estado.

(3) Si el Constituyente de 1945 suprimió el ordinal 3º del artículo 151 de 1886 que daba competencia a la Corte en asuntos contenciosos en que fuera parte la Nación, no fue ciertamente con el propósito de sustraer ipso jure de su competencia la referida atribución, sino, consecuente con lo previsto en los artículos 37 y 40 citados, con el de "dejar en libertad al legislador para determinar la competencia externa de la Corte y del Consejo de Estado, mediante la posterior expedición de las leyes respectivas".

(4) Consiguientemente, por voluntad del Constituyente, el legislador tiene libertad suficiente para atribuir el conocimiento de un litigio bien a la Corte, ya al Consejo de Estado, de modo que la "calidad de civil o administrativa de una controversia resultará de la jurisdicción a la que corresponda decidirla" según la ley.

(5) En suma, que corresponde al legislador "fijar la competencia externa tanto respecto del Consejo de Estado como de la Corte, para así delimitar las atribuciones de cada jurisdicción"; y "como esta nueva determinación de competencia no se ha llevado a efecto hasta la fecha y esta materia no puede quedar al arbitrio de los juzgadores, debe aplicarse la legislación anterior al Acto legislativo de 1945", o sea, los artículos 40, 76 y 109 que determinan la competencia de la jurisdicción ordinaria para los negocios civiles en que sea parte una entidad de derecho público (S. N. G. sentencia de 4 de noviembre de 1959, G. J., XCII, 1285 ss., y auto de 11 de mayo de 1960, G. J., XCIII, 1154 ss.).

2. Es ostensible que el problema se plantea en torno a los conceptos de acto administrativo y contención administrativa, no definidos por el legislador.

Desde el punto de vista subjetivo, suele entenderse por acto administrativo cualquier actividad de la Administración Pública, y por contención administrativa toda controversia en que sea parte una persona de derecho público, sentido en el cual expresó Jellinek que "acto administrativo es sinónimo de actividad administrativa"; hasta que el acto o el hecho provengan de un sujeto de derecho público o que éste figure como parte en el litigio para que tengan carácter administrativo en orden a la jurisdicción que debe juzgar.

Que no fue éste el criterio seguido en la enmienda constitucional de 1945, resulta:

1º De la coexistencia entre 1914 y 1945 del artículo 6º del Acto Legislativo expedido en aquel año, que también erigía al Consejo de Estado en Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, idéntico, por lo demás, al 40 del Acto Legislativo número 1 de 1945 que es fiel reproducción del primeramente citado, con la norma del ordinal 3º del artículo 151 de la Constitución de 1886 que atribuía a la Corte el conocimiento "de todos los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más departamentos"; lo que está indicando que el Constituyente no halló que la presencia en el litigio de un sujeto de derecho público determinara por sí sola la naturaleza de la contención, ni que la exclusión de la competencia del Consejo de cierto número de negocios —los en que se debatiera una cuestión civil— desvirtuara el carácter de aquél como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. La supresión del ordinal 3º del artículo 151 en la enmienda de 1945, bien se explica, como se anotó en la providencia de esta Sala de 11 de mayo de 1960, por la conveniencia de dejar en libertad al legislador para determinar la competencia externa de la Corte y del Consejo de Estado, deferiendo a su criterio la determinación de la materia contencioso-administrativa, debido sin duda a la gran diversidad de pareceres sobre el concepto de lo administrativo, que hizo decir a Béquet, según cita traída por Ricardo F. de Velasco, que "lo contencioso es indefinible porque no se puede encerrar en una definición doctrinal la enumeración de los asuntos que pueden provocar el recurso". (El acto administrativo. Madrid, 1929, pág. 82).

2º De la previsión del artículo 68 del Acto Legislativo número 1 (218 de la Codificación) que ordena al legislador establecer y organizar un tribunal de conflictos "encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa". Si en el espíritu de la Carta privara el concepto subjetivo; esto es, si por su origen o procedencia se definiera la naturaleza del acto, y la de la contención por la presencia en ella de una entidad de derecho público, sobraría el tribunal de conflictos ya que la índole del sujeto no dejaría lugar a duda sobre la naturaleza del negocio. Como lo afirma Fernández de Velasco, "si todas las actividades administrativas fueran inasequibles a la competencia judicial, resultaría innecesario el procedimiento de competencias o conflictos. Si se crea y funciona es para determinar cuál de las actividades administrativas es judicialmente revisable y cual lo es administrativamente" (Ob. cit., pág. 80). La previsión del artículo 68 supone, pues, la posibilidad de conflictos entre las dos jurisdicciones, y consecuencialmente la existencia de casos en que una contención provocada por una actividad administrativa y en que sea parte, por lo tanto, una persona jurídica de derecho público, sea de competencia de la justicia ordinaria.

De lo cual se sigue que no siendo el subjetivo (ratione personae) el criterio en que se inspiró la reforma de 1945, debe serlo el objetivo que clasifica los actos y contenciones por su contenido material (ratione materiae). Este segundo criterio permite utilizar el método de la enumeración legislativa o el de la cláusula general, pudiendo este último venir acompañado de la determinación de la materia mediante la definición precisa del respectivo concepto, o prescindir de esa definición para deferir la clasificación de los casos concretos a la apreciación de la ley o a la de la jurisprudencia en su defecto. En el caso de prescindencia de la definición conceptual para deferir a la actuación de la ley, el método de la cláusula general y el de la enumeración legislativa se mezclan y combinan, indicando aquella en forma abstracta la materia para que luégo se haga la concreción indispensable mediante la enunciación individualizada de los casos. Cuando así se obra, es la ley la que en último análisis viene a definir la naturaleza del acto o contención, según su concepto, por lo cual no repugna afirmar, como lo ha hecho la Corte, que puesto que la ley atribuye el conocimiento de las distintas contenciones en calidad de civiles, o penales, o laborales, o administrativas, etc., a la jurisdicción respectiva, esa calidad "resultará de la jurisdicción a que corresponda dedicirla, y no a la inversa". Este método, que ciertamente no es el más científico pero que tiene en su haber el ser frecuentemente utilizado en el derecho positivo, ha merecido al ya mencionado De Velasco el siguiente comentario: "Acto Administrativo será el realizado por la administración y legalmente susceptible de ser impugnado por el recurso contencioso. Por lo tanto, el acto administrativo sufre aquí una primera retricción: no deriva su cualidad en razón solamente de su origen; requiere además hallarse mencionado como tal en una ley" (Ob. cit., pág. 82). Y sufre también una segunda: no responde al verdadero contenido material y jurídico del acto sino simplemente a su significación legal; pero esta crítica iría dirigida al legislador, y no al juez que ha de fallar jure condito y no jure condendo.

El Acto Legislativo número 1º de 1945, a la vez vez que se abstuvo de definir la materia conten-

ciosa-administrativa, erigió por una parte, al Consejo de Estado en tribunal supremo de la administración, y atribuyó a la ley, por otra, señalarle las funciones que debía ejercer (art. 37) conforme a las reglas contenidas en la misma ley (art. 40). Si la Constitución definiera inequívocamente la materia contencioso-administrativa, es claro que cualquier ordenamiento legal que se apartase del contenido conceptual de esa definición vulneraría las prescripciones de la Carta en cuanto erigen al Consejo de Estado en Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo; pero como no lo ha hecho, debe entenderse que el Constituyente no ha considerado prudente limitar la libertad del legislador para hacer la calificación respectiva, y que éste no ha encontrado conveniente reconocer la cualidad de administrativas a materias distintas de las que con tal calidad enumeran las leyes; sin que al obrar así se quebranten por el legislador normas fundamentales, pues la facultad de calificar la materia la recibe de la misma Carta que implícitamente se la otorga al abstenerse de hacer esa calificación.

En concepto de la Sala, estas consideraciones corroboran la doctrina que ha venido sustentando respecto de la vigencia de las reglas que en los Códigos Contencioso y Procesal Civil atribuyen competencia a las jurisdicciones contencioso-administrativa y ordinaria, mientras no sean derogadas o sustituidas por otras, ya que no habiendo limitado la Constitución la libertad legislativa para hacer esa atribución según su propia apreciación de la materia, mediante una norma fundamental que defina qué debe entender la ley por acto administrativo y contencián administrativa, no hay motivo para dar por abrogadas aquellas reglas por virtud de una cláusula que, como la consignada en el artículo 51 de la Ley 167 en desarrollo del principio del ordinal 3º del artículo 141 de la Constitución, no hace sino recoger las contenciones para las cuales "no se hubiere señalado regla particular de competencia"; con lo cual está disponiendo, además, que cuando esa regla existe es la que rige el caso.

Entre estas reglas particulares, la del artículo 76 (ordinal 1º y 2º) del Código Judicial da competencia a los jueces ordinarios en los negocios contenciosos en que sean parte la Nación o un departamento y en que se ventilen cuestiones de derecho privado.

3. Que los casos de responsabilidad subjetiva extracontractual son del dominio del derecho privado, aún en el evento de que figure como parte una entidad pública, es opinión que profesa la Corte por los siguientes motivos:

El derecho público se debe a la comunidad política cuyo principal cometido es el bien común, en tanto que el privado a la necesidad de regular los derechos subjetivos y deberes jurídicos de los particulares; de ahí que sea de la índole del derecho administrativo tomar en cuenta ante todo el concepto de interés, mientras que en el privado predomina el concepto de derecho: el derecho administrativo establece los servicios y organiza y reglamenta su funcionamiento con miras a la satisfacción de interés público o social, en tanto que el derecho civil se ocupa en organizar y regular derechos subjetivos.

Ahora, en los casos en que se cuestiona la existencia de un daño producido por culpa de una entidad pública de cualquier grado, el problema jurídico se desplaza del ámbito del interés general hacia el de la garantía en concreto de un derecho privado subjetivo, pues no es dable reconocerle al Estado interés en vulnerar tales derechos sin facultad legal para hacerlo y sin obrar por la vía de un procedimiento legal. En derecho administrativo, por ser éste fundamentalmente formal, todo acto, operación o hecho productor de efectos jurídicos supone facultad suficiente y un procedimiento mediante el cual deba actuarse. Habrá acto, operación o hecho administrativos cuando, con la vía o trámite para ejecutarlos, están previstos en la ley o reglamento, aunque al expedir la decisión o realizar los actos materiales de ejecución se haya expedido la respectiva facultad o incurrido en alguna informalidad; pero si se trata de una actividad cumplida por fuera de toda facultad y sin que exista una vía legal para ejecutarla, se está simplemente frente a una acción contraria a derecho, y consiguientemente extraña al concepto de interés público o social, por lo que se sustrae a la noción de acto o hecho administrativo. Es solamente una acción lesiva de derechos subjetivos, un hecho contra el derecho, que por tanto cae en el dominio de la rama de la legislación que regula esos derechos subjetivos y sanciona su violación en lo que concierne a las relaciones jurídico patrimoniales de carácter individual. Es ésta la razón para que se halle muy extendido entre los doctrinantes el criterio de que, por ejemplo, son de naturaleza civil las acciones a que dan lugar las vías de hecho de la administración. Es significativo que autores autorizados como Bonnard (Précis de Droit Administratif), Vedel (Droit Administratif), Laubadere (Manuel de Droit Administratif), Fernández de Velasco (El Acto Administrativo), Bielsa (Derecho Administrativo), Sayagués Laso (Tratado de Derecho Administrativo), etc., estén de

acuerdo en asignar un contenido de derecho privado a la vía de hecho entendida como acción arbitraria que lesiona un derecho subjetivo o como irregularidad o error grosero o inexcusable cometido en el desarrollo de la actividad del servicio. Estos y no pocos doctrinantes más del derecho público comparten, en efecto, la siguiente opinión de Bonnard: "(...). En atención a la naturaleza de la vía de hecho, se plantea una cuestión de competencia jurisdiccional para el acto que ha degenerado en vía de hecho. Por razón de ella, en efecto, el acto se hace extraño a la administración, puede decirse, por lo cual se ha resuelto que los tribunales judiciales son competentes para estatuir sobre él, como que ya no se trata de un acto de funcionamiento de los servicios públicos". (Ob. cit. París, 1935, pág. 157).

Cabría agregar a lo expuesto que es en el Código Civil donde se halla recogida de manera general esta materia de la responsabilidad extracontractual, salvo los casos de responsabilidad objetiva para los cuales se han dictado regulaciones específicas; lo que permite la conclusión de que son las normas de ese código las aplicables en los casos no comprendidos en leyes especiales, ya que si bien la regla del artículo 68 del Código Contencioso-Administrativo concede acción para pedir ante la jurisdicción que él organiza "el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho u operación administrativa", debe entenderse que la disposición se refiere, no propiamente a cualquier actividad cumplida fuera de toda facultad y procedimiento, sino a los hechos y operaciones que se ejecutan como consecuencia de un acto administrativo reglado o a los discrecionales en que consiste la actividad propia del servicio.

4. Pero si lo que el alcalde pretendía —en los autos no está establecido que se propusiera ejercer una función judicial— era solamente rescatar a las víctimas del accidente o sus cadáveres con fines ajenos a la instrucción de un sumario, entonces desempeñaba una simple función policiva, distinta de la de auxiliar de la justicia que a los funcionarios de policía atribuyen las leyes, y que en el concreto caso de autos tampoco corresponde al Departamento.

Entiéndese por policía una especial actividad del Poder Público encaminada asegurar el orden en todas sus manifestaciones, por lo cual tiene fundamentalmente por objeto prevenir cuanto pueda causar daño o molestia a la comunidad; o sea, que se propone preservar esa orden actuando, dentro de los límites que le señalan la Constitución y las leyes, para promover la libertad y seguridad de las personas, la moralidad, salud y tranquilidad sociales, y en fin, el bienestar general. Es esa una función esencialmente administrativa, y su esfera de acción son todas las expresiones de la conducta humana y los hechos y las cosas que en cualquier forma puedan perturbar el ordenado desenvolvimiento de la vida de relación en la comunidad.

Entre las múltiples formas de la policía conviene destacar la que algunos expositores denominan policía mortuoria, que concierne al rescate de cadáveres y a su identificación, disposición e inhumación por motivos distintos de los que mueven a la administración de justicia, como son dar a los deudos oportuna noticia de la muerte, resolver lo pertinente a la disposición de los restos, promover el sepelio, y aún prevenir enfermedades o epidemias que pudieran sobrevenir si los cadáveres permanecen mucho tiempo expuestos sin darles sepultura, etc., actividad que es de índole exclusivamente administrativa. No es necesario hacer hincapié en que función propia de la policía no es solamente auxiliar a la justicia, sino de modo muy especial proteger los derechos personales y garantizar el cumplimiento de deberes que incumben a las entidades públicas en relación con cometidos suyos que, como la seguridad e higiene públicas, se verían desatendidos sin la intervención de la policía mortuoria.

Ahora; la Constitución atribuye a la ley las facultades de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación" y de "regular el servicio público", (art. 76), a la vez que la autoriza para "reglamentar lo relativo a la policía, con el fin de unificar los reglamentos de tránsito" (art. 77). En cuanto la necesidad de una facultad específica para unificar un reglamento presupone diversidad de legislación sobre la misma materia, esta última norma implica un virtual reconocimiento o constitucionalización de regímenes particulares de policía, o sea, de las policías locales. En desarrollo de estos preceptos fundamentales, el capítulo IV del título 2º del Código Político y Municipal clasifica las leyes según el ramo a que pertenecen, y en su artículo 40 incluye a la policía en el ramo administrativo, a tiempo que en el artículo 87, ordinal 8º, señala a las asambleas la función de "reglamentar la policía local, en todos sus ramos, respetando las disposiciones legales"; y en el ordinal 5º del 169 atribuye a los concejos "arreglar la policía en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del Gobierno, del Gobernador o del Prefecto respectivo". Siendo la materia sujeta al régimen de policía

la más indeterminada y comprensiva de cuantas son objeto de reglamentación legal, y habiendo el legislador dejado a los departamentos y municipios en libertad para darse su propio régimen con la sola limitación de respetar las disposiciones superiores, es claro que si el Estado o el respectivo departamento no han asumido en forma exclusiva la prestación de un servicio de policía determinado, corresponde al municipio ese deber dentro de su propio territorio. Es principio que fluye de las normas anteriores que a la Nación y a los departamentos no les competen en materia policiva sino las funciones que se hayan reservado, y que consecuencialmente, son de la incumbencia de los distritos municipales todas aquellas que no han sido expresamente sustraídas a su jurisdicción. De todo lo cual se sigue cuando el alcalde, como jefe superior de policía en su territorio, calidad que le otorga el artículo 183 del Código Político y Municipal, atiende a deberes inherentes a la policía mortuoria que no han sido excluídos de los que corresponden a los municipios, son éstos los que prestan el respectivo servicio, y no la Nación ni el departamento.

5. Conforme a doctrina reciente de la Corte dada en sus salas de Negocios Generales y de Casación Civil, el Estado y sus organismos descentralizados o secundarios no responden de los daños causados por los servicios públicos por razón de culpa in eligendo o de culpa in vigilando como en los casos de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, sino por la falta del servicio que compromete la responsabilidad de la entidad que lo presta, cualquiera que sea la que hace el nombramiento del autor del hecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

El señor Antonio José Restrepo, mayor de de edad y vecino de Chigorodó, promovió juicio ordinario ante el Tribunal Superior de Medellín, contra la Nación, por medio de apoderado, a fin de obtener las declaraciones y condenas que en seguida se transcriben.

Peticiones principales:

"1ª Que el Departamento de Antioquia es civilmente responsable del accidente ocurrido el 12 de julio de 1956, por virtud del cual fue lanzado hacia el precipicio el camión "Ford" de placas A-71167, perteneciente al señor Antonio José Restrepo A., hecho ocurrido en el Municipio de Dabeiba, accidente en el cual quedó completamente destrozado e inservible tal vehículo mencionado.

"2ª Que por consecuencia de tal responsabilidad, el Departamento de Antioquia está obligado a pagarle al señor Antonio José Restrepo A., en el término que señale la sentencia, el valor de ese vehículo más los perjuicios de todo orden por él recibidos con motivo de la destrucción del mismo, lo que fue ejecutado por orden dada por el alcalde de Dabeiba, señor Luis Carlos Cárdenas".

Peticiones subsidiarias:

"a) Que se decrete que la orden dada por el alcalde de Dabeiba el 12 de julio de 1956, mandando lanzar al precipicio el camión de placas A-71167 perteneciente a Antonio José Restrepo A. para buscar los cadáveres de Juan Luis Guisado y Amado Restrepo, sepultados antes por un derrumbe caído en el sitio de Los Cocos, cerca a Revenidero, jurisdicción del Municipio de Dabeiba, fue la que motivó la destrucción total del vehículo.

"b) Que por efecto de esa destrucción los perjuicios de todo orden que ella ocasionó deben ser cubiertos por el Departamento de Antioquia como superior o empleador del señor Luis Carlos Cárdenas, alcalde de Dabeiba, según lo dispone el Código Civil en el tratado sobre la responsabilidad extracontractual, al señor Antonio José Restrepo A., propietario de ese vehículo y víctima del suceso narrado".

Las anteriores peticiones —substancialmente iguales— las principales y las subsidiarias, se fundan en los siguientes hechos:

a) En abril de 1956 el demandante Antonio José Restrepo A. compró a "Agencia de Automóviles Ltda." un camión Ford, modelo 1956, de estacas f-606 y 172" de distancia entre ejes, distinguido con la placa número A-71367 del Departamento de Antioquia.

b) El vehículo fue acondicionado para ser utilizado en carreteras por el "Taller Industrial La Fe", donde le instalaron varillas, rejas, ganchos, tanques, carpa, etc., por un valor en total de un mil trescientos cincuenta y cinco pesos con veinte centavos.

c) Una vez acondicionado, el camión fue destinado por su dueño al transporte de carga entre Medellín y Chigorodó, y su producido superaba la cantidad de dos mil pesos mensuales netos.

d) El demandante vigilaba y controlaba personalmente el vehículo, por lo cual nunca estuvo en manos imprudentes.

e) El nueve de julio de mil novecientos cincuenta y seis hubo un derrumbe en la Carretera al Mar, en el punto denominado Los Cocos, cerca de Revenidero, en jurisdicción del Municipio de Dabeiba, que atrapó al camión aludido y bloqueó la marcha de los vehículos, los cuales tuvieron que ser sacados a remolque.

f) El camión, una vez sacado, quedó en la carretera custodiado por un celador que lo vigilaba mientras reanudaba sus operaciones como vehículo de carga; pero el doce de julio un nuevo derrumbe cayó sobre la vía arrojándolo de ella, sin volcarlo, hasta unos pocos metros abajo de la calzada, donde quedó estacionado en posición normal y sin peligro de destrozo. Este nuevo derrumbe sepultó a los señores Juan Luis Guisado y Amado Restrepo, hecho que se puso en conocimiento de la alcaldía de Dabeiba.

g) En tanto que el señor Restrepo hacía diligencias encaminadas a retirar el camión de donde había quedado estacionado, se presentaron en el sitio del suceso el alcalde de Dabeiba y su secretario, el cura párroco y el juez municipal, acompañados de varios presos que de la cárcel municipal llevó el primero de los funcionarios nombrados, con el fin de buscar y salvar a los heridos o buscar los cadáveres y levantarlos del lugar si era el caso.

h) Como los cadáveres de Guisado y Restrepo no aparecieran, el alcalde se empeñó en encontrarlos con el auxilio de los presos y de los trabajadores de la carretera en ese sector, a quienes ordenó arrojar al precipicio el vehículo con el propósito de establecer si se encontraban debajo de donde éste se hallaba estacionado.

i) La orden del alcalde se cumplió no obstante la oposición de personas como el juez municipal, y como consecuencia el vehículo quedó completamente destrozado por la falta de precaución con que se ejecutó la maniobra.

j) Una vez arrojado el vehículo a una cañada, ordenó el alcalde al operador del buldozer de la carretera, que se encontraba allí, limpiar la vía y arrojar toda la carga que había sobre la calzada al precipicio en cuya sima se encontraba el camión, lo cual realizado con el expresado buldozer, se consumó el destrozo del camión con la piedra, lodo, etc., que se lanzó sobre él, carga bajo la cual quedó sepultado.

k) El camión, que apenas tenía dos meses de uso, valía más de veinte mil pesos, suma que el demandante perdió en su totalidad, así como el lucro que derivaba de la explotación del vehículo.

l) El señor Luis Carlos Cárdenas era empleado del Departamento de Antioquia el doce de julio de mil novecientos cincuenta y seis, y fue precisamente obrando en tal carácter como dio las órdenes que ocasionaron la destrucción del camión.

ll) El Departamento de Antioquia es responsable de los perjuicios causados, por culpas *in eligendo* e *in vigilando*, ya que designó alcalde de Dabeiba a persona "capaz de semejantes arbitrariedades y de conducta tan errada", sin que adecuadamente vigilase la forma como desempeñaba sus funciones.

Como fundamento de la acción, en derecho, la parte actora invocó las disposiciones de los artículos 1494, 2341, 2342, 2343, 2344, 2347, 2349, 2352, 2355 y 2359 del Código Civil, y por lo que hace al procedimiento, los artículos 734 y siguientes del Código Judicial.

Corrido el traslado de la demanda, el Gobernador del Departamento la contestó manifestando que ignoraba o no le constaban los hechos, los que, en todo caso, debían ser probados por el actor, y que las normas legales citadas son "ineficaces para la prosperidad de la acción y para que se acceda a las pretensiones del demandante". Como secuela de los razonamientos que lo llevan a la conclusión que acaba de transcribirse propuso, además, varias excepciones.

Agotada la tramitación de primera instancia, el Tribunal *a quo* pronunció sentencia el doce de marzo de mil novecientos sesenta, en la cual deniega las declaraciones solicitadas en el libelo, y consiguientemente, absuelve al Departamento de los cargos formulados; providencia de la cual se apartó, salvando su voto, el Magistrado doctor Rafael Isaza Moreno, en lo relativo a la competencia para conocer del negocio, por considerar que ella no le corresponde en este caso a la jurisdicción ordinaria sino a la especial de lo contencioso-administrativo.

Al entrar la Corte a revisar el fallo a que se acaba de hacer referencia, en virtud de la apelación interpuesta por la parte actora, debe ocuparse por lo tanto, en primer término, en examinar lo atinente a la competencia del Tribunal Sentenciador, negada por uno de los Magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión con razones que seguramente son las que llevaron a la parte opositora a proponer en la contestación de la demanda, entre otras, la excepción de "declinatoria de jurisdicción".

I. *Competencia de la Corte en casos de responsabilidad extracontractual subjetiva del Estado.*

El señor Magistrado disidente resume tales razones en la siguiente forma:

"De acuerdo con el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la justicia ordinaria no es competente para decidir controversias que puedan calificarse como de derecho público, salvo las excepciones legales. De acuerdo con el artículo 141 de la Constitución y 51 de la Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado es juez común de derecho administrativo y, en consecuencia, conoce de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual que envuelvan una controversia de derecho público y, en particular, las que provienen de hechos u operaciones de la Administración, a las cuales alude el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Como en la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción la finalidad esencial que se persigue es la reparación del derecho particular violado, cuando el hecho ha sido cumplido en cumplimiento de una norma superior válida, cabe pedir su anulación, no así cuando no existe esa norma, caso en el cual cabe demandar directamente el restablecimiento del derecho, como lo dice el artículo citado, limitándose a consagrar una verdad de buen sentido. En la jurisprudencia colombiana tiende a prevalecer la tesis muy sostenible de que cuando el acto material del funcionario que causa el daño constituye una vía de hecho, la responsabilidad a que da lugar origina una controversia de derecho privado, del conocimiento de la justicia ordinaria. La vía de hecho, de acuerdo con la doctrina dominante, es una actuación administrativa efectuada con una grave ilegalidad, porque el funcionario público obra por fuera de la función o contraviniendo el procedimiento prescrito para el caso, por lo cual se considera que desnaturaliza la acción administrativa, haciéndole perder su carácter de tal y rompiendo el vínculo entre la acción y el servicio. Cuando el hecho se ajusta a la legalidad objetiva, dentro de los poderes discrecionales del órgano, aunque implique un error de apreciación, como en el caso de autos, el acto es administrativo, se halla íntimamente vinculado al ejercicio de la función pública y la controversia que resulta del daño a un particular se debe calificar como de derecho público".

El Tribunal, por su parte, sustenta su decisión en los motivos que a continuación se transcriben:

"El artículo 68 aludido (del Código Contencioso-Administrativo) forma parte del Capítulo VII del Código Contencioso-Administrativo, que se denomina "De la jurisdicción contra los actos de la Administración", sin mencionar los hechos de la Administración; los artículos precedentes al 68 citado se refieren a competencia para conocer de los *actos de la Administración*, o sea de *resoluciones, providencias, decretos*, etc., de los funcionarios, que han de ser escritos y autorizados por ellos; de conformidad con los artículos 52 y siguientes del mismo Código los Tribunales de lo Contencioso sólo tienen competencia para decidir de los juicios sobre nulidad, etc., de decretos o resoluciones, es decir, de *actos* escritos de las oficinas públicas y no de litigios procedentes de *hechos* culposos de empleados o funcionarios; en vista del artículo 82 *ibídem*, para ocurrir en demanda ante lo contencioso es preciso haber agotado la vía gubernativa, es decir, que "los actos o providencias respectivas no sean susceptibles de ninguno de los recursos (reposición, apelación) establecidos en el artículo 77", lo cual no es factible tratándose de un *hecho* culposo, del cual no queda constancia escrita para que se puedan interponer los referidos recursos, y, por ende, es imposible agotar dicha vía administrativa y de consiguiente incoar demanda ante el tribunal administrativo. De todo ello concluyese que ante la jurisdicción contenciosa sería imposible promover demanda sobre indemnización de perjuicios por hechos culposos, y que el Código no le ha otorgado competencia al respecto". (Los subrayados son del Tribunal). En apoyo de su tesis cita sentencias de la Corte y del Consejo de Estado y la exposición de motivos de la Ley 167 de 1941 (orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Desde hace algún tiempo se viene controvirtiendo esta cuestión de la competencia en materia de responsabilidad por culpa del Estado y de sus organismos secundarios y descentralizados.

El Consejo de Estado ha sostenido recientemente que esa competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, con fundamento en razones que pueden compendiarse así:

a) Los artículos 87 y 40 del Acto Legislativo número 1 de 1945 (137 y 141 de la Constitución), en cuanto erigen al Consejo de Estado en *Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo* y organizan como institución de origen constitucional los tribunales de lo contencioso-administrativo, deslindan inequívocamente las esferas de competencia de las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso-administrativo, atribuyendo a la segunda el conocimiento de todos los negocios en que sea parte una entidad de derecho público, ya que "la calidad de juzgador supremo de una materia determinada implica que toda ésta, sin excepciones o limitaciones que no haya establecido el mismo constituyente, ha de estar sometida a su decisión superior"; de

modo que la enmienda constitucional de 1945 tuvo el efecto de "sustraer a las funciones constitucionales de la Corte Suprema las relativas al juzgamiento de los asuntos contenciosos del Estado y de los departamentos, al mantener en la plenitud de su vigencia el estatuto del Consejo de Estado y al elevar a canon especial de la Carta la organización de los tribunales administrativos".

b) El Constituyente de 1945 adoptó el sistema de la cláusula general, con prescindencia del de la enumeración individualizada de materias para hacer la distribución de competencia entre las dos jurisdicciones, puesto que al establecer el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo implícitamente le atribuyó de manera general el conocimiento de todas "las controversias en que tenga parte el Estado y en que se ventilen cuestiones de derecho público", las que "participan técnica y científicamente de la índole jurídica de los asuntos administrativos". Por ello quedaron automáticamente incorporadas en la jurisdicción especial.

c) El Acto Legislativo ya citado suprimió, además, el numeral 3º del artículo 151 de la Constitución de 1886 que daba competencia a la Corte en asuntos contenciosos en que fuera parte la Nación, con lo cual se manifestó la voluntad del Constituyente de que pasaran a ser del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

d) Las normas fundamentales mencionadas derogaron, consiguientemente, en forma tácita, las de los artículos 73, numeral 1º, de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso-Administrativo) y 40, 76 y 109 del Código Judicial que atribuían a los jueces ordinarios el conocimiento de las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación y de los asuntos contenciosos en que tengan parte entidades de derecho público, ya que a la última parte del numeral 3º del artículo 141 de la Constitución: "desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, *conforme a las reglas que señale la ley*" (subraya la Sala), no puede dársele el alcance de permitir excepciones al principio general de que la competencia en asuntos administrativos es privativa de la jurisdicción especial, pues que "en ningún caso la ley puede establecer normas que directa o indirectamente quebranten los principios constitucionales", sino que "la autoridad que se da es para desarrollar, dentro del espíritu general de las reglas fundamentales, la norma superior de derecho y no para violarla".

e) En consecuencia, el ordinal 3º del artículo 141 de la Constitución deja a la ley el desarrollo de la norma superior, pero dentro de la precisa delimitación de competencias de que se ha hablado; de manera que la que en materia administrativa atribuya la ley a los jueces ordinarios contraría las disposiciones de la Carta. (C. de E., S. C. A., sentencia de 16 de julio de 1959, Anales, t. LXI bis, p. 109 ss.).

La Corte, en cambio, entiende que la jurisdicción ordinaria no ha perdido la competencia para conocer en los negocios a que se refieren los artículos 40, 76 y 109 del Código Judicial, por motivos que resumidamente pueden enunciarse así:

1) El numeral 3º del artículo 151 de la Constitución de 1886 no adscribió a la Corte el conocimiento de los negocios contencioso-administrativos, sino de los contencioso civiles en que fuera parte la Nación, como lo pone de resalto el hecho de que la misma Carta en su artículo 164 autorizó al legislador para "establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos, y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de la Administración".

2) Los artículos 37 y 40 del Acto Legislativo número 1 de 1945 disponen, en su orden, que "la ley señalará las funciones de cada una de las salas o secciones" que integran el Consejo de Estado, y que es atribución de éste "desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley", con lo cual se defiere al legislador determinar la competencia del Consejo de Estado.

3) Si el Constituyente de 1945 suprimió el ordinal 3º del artículo 151 de 1886 que daba competencia a la Corte en asuntos contenciosos en que fuera parte la Nación, no fue ciertamente con el propósito de sustraer *ipso jure* de su competencia la referida atribución, sino, consecuente con lo previsto en los artículos 37 y 40 citados, con el de "dejar en libertad al legislador para determinar la competencia externa de la Corte y del Consejo de Estado, mediante la posterior expedición de las leyes respectivas".

4) Consiguientemente, por voluntad del Constituyente, el legislador tiene libertad suficiente para atribuir el conocimiento de un litigio bien a la Corte, ya al Consejo de Estado, de modo que la "calidad de civil o administrativa de una controversia resultará de la jurisdicción a la que corresponda decidirla" según la ley.

5) En suma, que corresponde al legislador "Fijar la competencia externa tanto respecto del Consejo de Estado como de la Corte, para así delimitar las atribuciones de cada jurisdicción"; y "como esta nueva determinación de competencia no se ha llevado a efecto hasta la fecha y esta materia no puede quedar al arbitrio de los juzgadores, debe aplicarse la legislación anterior al Acto Legislativo de 1945", o sea, los artículos 40, 76 y 109 que determinan la competencia de la jurisdicción ordinaria para los negocios civiles en que sea parte una entidad de derecho público (S. N. G., sentencia de 4 de noviembre de 1959, G. J., XCI, 1265 ss., y auto de 11 de mayo de 1960, G. J., XCII, 1154 ss.).

Es ostensible que el problema se plantea en torno a los conceptos de *acto administrativo* y *contención administrativa*, no definidos por el legislador.

Desde el punto de vista subjetivo, suele entenderse por acto administrativo cualquier actividad de la administración pública, y por contención administrativa toda controversia en que sea parte una persona de derecho público, sentido en el cual expresó Jellinek que "acto administrativo es sinónimo de actividad administrativa"; basta que el acto o el hecho provengan de un sujeto de derecho público o que éste figure como parte en el litigio para que tengan carácter administrativo en orden a la jurisdicción que debe juzgar.

Que no fue éste el criterio seguido en la enmienda constitucional de 1945, resulta:

1º De la coexistencia entre 1914 y 1945 del artículo 6º del Acto Legislativo expedido en aquel año, que también erigía al Consejo de Estado en *Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo*, idéntico, por lo demás, al 40 del Acto Legislativo número 1 de 1945 que es fiel reproducción del primeramente citado, con la norma del ordinal 3º del artículo 151 de la Constitución de 1886 que atribuía a la Corte el conocimiento "de todos los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más departamentos"; lo que está indicando que el Constituyente no halló que la presencia en el litigio de un sujeto de derecho público determinara por sí sola la naturaleza de la contención, ni que la exclusión de la competencia del Consejo de cierto número de negocios —los en que se debatiera una cuestión civil— desvirtuara el carácter de aquél como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. La supresión del ordinal 3º del artículo 151 en la enmienda de 1945, bien se explica, como se anotó en la providencia de esta Sala de 11 de mayo de 1960, por la conveniencia de dejar en libertad al legislador para determinar la competencia externa de la Corte y del Consejo de Estado, defiriendo a su criterio la determinación de la materia contencioso administrativa, debido sin duda a la gran diversidad de pareceres sobre el concepto de lo administrativo que hizo decir a Béquet, según cita traída por Rocaredo F. de Velasco, que "lo contencioso es indefinible porque no se puede encerrar en una definición doctrinal la enumeración de los asuntos que pueden provocar el recurso". (*El acto administrativo*, Madrid, 1929, pág. 82).

2º De la previsión del artículo 68 del Acto Legislativo número 1 (218 de la Codificación), que ordena al legislador establecer y organizar un tribunal de conflictos "encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa". Si en el espíritu de la Carta privara el concepto subjetivo; esto es, si por su origen o procedencia se definiera la naturaleza del acto, y la de la contención por la presencia en ella de una entidad de derecho público, sobraría el tribunal de conflictos ya que la índole del sujeto no dejaría lugar a duda sobre la naturaleza del negocio. Como lo afirma Fernández De Velasco, "si todas las actividades administrativas fueran inasequibles a la competencia judicial, resultaría innecesario el procedimiento de competencias o conflictos. Si se crea y funciona es para determinar cual de las actividades administrativas es judicialmente revisable y cual lo es administrativamente" (Ob. cit., pág. 80). La previsión del artículo 68 supone, pues, la posibilidad de conflictos entre las dos jurisdicciones, y consecuencialmente la existencia de casos en que una contención provocada por una actividad administrativa y en que sea parte, por lo tanto, una persona jurídica de derecho público, sea de competencia de la justicia ordinaria.

De lo cual se sigue que no siendo el subjetivo *(ratione personae)* el criterio en que se inspiró la reforma de 1945, debe serlo el objetivo que clasifica los actos y contenciones por su contenido material *(ratione materiae)*. Este segundo criterio permite utilizar el método de la enumeración legislativa o el de la cláusula general, pudiendo este último venir acompañado de la determinación de la materia mediante la definición precisa del respectivo concepto, o prescindir de esa definición para deferir la clasificación de los casos concretos a la apreciación de la ley o a la de la jurisprudencia en su defecto. En el caso de prescindencia de la definición conceptual

para deferir a la actuación de la ley, el método de la cláusula general y el de la enumeración legislativa se mezclan y combinan, indicando aquélla en forma abstracta la materia para que luégo se haga la concreción indispensable mediante la enunciación individualizada de los casos. Cuando así se obra, es la ley la que en último análisis viene a definir la naturaleza del acto o contención, según su concepto, por lo cual no repugna afirmar, como lo ha hecho la Corte, que puesto que la ley atribuye el conocimiento de las distintas contenciones en calidad de civiles, o penales, o laborales, o administrativas, etc., a la jurisdicción respectiva, esa calidad "resultará de la jurisdicción a que corresponda decidirla, y no a la inversa". Este método, que ciertamente no es el más científico pero que tiene en su haber el ser frecuentemente utilizado en el derecho positivo, ha merecido al ya mencionado De Velasco el siguiente comentario: "Acto administrativo será el realizado por la administración y legalmente susceptible de ser impugnado por el recurso contencioso. Por lo tanto, el acto administrativo sufre aquí una primera restricción: no deriva su cualidad en razón solamente de su origen; requiere además hallarse mencionado como tal en una ley" (Ob. cit., pág. 82). Y sufre también una segunda: no responde al verdadero contenido material y jurídico del acto sino simplemente a su significación legal; pero esta crítica iría dirigida al legislador, y no al juez que ha de fallar *jure condito* y no *jure condendo*.

El Acto Legislativo número 1 de 1945, a la vez que se abstuvo de definir la materia contencioso-administrativa, erigió, por una parte, al Consejo de Estado en Tribunal Supremo de la Administración, y atribuyó a la ley, por otra, señalarle las funciones que debía ejercer (art. 37) conforme a las reglas contenidas en la misma ley (art. 40). Si la Constitución definiera inequívocamente la materia contencioso-administrativa, es claro que cualquier ordenamiento legal que se apartase del contenido conceptual de esa definición vulneraría las prescripciones de la Carta en cuanto erigen al Consejo de Estado en Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo; pero como no lo ha hecho, debe entenderse que el Constituyente no ha considerado prudente limitar la libertad del legislador para hacer la calificación respectiva, y que éste no ha encontrado conveniente reconocer la cualidad de administrativas a materias distintas de las que con tal calidad enumeran las leyes: sin que al obrar así se quebranten por el legislador normas fundamentales, pues la facultad de calificar la materia la recibe de la misma Carta que implícitamente se la otorga al abstenerse de hacer esa calificación.

En concepto de la Sala, estas consideraciones corroboran la doctrina que ha venido sustentando respecto de la vigencia de las reglas que en los Códigos Contencioso y Procesal Civil atribuyen competencia a las jurisdicciones contencioso-administrativa y ordinaria, mientras no sean derogadas o sustituidas por otras, ya que no habiendo limitado la Constitución la libertad legislativa para hacer esa atribución según su propia apreciación de la materia, mediante una norma fundamental que defina qué debe entender la ley por acto administrativo y contención administrativa, no hay motivo para dar por abrogadas aquellas reglas por virtud de una cláusula general que, como la consignada en el artículo 51 de la Ley 167 en desarrollo del principio del ordinal 3º del artículo 141 de la Constitución, no hace sino recoger las contenciones para las cuales "no se hubiere señalado regla particular de competencia"; con lo cual está disponiendo, además, que cuando esa regla existe es la que rige el caso.

Entre estas reglas particulares, la del artículo 76 (ordinales 1º y 2º) del Código Judicial da competencia a los jueces ordinarios en los negocios contenciosos en que sean parte la Nación o un departamento y en que se ventilen cuestiones de derecho privado.

Que los casos de responsabilidad subjetiva extracontractual son del dominio del derecho privado, aún en el evento de que figure como parte una entidad pública, es opinión que profesa la Corte por los siguientes motivos:

El derecho público se debe a la comunidad política cuyo principal cometido es el bien común, en tanto que el privado a la necesidad de regular los derechos subjetivos y deberes jurídicos de los particulares; de allí que sea de la índole del derecho administrativo tomar en cuenta ante todo el concepto de *interés*, mientras que en el privado predomina el concepto de *derecho*: el derecho administrativo establece los servicios y organiza y reglamenta su funcionamiento con mira a la satisfacción de un interés público o social, en tanto que el derecho civil se ocupa en organizar y regular derechos subjetivos.

Ahora, en los casos en que se cuestiona la existencia de un daño producido por culpa de una entidad pública de cualquier grado, el problema jurídico se desplaza del ámbito del interés general hacia el de la garantía en concreto de un derecho privado subjetivo, pues no es dable reconocerle al Estado interés en vulnerar tales derechos sin facultad legal para hacerlo y sin obrar por la vía de un procedimiento legal. En

derecho administrativo, por ser éste fundamentalmente formal, todo acto, operación o hecho productor de efectos jurídicos supone facultad suficiente y un procedimiento mediante el cual deba actuarse. Habrá acto, operación o hecho administrativos cuando, con la vía o trámite para ejecutarlos, estén previstos en la ley o reglamento, aunque al expedir la decisión o realizar los actos materiales de ejecución se haya excedido la respectiva facultad o incurrido en alguna informalidad; pero si se trata de una actividad cumplida por fuera de toda facultad y sin que exista una vía legal para ejecutarla, se está simplemente frente a una acción contraria a derecho, y consiguientemente extraña al concepto de interés público social, por lo que se sustrae a la noción de acto o hecho administrativo. Es solamente una acción lesiva de derechos subjetivos, un *hecho contra el derecho*, que por tanto cae en el dominio de la rama de la legislación que regula esos derechos subjetivos y sanciona su violación en lo que concierne a las relaciones jurídico patrimoniales de carácter individual. Es ésta la razón para que se halle muy extendido entre los doctrinantes el criterio de que, por ejemplo, son de naturaleza civil las acciones a que dan lugar las vías de hecho de la administración. Es significativo que autores autorizados como Bonnard *(Précis de Droit Administratif)*, Vedel *(Droit Administratif)*, Laubadere *(Manuel de Droit Administratif)*, Fernández de Velasco *(El Acto Administrativo)*, Bielsa *(Derecho Administrativo)*, Sayagués Laso *(Tratado de Derecho Administrativo)*, etc., estén de acuerdo en asignar un contenido de derecho privado a la vía de hecho entendida como acción arbitraria que lesiona un derecho subjetivo o como irregularidad o error grosero o inexcusable cometido en el desarrollo de la actividad del servicio. Estos y no pocos doctrinantes más del derecho público comparten, en efecto, la siguiente opinión de Bonnard: "(...) En atención a la naturaleza de la vía de hecho, se plantea una cuestión de competencia jurisdiccional para el acto que ha degenerado en vía de hecho. Por razón de ella, en efecto, el acto se hace extraño a la administración, puede decirse, por lo cual se ha resuelto que los tribunales judiciales son competentes para estatuir sobre él, como que ya no se trata de un acto de funcionamiento de los servicios públicos" (Ob. cit., París, 1935, pág. 157).

Cabría agregar a lo expuesto que es en el Código Civil donde se halla recogida de manera general esta materia de la responsabilidad extracontractual, salvo los casos de responsabilidad objetiva para los cuales se han dictado regulaciones específicas; lo que permite la conclusión de que son las normas de ese Código las aplicables en los casos no comprendidos en leyes especiales, ya que si bien la regla del artículo 68 del Código Contencioso-Administrativo concede acción para pedir ante la jurisdicción que él organiza "el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o operación administrativa", debe entenderse que la disposición se refiere, no propiamente a cualquier actividad cumplida fuera de toda facultad y procedimiento, sino a los hechos y operaciones que se ejecutan como consecuencia de un acto administrativo reglado o a los discrecionales en que consiste la actividad propia del servicio.

Estas consideraciones, que como ya se dijo corroboran la doctrina de la competencia de la jurisdicción ordinaria en casos de responsabilidad cuasidelictual del Poder Público mientras no se deroguen o reformen las reglas de competencia contenidas en las disposiciones arriba citadas, ponen de manifiesto la que al tribunal de primer grado y a esta Sala les asiste para conocer de este negocio en primera y en segunda instancias.

II. *Legitimación en la causa de la parte demandada.*

Otra cuestión que ofrecen los autos a la consideración de la Sala es la concerniente a la legitimación en la causa de la parte demandada, ya que el motivo en que el tribunal *a quo* funda la absolución del Departamento es que el alcalde de Dabeiba, al obrar como se relata en el libelo, lo hacía en su carácter de funcionario de instrucción criminal; es decir, que por cuanto se trataba de una diligencia que como la de levantamiento de cadáveres hace parte de la investigación criminal que corresponde al Estado, es éste y no el Departamento el sujeto pasivo de la acción incoada.

"Como el alcalde de Dabeiba —dice el Tribunal Sentenciador— obró sólo en función investigativa (el levantamiento de los cadáveres), el acto ejecutado por él de ordenar el movimiento de un camión, hecho que causó su destrozo, no responsabiliza al Departamento de Antioquia, entidad demandada, sino a otra diferente que es la Nación".

Hay algo que no es cuestionable en este proceso, y es que cuando el alcalde de Dabeiba dio la orden a la cual el actor atribuye el perjuicio que reclama, no ejercía funciones que competan al departamento demandado.

Si el funcionario se proponía practicar una inspección ocular y el levantamiento de los ca-

dáveres de José Luis Guisado y Amado Restrepo con miras a dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, obraba como funcionario de Investigación criminal, como afirma el Tribunal Sentenciador, y en el desempeño de funciones que la ley encomienda a los organismos del Estado. El inciso 3º del artículo 58 de la Constitución hace de la justicia "un servicio público de cargo de la Nación", y las diligencias a que se refiere la citada norma forman parte de las diligencias sumarias que deben practicarse en casos de homicidio.

Pero si lo que el alcalde pretendía —en los autos no está establecido que se propusiera ejercer una función judicial— era solamente rescatar a las víctimas del accidente o sus cadáveres con fines ajenos a la instrucción de un sumario, entonces desempeñaba una simple función policiva, distinta de la de auxiliar de la justicia que a los funcionarios de policía atribuyen las leyes, y que en el concreto caso de autos tampoco corresponde al Departamento.

Entiéndese por *policía* una especial actividad del Poder Público encaminada a asegurar el orden en todas sus manifestaciones, por lo cual tiene fundamentalmente por objeto prevenir cuanto pueda causar daño o molestia a la comunidad; o sea, que se propone preservar ese orden actuando, dentro de los límites que le señalan la Constitución y las leyes, para promover la libertad y seguridad de las personas, la moralidad, salud y tranquilidad sociales, y en fin, el bienestar general. Es esa una función esencialmente administrativa, y su esfera de acción son todas las expresiones de la conducta humana y los hechos y las cosas que en cualquier forma puedan perturbar el ordenado desenvolvimiento de la vida de relación en la comunidad.

Entre las múltiples formas de la policía conviene destacar la que algunos expositores denominan *policía mortuoria*, que concierne al rescate de cadáveres y a su identificación, disposición e inhumación por motivos distintos de los que mueven a la administración de justicia, como son dar a los deudos oportuna noticia de la muerte, resolver lo pertinente a la disposición de los restos, promover el sepelio, y aún prevenir enfermedades o epidemias que pudieran sobrevenir si los cadáveres permanecen mucho tiempo expuestos sin darles sepultura, etc., actividad que es de índole exclusivamente administrativa. No es necesario hacer hincapié en que función propia de la policía no es solamente auxiliar a la justicia, sino de modo muy especial proteger los derechos personales y garantizar el cumplimiento de deberes que incumben a las entidades públicas en relación con cometidos suyos que, como la seguridad e higiene públicas, se verían desatendidos sin la intervención de la policía mortuoria.

Ahora: la Constitución atribuye a la ley las facultades de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación" y de "regular el servicio público" (art. 76), a la vez que la autoriza para "reglamentar lo relativo a la policía, con el fin de unificar los reglamentos de tránsito" (art. 77). En cuanto la necesidad de una facultad específica para *unificar* un reglamento presupone *diversidad* de legislación sobre la misma materia, esta última norma implica un virtual reconocimiento o constitucionalización de regímenes particulares de policía, o sea, de las policías locales. En desarrollo de estos preceptos fundamentales, el Capítulo IV del Título 2º del Código Político y Municipal clasifica las leyes según el ramo a que pertenecen, y en su artículo 40 incluye a la policía en el ramo administrativo, a tiempo que en el artículo 97, ordinal 8º, señala a las asambleas la función de "reglamentar la policía local, en todos sus ramos, respetando las disposiciones legales"; y en el ordinal 5º del 169 atribuye a los concejos "arreglar la policía en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del Gobierno, del Gobernador o del Prefecto respectivo". Siendo la materia sujeta al régimen de policía la más indeterminada y comprensiva de cuantas son objeto de reglamentación legal, y habiendo el legislador dejado a los departamentos y municipios en libertad para darse su propio régimen con la sola limitación de respetar las disposiciones superiores, es claro que si el Estado o el respectivo departamento no han asumido en forma exclusiva la prestación de un servicio de policía determinado, corresponde al municipio ese deber dentro de su propio territorio. Es principio que fluye de las normas anteriores que a la Nación y a los departamentos no les competen en materia policiva sino las funciones que se hayan reservado, y que consecuencialmente, son de la incumbencia de los distritos municipales todas aquellas que no han sido expresamente sustraídas a su jurisdicción. De todo lo cual se sigue que cuando el alcalde, como jefe superior de policía en su territorio, calidad que le otorga el artículo 183 del Código Político y Municipal, atiende a deberes inherentes a la policía mortuoria que no han sido excluídos de los que corresponden a los municipios, son éstos los que prestan el respectivo servicio, y no la Nación ni el departamento.

Y como, por otra parte, conforme a doctrina reciente de la Corte dada en sus salas de Negocios Generales y de Casación Civil, el Estado y

sus organismos descentralizados o seccionales no responden de los daños causados por los servicios públicos por razón de *culpa in eligendo* o de *culpa in vigilando* como en los casos de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, sino por la *falta del servicio* que compromete la responsabilidad de la entidad que lo presta, cualquiera que sea la que hace el nombramiento del autor del hecho, es claro que en el caso a que se refieren estos autos no es el Departamento de Antioquia el titular pasivo de la acción incoada, ya que no es a él a quien le es imputable la falta que alega la parte actora para fundar su derecho. (Sentencias de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, de treinta de junio del presente año, en los juicios de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá y de Aníbal Gómez y Fanny de Gómez contra la Nación, respectivamente).

Por la razón expresada la demanda no puede prosperar, ya que se dirigió contra persona distinta de la obligada a responder, y es el caso, por lo tanto, de confirmar el fallo de primer grado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el doce de marzo de mil novecientos sesenta.

Sin costas en esta segunda instancia por no haberse causado.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, con salvamento de voto, *Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.*

El Secretario, *Jorge García Merlano.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA

Por no compartir el criterio ni las tesis de la mayoría de la Sala, he salvado mi voto en el fallo precedente; y para explicar las razones de mi disentimiento, transcribo los apartes conducentes del proyecto que sometí a la consideración de mis ilustrados colegas, en cuanto atañe a la competencia y a la entidad responsable por la culpa del alcalde, sin perjuicio de referirme después a la reciente doctrina de la mayoría, según la cual, como los funcionarios se identifican con la entidad de la cual dependen, ha desaparecido el concepto de responsabilidad indirecta por hechos ajenos, para dar paso a la responsabilidad directa de aquellas por faltas del servicio público, por una inexplicable confusión, en mi concepto, de la culpa personal del funcionario o empleado con las fallas del servicio considerado objetivamente en relación con los respectivos usuarios o mejor, en cuanto implica un acto, hecho, operación administrativa y, en algunos casos, por omisiones en el servicio.

Competencia. Para decidir sobre la competencia se impone resolver si realmente se trata de un acto, operación o hecho administrativo, o de "un acto de gestión pública"; o bien de una simple culpa del funcionario, que lo haría directa y personalmente responsable a él e indirectamente a la entidad pública respectiva, con fundamento en las disposiciones del Título 34 del Libro IV del Código Civil, en especial mediante la aplicación del artículo 2347.

En el presente caso, por razones de lógica, conviene ante todo distinguir, en la actuación del alcalde, dos hechos o actividades distintas, a saber: la diligencia del levantamiento de los cadáveres, por una parte; y por otra, la orden personal del alcalde de mover el camión, cuya ejecución, sin tomar las precauciones del caso, produjo el derrumbamiento y la destrucción casi total de éste: pero que no es dable considerar ni como acto administrativo ni como "gestión pública", sino como un hecho cumplido con ocasión de la diligencia dicha.

El levantamiento de los cadáveres no puede calificarse ni como acto, operación o hecho administrativo, ni tampoco como un "acto de gestión pública", ni menos como un simple acto policivo, sino como una diligencia, en sentido restricto o forense, en cuanto consiste en una actuación o en el cumplimiento de determinados actos o hechos, ordenados por la ley, con el fin de llenar formalidades de procedimiento, que en algunos casos, como en el levantamiento de cadáveres, tiene por objeto allegar determinados elementos probatorios para establecer si se trata de un delito o de un mero accidente, como así lo dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, mediante la práctica de una inspección ocular "para examinar detenidamente el cadáver, la situación en que se encuentre y las heridas, contusiones y demás signos externos de violencia que presente. En seguida se procederá a identificarlo y ordenará que se practique la autopsia, para que se determine la causa de la muerte". Por consiguiente, esta diligencia

tiene por objeto cumplir un acto procesal previo para la instrucción del sumario o causa, pero que no tiene la calidad de acto, operación o hecho administrativo, pues no se encamina a satisfacer una necesidad de la administración, sino a preparar las pruebas necesarias con el fin de dictar el acto jurisdiccional pertinente, como el que atañe a la calificación del informativo, mediante sobreseimiento o vocación a juicio de los sindicados, según el caso.

Las órdenes impartidas o los hechos realizados en la diligencia por el funcionario actuante, compromete directamente su responsabilidad personal e indirectamente la de la entidad respectiva, en caso de la comisión de un delito o de una culpa; así, por ejemplo, si un alcalde en la diligencia del levantamiento de un cadáver, para despejar la vía, ordena hacer explotar una piedra, y la explosión ocasiona, por imprevisión, la muerte de una persona, nadie podrá considerar este desgraciado accidente como un acto administrativo o como una gestión pública, sino como un hecho culposo imputable al dicho funcionario que, sin tomar las precauciones necesarias, impartió la orden que provocó el insuceso.

En el presente litigio, aún en el supuesto de que hubiese sido necesario mover el camión, con el objeto de rescatar los cadáveres, el alcalde debía tomar las medidas necesarias para evitar el accidente, previsible dada la precaria ubicación del vehículo y de hecho previsto, como lo dicen los testigos; por tanto, la destrucción o los daños ocasionados en el camión no pueden atribuírse sino a la voluntaria negligencia del alcalde, quien, sin tomar las medidas conducentes de seguridad, ordenó desplazarlo del lugar en que se hallaba, no obstante la pendiente o declive del terreno que él mismo reconoce en su declaración.

En conclusión, no se trata de una "contención de derecho público", sino de la conducta culposa del alcalde, que ha inferido daños al patrimonio ajeno, regulados, como fuente de obligaciones, por el Título 34 del Libro IV del Código Civil, o sea conforme a las normas del derecho privado; de manera que la competencia está atribuída a la jurisdicción civil, según el ordinal 2º del artículo 76 del Código Judicial, en cuanto dispone que los Tribunales Superiores conocen, en primera instancia, "de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea la cuantía. . ."

En cuanto a la referencia al artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, hecha en la sentencia se transcriben los siguientes apartes del auto de fecha 11 de mayo del año pasado:

"Corresponde ahora estudiar el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, el cual se ha invocado en el sentido de que confiere al Consejo de Estado una competencia general, para conocer de las controversias administrativas, aun cuando no se encuentren enunciadas en el artículo 34 del mismo Código.

"El artículo 51 dice textualmente: 'Toda contención administrativa para la cual no se hubiese señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el Título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una instancia'.

"Si se tiene en cuenta la clara redacción del artículo transcrito, sin esfuerzo alguno, se concluye que regula la competencia interna del Consejo de Estado, no la externa, a la cual se refiere el artículo 34; en otras palabras, si se concede una acción administrativa contra un acto de igual naturaleza, sin decir quién debe avocar el conocimiento, si un tribunal administrativo o el Consejo, el artículo comentado resuelve la duda atribuyendo la competencia al Consejo de Estado, como regla general. Sucede lo propio con la Sala de Negocios Generales de la Corte, la cual, según el numeral 2º del artículo 38 del Código Judicial, debe 'conocer de los asuntos que correspondan a la Corte Suprema, por mandato de la Constitución o leyes especiales, no atribuidos a la Corte Plena o a las Salas de Casación', y como también algo semejante, para los negocios de segunda instancia, establece el numeral 3º del artículo 37 del mismo Código; pero estas disposiciones no amplían la competencia externa de la Sala de Negocios Generales, como tampoco la amplía la del Consejo de Estado el memorado artículo 51, para avocar el conocimiento de contenciones no previstas 'en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial', como lo dice el artículo 151 del Código Judicial, principio aplicable a cada una de las distintas jurisdicciones.

"También se ha pretendido ver en los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, una ampliación de la competencia del Consejo de Estado; sin embargo, semejante tesis resulta del todo impertinente, porque los dichos artículos no hacen sino conferir las respectivas acciones a los particulares, con el objeto de que hagan valer sus derechos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, como antes se dijo, al Estado le corresponde, en ejercicio de la jurisdicción, el poder-deber de decidir las controversias, mientras que, en forma recíproca, a los particulares les pertenece el poder-derecho que se traduce en la facultad de ejercer la acción adecuada en defensa de sus intereses, desconocidos,

vulnerados o simplemente insatisfechos". (G. J., Tomo XCII, pág. 1669).

Los memorados artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941 tienen el mismo significado jurídico, por ejemplo, del artículo 946 del Código Civil, que confiere la acción de dominio al propietario despojado, mas no señala o atribuye competencia a un determinado juez, sino que el ejercicio de la acción debe ajustarse a las normas de competencia del Código Judicial; asimismo, las acciones conferidas por aquellos deben deducirse conforme a las normas que fijan las atribuciones del Consejo de Estado o de los respectivos tribunales administrativos, según el caso, en armonía con los preceptos sustanciales administrativos que se considere violados. Por tanto, mientras la responsabilidad indirecta de la Administración por los delitos o culpas de los empleados subalternos, se regulen de acuerdo con las normas del Título 34 del Libro IV del Código Civil y, además, esté vigente el numeral 2º del artículo 76 del Código Judicial, la competencia para conocer de los litigios sobre indemnización de los perjuicios ocasionados por los dichos delitos o culpas de los dependientes con *ocasión* de ejercer sus funciones o con el pretexto de ejercerlas, corresponderá a la jurisdicción civil, pues en tales casos no se trata del juzgamiento ni de actos, ni de operaciones ni de hechos administrativos.

Entidad responsable. De acuerdo con la sentencia, como el Alcalde de Dabeiba, en el levantamiento de los cadáveres, ejercía funciones de carácter nacional, la responsabilidad civil le compete a la Nación, mas no al Departamento de Antioquia; sin embargo, en este modo de razonar, se confunde la competencia del funcionario con el nexo de dependencia, conceptos distintos, pues, en virtud del nombramiento, el alcalde queda colocado, por una parte, en una situación reglamentaria u objetiva, que lo inviste de las respectivas funciones y le atribuye determinada competencia o ámbito de actividades; por otra, lo vincula como a su superior jerárquico, por lo menos en cuanto a la designación, al Gobernador que le confiere la investidura o el carácter de empleado o funcionario; por tanto, a la par que la situación reglamentaria o competencia del alcalde, como elemento objetivo, escapa a la voluntad del Gobernador, por el contrario, el nombramiento y la escogencia en concreto de la persona designada para el dicho cargo, es un acto personal y voluntario de aquel como Jefe de la Administración Departamental.

Los artículos citados en la sentencia, lejos de rectificar la tesis expuesta, la confirman. En efecto, el artículo 238 del Código Político y Municipal dice: "En general son empleados...; departamentales, los que tienen a su cargo los asuntos del Departamento, aunque intervengan en la Administración Nacional...", o sea, en forma por demás clara distingue entre la función y el vínculo de dependencia que liga al empleado con el departamento.

El inciso 2º del artículo 239 del mismo Código dice: "A los empleados departamentales se los puede imponer deberes por las leyes, por las ordenanzas, por los reglamentos..."; de manera que el Decreto-ley número 1111 de 1938 podía imponer a los alcaldes los deberes inherentes a los funcionarios de instrucción, sin modificar su dependencia del Gobernador del Departamento, pero sí con el objeto de señalar su competencia o situación reglamentaria.

Respecto del artículo 28 de la Ley 6ª de 1945, como disposición particular no puede deducirse conclusiones generales, menos todavía a contrario sensu; y en todo caso, el citado artículo 28 no reformó el numeral 2º del artículo 194 ni el artículo 201 de la Constitucional Nacional, ni el artículo 127 del Código Político y Municipal que expresamente confiere al Gobernador la facultad de nombrar a los alcaldes.

En conclusión, en virtud del vínculo de dependencia entre el alcalde y el departamento, por aplicación de los principios consagrados en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, el de Antioquia resulta civilmente responsable de los daños ocasionados al actor con la ejecución de la orden impartida por el alcalde, que a la postre causó la destrucción del vehículo, es decir, se trata de una responsabilidad indirecta por un hecho o acto ajeno, pero cumplido por un empleado con ocasión del ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas como que la diligencia del levantamiento de los cadáveres está dentro de la competencia legal de aquél, que no modifica, se repite, el nexo de dependencia aun en el supuesto de considerarla como acto de policía nacional o municipal.

Como las medidas de simple policía competen tanto a la Nación como a los departamentos y a los municipios, pues no existe una ley que destinde la actividad o los deberes correspondientes a cada una de las dichas entidades, ni menos que tales medidas tengan un carácter exclusivo, por una parte; y como por otra, los alcaldes tienen funciones nacionales, departamentales y municipales, si existe duda respecto de un acto que haya causado daños al damnificado podría demandar a cualquiera de tales entidades; y en este caso, como se trata de una responsabilidad indirecta, el departamento debía com-

parecer como demandado o como sujeto pasivo del proceso.

Además, la mayoría da por demostrado o prejuzga que la muerte se debió a un accidente, cuando la diligencia de levantamiento de los cadáveres y las posteriores actuaciones, como la autopsia, por ejemplo, tienen la finalidad de establecer las verdaderas causas de la muerte de las víctimas con el fin de evitar que, mediante un siniestro simulado, se encubra un delito.

En cuanto a la nueva doctrina contenida en la sentencia de fecha 30 de julio de este año, proferida por la mayoría de la Sala en el juicio ordinario adelantado por Aníbal Gómez y Fanny de Gómez contra el Estado, bastará con transcribir el párrafo que menciona las disposiciones constitucionales, que dice así:

"*III Disposiciones constitucionales.* Para fundar mi disentimiento respecto de la tesis sustentada por la mayoría, principiaré por invocar las disposiciones constitucionales que, en mi concepto, resuelven el problema en una forma clara y perentoria, pues, según se verá, en los casos de culpa de los funcionarios, la responsabilidad directa la hace recaer sobre éstos, no sobre el Estado, como sucede en otras constituciones extranjeras.

"En efecto: dice el artículo 20: 'Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas'.

"El doctor José María Samper, en su obra Derecho Público Interno de Colombia (Tomo II, págs. 48 y 49), comentando el artículo transcrito, que no ha sido modificado desde 1886 hasta ahora, dice: 'Pero muy distinta es la condición del funcionario público. En tanto que los particulares carecen de autoridad, como tales, sobre la cosa pública, y no tienen el deber, sino en grado indirecto, de cuidar de lo que pertenece al Estado, al procomunal, el funcionario público es un apoderado, un guardador de cosas ajenas, un mandatario que ha de ser fiel a su mandato. Y este mandato está en la ley. La ley es su título para obrar, es el poder que lo constituye agente del Estado. Si el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, o deja de hacer lo que la ley no le manda que haga, el funcionario público no puede hacer, no debe hacer sino lo que la ley le manda que haga. El no existe como funcionario, por origen natural, como todos los miembros de la sociedad, sino por institución política o del Estado. De consiguiente, a su responsabilidad común de miembro de la comunidad, por infracción de la Constitución y leyes comunes, tiene que añadirse una responsabilidad oficial; una responsabilidad que proviene de dos motivos: extralimitación de funciones (de aquellas que la ley le asigna y él debe ejercer) y omisión en el ejercicio de éstas'.

"De acuerdo con el artículo 51 de la Constitución Nacional. 'Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este título'.

"Como este artículo tampoco ha sido modificado, conserva toda su eficacia el siguiente comentario del mismo doctor Samper, en la página 107 de la obra citada: 'Si todo este título tiene por objeto asegurar derechos civiles y garantías sociales, no puede afirmarse que él los asegura por sí solo. Los reconoce, proclama y afirma, como principios tutelares de Derecho constitucional; pero su resolución, como sus disposiciones son puramente substantivas, a la ley compete darles la efectividad necesaria. Y seguramente el más sólido elemento de esa efectividad, consiste en la responsabilidad de los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados por la Constitución; responsabilidad que las leyes han de definir, adoptando todos los medios que conduzcan a hacerla cierta, fácil y segura.

"'Como la responsabilidad puede ser compleja, consistiendo simultáneamente en el resarcimiento de daños y perjuicios que se causen al ofendido, y en una pena graduada según la gravedad del hecho, es palmario que toda cuestión de efectividad del derecho puede resolverse en otra de responsabilidad de quien lo vulnera. Así, el mandamiento que contiene este artículo, a ser bien ejecutado, es la mejor garantía de todos los derechos que reconoce el título III; y tanto más es así, cuanto la responsabilidad comprende a todos los funcionarios públicos, de cualquier clase que sean.

"'Toca, pues, a las leyes hacer plenamente efectivas las garantías del derecho, asegurando, por medios eficaces, la responsabilidad de todos los funcionarios públicos. Sin esta responsabilidad, inoficiosas son todas las garantías individuales, puesto que los funcionarios públicos, con sus abusos, pueden atropellarlas muchas veces y volverlas nugatorias de hecho'.

"Como es obvio, la responsabilidad recae sobre el funcionario que, por acto u omisión personal, causa un perjuicio económico al ofendido; y solo de manera indirecta, en cuanto al resarcimiento del daño, sobre el Estado, que por no tener una entidad real o física, como toda persona jurídica, no puede incurrir en la comisión de de-

litos ni hacerlo directamente responsable de culpas ajenas, sin expresa disposición constitucional o legal siquiera.

"En desarrollo del principio sentado en el artículo 51 de la Constitución Nacional se dictaron los artículos 261 a 269, inclusive, de la Ley 167 de 1941, que no tenían la finalidad de autorizar las ocupaciones o expropiaciones de hecho de la propiedad raíz privada, sino la de que el Estado indemnizara a los damnificados, no obstante tratarse de un acto administrativo irregular, imputable directamente al funcionario, quien en ocasiones comprometerá su responsabilidad en el campo penal, conforme al artículo 270, que dice: 'Lo dispuesto en este capítulo no exime a los funcionarios o autoridades que hubieren ordenado o ejecutado las ocupaciones o los daños, de la responsabilidad criminal en que, conforme al derecho común, pudieren haber incurrido'.

"Consumada la ocupación de hecho de la propiedad, por ejemplo, de una zona de terreno para la construcción de una carretera, en principio, según el citado artículo 51, el funcionario responsable debía hacer la indemnización; pero como esto en la mayor parte de los casos sería un derecho puramente ilusorio, a la vez que la respectiva entidad se aprovecha de tal expropiación, las disposiciones citadas, por elementales principios de justicia distributiva, ordenaron que la beneficiada cumpliera con la obligación de reparar el daño causado al propietario.

"Para terminar este aparte, parece conveniente copiar las disposiciones constitucionales de Italia y de Alemania, ahora vigentes, sobre esta materia.

"El artículo 28 de la Constitución de Italia dice así: 'Los funcionarios y los dependientes del Estado y de las entidades públicas son directamente responsables según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados con violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a las entidades públicas'.

"Según esto, la responsabilidad se predica directamente de los funcionarios; y a pesar de que allí se estatuye que 'la responsabilidad se extiende al Estado y a las entidades públicas', los tratadistas italianos, como Zanobini, excluyen la indirecta, por delitos o culpas de los funcionarios.

"El numeral 4º del artículo 19 de la Constitución Alemana, dice: 'Un recurso jurisdiccional queda abierto a cualquiera que se encuentre lesionado en sus derechos por el poder público. Este recurso es, salvo disposición contraria, de la competencia de los tribunales ordinarios'.

"El artículo 34 agrega: 'Cuando una persona investida de una función pública viole las obligaciones inherentes a dicha función en lo que respecta a terceros, la responsabilidad incumbirá, en principio, al Estado, o a la corporación al servicio de la cual se encuentra. En los casos de falta voluntaria o de negligencia grave se podrá repetir contra el funcionario. La decisión ante los tribunales ordinarios no queda excluída por la reclamación de daños y perjuicios, o por la exigencia de responsabilidad al funcionario'.

"Conviene destacar que esta disposición establece la responsabilidad del Estado cuando un funcionario 'viole las obligaciones inherentes a dicha función', lo cual es sustancialmente distinto a ejecutar un acto ilícito con ocasión de la función; y equivale a la distinción, hecha por la jurisprudencia francesa, entre responsabilidad personal del funcionario y la directa de la Administración, como así lo expresa el profesor uruguayo Enrique Sayagues Lasso, en el siguiente aparte de su obra Tratado de Derecho Administrativo (pág. 622), publicada en Montevideo en el año de 1959.

"'El sistema francés todavía reposa fundamentalmente en la clásica separación de la responsabilidad personal del funcionario y la directa de la administración, aunque el principio ha sufrido muy serias limitaciones al admitirse la acumulación o coexistencia de ambas responsabilidades.

"'Para contestar el interrogante de sobre quien recae la responsabilidad, la jurisprudencia francesa elaboró los conceptos de falta personal y falta de servicio. Si existía la primera la acción debía dirigirse contra el funcionario; si la segunda, contra la administración.

"'Se configura la falta personal cuando en la actividad desarrollada por el funcionario aparece una circunstancia material o intelectualmente separable de la función administrativa o imputable a aquél. Como decía Laferriere, son los hechos en que el hombre aparece con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias; en que la personalidad del funcionario se revela por faltas del derecho común, por una vía de hecho, un dolo, pues entonces la falta es imputable al funcionario, no a la función.

"'El acto dañoso cometido por el funcionario puede haberse realizado al margen de la función administrativa, siendo así ajeno a la función misma, o en ejercicio de la función administrativa encomendada al agente. No hay duda alguna de que la falta personal puede presentarse en ambos casos'.".

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

ADVERTENCIA

A más de los fallos anteriores, la Sala de Negocios Generales, en los meses de mayo, junio, julio, y agosto de 1962, profirió también los que se relacionan a continuación, y que no se publican por falta de espacio.

Oportunidad procesal de solicitar y practicar pruebas. Presupuestos de la acción sobre propiedad privada de petróleos. En el caso de autos, no se probaron los hechos necesarios para el éxito de la acción. Pruebas pedidas extemporáneamente. Valor de las presentadas en inspecciones oculares. Por sentencia de 2 de mayo de 1962, se absuelve a la Nación de los cargos que le formuló en juicio ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero la señora Marina Barco de Suárez. Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo.

Competencia de jurisdicción. Naturaleza y finalidad de la "Fundación Ciudad de Cali", a que se refiere la Ley 179 de 1959, destinada a atender las reclamaciones sobre indemnización por perjuicios derivados del siniestro de 1956. Esta entidad administrativa no excluye a la justicia ordinaria. No existen las nulidades procesales que se alegaron. Por providencia de 29 de mayo de 1962, se confirma la de 30 de enero del mismo año, que negó la declaración de nulidad de lo actuado en los juicios acumulados, promovidos contra la Nación por Eugenio Domenici Tonassi y otra, sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la explosión ocurrida en la ciudad de Cali. Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña.

Incompetencia de jurisdicción. Nulidad procesal en que incurrió la Sala de Decisión de un Tribunal Superior al fallar una demanda contra la Nación. Facultad requerida para conceder válidamente un recurso de apelación. Por providencia de 30 de mayo de 1962, proferida en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la explosión ocurrida en la ciudad de Cali, promovido por Bernardo Estrada E. contra la Nación, se declara la nulidad de lo actuado en el proceso desde la sentencia dictada por el Tribunal Superior, en adelante. Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña.

Acción sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero. Presupuestos fácticos de la acción. Requisitos de la justa prescripción por explotación económica. Por sentencia de 31 de julio de 1962, se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantado por Margarita Caro de Rueda contra aquélla. Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau.

Acumulación de juicios. Requisitos necesarios para que se decrete la acumulación, en especial en juicios sobre dominio privado del subsuelo petrolífero. Por providencia de 9 de agosto de 1962, se niega la acumulación de los juicios ordinarios sobre dominio del subsuelo petrolífero, promovidos por José Agustín Castillo y otros contra la Nación. Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña.

Acción de dominio privado del subsuelo petrolífero. Importancia decisiva de la solemnidad del registro en el tiempo llamado a acreditar la salida de los terrenos litigiosos del dominio del Estado. Por sentencia de 23 de agosto de 1962, se absuelve a la Nación respecto de las declaraciones demandadas en los tres juicios ordinarios acumulados propuestos por Tarcisio Contreras Gómez y otros. Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña.

Acción de dominio privado del subsuelo petrolífero. Comprobación del hecho de haber salido las tierras litigiosas del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Por sentencia de 29 de agosto de 1962, se absuelve a la Nación, en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por Heriberto Lemcke. Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Negocios Generales de la Corte dictó también, durante el mes de mayo de 1962, las siguientes sentencias absolutorias, recaídas en juicios ordinarios sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero. La Sala se abstuvo de disponer la publicación de ellas en la Gaceta Judicial en consideración a su falta de interés doctrinal.

	DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE
1.	Luis Soto y otro	La Nación	Mayo 1 de 1962	Doctor Osejo
2.	Luis Soto y otro	"	" 4 "	Doctor Osejo
3.	Alfonso Alvarez R.	"	" 4 "	Doctor Osejo
4.	María Tamayo Londoño	"	" 4 "	Doctor Zambrano
5.	Carlos Echeverri C.	"	" 4 "	Doctor Zambrano
6.	Carlos González C.	"	" 5 "	Doctor Araújo
7.	Ramiro Alvarez	"	" 11 "	Doctor Zambrano
8.	Adelaida G. de Ribero	"	" 11 "	Doctor Zambrano
9.	Joaquín Cano P.	"	" 11 "	Doctor Osejo
10.	Luis Patiño Camargo	"	" 11 "	Doctor Araújo
11.	Adolfo Corredor M.	"	" 11 "	Doctor Araújo
12.	Luis F. Castro G.	"	" 11 "	Doctor Araújo
13.	Julio C. Sierra F.	"	" 11 "	Doctor Araújo
14.	Alfonso Sierra F.	"	" 14 "	Doctor Peláez
15.	Julio C. Sierra F.	"	" 14 "	Doctor Peláez
16.	Alfonso Sierra Forero	"	" 15 "	Doctor Zambrano
17.	Eduardo Matiz Z.	"	" 16 "	Doctor Peláez
18.	Joselín Bernal	"	" 16 "	Doctor Araújo
19.	Sara Ma. Forero de Forero	"	" 16 "	Doctor Araújo
20.	Manuel Castro Bayona	"	" 16 "	Doctor Araújo
21.	José Miguel Gómez A.	"	" 16 "	Doctor Araújo
22.	Miguel Machado	"	" 16 "	Doctor Araújo
23.	María del C. Forero v. de Correa	"	" 16 "	Doctor Zambrano
24.	José J. Cano Pira	"	" 21 "	Doctor Araújo
25.	José N. Zamudio	"	" 21 "	Doctor Araújo
26.	Elsy G. de Domínguez	"	" 22 "	Doctor Peláez
27.	Segundo J. González P.	"	" 23 "	Doctor Zambrano
28.	Luis Niño Reyes	"	" 28 "	Doctor Peláez
29.	Seminario Conciliar de Tunja	"	" 28 "	Doctor Araújo
30.	Sergio Reyes Moreno	"	" 28 "	Doctor Araújo
31.	Julio C. Sierra L.	"	" 30 "	Doctor Zambrano
32.	Cía. de Jesús de Colombia	"	" 30 "	Doctor Zambrano
33.	Gustavo Uribe Ramírez	"	" 30 "	Doctor Araújo

INDICE

SALA PLENA

Págs.

Moción de duelo aprobada en Corte Plena con motivo del fallecimiento del ex-Magistrado de la Corte, señor doctor Ramón Miranda. Aprobada en sesión de 23 de agosto de 1962 3

Moción de duelo aprobada en Corte Plena con motivo del fallecimiento del Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, señor doctor Gustavo Bazzani. Aprobada en sesión de 30 de agosto de 1962 3

Carácter subordinante de la Constitución frente a la Ley.—Normas que rigen la segregación de terrenos de un Departamento para anexarlos a otro.—Inexequibilidad de la Ley 141 de 1961 en cuanto adoptó el Decreto Legislativo número 34 de 1957, por el cual se anexaron los Municipios de San Marcos y Caimito al Departamento de Córdoba.—Por sentencia de 8 de junio de 1962, se declara inexequible la Ley 141 de 1961 en lo correspondiente a la adopción con el mismo carácter de Ley del Decreto Legislativo 34 de 1957. Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 5

Listas de Jurados de Conciencia.—Obligación de los Tribunales de Distrito Judicial de formarlas y enviarlas oportunamente a los Juzgados Superiores.—Se imponen unas sanciones disciplinarias.—Por sentencia de 18 de junio de 1962, se impone una multa de cincuenta pesos a cada uno de los Magistrados del Tribunal Superior de Buga.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 11

El Juez Unipersonal y el Juez Plural.—La ética del abogado frente al ejercicio del periodismo.—Por sentencia de 10 de julio de 1962 se declara que no hay lugar a sancionar a los Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, doctores José C. Abaúnza Jiménez y Eduardo Supelano Medina, por la queja formulada contra éstos. Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 14

Asociaciones y Fundaciones.—Exequibilidad de los artículos 2º y 5º de la Ley 179 de 1959, relacionados con la Fundación "Ciudad de Cali" y el siniestro ocurrido en dicha ciudad. Constitución de las Asociaciones y Fundaciones.—Necesidad del reconocimiento del Gobierno para que gocen de personería jurídica. Por sentencia de 18 de julio de 1962, se declaran exequibles los artículos 2º y 5º de la Ley 179 de 1959. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 20

Impuesto de valorización.—Exequibilidad de los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921.—Facultades impositivas del legislador.—Desarrollos posteriores a las normas acusadas.—1. La institución del impuesto de valorización frente a la facultad que al legislador le otorga la Constitución en su artículo 13.—2. Elementos orgánicos de esta contribución, según los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921.—Los citados artículos 3º y 4º acusados, no se ocuparon de los factores que deben emplearse para saber si un predio ha de aumentar o no de valor, como consecuencia de las mejoras públicas.—Realmente, la impugnación se dirige, más contra los desarrollos ulteriores de la ley orgánica y la reglamentación de sus preceptos que contra la ley misma.—Las disposiciones acusadas no violan los artículos 30 y 16 de la Constitución Nacional.—3. La expropiación sin indemnización es extremo que no puede atribuirse a las disposiciones acusadas.—Las organizaciones locales del impuesto no siempre han logrado desarrollos exentos de injusticia.—Recursos de que pueden valerse los propietarios para hacer sus reclamaciones.—Importancia social del impuesto de valorización. 4. Reglas de equidad en torno a la aplicación de las disposiciones legales sobre impuesto de valorización.—Extensión de las facultades impositivas que corresponden al legislador. Casos excepcionales en que puede hablarse de acto confiscatorio o expropiación incompatible con el derecho de propiedad.—Por sentencia de 16 de agosto de 1962, se decla-

Págs.

ran exequibles los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921. Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 25

Sanciones disciplinarias.—1. Aspectos que es preciso tener en cuenta para poder establecer si los miembros de un Tribunal han incurrido en demoras injustificadas en el desempeño de sus funciones.—2. La actuación de un funcionario judicial, determinada por la manera como él interpreta determinadas normas procesales, en manera alguna puede dar lugar a sanción disciplinaria, ni cabe en ella la ingerencia de los Visitadores del Ministerio de Justicia.—Por sentencia de 17 de agosto de 1962, la Corte estima infundada la queja presentada contra el doctor José Asunción Pachón, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 36

Intervencionismo del Estado.—Privilegios y monopolios.—Se declara exequible el artículo 24 de la Ley 90 de 1948, por el cual se autoriza al Gobierno para fijar precios suficientemente remuneradores a productos agrícolas y materias primas.—El precepto acusado encuentra claro apoyo en el artículo 32 de la Carta.—Su propósito evidente es el de fomentar la industria nacional, en lo que concierne a la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país.—La racionalización a que se refiere el artículo 32 de la Carta no puede constreñirse al simple aspecto técnico de la producción, distribución y consumo de las riquezas, sino que su alcance mira, principalmente, al incremento de la economía nacional.—De otra parte, el carácter general de la disposición acusada, contraría el alcance de exclusividad que concierne a todo monopolio.—Las gracias o prerrogativas que consagra una ley con miras a fomentar las empresas útiles o benéficas, si se cumplen ciertos y determinados requisitos, son permitidas.—Por sentencia de 29 de agosto de 1962, se declara exequible el artículo 24 de la Ley 90 de 1948.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 41

SALA DE CASACION CIVIL

Obligaciones del arrendatario.—La demanda, sobre resarcimiento de daños, dependió de haberse incendiado, en poder del arrendatario, una casa de propiedad del actor.—Presunción de responsabilidad del arrendatario.—La carga de la prueba.—Acción de perjuicios derivada de los daños ocasionados a la cosa arrendada.—Por sentencia de 2 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre indemnización de daños y perjuicios adelantado por José A. Lozmes contra Jaime Hennessey Encinales.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 47

Hipoteca.—El pleito tuvo su primer origen en el hecho de haberse constituido gravamen hipotecario sobre un bien perteneciente a una sociedad conyugal disuelta e ilíquida.—Hipoteca de bienes ajenos e hipoteca de bienes comunes.—Caducidad de la garantía hipotecaria.—Por sentencia de 3 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre hipoteca de cosa ajena, promovido por Alfonso Arango contra Pedro P. Jiménez y otro. Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 52

Responsabilidad del padre por el hecho del hijo.—El litigio tuvo su origen en el accidente ocasionado por un menor de edad mientras conducía un vehículo de propiedad de su padre.—Responsabilidad de los padres de familia comparada con la de los simples patronos.—Presunción legal de responsabilidad y contraprueba de la misma.—Por sentencia de 10 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre indemnización por responsabilidad civil extracontractual instaurado por Diego Orampo contra Jesús Mena Pérez.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 58

Demanda en forma.—Personas que deben citarse a juicio.—El presupuesto de demanda en forma.—Efectos procesales de su falta.—En el caso de autos dejó de citarse a juicio a quien, según el contrato cuya validez se impugna, sería beneficiaria de alimentos voluntarios durante su vida.—Inhibitoria del Tribunal para decidir el pleito.—Por sentencia de 17 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre invalidez, por simulación, de un contrato de compraventa instaurado por Camila Cárdenas de Romero y otro contra Alipio Romero Ortega.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez ... 68

Sociedad de hecho.—Sus fuentes.- El ánimo de asociarse como elemento constitutivo de la

Págs.

sociedad.—Cómo se prueba este elemento. Por sentencia de 11 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre existencia, disolución y liquidación de una sociedad de hecho, adelantado por Alfonso Ruiz Restrepo contra la sucesión de Jesús María Ruiz Soto. Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 67

Relación jurídico-procesal.—Acción de filiación natural y consecuencial de petición de herencia.—Interpretación de la demanda principal.—La demanda y la causa petendi.—Presunción consagrada en el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.—Por sentencia de 12 de junio de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de filiación natural adelantado por Nelly Cuartas, en nombre del menor impúber Alcardo Cuartas, contra Ofelia Velásquez de González y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 73

Consonancia entre la demanda y la sentencia. Trátase de la resolución de un contrato de compraventa de café en que no hubo condena por perjuicios.—El error de hecho en la estimación probatoria.—Procedencia o improcedencia de las pruebas.—Por sentencia de 30 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa adelantado por "Leonidas Lara e Hijos Ltda." contra Antonio Vega Lara. Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 80

Responsabilidad extracontractual.—Distintas tesis de que se ha valido la jurisprudencia nacional para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público y privado.—Fijación de las bases y elementos configurativos de cada una de estas tesis. La responsabilidad indirecta y la directa. La tesis de las "fallas del servicio público". La teoría organicista.—Estudio crítico y comparativo.—Conclusiones de la Corte y criterio que adopta.—Prescripción de estas acciones.—Por sentencia de 30 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantados por Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá, D. E.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 87

Págs.

Compraventa.—Se originó el presente litigio en que el comprador de un vehículo automotor consideró que el que le fue entregado no reunía todas las características convenidas. La compraventa y la buena fe.—Obligaciones del vendedor y del comprador en relación con el objeto materia del negocio.—Por sentencia del 30 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por Alcides Ocampo Avendaño y otro contra la Compañía Nacional de Autos Limitada.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 101

Sentencias aprobatorias de particiones y recursos de casación.—Cuáles de estas sentencias admiten el recurso extraordinario.—Hasta dónde puede extenderse.—La Corte precisa la materia, ratificando una doctrina y recogiendo otra.—Por providencia de 5 de julio de 1962, se estima bien denegado por el Tribunal Superior de Bogotá el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido en el juicio divisorio adelantado por Julio Gutiérrez Bocanegra contra María del Carmen Gutiérrez Bocanegra y otras.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 107

Filiación natural y petición de herencia.—Desheredamiento.—Prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural.—Preterición y desheredamiento.—La casación, recurso extraordinario.—Por sentencia de 9 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario de filiación natural adelantado por Humberto Misnaza Rosero contra Ofelia Peña v. de Misnaza. Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 111

Responsabilidad por culpa extracontractual. La demanda se originó en el hecho de que unas personas fueron electrocutadas accidentalmente en una calle pública.—La casación y la prueba indiciaria.—La exención de responsabilidad por causa de un hecho extraño al demandado.—Cómo se mide la culpa de la víctima.—Obligaciones de las Empresas de Energía Eléctrica a fin de no causar daños a las personas.—Por sentencia de 10 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por la muerte de unas personas por electrocución, adelantado por José Manuel Rojas y

Págs.

otros contra el Municipio de Génova y otro. Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 118

Competencia de la justicia ordinaria y de la laboral.—Alcance de los Decretos 456 y 931 de 1956, en cuanto confieren a la Jurisdicción del Trabajo el conocimiento de demandas sobre reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado.—Por sentencia de 10 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre pago de una suma de pesos por la trilla de un café, promovido por Francisco Zúñiga C. contra Martín Castrillón R.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 126

Coadyuvancia.—Litisconsorcio.—Las partes del del proceso judicial y los terceros.—Causas de la acumulación subjetiva.—Elementos distintivos del litisconsorcio y sus distintas clases. Rasgos característicos de la coadyuvancia. Casación y sentencia inhibitoria.—Por sentencia de 11 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho, promovido por Fernanda Valencia contra la sucesión de Carlos Salazar.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 129

Responsabilidad civil extracontractual.—Por daños causados a un tractor en un choque. La causal de incongruencia.—Casación y nulidades procesales.—La carga de la prueba. Mérito probatorio de la inspección ocular. La cosa juzgada.—Por sentencia de 12 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por los daños ocasionados a un tractor, promovido por Arturo Armel Ocampo contra el Municipio de Marsella.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 137

Cumplimiento de contratos.—Se pretendió que el vendedor de unos terrenos no había cumplido cabalmente con su obligación de entregar.—A quién corresponde interpretar los contratos.—El contrato como ley de los contratantes.—El error evidente de hecho como motivo de casación.—Por sentencia de 30 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre incumplimiento de un contrato de compraventa, adelantado por Carlos David Correa Arango contra José Moreno Restrepo.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 145

La autoridad de la cosa juzgada.—La acción reivindicatoria y la simplemente petitoria del dominio.—La sentencia acusada incurrió en desconocimiento del mérito de la cosa juzgada.—Requisitos para que una sentencia tenga fuerza de cosa juzgada.—Comparación entre la acción reivindicatoria y la simplemente declarativa o petitoria.—Por sentencia de 30 de julio de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario sobre restitución de un predio adelantado por Eloy Cohen M. contra Fidel Díaz Pérez.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 152

Acción de cumplimiento de contratos y acción resolutoria.—Excepción de petición antes de tiempo.—En el caso de autos el Tribunal se abstuvo de decidir en el fondo sobre la acción de resolución de un contrato de compraventa con fundamento en que estaban pendientes otras acciones encaminadas a obtener el cumplimiento del mismo.—Por sentencia de 31 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre resolución, de un contrato de compraventa adelantado por Berta Gómez de Gómez contra Jesús A. Arboleda M. y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 160

Reivindicación de predios rurales.—Causal 1ª y técnica de casación.—La reivindicación y la prueba del dominio.—Incidencia de la Ley 200 de 1936 en los pleitos sobre reivindicación de terrenos.—La posesión y la buena fe. Por sentencia de 31 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio adelantado por la sucesión de Ruperto Aya contra Aristides Martínez.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 165

Dominio.—La identificación del bien que se reivindica hecha sobre planos topográficos, y no sobre el terreno mismo, es inadmisible. Dictamen pericial.—Requisitos que debe llenar para asignarle plenitud probatoria.—Por sentencia de 14 de agosto de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario reivindicatorio promovido por Raúl Jimeno y otras contra "Magdalena Fruit Company".—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava ... 174

Págs.

Nulidad.—El pronunciamiento del artículo 448 del Código Judicial no puede postergarse hasta ser convertido en materia de la sentencia. Providencias judiciales.—Su calidad no depende de la forma que el juzgador quiera darles, sino de la que la ley les asigne en cada caso particular.—Sentencia.—Donde no la hay, no puede haber omisión por sustracción de materia.—Casación.—Alcance del auto admisorio del recurso. Por providencia de 16 de agosto de 1962, la Corte resuelve que no es el caso de estudiar los cargos de la demanda de casación, por no ser susceptible de este recurso el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el ordinario promovido por Jaime Cuartas Sánchez contra Justiniano Montesino y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 188

Sanción a las partes por no devolución de los autos.—No todo reparo a los trámites del juicio tiene cabida en casación, sino estrictamente las nulidades que la causal 6ª contempla.—Por sentencia de 16 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre filiación natural y otras peticiones, promovido por Matilde Mejía Zárate, en representación de sus menores hijos Carlos Eduardo Martínez Mejía y otros, contra Teresa de Jesús Martínez Cuervo y otros.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez ... 191

Oposición a un deslinde.—Su objetivo.—Cuándo comete error de hecho el sentenciador. Por sentencia de 23 de agosto de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario sobre deslinde promovido por Campo Elías Peña y otros contra Antonia o María Antonia Higuera.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 195

Cotejo.—Apreciación de esta prueba.—Relaciones sexuales.—La ley colombiana no quiso hablar de concubinato notorio, sino de que aquéllas deben ser estables y notorias.—Por sentencia de 24 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre filiación natural y consecuenciales, promovido por Carlos Eduardo Rodríguez contra la sucesión de Raimundo Forero R. Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 202

Relaciones sexuales y posesión notoria del estado de hijo natural. Cuando se alega la primera de estas causales es necesario acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial, no así en la segunda que se hace valer frente al padre presunto. Alcance de la causal de relaciones sexuales. Se reitera la doctrina acerca de la autonomía de los juzgadores en la calificación de la prueba indiciaria.—Por sentencia de 25 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de filiación natural adelantado por Rosa Elvira Pineda contra la sucesión de Fernando Ponce de León.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava ... 208

Indemnización de perjuicios como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa. Aunque no se hayan demandado especialmente, la condena a pagarlos no constituye inconsonancia.—Por sentencia de 31 de agosto de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre simulación de un contrato de venta y otras peticiones, promovido por Célimo Loaiza y otro contra Pedro Nel Toro García y otro.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 216

SALA DE CASACION PENAL

Preclusión de la excepción de inconstitucionalidad.—Derecho de defensa.—Alegó el recurrente que la sentencia acusada carecía de validez por haber recaído en un proceso adelantado conforme a disposiciones que hoy no tienen vigencia. Alegó igualmente que el procesado había carecido de una efectiva defensa.—Efecto hacia el futuro y no hacia el pasado de las declaraciones de inexequibilidad.—Por sentencia de 5 de mayo de 1962, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Sofía Sánchez Díaz por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 224

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vargas Crespo, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 229

Veredicto y sentencia.—El veredicto del Jurado, en el caso de autos, no ofrecía fundamento suficiente para proferir sentencia condenatoria.—Veredictos enigmáticos, ambiguos e incompletos.—Correspondencia que debe ha-

Págs.

ber entre la sentencia y el veredicto.—El elemento intencional en el homicidio.—La causal 3ª de casación.—Por sentencia de 5 de mayo de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el proceso adelantado contra Soel o Noel Antonio Pérez Reyes por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 230

Nulidades procesales.—Prelación de la causal 4ª de casación.—Imposibilidad de asimilar, particularmente en ciertos juicios especiales, el auto de detención con el auto de proceder. Prueba de la violencia en el delito de robo. Cuantía del hurto o robo que recae en instrumentos negociables y otros títulos.—Por sentencia de 8 de mayo de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso adelantado contra Luis Alfredo Tobón Osorio y otros por el delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 237

Legítima defensa subjetiva.—Causal segunda de casación.—Inútil intento del recurrente por obtener la invalidación del fallo condenatorio, por delito de homicidio. —No existe comprobación en los autos de la pretendida legítima defensa putativa.—Por sentencia de 8 de mayo de 1962, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso adelantado contra Alfonso Vélez Montoya, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 244

Tráfico de influencias.— Trátase de un negociado, gravemente inmoral, celebrado por un Cónsul de Colombia en un país extranjero. El hecho, no obstante, no constituyó estafa, concusión, cohecho, ni delito alguno.—Por providencia de 10 de mayo de 1962, se sobresee definitivamente en favor de Pedro Ignacio Sánchez, Cónsul de Colombia en la ciudad de Gotemburgo, en el proceso adelantado contra éste por venta de influencias.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 267

Juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional.—Carácter civil de la institución, conforme al Decreto 1705 de 1960 y consecuencias relacionadas con la competencia y el procedimiento.—En el caso de autos no se cumplieron las formas propias del juicio y la Justicia Militar no era la competente. Por sentencia de 17 de mayo de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra el Agente de la Policía Nacional Pedro Luis Velásquez Restrepo, por el delito de homicidio, y se dispone devolver el proceso por conducto de la entidad nombrada al Juez Superior (reparto) del Distrito Judicial correspondiente, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de fecha 29 de noviembre de 1960.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 271

Abuso de autoridad.—Elementos objetivos y subjetivos del delito.—Colisión de deberes. En el caso de autos, las circunstancias subjetivas eximen de culpabilidad al Gobernador acusado, no obstante que objetivamente hubo infracción de la ley.—Por providencia de 22 de mayo de 1962, se sobresee definitivamente en favor del doctor José Domingo Liévano, Gobernador del Departamento del Huila, por los cargos que le fueron hechos en el proceso.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 277

Violencia carnal.—La sentencia condenatoria acusada no incurrió en nulidades supralegales ni en errores evidentes en la estimación probatoria.—Cuáles son las nulidades constitucionales.—Causal segunda de casación y su técnico.—Por providencia de 22 de mayo de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso adelantado contra José Antonio Pinto Merchán, por el delito de violencia carnal.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 284

Nulidades en el proceso penal.—En relación con el sorteo y reemplazo de Jurados de Conciencia.—Nulidades legales y nulidades supralegales.—Oportunidad de pedir y practicar pruebas en los procesos penales.—Por providencia de 28 de mayo de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso seguido a Abraham Fernández Ramírez, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 291

Colisión de competencias.—Entre la jurisdicción ordinaria y la castrense frente al delito de rebelión.—La competencia, cuestión de orden público.—Principios que rigen el proceso penal.—Rebelión y conexidad de delitos. Estructuración legal del delito de rebelión. Por providencia de 28 de mayo de 1962, se

Págs.

dirime el incidente de colisión de competencia positiva suscitada en el proceso adelantado contra Tulio Bayer Jaramillo y otros, por los delitos de rebelión, homicidio y otros. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 298

Nulidades constitucionales en el proceso penal. Graduación de la pena.—La sentencia acusada profirió condena por los delitos de asesinato y robo.—Nulidades constitucionales y nulidades legales.—La graduación de la pena frente a las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.—Por sentencia de 28 de mayo de 1962, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso seguido a Augusto de Jesús Castaño Yepes, por los delitos arriba anotados.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 306

Corrección de la demanda de casación.—No aparecen los evidentes errores de hecho imputados a la sentencia condenatoria del Tribunal, por delito de homicidio.—Una de las causales aducidas fue alegada extemporáneamente, motivo por el cual la Corte no la considera.—Por providencia de 1º de junio de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado a Gumersindo Garay por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 318

Competencia para la instrucción de sumarios contra altos funcionarios. Por providencia de 4 de junio de 1962, proferida en el proceso adelantado al doctor Jorge Asaí Payares, Fiscal del Juzgado 4º Superior de Barranquilla, por el delito de abuso de autoridad, se confirma la providencia dictada por el Tribunal Superior del nombrado Distrito Judicial, por medio de la cual se denegó la nulidad alegada.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 331

Errada apreciación de pruebas.—El Tribunal le atribuyó a unas pruebas un valor que evidentemente no tienen y les negó a otras el que sí tienen.—Crítica del testimonio.—Prueba del indicio.—La capacidad de delinquir. Peligrosidad y prueba del delito.—Fuga de presos.—Reconocimiento en rueda de presos. Por sentencia de 8 de junio de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso adelantado a Manuel Rodríguez López o Cardona Rodríguez, por los delitos de homicidio y robo.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 335

Causales 1ª y 2ª de casación penal.—Dictamen pericial e inspección ocular.—Prueba testimonial—Intima vinculación entre las citadas causales.—Valor probatorio del dictamen pericial y de la inspección ocular.—Facultades del Juez en la apreciación de la prueba testimonial.—Por providencia del 11 de junio de 1962, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado a Hernando Matéus por el delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 347

Confesión.—Ira e intenso dolor.—Exceso de la legítima defensa. — Asechanza.— Indefensión de la víctima.—No erró la sentencia acusada al negar la configuración de la legítima defensa y del exceso de la misma, pero sí al desconocer la atenuación del estado de ira e intenso dolor.—Por sentencia de 14 de junio de 1962, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado a Miguel Antonio Londoño Vargas por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 356

Detención y libertad del procesado.—Normas que gobiernan tanto la detención como la libertad del procesado.—Principios generales que en concepto de los doctrinantes deben regir estas medidas procesales.—Sentido y alcance de los artículos 410 y 416 del Código de Procedimiento Penal.—La parte civil y el recurso de casación.—Por providencia de 14 de junio de 1962, proferida en el proceso adelantado contra Abel Carrasco y otros, por abuso de confianza, no se accede a la petición formulada por el apoderado de la parte civil, en relación con la captura del procesado.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez Abad 368

Incompetencia de jurisdicción.—El informativo da cuenta de que un soldado fue hallado en su cuartel fumando marihuana.—Incompetencia de la Justicia Penal Militar para conocer de procesos sobre estados de especial peligrosidad.—Por sentencia de 20 de junio de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado a Rodrigo Alzate Hernández, como infractor del artículo 7º, numeral 16, del De-

Págs.

creto 014 de 1955.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 383

Nulidades supralegales.—Se alegó estar viciado el proceso de nulidad por no haberse averiguado a lo largo de él, si el agente padecía o no de alguna anomalía psíquica, lo que hubiera podido determinar un procedimiento y una sentencia diferentes. —Sevicia en concurrencia con circunstancias de mayor peligrosidad.—Por providencia de 27 de junio de 1962, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso adelantado contra José Manuel Marín T., por los delitos de homicidio (asesinato) y violencia carnal.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 386

Robo común y robo agravado.—Indebida aplicación del artículo 404, ordinal 3º del Código Penal—No estaba destinada para la habitación de nadie la oficina donde se cometió el delito.—Por sentencia de 4 de julio de 1962, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a Víctor Manuel Sánchez Herrera por el delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 394

Delito imperfecto y delito imposible.—Idoneidad e inidoneidad de los medios empleados para cumplir el delito.—Necesaria distinción entre la inidoneidad de los medios y la falta de aptitud de la acción.—El delito imperfecto y el imposible, con relación a los medios empleados.—Dolo de ímpetu, dolo de simple propósito y dolo premeditado.—Por sentencia de 4 de julio de 1962, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado a Rafael Angel Espinal y otro como responsables del delito de doble homicidio frustrado, en la modalidad de asesinato.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 397

Competencia para el otorgamiento del indulto. Régimen constitucional y régimen legal sobre amnistía e indulto.—Rasgos comunes y diferenciales de estas dos instituciones.—Incompatibilidades entre la Constitución y los Decretos Legislativos. Por providencia de 4 de julio de 1962, se abstiene la Corte de resolver, por incompetencia de jurisdicción, la solicitud de indulto formulada respecto de los procesados Rafael Rangel Gómez y otros.

Págs.

Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 404

Indulto.—Incompetencia de la Corte para otorgar esta gracia.—Incompatibilidad entre la Constitución y el Código de Justicia Penal Militar.—Se ratifica una importante doctrina.—Por providencia de 7 de julio de 1962 se abstiene la Corte, por falta de competencia, de resolver acerca de la solicitud de indulto formulada en relación con Avelino Suárez Camacho, ex-Cabo del Ejército Nacional, condenado por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 408

Fuero Militar y justicia ordinaria.—Deslinde de competencias entre la Justicia Militar y la Ordinaria en relación con delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Militares y por Agentes de la Policía Nacional.—Por sentencia de 10 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso adelantado a Arturo Ochoa por el delito de homicidio y lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 412

Derecho de defensa.—Sujeción a las normas propias de cada juicio.—Técnica de casación. Correcta aplicación del Decreto 12 de 1959 en el caso presente.—No se dieron nulidades constitucionales.—Tampoco hubo errores evidentes en la estimación de los hechos.—Incorrecta formulación del cargo consistente en la indebida deducción de circunstancias de mayor peligrosidad.—Por providencia de 11 de julio de 1962, se desecha el recuso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso adelantado a Alcídes Nieto Gutiérrez, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria ... 418

Efectos de la declaratoria de inexequibilidad. Procedimiento penal aduanero.—Término probatorio y derecho de defensa.—Procedimiento aplicable a los procesos penales sobre contrabando a partir de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 700 de 1954.—Por sentencia de 26 de julio de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Aduanas en el proceso adelantado a Juan Gallego y otros por el delito de contrabando de mercancías.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 426

Causal segunda de casación.—Indebida y errada apreciación de los hechos.—Valor del

Págs.

acervo probatorio.—Opinión sobre la necesidad subjetiva de defensa.—Con fecha 3 de agosto de 1962, la Corte invalida la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Cali en la causa adelantada a César Sánchez López por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 435

Circulación de monedas falsificadas.—Audiencia pública.—La falta de asistencia del Fiscal del Juzgado a ella, no es motivo que constituya nulidad del proceso.—Consonancia entre los cargos propuestos en el auto de proceder y la sentencia.—Causal 2ª de casación penal.—La Corte no puede oficiosamente suplir los vacíos o defectos de la demanda de casación.— Con fecha 14 de agosto de 1962, la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Libardo Piedrahita Henao y a Pastora Triana Linares, por circulación de monedas falsificadas.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 443

Homicidio no calificado.—Causal cuarta.—Improcedencia de la causal segunda en los juicios en que interviene el Jurado.—La calificación del veredicto es cuestión atribuida exclusivamente a los coautores en el delito de homicidio (asesinato).—Error de hecho. Demostración deficiente de la causal segunda de casación.—Fallas técnicas al ser sustentado el recurso.—Causal primera de casación penal.—Con fecha 28 de agosto de 1962, la Corte desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Luis Antonio Garzón Lozano, Sixto Díaz Sarta y otros por homicidio (asesinato).—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 451

Tentativa de homicidio.—Causal 4ª de casación.—El repartimiento no constituye factor determinante de la competencia o de la jurisdicción.—Preterm isión de importante formalidad en el juzgamiento.—Quebrantamiento de las garantías del procesado por violación del artículo 26 de la Carta.—Invocación de los numerales 7º, 3º y 5º del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.—Con fecha 28 de agosto de 1962, la Corte invalida parcialmente el fallo recurrido del Tribunal Superior de Villavicencio por medio del cual condenó a Luis Francisco Frías como responsable del delito de tentativa de homicidio.

Págs.

Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 458

Coautores en el delito de homicidio (asesinato). Error de hecho.—Demostración deficiente de la causal segunda de casación.—Fallas técnicas al ser sustentado el recurso.—Causal 1ª de casación penal.—Con fecha 28 de agosto de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado por el delito de homicidio (asesinato) contra Luis Antonio Garzón Lozano y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 460

SALA DE CASACION LABORAL

Contrato de trabajo con la Administración Pública.—Indemnización moratoria para los empleados oficiales ligados por contrato de trabajo—Normas que rigen las relaciones de trabajo entre el Banco Popular y sus empleados—La relación entre las partes litigantes no se rige por el Código del Trabajo. Por sentencia de 9 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral instaurado por Armando Carbonell Ospino contra el Banco Popular.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 482

Reformatio in pejus.—Atribuciones de la Medicina del Trabajo.—Distinción entre la inconsonancia con lo pedido y la reformatio in pejus.—Causal segunda de casación laboral y el cargo de incongruencia.—La función pericial y la función arbitral de la Medicina del Trabajo.—Por sentencia de 10 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral promovido por Alfonso Luqueta Tolosa contra "Acerías de Paz de Río".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 487

Pacto colectivo.—Indemnización por despido ilegal del trabajador.—Formalidades esenciales para la validez de la convención colectiva. Cómo se prueba la existencia de una convención.—Por sentencia de 29 de mayo de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario laboral instaurado por Efraín Durango contra "Ingenio Central de Tolima, S. A.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 494

Agentes colocadores de cédulas de capitalización.—Su situación jurídica antes de la ex-

Págs.

pedición del Decreto 3129 de 1956.—En el caso de autos se reunieron los elementos constitutivos del contrato de trabajo.—Por sentencia de 30 de mayo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario laboral instaurado por Héctor D. Cerón E. contra el Banco Central Hipotecario.—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 499

Prestaciones causadas por enfermedad no profesional del trabajador.—Condición resolutoria tácita.—Presunciones legales que configuran los derechos a los auxilios por enfermedad no profesional.—Subsistencia de estos derechos después de la terminación del contrato.—Incapacidad del trabajador afectado de tuberculosis.—Alcance del artículo 64, sobre condición resolutoria.—Por sentencia de 1º de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario laboral adelantado por Elisa Forero contra "Fósforos Poker".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 505

Formalidades esenciales a la convención colectiva.—Retención de salarios e indemnización moratoria.—Excepción de contrato no cumplido en el campo laboral.—Condiciones para que la retención de salarios o prestaciones no origine sanción moratoria.—Suspensión del contrato de trabajo por detención preventiva del trabajador y terminación del mismo por esa causa.—Retención legal del auxilio de cesantía.—Amplitud de la jurisdicción laboral.—Obligaciones especiales del empleado de manejo.—Por sentencia de 2 de junio de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Alberto Clavijo Prieto contra "Gaseosas Colombianas".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 509

Contrato de trabajo y contrato de aparcería. Técnica de casación referida a la acusación por error de hecho.—Defectos que hacen inestimable la declaración del testigo.—El Juez Laboral y la crítica del testimonio.—Sentido procesal de la declaración no autorizada por la firma del funcionario.—Por sentencia de 6 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por José Nieanor Osorio contra Lisandro Vásquez.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 521

Extra y ultra petita.—Técnica de casación. Contumacia del patrono.—Indemnización moratoria.—Requisitos necesarios para que el Juez Laboral de primer grado pueda fallar extra y ultra petita.—Técnica de casación con referencia al cargo de errónea interpretación de la ley.—La contumacia del patrono para comparecer en juicio no implica mala fe.—Qué efecto tiene el pago directo al trabajador, en vez de la consignación, de la suma que el patrono estima deberle.—La norma que establece la indemnización moratoria sólo contempla deudas por salarios y prestaciones, no la de perjuicios por ruptura ilegal del contrato.—Proporcionalidad entre el valor de lo consignado y el de lo realmente debido. Por sentencia de 12 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario laboral adelantado por Vicente Buenahora Muñoz contra "González y Vélez Limitada". Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 527

Inadmisibilidad del recurso de casación.—Quien no apela el fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segundo grado confirmatorio de aquél.—Por providencia de 20 de junio de 1962, se estima bien denegado el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral, promovido por Cornelio Fernández Franco contra "La Casa del Cuero Ltda.". Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 532

Indemnización por falta de pago.—Reformatio in pejus.—Técnica de casación.—Prueba de indicios.—Circunstancias en las cuales la buena fe exime al patrono de la sanción moratoria.—Sin un perjuicio notorio para el apelante, no hay reformatio in pejus.—Técnica de casación referida a la violación indirecta de la ley.—Amplia libertad del juzgador en la apreciación de la prueba indiciaria y técnica de casación referida a la misma prueba.—Aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por sentencia de 20 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario laboral adelantado por José Manuel Arbeláez contra Santiago Guzmán Varón.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 534

Auxilio de cesantía.—Indemnización por despido ilegal del trabajador.—Auxilio por enfermedad no profesional.—Técnica de casación.

Págs.

Por sentencia de 25 de junio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla en el ordinario laboral adelantado por Julio C. Castellar contra "Fábrica Filta, S. A.".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. ... 544

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Alberto Bravo, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 558

Inexistencia del contrato de trabajo.—Confesión.—Indebida acumulación de acciones. Técnica del recurso extraordinario.—1. La cuestión de saber si hubo o no contrato de trabajo es esencialmente de hecho.—Técnica del recurso de casación.—2. Naturaleza de la prueba de confesión.—La confesión es personal.—3. Indebida acumulación de acciones y consiguiente falta del presupuesto procesal de demanda en forma.—Por sentencia de 2 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral promovido por Espíritu Santo Piña V. y otros contra Rubén Bernal Huertas. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 560

Nulidades procesales.—A qué se extiende la anulación de lo actuado.—Error evidente de hecho en la sentencia absolutoria acusada. Existencia de la relación laboral en el caso de autos.—Se casa la sentencia recurrida y se profieren varias condenas.—La nulidad de lo actuado en un juicio comprende los actos procesales ejecutados por el Juez y las partes.—En lo concerniente a las pruebas debe distinguirse entre las constituyentes y las constituídas: la nulidad de la actuación afecta las pruebas de la primera clase, las constituídas conservan el mérito que tengan conforme a la ley.—Por sentencia de 3 de julio de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Carlos H. Monroy contra Gustavo Gaitán.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 565

Reajustes de salarios y de prestaciones sociales. Límites de la libertad contractual en materia laboral.—Técnica del recurso extraordinario.—1. La violación de la ley material no puede constituir, por sí misma, un error de de derecho: éste es tan sólo un medio para llegar a aquélla.—2. Mal pueden ser erróneamente apreciadas pruebas de las cuales se asevera que no fueron estimadas.—3. Para socavar la tesis jurídica que sirvió de base a la decisión de segunda instancia, debió acusarse por interpretación errónea de la ley y no por error de hecho.—4. Le está permitido a las partes contratantes acordar el traslado del trabajador a un cargo distinto y estipular nuevas modalidades en el pago del salario o alterar el monto de éste, siempre que se respete el salario mínimo.—Aun la variación unilateral del salario hecha por el patrono, es válida, siempre que se respete el salario mínimo.—Por sentencia de 30 de julio de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral adelantado por Rosa Vásquez de Espinosa contra "Casa Belga-Verswyvel & Cía.". Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 570

Restitución de términos por causa de enfermedad del apoderado de una de las partes litigantes.—Por providencia de 4 de agosto de 1962, se deniega la restitución de términos pedida en el ordinario laboral adelantado por Pablo Arismendy contra "Siemens Colombiana Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 576

Reclamación de salarios no pagados y reajuste de prestaciones.—Técnica del recurso de casación.—Por sentencia de 4 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Enrique Ruiz Matallana contra "Laboratorios Wyeth Inc.".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez ... 579

Reclamación sobre reajuste de salarios y prestaciones.—Acusación por error de hecho. Objetivo principal de la casación.—La sanción moratoria y la buena fe.—Por sentencia de 4 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario laboral adelantado por Jorge López R. contra la Cooperativa de la Sociedad de Choferes de Pereira Limitada. Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 585

Salarios insolutos, prima de servicios y auxilio de cesantía.—Error evidente de hecho en la sentencia acusada. Terminación del contrato y carga de la prueba.—Por sentencia de 10 de agosto de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Eugene M. Richercok contra Petroleum Helicopters de Colombia Ltda.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 590

Págs.

Indemnización moratoria.—Violación indirecta de la ley y aplicación indebida de ella.—Responsabilidad en materia laboral de las sociedades en liquidación.—Nacimiento de una deuda y su pago o extinción.—Por sentencia de 14 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Hernando Vélez contra Horacio Obando y otra. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 598

Reclamación sobre reajuste de salarios e indemnización moratoria.—Técnica del recurso de casación.—Por sentencia de 27 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Francisco Escobar Guevara contra la Hilandería Fontibón-Chain Feisach & Cía.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 605

Accidente de trabajo y seguro de vida.—El error de derecho y la técnica de casación. Valor probatorio de las actas de Registro Civil. Registro de Defunciones.—Interpretación errónea de la ley.—Por sentencia de 28 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario laboral adelantado por Zunilde S. Thomas Ditta contra la Empresa Colombiana de Petróleos.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 608

Indemnización moratoria.—Técnica de casación. Certificado sanitario para el trabajador a la terminación del contrato.—Por sentencia de 29 de agosto de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Jorge Carlos Nisbeth contra Fister Wheler Corporation y otra.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 614

Reclamación de salarios, prestaciones e indemnizaciones.—La técnica de casación y el error de derecho.—Facultades del Juez Laboral en la estimación de las pruebas.—La presunción de contrato de trabajo y el elemento de la subordinación.—Por sentencia de 30 de agosto de 1962, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario laboral adelantado por Rogerio Ruiz Vásquez contra Eladio Ruiz Vásquez y otra.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 622

Salarios insolutos, prestaciones e indemnizaciones.—Sanción moratoria.—Técnica de casación.—Requisitos para que pueda ser eximido el patrono de la sanción moratoria. Cuál es la vía indicada para impugnar en casación, con base en la buena fe, la condena indemnizatoria.—Por sentencia de 31 de agosto de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por María Godoy de Méndez contra "Samuel Williamson e Hijos Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 627

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Retención indebida de los autos y caducidad de la instancia.—Sentido y alcance del artículo 864 del Código Judicial.—Por providencia de 3 de mayo de 1962, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero instaurado por Fulgencio Lequerica Vélez contra la Nación, se deniega la caducidad de la instancia y se ordena requerir al apoderado del actor para que devuelva el expediente de la referencia.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 635

Incidentes. Se rechaza un incidente por cuanto ya había sido anteriormente promovido y fallado.—Se trataba de fijar, conforme al artículo 552 del Código Judicial, el valor de una condena en cantidad ilíquida.—Por providencia de 22 de mayo de 1962, proferida en el incidente sobre ejecución del fallo dictado en el ordinario de Federico Uribe Restrepo contra la Nación, no se admite la nueva petición del actor para que se abra una segunda articulación encaminada a determinar la cuantía de los alquileres de unas máquinas. Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 638

Ocupación de hecho de terrenos particulares. La ocupación de hecho por entidades administrativas no produce por sí misma la transferencia del dominio.—En esta clase de juicios la sentencia que ordena el pago del terreno ocupado y de los perjuicios reemplaza a la escritura pública.—La indemnización de los perjuicios comprende intereses.—Por sentencia de 24 de mayo de 1962, se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, instaurado por Arturo López M. y otra contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau ... 639

Concesión de minas.—Oposición a un contrato celebrado con la Nación sobre unas yaci-

Págs.

mientos de mercurio.—Competencia para conocer de estos procesos.—Minas contratables. Extremos que debe probar el opositor.—Inspección ocular e identificación de predios. Por sentencia de 30 de mayo de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre propiedad privada de unas minas de mercurio, instaurado por Pablo Emilio Alzate Arias y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 643

Competencia de jurisdicción de la justicia ordinaria frente a la Fundación Ciudad de Cali para conocer de una demanda sobre indemnización de perjuicios.—Es equivocado el concepto de que las disposiciones de la Ley 179 de 1959 hubieran convertido a la Fundación Ciudad de Cali en un organismo jurisdiccional al que necesariamente hubiera que acudir para obtener de la Nación el pago de perjuicios causados por la explosión ocurrida en la mencionada ciudad.—El numeral 1º del artículo 76 del Código Judicial no quedó modificado por la referida Ley 179 de 1959.—Por providencia de 27 de junio de 1962, no se accede a declarar la nulidad de lo actuado en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por la Compañía Constructora S. A. contra la Nación, juicio éste que se adelanta en el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Cran 649

*Cuestiones prejudiciales.—Responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y en especial del Estado.—Rectificación de doctrinas en torno a la naturaleza de tal responsabilidad.—1. Los artículos 11 y 24 del Código Penal subordinan la resolución sobre resarcimiento de perjuicios a la que se profiera en el proceso penal que se adelanta por el hecho que los ocasionó.—Pero no quiere ello decir que estas acciones no puedan ejercitarse independientemente, sino que en todo caso la civil está subordinada a la penal. El ejercicio de la acción civil dentro de la causa penal es facultativo para el perjudicado. La extinción de la acción pública para sancionar el delito no implica la del deber de indemnizar los perjuicios causados, debido a que las dos acciones son de diferente naturaleza y tienen objeto diferente.—2. Condiciones para que, conforme al último inciso del artículo 2347 del Código Civil, logre destruirse la presunción de responsabilidad por el hecho del dependiente o subordinado.—3. La responsabilidad del Estado y la jurisprudencia nacional a través del tiempo.—4. El argumento a simili sólo puede formularse cuando la regla establecida para un caso conviene a otro por militar en ambos las mismas razones.—No es la teoría organicista la más adecuada a la índole y organización de las personas jurídicas de derecho público y privado, en cuanto en ciertos casos las hace indirectamente responsables de los actos de sus dependientes conforme al principio que recogen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. No basta la simple relación de dependencia o subordinación en sentido lato, para que nazca la responsabilidad indirecta, sino que además se requiere que el autor del hecho perjudicial se halle al cuidado de quien es llamado a responder por él.—La noción de custodia es elemento de la responsabilidad indirecta, y de ninguna manera puede afirmarse que los dependientes están al cuidado o bajo la custodia de la persona jurídica.—Esta clase de responsabilidad supone, además, dualidad de culpas: la que es imputable al comisionado o dependiente como autor del eventus damni y la que se atribuye al patrono, o sea, la culpa in vigilando o in eligendo.—La culpa en que puede incurrir la persona moral, en cambio, es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes.—En tratándose en particular del Estado, hay otras razones además, que concurren a desplazar su responsabilidad del artículo 2347 para situarla en el 2341.—La responsabilidad extracontractual del Estado es por lo general directa y carece de toda base la teoría que distingue entre órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad estadual y agentes que apenas ejecutan esa voluntad, para efecto de distinguir la responsabilidad directa de la indirecta según que la culpa pueda atribuirse a aquéllos o a éstos, con mira a aplicar por analogía al artículo 2347. La responsabilidad por culpa in eligendo supone libertad suficiente para seleccionar al dependiente, y la culpa in vigilando medios eficaces para evitar los errores y desviaciones en que el empleado pueda incurrir, y el Estado las más de las veces no dispone de aquella libertad ni de estos medios.—El artículo 2341 del Código Civil, al consagrar el principio general de que quien causa daño a

Págs.

otro por su culpa debe repararlo, recoge también todos los casos de responsabilidad no comprendidos específicamente en otras disposiciones, teniendo por tanto el carácter de regla complementaria en cuanto prescribe el régimen general a que se sujetan los casos no previstos de manera concreta.—Si la responsabilidad del Estado no es asimilable a la especial que regulan los artículos 2347 y 2349, corresponde a la que por vía general o complementaria reglamenta el artículo 2341.—Si bien el Estado por la falta del servicio se hace responsable frente a la víctima, el agente o autor material también lo es frente a ésta y frente al Estado por su culpa conforme a las normas constitucionales y legales que consagran la responsabilidad de los funcionarios.—La prueba general de la diligencia y cuidado que autoriza el artículo 2347 no es pertinente para eximir de culpa a la Nación por el hecho dañoso de un empleado dependiente suyo, cometido en ejercicio de tareas oficiales y dentro de la órbita de las que reglamentariamente le correspondían, como es el caso que contemplan estos autos.—Por sentencia de 30 de junio de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por Aníbal Gómez y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 651

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice... 668

Reciprocidad internacional.—Inmunidad de jurisdicción civil para los Agentes Diplomáticos.—Excepciones que se conceden en relación con las disposiciones laborales.—1. Reciprocidad internacional sobre concesión de inmunidades a los Agentes Diplomáticos. Extensión y medida de la inmunidad de jurisdicción civil que las Repúblicas de China y Colombia conceden a los Diplomáticos extranjeros.—2. Excepciones de los Agentes Diplomáticos en relación con las disposiciones laborales del Estado receptor.—3. La inmunidad de jurisdicción civil para los diplomáticos y el concepto de los doctrinantes.—Por providencia de 6 de julio de 1962, se revoca el auto admisorio de la demanda sobre pago de unas sumas de pesos por concepto de prestaciones sociales, formulada por Jorge Castillejo C. contra el Excmo. señor Li Chin, Ministro Plenipotenciario de la República de China ante el Gobierno de Colombia.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 676

Suspensión de términos.—El principio preclusivo.—La teoría del antiprocesalismo.—Responsabilidad extracontractual del Estado y la teoría de las faltas del servicio.—Responsabilidad por morosidad.—Pérdida de mercancías en las Aduanas.—Irresponsabilidad por razón del ejercicio de la función jurisdiccional.—1. Lo más conforme con la naturaleza de nuestro procedimiento civil es el que las partes no pueden dar efecto retroactivo a una suspensión de términos.—Consolidación, en virtud del principio preclusivo, de determinadas situaciones irregulares dentro del procedimiento.—Alcance limitado de la teoría del antiprocesalismo.—2. La responsabilidad del Estado y la teoría de las faltas del servicio.—3. Responsabilidad de la Administración por razón de la morosidad del servicio.—4. La doctrina dominante no acepta la responsabilidad del Estado por los daños que pueda causar el desarrollo de la función jurisdiccional, salvo texto expreso, y a lo menos en cuanto no se pueda imputar dolo a los Jueces.—5. Mientras por providencia judicial ejecutoriada no se decrete el decomiso de las mercancías secuestradas bajo sospecha de contrabando, el Estado no puede apropiárselas, y debe ejercer una vigilante custodia sobre las mismas.—Si se trata de especies deteriorables, como los alimentos, tiene obligación de hacerlas rematar.—6. Responsabilidad del Estado por pérdidas de mercancías secuestradas por las autoridades aduaneras.—Por sentencia de 24 de julio de 1962, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre indemnización de perjuicios sufridos por la liquidación equivocada de unos impuestos de aduana, promovido por "Inversiones Emoro Limitada" contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 681

Petróleos.—Caducidad de la acción.—Certificaciones expedidas por los funcionarios públicos.—Admisión de la demanda y caducidad de la acción.—Corresponde al actor presentar con la demanda sobre dominio privado del subsuelo petrolífero, la prueba de que ejercita la acción en tiempo oportuno.—Condiciones que han de llenar las certificaciones

Pág.

expedidas por los funcionarios públicos para que tengan valor probatorio.—Es al juzgador a quien corresponde decidir si una acción ha sido deducida oportunamente, es decir, antes de que haya caducado.—El auto por medio del cual se admite una demanda no tiene el mérito de modificar la situación jurídica de la acción ya caducada.—Por sentencia de 25 de julio de 1962, se declara la caducidad de las acciones ordinarias sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantadas por Amalia Maude Brandón y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 692

Petróleos.—Aclaración de una sentencia que declaró la caducidad de las acciones por haber sido extemporáneamente ejercitadas.—Qué se entiende por caducidad. Oportunidades para declarar la caducidad. Distinción entre caducidad y prescripción extintiva. Aclaraciones de la parte motiva. Vencimiento del plazo.—Con fecha 2 de noviembre de 1962, no se aclara la sentencia de fecha 25 de julio de este año, proferida en el juicio ordinario adelantado por Amalia Maude Brandón y otros respecto de la propiedad del subsuelo de los predios El Playón, San Jorge, El Puente y otros.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 702

Resolución de un contrato de compraventa de un lote de terreno, con indemnización de perjuicios.—El incumplimiento del vendedor consistió, en el presente caso, en no haber llevado a cabo el anunciado proyecto de urbanizar el sector donde se hallaba ubicado el inmueble vendido. Por sentencia de 24 de agosto de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa, promovido por Teodoro Reinaldo Escdecker contra el Departamento de Bolívar.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 710

Demostración de la propiedad particular del petróleo frente al Estado.—Ley de 11 de octubre de 1821.—Títulos originarios. Prueba de su existencia.—Determinación de predios. La justa prescripción adquisitiva.—Por sentencia de 29 de agosto de 1962, se niegan todas las peticiones impetradas en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, formulada por la sociedad colectiva "Antonio Guerra e Hijos" contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 714

Responsabilidad por culpa del Estado o de sus organismos secundarios o descentralizados. Competencia de la jurisdicción ordinaria y de la contencioso administrativa.—Función policiva del Poder Público.—Legitimación en la causa.—Por sentencia de 31 de agosto de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por la destrucción de un camión en accidente de tránsito, seguido por Antonio José Restrepo contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 726

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 738

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

Relator civil: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
Relator laboral: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
Relator penal: Dr. JAIME BERNAL CUELLAR
Relator constitucional: Dr. RODOLFO MORA MORA

TOMO XCIX BOGOTA—1973 NUMERO 2260

REPUBLICA DE COLOMBIA TRIBUNAL SUPERIOR VISITADURIA CALI

1

ABUSO DE AUTORIDAD
(Alcance de los términos arbitrario e injusto).

1. En el delito de abuso de autoridad y en el evento sancionado en el artículo 171 del Código Penal, **lo arbitrario** de que allí se habla es lo que no tiene apoyo en la ley y se realiza sólo por el capricho del agente, **lo injusto,** lo que contradice la ley y la razón con desmedro de la equidad. (Sala de Casación Penal, mayo 22 de 1962, página 277, 1ª).

2

ACUMULACION DE ACCIONES
Indebida acumulación y consiguiente falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

Los tres demandantes quisieron utilizar la acumulación de acciones que regula el artículo 209 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. En efecto: en una sola demanda promovieron el juicio, formando un litisconsorcio activo, aduciendo cada uno como causa jurídica un contrato de trabajo con el demandado: No era procedente la acumulación en tal forma, porque aunque el contrato laboral, reunidos los elementos prescritos por la ley, sea siempre el mismo, de allí no se sigue que si es uno solo el patrono y varios los trabajadores, haya unidad de relaciones jurídicas. En tal situación existen tantos contratos cuantos sean los trabajadores y, en consecuencia, distintos títulos y causas jurídicas. Para que sea posible la acumulación objetiva, se requiere que las varias acciones, en caso de litisconsorcio activo, provengan de un mismo título, como lo tiene establecido la jurisprudencia. Cuando la acumulación es subjetiva o de autos, puede ser distinto el título, porque su fundamento no es, como en la objetiva, la economía procesal, sino también, el de impedir fallos contradictorios. En el asunto litigioso no hay unidad sino diversidad de títulos; no es uno solo el contrato de trabajo sino tres. En tales condiciones no era pertinente la acumulación, como ha quedado expuesto. En otros términos: la demanda no se presentó en debida forma y ha debido ser rechazada, y ya se sabe que tal irregularidad, de acuerdo con doctrina recibida por la Corte, integra un presupuesto procesal que no permite al fallador una decisión jurisdiccional de mérito. La irregularidad no fue observada por los falladores de primero y segundo grado, y la anota la Sala para expresar que habría bas-

tado para el rechazo de las pretensiones de la demanda sin necesidad de examinar en el fondo la cuestión debatida en el proceso. (Sala de Casación Laboral, 2 de julio de 1962, página 564, 1ª y 2ª).

3

ACUMULACION SUBJETIVA

(Su origen).

La multiplicidad de litigantes en una misma parte constituye lo que se llama acumulación subjetiva, fenómeno que la ley autoriza y en ciertos casos impone en aras de los principios de la armonía y de la economía procesales y en virtud de las relaciones jurídicas más o menos estrechas que existen entre los colitigantes. Esta acumulación tiene origen en el litisconsorcio, en la intervención de tercero interesado y en la reunión de varios procesos, llamada también acumulación de autos. (Casación Civil, julio 11 de 1962, página 133, 1ª).

4

AGENTES COLOCADORES DE CEDULAS DE CAPITALIZACION

Su situación jurídica antes de la expedición del Decreto 3129 de 1956. En el caso de autos se reunieron los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Antes de la expedición del Decreto 3129 de 1956 los agentes colocadores de títulos de ahorros o cédulas de capitalización, en la prestación de sus servicios estaban sujetos a la regulación general contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia la actividad concerniente a sus funciones podía asumir legalmente la categoría contractual de trabajo dependiente, mediante la concurrencia, en cada caso, de los elementos esenciales requeridos por el artículo 23 del citado Código. (Sala de Casación Laboral, 29 de mayo de 1962, página 502, 1ª).

5

AGENTES DIPLOMATICOS

Inmunidad de jurisdicción en cuanto a disposiciones laborales del Estado receptor.

El apoderado del demandante remitió a la Sala una traducción oficial de apartes de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, firmada en dicha ciudad el 18 de abril de 1961, entre otros países, por China y Colombia. Según el parágrafo primero del artículo 33, "un agente diplomático estará, en lo que concierne a servicios prestados para el Estado que lo envía, exento de las disposiciones laborales que rijan en el Estado que lo recibe". De conformidad con el parágrafo segundo la exención anterior se hace extensiva a los sirvientes particulares del agente diplomático, con las excepciones en el mismo expresadas. Y a tenor del parágrafo tercero, "un agente diplomático que emplee personas a quienes no sea aplicable la exención establecida en el parágrafo 2º de ese artículo observará las obligaciones que las disposiciones laborales del Estado que recibe la misión impone a los patronos".

El apoderado del demandante advierte que tal convención no ha sido ratificada por Colombia, pero que la presenta como "prueba plena, autorizada y de excepción de que la regla universal de derecho internacional hoy reconocida y aceptada por los 81 estados signatarios, que son la casi totalidad de los del mundo, es la de la sujeción del agente diplomático a la legislación laboral del Estado receptor de la misión".

Lo anterior es cierto en lo que hace a los servicios prestados al agente diplomático personalmente considerado pero no al Estado que lo envía, pues de conformidad con el parágrafo primero del artículo 33, con relación a los servicios prestados al Estado remisor se consagra exención respecto a las disposiciones laborales, o sea, una inmunidad más amplia que la de la jurisdicción civil, ya

que al no regir las disposiciones laborales, el agente diplomático no podrá ser demandado ni siquiera ante las autoridades de su país, como sí podría de sólo existir la inmunidad de jurisdicción. Ahora bien, los servicios de traductor en una legación no se entienden prestados al ministro personalmente considerado, sino a la legación, esto es, al país que la envía. Luego con relación a esos servicios quedaría cobijado el ministro por la exención de la legislación a que alude el parágrafo primero del artículo 33 de la convención de Viena, y no podría ser objeto de demanda al respecto. (Sala de Negocios Generales, 6 de julio de 1962. Página 680, 1ª y 2ª).

6

AMNISTIA E INDULTO

(Diferencias. Competencia para su otorgamiento).

1. Como puede entenderse del sistema constitucional colombiano, tanto la amnistía como el indulto, si bien son gracias o beneficios destinados a enervar la acción penal o la condena, por delitos políticos, su otorgamiento es de resorte del legislador o del gobierno, pero no de la rama jurisdiccional del Poder Público, criterio éste que apenas si recoge en sus orígenes, fundamentos y doctrina, la razón de ser de dos instituciones esencialmente políticas y de orden público, muy diferentes a los subrogados penales en los que decide privativamente la **administración de justicia,** conforme a los códigos que los establecen y reglamentan.

2. La amnistía es una gracia de carácter general que enerva o extingue la acción penal, borra radicalmente el hecho punible, la condena y todos los efectos penales que de ella pueden derivarse, realizando por así decirlo, una **restitutio in integrum,** como lo anota Eugenio Florián. En tanto, el indulto puede considerarse como una gracia aplicada a los condenados por una determinada categoría de hechos punibles, según el mismo autor.

3. Como medidas excepcionales destinadas a procurar en un momento dado de la vida nacional la tranquilidad social y el sosiego político, se explica que la aplicación de la amnistía y el indulto dependa de las ramas políticas del poder público y no de la rama jurisdiccional, pues sería contradictoria y disolvente dentro de la organización jurídica encomendar a los jueces semejante función, que contraría el ejercicio de la acción penal y la exigencia de responsabilidad frente a hechos conformados por la ley como delitos.

4. Si los Decretos legislativos que establecieron el **indulto** y el Decreto orgánico de la Justicia Penal Militar, optaron por conferir a la Corte el conocimiento de esa gracia, los mandatos al respecto están en abierta oposición con el artículo 119 de la Constitución, que reserva al Presidente de la República la facultad de conceder indultos por delitos políticos. Es claro que ni aun bajo el estado de sitio y en ejercicio de las facultades que al Presidente reconoce el artículo 121 de la Carta, podía radicarse la atribución concreta de **conceder** el indulto en **poder** o **autoridad** distinta a la indicada en la primera parte del artículo 119. Esto enseña con meridiana claridad que la disposición legal que ordena a la Corte conocer de las solicitudes de **indulto** rebasa la organización institucional del Estado, y que esa jurisdicción no le es dado ejercerla a la Corte sin violar y quebrantar textos expresos de la Constitución Nacional. (Sala de Casación Penal, julio 4 de 1962, página 404, 1ª y 2ª).

7

ASECHANZA

3. La asechanza "es el acto de observar con cautela, o de mirar a escondidas y con cuidado" dijo esta Sala en providencia de 5 de noviembre de 1947, lo cual se corresponde

con el mismo alcance que le da a dicha palabra el Diccionario de la Academia de la Lengua, en el que se dice que es "observar, aguardar cautelosamente con algún propósito". Acechar es equivalente a mirar a escondidas y con cuidado. (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 356, 1ª).

8

ASIGNACIONES FORZOSAS

Las asignaciones forzosas lo son por que se suplen cuando el testador no las ha hecho. Y si de legítimas se trata, el correspondiente llamamiento lo hace la misma ley en forma directa y preferente dentro de la ordenación testamentaria. La ley y la última voluntad del causante concurren para regular la liquidación de la herencia, por motivos de orden público. Con prioridad se cumplen los imperativos legales, y sólo después se atiende a lo que con entera libertad pudo disponer el causante sobre el patrimonio hereditario. Por modo que cualesquiera sean las voces del testamento, a tiempo de abrirse la sucesión ya están llamados como herederos los legitimarios en la medida predeterminada por la ley de manera ineludible, salvo desheredamiento expreso conforme a derecho. (Casación Civil, julio 9 de 1962, página 117, 1ª y 2ª).

9

ATRIBUCIONES DE LA MEDICINA DEL TRABAJO

(La función pericial y la función arbitral de la Medicina del Trabajo.

4. Ya dijo la Corte en anterior oportunidad que la Medicina Industrial actúa como árbitro, pero únicamente en lo atinente a la clasificación de la incapacidad resultante del accidente o de la enfermedad profesional. Si se le pide concepto sobre cuestión distinta a lo sumo podrá verse en él un dictamen pericial, a juicio del sentenciador, que lo estimará según las reglas de la sana crítica, sin valor obligatorio para los litigantes. (Sala de Casación Laboral, 10 de mayo de 1962, páginas 490, 2ª y 491, 1ª y 2ª).

10

AUDIENCIA PUBLICA

(La falta de asistencia del Agente del Ministerio Público no es causal de nulidad).

1. La falta de asistencia del señor Fiscal del Juzgado Superior al acto de la audiencia pública no es informalidad que constituya motivo de nulidad de ninguna clase y menos constitucional, como lo pretende el demandante, pues el artículo 465 del Código de Procedimiento Penal dispone que: "La audiencia se celebrará públicamente con la asistencia del Agente del Ministerio Público, del procesado y su defensor, y de la parte civil o su apoderado si quisieren concurrir". La expresión "si quisieren concurrir", empleada en la disposición copiada, muy claramente está indicando que la asistencia de las partes o sus apoderados a la audiencia pública, en juicios en que no interviene el jurado, es cuestión que la ley deja al arbitrio de quienes pueden intervenir en dicho acto.

De acuerdo con el artículo 466 del mismo Código, el enjuiciado es el único que obligatoriamente debe asistir en estos juicios a la audiencia pública, lo que se cumplió en este proceso, pues en el acta respectiva consta que los procesados concurrieron a ella asistidos por su defensor.

Siendo, por lo tanto, facultativa la asistencia del Fiscal a la audiencia pública, el no haber concurrido a ella, mal puede constituír un vicio sustancial que afecte la actuación cumplida en el proceso. (Sala de Casación Penal, agosto 14 de 1962, página 443, 1ª).

11

AUTO DE PROCEDER

(Correcta formulación de los cargos al sindicado).

1. La omisión de no haberse citado en la parte resolutiva del auto de proceder el título ni el capítulo correspondiente al delito de "homicidio", por el cual fue llamado a juicio el recurrente, no es una informalidad que dé origen a la nulidad prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, pues dicha omisión de ninguna manera constituye un error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por cuanto la omisión consiste en dejar de hacer o de expresar algo necesario o conveniente, mientras que el error es la falta de consonancia entre los conceptos y la realidad, o dicho en otros términos, en tomar una cosa por otra. El recurrente para sustentar esta causal, ni siquiera intenta demostrar que el juez de instancia se hubiera equivocado al llamar a los sindicados a responder ante el jurado por el delito de "homicidio", término éste empleado en la parte resolutiva del auto de proceder y que es el mismo que encabeza el Capítulo I del Título XV, Libro 2º del Código Penal, y que corresponde exactamente a la denominación genérica del delito que dio origen a este proceso.

Por otra parte como atinadamente lo observa el señor Agente del Ministerio Público, el inciso último del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se le diga al enjuiciado en qué título o capítulo del Código de las Penas, se halla previsto el hecho que, originalmente da lugar al enjuiciamiento. No. La ley apenas pide que se determine en forma genérica el delito que se le atribuye al sindicado, debiendo el juzgador tener el cuidado de no precisar "dentro del género del delito la especie a que pertenezca", "porque si así no se procede, se tendría entonces que al reo se le formula una acusación específica y no genérica, que como tal no es susceptible de modificación en la causa". (Sala de Casación Penal, agosto 14 de 1962, página 451, 1ª y 2ª).

12

AUTO ENJUICIATORIO

(Concordancia con la sentencia).

2. Se anota que no es exacto, como lo afirma el actor, que en este proceso exista ningún desacuerdo entre los cargos propuestos en el auto de proceder y la sentencia, pues en la parte resolutiva de aquella providencia se cumplió estrictamente con lo ordenado en el último inciso del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, al llamar a responder en juicio a los procesados "como responsables de uno de los delitos que encajan dentro de la denominación genérica 'de la falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores' de que trata el Código Penal en su Libro II, Título VI, Capítulo I", pues ésta es precisamente la denominación genérica empleada por el Código de las penas para este tipo de delito, siendo la circulación de monedas una especie de dicho delito, contemplada en el ordinal 4º del artículo 214, pues este artículo está comprendido en el citado capítulo y título del libro segundo del expresado Código. (Sala de Casación Penal, agosto 14 de 1962, página 443, 1ª y 2ª).

13

AUXILIO DE CESANTIA

(Cuándo debe pagarse. Liquidación. Continuidad y discontinuidad de los servicios).

El artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo que el recurrente considera violado por el Tribunal, dispone: "Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo,

como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año". Esta norma, además de consagrar el derecho, señala el tiempo en que el patrono debe cumplir la obligación a su cargo, en cuanto dispone que el pago debe hacerlo "al terminar el contrato de trabajo". La terminación tiene lugar por ocurrir cualquiera de los eventos previstos por el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, entre los cuales se contempla la decisión unilateral, en los casos de los artículos 48, 62 y 63, y el mutuo consentimiento.

Si la conducta patronal no se ajusta al mandato legal, que le señala el tiempo en que debe pagar el auxilio de cesantía, conforme a lo que se deja expresado, se expone a incurrir en sanciones. Tal ocurre en el caso previsto por el artículo 65, "si a la terminación del contrato" no cumple esa obligación prestacional "salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes". También, si efectúa el pago "antes de la ter minación del contrato de trabajo", salvo los casos autorizados por la ley, pierde las sumas pagadas, sin que pueda repetir lo pagado, según las voces del artículo 254 ibídem.

Como se establece de los preceptos legales que se han citado, y principalmente del artículo 249, el auxilio de cesantía debe pagársele al trabajador "al terminar el contrato de trabajo". Esto permite afirmar que de acuerdo con el significado y alcance del precepto legal, para liquidar el monto del auxilio de cesantía debe computarse, solamente, todo el tiempo trabajado y que se halle comprendido dentro de la vigencia del contrato que se ha terminado, o sea, todo el tiempo laborado dentro de una misma relación jurídica contractual, sin que, para estos efectos, puedan acumularse los servicios prestados durante distintos contratos de trabajo, pues ello equivaldría a volver a computar períodos que debieron tenerse en cuenta para liquidar y pagar el auxilio en la oportunidad que ordena la ley: al terminar el contrato.

A lo dicho antes debe agregarse que el fenómeno de la continuidad o de la discontinuidad en la prestación de los servicios, a que alude el recurrente, es cuestión que está referida y circunscrita, respecto del auxilio de cesantía, al término de vigencia o al período de duración de un mismo contrato de trabajo. Este punto fue ya definido o aclarado desde la vigencia del sistema establecido por las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946. En efecto, el artículo 12, literal f) de la ley 6ª consagró, para los trabajadores particulares, el derecho a un auxilio de cesantía condicionado a despido que no fuese originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato, con la modalidad de que el derecho se consolidaba cada tres años de trabajo "continuo o discontinuo" por lo correspondiente a este período. La Ley 65 de 1946 que modificó a la anteriormente citada, dispuso que el trabajador tiene derecho al auxilio de cesantía, cualquiera que sea la causa del retiro, "por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente" a partir del 1º de enero de 1942 en adelante. Pues bien, el Decreto número 1160 de 1947, reglamentario de esas leyes, aclaró esos conceptos al disponer en el artículo 5º, lo siguiente: "Se entiende por servicio discontinuo para los efectos del auxilio de cesantía a que se refieren los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, en cuanto a los trabajadores particulares, el que se realiza dentro de un mismo contrato o de una misma relación jurídica de trabajo, aunque haya habido suspensiones o interrupciones en el trabajo mismo como las provenientes de licencias, prestación del servicio militar y otras causas semejantes. Los otros casos en que el trabajador deja de prestar el servicio, pero sin que el contrato o la relación de trabajo se suspenda, como el goce de vacaciones, la enfermedad hasta por ciento ochenta (180) días o el accidente de trabajo hasta por el mismo término de incapacidad, etc., no

se entenderán como soluciones de continuidad del servicio, para los efectos indicados". En idéntico sentido se ha manifestado en reiterados fallos de casación, la doctrina jurisprudencial del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

De todo lo cual se concluye que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, al proferir la sentencia que es materia de esta impugnación, ni se equivocó en los conceptos allí expresados respecto a que la primera liquidación de cesantía del trabajador, hecha el 5 de marzo de 1945, por haber éste manifestado entonces su voluntad de retirarse de la empresa, "tiene el carácter de definitiva, es decir irrevisable", pues, como se ha dejado visto, esa disposición no ordena que para liquidar el auxilio de cesantía se computen, mediante acumulación, los distintos períodos servidos bajo la vigencia de varios contratos, como lo pretende el recurrente, sino que, según su alcance y contenido, debe únicamente practicarse teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios, continuos o discontinuos, prestados dentro de una misma relación de trabajo dependiente (1). (Sala de Casación Laboral, 25 de junio de 1962, páginas 550, 2ª y 551 1ª y 2ª).

14

AUXILIO DE CESANTIA

(Su liquidación cuando se han celebrado entre las partes sucesivos contratos de trabajo).

La circunstancia de que el demandante volviera a prestar sus servicios a la Empresa el 6 de marzo de 1945, es decir, al día siguiente de haberse terminado el contrato que se inició el 22 de marzo de 1938, no constituye razón suficiente para desvirtuar la apreciación probatoria del Tribunal, respecto a que el trabajo prestado por el demandante a la compañía se ejecutó en desarrollo de dos contratos distintos, aunque sucesivos. Dicha circunstancia tampoco varía la consecuencia lógica del hecho que encontró probado, o sea, que en el caso **sub júdice** no existió continuidad del servicio dentro de una misma relación laboral o dentro de un mismo contrato de trabajo, por lo cual no accedió a la petición del demandante, de que en la liquidación del auxilio de cesantía que se hizo en mayo de 1955, debía computarse el tiempo comprendido entre marzo de 1938 y el 5 del mismo mes correspondiente al año de 1945.

Al estudiar el cargo anterior se examinó la modalidad referente a la continuidad o a la discontinuidad en la prestación de los servicios. Se dijo entonces que tratándose de la liquidación del auxilio de cesantía, esos conceptos sólo tienen operancia y aplicación práctica cuando los servicios se han prestado dentro de un mismo contrato de trabajo, puesto que si se trata de distintas relaciones jurídicas la discontinuidad en el tiempo que resulta de ellas, no constituye factor que pueda tenerse en cuenta para acumularlo al último período trabajado y deducir así el monto del auxilio. Tal proceder equivaldría a pagar nuevamente una prestación que debió liquidarse y cancelarse a la terminación de cada contrato.

Lo anterior no significa que no opere un sistema diferente para computar el tiempo de servicios respecto de otros derechos o prestaciones sociales, tal como ocurre, por ejemplo, para el caso de la pensión de jubilación, en que, para determinar los años de servicio requeridos por la ley para gozar de este derecho, se tiene en cuenta y se suman o acumulan los servicios continuos o discontinuos prestados dentro de un mismo contrato, o dentro de diferentes relaciones jurídico-laborales. Empero, en tales casos ello ocurre así por mandato expreso del legislador y porque este criterio es el que se acomoda a la naturaleza propia del derecho de pensión

(1) Uno de los Magistrados de la Sala salvó su voto. Página 558, 1ª y 2ª, y 559, 1ª y 2ª.

jubilatoria o al de otras prestaciones específicas.

Tampoco desconoce la Sala la posibilidad de que en algunos casos, la parte patronal, independientemente o en connivencia con los mismos trabajadores, pueda recurrir al sistema de celebrar contratos de trabajo que se dan por terminados luégo de un tiempo, aduciéndose motivos sólo en apariencia legales, para volver a celebrar otros que se ejecutan sucesivamente y sin interrupción, todo con el propósito de vulnerar derechos de los trabajadores o de eludir trámites, condiciones o requisitos exigidos por preceptos legales de ineludible cumplimiento. Es claro que, acreditados procesalmente esos propósitos o fines perseguidos, contrarios a la ley, corresponde al Juzgador restaurar los fueros de la justicia y del derecho. Pero para ello debe proceder en cada caso, sobre la base de hechos probados, no de simples conjeturas o supuestos subjetivos sin respaldo en el proceso.

La posibilidad antes descrita, la presenta el recurrente como cierta o sucedida en el caso de autos, y así afirma que la declaración del trabajador, efectuada el 5 de marzo de 1945, sobre retiro voluntario de la empresa (documento del folio 38), encierra un hecho ficticio, pues que fue hecha de común acuerdo entre las partes, a efectos de facilitarle al demandante la adquisición de una casa de habitación, mediante la liquidación y pago del auxilio de cesantía que le correspondía hasta esa fecha, lo que se establece con el documento que obra al folio 8, y con los testimonios de Arzuza, Pacheco y Ospina.

Para la Sala carece de consistencia y de respaldo en los autos la argumentación del acusador. El documento privado que obra al folio 8, en el supuesto de que pudiera dársele valor legal para demostrar el contrato allí descrito, contiene estipulaciones en virtud de las cuales se hace constar que José Ortega C., vende al demandante "una casa o mejora" de su propiedad, por la suma de $ 600.00, comprendida por los linderos que se indican. Nada se expresa en él sobre la procedencia u origen del dinero pagado por el comprador.

Los testimonios aludidos tampoco comprueban que la empresa hubiese efectuado liquidación parcial de cesantía a su trabajador el 5 de marzo de 1945, ni que los dineros procedentes de esta liquidación los hubiese destinado a la adquisición de casa de habitación.

Queda en pie, por tanto, el contenido y alcance de la manifestación hecha por el demandante en el documento que obra al folio 38, respecto a la voluntad de terminar su relación laboral con la empresa demandada, el 5 de marzo de 1945. No existe prueba que demuestre lo contrario, ni que esa declaración estuviese afectada de vicio, por causa de error, fuerza o dolo, capaz de invalidar el consentimiento, expresado en la mencionada declaración de voluntad.

Al respecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia del 11 de marzo de 1949 (Gaceta del Trabajo, IV, 285) dijo lo siguiente:

"Tampoco reviste fuerza alguna el razonamiento del recurrente en este punto, porque para el fallador deducir que hubo mutuo consentimiento para dar terminado el contrato de trabajo habido entre las partes, basta examinar el contenido del arreglo y la sola circunstancia de que el trabajador, por su propia voluntad decidió recibir el valor de sus salarios y las prestaciones debidas, expresando que se halla a paz y salvo con el empleador, indica la intención de cancelar el contrato en forma indudable. A menos que se demostrase que lo hizo presionado por el patrono o mediante el empleo de medidas dolosas. Pero, en principio, hay que presumir en las relaciones laborales, como en las civiles, la buena fe de los contratantes. Por lo que no puede aceptarse que después de hecha la manifestación de conformidad del asalariado, por lo relativo a la extinción de un contrato de trabajo, sea aconsejable ocurrir a la jus-

ticia para dejar sin efecto la propia expresión de la voluntad del trabajador libremente manifestada, en acuerdo con el patrono. Admitir lo contrario sería propiciar un sistema de inestabilidad, de inseguridad permanente en las relaciones que surgen del trabajo humano, que a la postre se reflejaría en forma inconveniente sobre los mismos intereses de las clases menos favorecidas económicamente, porque desplazaría toda posibilidad de entendimiento directo entre los factores capital y trabajo, con el consiguiente perjuicio para todos".

No parece demostrado el error de hecho que predica el cargo en estudio, ni menos con la característica de manifiesto o evidente que es la condición requerida por la ley para que el vicio de esta naturaleza tenga la fuerza suficiente para desquiciar la sentencia. El cargo no prospera (1). (Sala de Casación Laboral, 25 de junio de 1962, páginas 552, 1ª y 2ª; 553, 1ª y 2ª; 554, 1ª y 2ª).

15

AUXILIO POR ENFERMEDAD E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Concurrencia de la indemnización de perjuicios y el auxilio por enfermedad).

El razonamiento del acusador respecto a que, del monto de la indemnización de perjuicios decretada por causa de la ruptura unilateral e ilegal del contrato, debe descontarse lo pagado al trabajador por razón del auxilio de enfermedad durante 45 días, comprendidos entre el 16 de mayo y el 30 de junio de 1955, o sea, cuando el contrato de trabajo ya había terminado por causa del despido (ocurrido el 16 de mayo de ese año), es cuestión que plantea un problema distinto al que contempla el cargo, pues, en realidad, lo que debe dilucidarse en tal supuesto, es la cuestión jurídica consistente en definir, si la indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, es o no incompatible con el pago del auxilio por enfermedad.

Aunque este aspecto no se plantea concretamente en la acusación, la Sala cumpliendo la función que le compete, procede a su examen, y para ello hace las siguientes consideraciones:

La sanción que establece el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo de la parte responsable por el incumplimiento del contrato de trabajo, no es prestación social sino una indemnización, por los perjuicios causados a la otra parte. Si para determinar el importe de la misma, cuando el responsable es el patrono, deben tenerse en cuenta las bases o elementos que de antemano ha fijado el legislador, al establecer que ésta consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, respecto del lucro cesante, no significa ello que la indemnización pueda confundirse con el salario, ya que este concepto, de acuerdo con la propia definición legal, implica retribución de servicios, que como es obvio, no se prestan cuando el contrato ha terminado.

El auxilio monetario por enfermedad no profesional, es una de las prestaciones patronales comunes establecidas en beneficio del trabajador. Para determinar su monto se tiene en cuenta el salario, y la regulación fijada en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. Este auxilio monetario, no constituye salario, pues su concepto y naturaleza tampoco corresponden al contenido de este término que se comprende en la definición que trae el artículo 227 antes citado. En efecto, con el auxilio por enfermedad no se remuneran servicios; se trata de una carga social de la empresa que se hace efectiva al patrono por el ministerio de la ley, con fundamento exclusivo en un valor jurídico de solidaridad y de justicia, y por razones que tienden a realizar el objeto fundamental del derecho laboral, de procurar el logro de la

(1) Uno de los Magistrados de la Sala salvó su voto.

justicia en las relaciones obrero patronales, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Los pagos que puedan hacerse al trabajador en razón de lo prescrito en los artículos 64 y 227 del Código Sustantivo del Trabajo, proceden de derechos de naturaleza diferente y obedecen a causas distintas. En el primer caso, como se ha visto, se trata de un derecho indemnizatorio, que tiene como causa el incumplimiento contractual por parte del patrono. En el segundo, una prestación social, cuya causa inmediata, la enfermedad, de ordinario no es querida ni buscada por el trabajador ni sobreviene por culpa del patrono, sino que obedece simplemente a un estado patológico que incapacita al trabajador para cumplir la función o labor habitual que se le ha encomendado. Por tanto, nada se opone a que puedan concurrir, porque los hechos que originan los derechos son diversos y provienen de causas distintas.

En el caso **sub judice**, al pagarle la empresa al trabajador el auxilio monetario por enfermedad no profesional, que se constató al practicarle el examen médico de retiro, no hizo más que ajustar su conducta al mandato que le impone el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que no se trata de enfermedad sobreviniente con posterioridad a la fecha de la terminación del contrato, sino que ya existía al tiempo del despido. (Sala de Casación Laboral, 25 de junio de 1962, página 557, 1ª y 2ª).

16

CADUCIDAD DE LA ACCION. CERTIFICACIONES DE LOS FUNCIONARIOS

(Necesidad de demostrar que se ejercita la acción de petróleos en tiempo oportuno. Es al juez a quien corresponde decidir sobre la caducidad).

De acuerdo con el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que por razón de la fecha de presentación de la demanda, rige la situación jurídica de los actores, el propietario que no hubiese presentado oposición dentro del plazo señalado en el inciso 2º, podía ocurrir ante el poder judicial, dentro de los dos años siguientes, para que en el respectivo juicio ordinario de mayor cuantía se decidiera a quién pertenecía la propiedad del subsuelo petrolífero, o sea, si a la Nación o al demandante.

Como la suerte de los contratos celebrados por la Nación con los presuntos concesionarios no podía quedar por largo tiempo en la incertidumbre, sujetos a los resultados de posibles litigios promovidos por los presuntos propietarios del subsuelo petrolífero, fijó un plazo preciso de dos años, para que los interesados ejercitaran las acciones procedentes, durante la vigencia del artículo 5º ante los tribunales superiores (artículo 76 del Código Judicial, numeral 1º), ahora ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, en juicio ordinario de única instancia, incoados dentro de un año a contar del vencimiento del término a que alude el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956; y aún más, esta caducidad de la acción afecta también a la Nación, cuando la sentencia dictada en juicio sumario le hubiese sido adversa.

Por consiguiente, corresponde al actor presentar con la demanda la prueba de que ejercita la acción en tiempo oportuno, o sea, antes de que hubiese caducado. Para cumplir con esta exigencia, los actores presentaron un certificado del Secretario del Ministerio de Minas, que dice:

"Ministerio de Minas y Petróleos. Secretaría General. Bogotá, D. E., julio 10 de 1956. El suscrito Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos, Certifica: Que el término de dos años para instaurar acción ordinaria contra la Nación por parte de las personas que se consideren propietarias del petróleo existente en los terrenos de la propuesta sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional registrada bajo el

número 564 y formulada por la Mesa Verde Petroleum Company, vence el veintiséis (26) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956). Mario Correa Lince. Secretario General del Ministerio".

Con fundamento en el **aparente** mérito de esta certificación, las cuatro demandas fueron admitidas, porque por otra parte no podía ser de recibo, al dictar un simple auto de sustanciación, hacer consideraciones sobre el valor probatorio de un documento, ya que tal estudio o consideración corresponde hacerlo en la sentencia definitiva.

Las certificaciones expedidas por los funcionarios públicos, para que tengan valor probatorio, se requiere que se refieran a hechos, primero, y luego, "en lo referente al ejercicio de sus funciones" según el artículo 632 del Código Judicial; y la certificación expedida por el Secretario del Ministerio de Minas, antes copiada, no se refiere a un hecho, sino a un concepto o juicio que corresponde al juzgador, como es el de decidir si una acción ha sido deducida a juicio en tiempo oportuno, o sea, antes de transcurrir el plazo fijado en forma perentoria por la ley, para ejercitarla, como sucede en juicios sobre propiedad del subsuelo petrolífero; en consecuencia, con la certificación expedida por el Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, no se establece el oportuno ejercicio de la acción, mediante la presentación de la demanda dentro del plazo fijado por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, porque aquel funcionario no puede arrebatarle a la Sala de Negocios Generales de la Corte la competencia funcional para decidir sobre una excepción perentoria o respecto de un presupuesto procesal del juicio, pues, **"también el hallarse dentro del plazo excluyente prescrito para ejercitar determinadas acciones, es un presupuesto procesal especial"**, como lo dice el profesor alemán Adolfo Schönke en la página 161 de su obra "Derecho Procesal Civil".

Como la presentación del aludido certificado podía atribuírse a una involuntaria equivocación de las partes, para no menoscabar sus legítimas pretensiones, se dictó el auto de fecha 11 de mayo de 1962, con el objeto de establecer estos dos hechos básicos: fecha de desfijación de los carteles en la Alcaldía de Armero y número y fecha del Diario Oficial en el cual se hubiese hecho la publicación del extracto de la propuesta de contrato.

De acuerdo con las constancias o informaciones del Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos sobre estos hechos, el cartel y el aviso fueron fijados, en la Alcaldía de Armero, el 17 de septiembre de 1953 y desfijados el 17 de octubre del mismo año; y el extracto de la propuesta se publicó en el Diario Oficial número 27.793 de 3 de enero de 1952; por lo tanto, el término fatal señalado en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, para el ejercicio de la acción, había caducado en las fechas de la presentación de las demandas en los días 24, 25 y 26 de julio de 1956, pues los dos años habían vencido a las doce de la noche del día 17 de octubre de 1955.

Las atestaciones expedidas por el Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento del auto de 11 de mayo citado, cumplen a cabalidad las exigencias del artículo 632 del Código Judicial, porque se reducen a dar cuenta de hechos concretos, como la fijación y desfijación de los avisos y carteles en la Alcaldía de Armero; y porque tales hechos están comprendidos dentro del ámbito de sus funciones legales, como actuario del proceso administrativo sobre la pretendida concesión de la Sociedad Mesa Verde Petroleum Company.

En forma obvia se comprende que el auto por medio del cual se admitieron las demandas no modifica la situación jurídica de las partes, en cuanto a la caducidad de la acción se refiere, porque tal providencia no podía conferir nueva acción a los actores, o sea, revivir una acción inexistente; segundo, como antes se dijo, para desechar la demanda había necesidad de apreciar el valor de una

prueba, acto propio de la sentencia; y en fin, como la caducidad de la acción atañe al fondo de la controversia, sea que se estime como excepción o como presupuesto procesal, bien podía reservarse para el fallo definitivo, si el vencimiento del término no aparecía en forma evidente, **prima facie**, en el momento de la admisión de la demanda (artículos 83 y 87 del Código Contencioso Administrativo).

En conclusión, pues, caducada la acción, no es menester proceder al estudio de las cuestiones sustanciales propuestas en la demanda, en cuanto a títulos coloniales ni en cuanto atañe a la prescripción por posesión económica del suelo. (Sala de Negocios Generales, 25 de julio de 1962, páginas 700, 1ª y 2ª; y 701, 1ª y 2ª).

17

CAPTURA Y DETENCION

(Cuándo son procedentes).

En relación con la captura y detención preventiva del sindicado, las normas legales fundamentales se contienen en los artículos 23 y 24 de la Constitución Nacional y tienen su desarrollo en las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en el que se señalan los presupuestos (artículos 379 y 383), los requisitos de lugar, tiempo, efectos y duración (artículos 380, 381, 382, 385 y 387) y a la vez las ocurrencias en que pueden presentarse, las que se enumeran así: 1º A consecuencia de un auto de detención, como lo disponen los artículos 379 y 383; 2º Cuando el autor de un delito es sorprendido **in flagranti**; 3º Cuando ha sido dictada sentencia condenatoria por delito que merezca pena privativa de la libertad que esté ejecutoriada (artículos 637 y 195); 4º Cuando la autoridad competente ha solicitado en forma pública que un malhechor sea aprehendido (artículo 384); 5º Cuando el sindicado no comparezca a rendir indagatoria, habiendo sido requerido para ello (inciso 2º del artículo 346), y 6º Cuando existan motivos graves de que una persona atenta contra la paz pública y motivos justificados para temer su perturbación (artículo 28 de la Constitución Nacional). (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 368, 1ª).

18

CASACION

(Alcance del auto admisorio del recurso).

El auto admisorio del recurso de casación, es apenas una medida preparatoria o de orden en el trámite; no vincula a la Corte en forma que la obligue a resolver en el fondo, cuando para hacerlo no tiene posibilidad legal alguna.

No de otra manera ha podido pronunciarse la Sala sobre el particular, en los casos análogos, como lo reza la reiterada doctrina (30 de noviembre 1951, LXX, 2107-2108, página 850; 20 octubre 1953, LXXVI, 2135, página 610; 1º marzo 1954, LXXVII, 2138-2139, páginas 51 y 52). (Casación Civil, agosto 16 de 1962, página 190, 2ª).

19

CASACION

(Causal 2ª. Su técnica).

3. Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se limita a enunciarla sino a demostrarla; es decir, que debe establecer en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideran violadas por la sentencia acusada.

Por esto, y especialmente en relación con la causal segunda en estudio esta Sala ha sostenido:

"Cuando en casación se acusa la sentencia con base en la causal segunda, la naturaleza misma de las cosas le impone al demandante el deber de analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión,

ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas, las saca el juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia. (Casación Penal, diciembre 7 de 1954, Gaceta Judicial 2149)". (Sala de Casación Penal, agosto 14 de 1962, páginas 443 y 444, 2ª y 1ª).

20

CASACION

(Causal 2ª).

Cuando se ataca la prueba de cargo, de fondo o circunstancialmente, con base en la causal segunda de casación, compete al impugnador demostrar el error del sentenciador. No se trata de enfrentar un criterio personal de apreciación sobre el caudal probatorio, con sentido unilateral de ordinario, a otro criterio. El error o desvío en materia de prueba debe ponerse en evidencia en forma razonada y lógica. (Sala de Casación Penal, mayo 22 de 1962, página 284, 1ª).

21

CASACION

(Causal 2ª).

1. La finalidad de la causal segunda de casación consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero en manera alguna se endereza a producir un replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas por el **ad quem** con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituír académicamente un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. (Sala de Casación Penal, mayo 8 de 1962, página 244, 1ª).

22

CASACION

(Causal 2ª. Error de hecho).

1. Cuando se invoca la causal segunda en sentencias pronunciadas en juicios en que no ha intervenido el jurado, tramitados con sujeción al Decreto extraordinario número 0012 de 1959, corresponde a la Corte un detenido estudio de la prueba que el Tribunal tuvo en cuenta para condenar al sindicado y que constituye el fundamento de la impugnación al alegar un error de hecho, que tiene como necesaria consecuencia el de dirigirse a demostrar la indebida apreciación de los elementos de juicio que informan el proceso, ya que de establecerse este extremo, la causal tiende a prosperar.

Pero es condición de esta resultante —ha dicho la Sala— para que tenga oportunidad la Corte de enmendar el error y corregir la violación indirecta de la ley penal, que el fallo enjuiciado a través del recurso extraordinario "comporte notoriamente la indebida y errada apreciación de los hechos, de tal suerte que surja con indiscutible evidencia que la sentencia descansa sobre premisas falsas, sin recaudo probatorio que la sustente jurídica y racionalmente". (Sala de Casación Penal), agosto 3 de 1962, página 435, 1ª).

23

CASACION

(Causales 1ª y 2ª).

1. La causal segunda de casación penal tiene tan íntima vinculación con la primera, que el buen o mal resultado de aquélla, forzosamente incide en esta última causal, ya que la

indebida aplicación de la ley penal, que contempla la causal primera, generalmente se origina en una errada apreciación de las pruebas hecha en la sentencia de segundo grado, en relación con los elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o con las circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción.

2. Tan estrecha es la vinculación lógica que existe entre estos dos motivos de casación, que cuando en la demanda respectiva se invoca la causal segunda, consecuentemente también debe alegarse la primera. Por esto, con razón se ha sostenido que no es la equivocada apreciación de una prueba, ni el convencimiento del juzgador contrario a la evidencia procesal, lo que de por sí puede justificar la casación de una sentencia, sino la violación de la ley sustantiva, como consecuencia de los errores de hecho o de derecho en que se incurra en el fallo acusado al apreciar las pruebas legalmente producidas. (Sala de Casación Penal, junio 11 de 1962, página 347, 1ª).

24

CASACION

(Diferencias entre la violación directa de la ley y su aplicación indebida).

Dos modalidades de infracción de la ley enuncia el cargo: la directa, porque la decisión impugnada es abiertamente contraria a ella, y la que se deriva de su aplicación indebida, sin consideración a las pruebas, aspecto distinto de infracción de la norma, aunque también por vía directa. Así planteada la acusación, debe anotarse que la diversa significación que tienen los dos medios de violación de la ley, según la doctrina, no permite aducirlos simultáneamente en un mismo cargo. El error de juicio cuando al hecho probado no aplica la sentencia la norma que lo regula, bien porque la ignora o porque conociéndola se rebela contra ella, tipo de infracción directa, es diferente de la que se produce cuando entendida la norma en su recto sentido, sin mediar errores de hecho o de derecho, la aplica el fallador a hecho probado que ella no regula, o cuando la aplica al hecho probado llegando a consecuencias jurídicas contrarias a las previstas por la ley, tipo de violación por aplicación indebida. La presentación del cargo es defectuosa. (Sala de Casación Laboral, 14 de agosto de 1962, página 600, 1ª y 2ª).

25

CASACION

(Error de derecho y señalamiento de las normas violadas).

El primer cargo se dirige a demostrar que la sentencia violó la ley, al haber dado por establecida la muerte del trabajador, mediante una prueba a la que se le dio un valor que legalmente no le corresponde.

Observa la Sala, en primer término, que el recurrente no señala, en forma concreta, la norma legal sobre prueba que, en su concepto, ha sido quebrantada por el Tribunal, ni tampoco indica la disposición sustantiva de orden laboral violada como consecuencia del error de derecho en que dice incurrió el sentenciador. Es bien sabido que para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Además, dentro del mecanismo de casación, para invalidar la sentencia no basta señalar tal regla probatoria como violada, sino que es preciso indicar también la disposición sustantiva que se considera infringida.

El recurrente, en el desarrollo de la impugnación contenida en el primer cargo, se limita a hacer referencia al artículo 13 de la Ley 92 de 1938, que señala ciertas previsiones tendientes a buscar la mayor seguridad

posible para que las actas del registro civil, relativas a nacimientos o defunciones, se ajusten a la verdad en cada caso, principalmente, cuando se pretenda su registro fuera de los términos prescritos en los artículos 350 y 356 del Código Civil. No obstante lo anterior, ocurre que el citado artículo 13 de la Ley 92 no es la norma que establece y valora como prueba del estado civil, los registros de nacimientos ni los de defunciones.

La deficiencia anotada sería suficiente para desestimar el cargo. (Sala de Casación Laboral, 28 de agosto de 1962. Página 611, 1ª).

26

CASACION

(Es recurso extraordinario y estricto).

La doctrina ha repetido constantemente que no es la casación grado ulterior en el litigio sino recurso extraordinario y estricto que se mide por precisas causales organizadas por la ley para delimitar los poderes de la Corte y circunscribir a la vez el alcance de la demanda con que el mismo recurso debe fundarse. Así el fallo de instancia viene al amparo de presunción de acierto no sólo en cuanto al valor concedido a los medios de prueba que obran en autos, sino también en lo que respecta a la aplicación del derecho sustancial para resolver la controversia. (Casación Civil, julio 9 de 1962. Página 116, 1ª).

27

CASACION

(Objetivo primordial del recurso).

El objetivo primordial de la casación no es el fallo de primera instancia, a menos que se trate de casación **per saltum**, sino la sentencia de segundo grado. (Sala de Casación Laboral, 4 de agosto de 1962. Página 588, 1ª).

28

CASACION

(Su técnica).

4. Cuando la demanda de casación es deficiente o incompleta, o no se ajusta a los requisitos de la técnica del recurso extraordinario de casación, la Corte oficiosamente no puede suplir los vacíos o defectos de aquélla, tomando el lugar del demandante. (Sala de Casación Penal, agosto 14 de 1962, página 444, 1ª).

29

CASACION

(Su técnica procedimental).

El recurso de casación se sustenta con una verdadera **demanda**, como con toda propiedad la denominan los artículos 563, inciso 2º, y 564 del Código de Procedimiento Penal, la que, por tanto, debe consultar todos los requisitos que exige el artículo 531 del Código Judicial, cuya aplicación en materia criminal autoriza el 7º de aquél estatuto. Esa demanda debe ser presentada ante la Corte dentro del término de quince días, según lo prescribe la primera de las disposiciones que acaban de citarse, sin que, pasado dicho término, sea susceptible de enmienda o corrección, dadas las características propias del recurso. El ámbito de la controversia sobre la legalidad de la sentencia acusada queda delimitado en la demanda, y sólo sobre esas bases inmodificables podrá la Corte avocar su estudio y pronunciar su fallo. Significa lo anterior que el recurrente no puede prevalerse de la audiencia para interponer o hacer valer causales distintas de las que se propusieron en el libelo de casación. La audiencia tiene por especial objeto proporcionar a las partes la oportunidad de ampliar o desarrollar sus conceptos sobre las causales de casación que de manera clara y precisa debieron invocarse y sustentarse en la demanda. (Sala de Casación Penal, junio 1º de 1962, página 318, 1ª).

30

CASACION. - Causal 2ª.

(No es procedente en los juicios en que interviene el jurado).

2. Aunque es cierto que en un principio, recién entrado en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal, la Sala ciñéndose demasiado a la antitécnica redacción del numeral 2º del artículo 567 de dicho Código, y aplicando un criterio de exagerada amplitud, le dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación en los juicios penales en que intervino el jurado, posteriormente, y a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, rectificó su criterio al respecto y desde entonces ha venido sosteniendo reiteradamente la tesis de la improcedencia de dicha causal en estos juicios, fundándose para ello en poderosas razones, bien conocidas por haber sido expuestas en numerosísimas sentencias de casación.

Estas razones pueden resumirse así: a) en que en la enumeración que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal hizo de las causales de casación no se incluyó la de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, como sí la contenía la ley anterior, o sea la 118 de 1931, exclusión que tuvo por objeto, según lo expresó claramente la comisión redactora de dicho código, el dejar claramente establecido que la causal segunda no era admisible en los juicios en que interviene el tribunal de conciencia; b) que de no ocurrir así, la causal segunda conduciría necesariamente a aceptar una tercera instancia en los juicios en que interviene el jurado, ya que la declaratoria de contraevidencia o de injusticia notoria del veredicto es función exclusivamente privativa de los falladores de instancia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 537 y 554 de dicho código; c) que el juri no profiere su veredicto sujetándose en la apreciación de las pruebas a un criterio derecho, sino ateniéndose únicamente a su íntima convicción, y el recurso de casación es, ante todo, un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado, sentencia que se basa directamente en la decisión o veredicto del jurado y no en las pruebas producidas en el proceso; d) que de ser admisible y al prosperar la causal segunda en estos juicios penales, careciendo la Corte de la facultad legal de declarar la contraevidencia del veredicto, tendría forzosamente, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, que invalidar la sentencia acusada y dictar la que debe reemplazarla, pasando así por alto y desconociendo, por lo tanto, el veredicto proferido por el jurado, con lo cual se violaría ostensiblemente el artículo 480 del mismo Código, en cuanto dispone: "La sentencia se hará de acuerdo con la calificación que 'el jurado' dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

La Sala únicamente ha admitido la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el jurado, cuando se trata de circunstancias que hayan de influír en la determinación de la pena, y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal corresponde apreciarlas exclusivamente a los jueces de derecho, y que por lo tanto, son extrañas a lo que compete resolver al juri.

3. El hecho de que la causal segunda de casación no sea admisible en los juicios con intervención del jurado, no quiere decir que el veredicto no sea "fiscalizable", como lo da a entender el recurrente, ya que la fiscalización de la decisión del juri es cuestión exclusivamente atribuída por nuestra ley procesal a los jueces de instancia, de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 537 y 554, que expresamente facultan al juez de primera instancia y al Tribunal Superior respectivo, para declarar la contraevidencia del veredicto, cuando éste sea notoriamente injusto por desconocer la verdad procesal.

4. Siendo inoperante la causal segunda que se acaba de estudiar, lógica y necesariamente tampoco puede prosperar la causal prime-

ra de casación, que en último término se invoca en la demanda, dado que ésta se subordina a aquélla por cuanto la violación de la ley penal por indebida aplicación de la misma, en que según el actor se incurrió en la sentencia, la deduce del error manifiesto en la apreciación de los hechos procesales que calificó el jurado, error que el demandante ha pretendido demostrar, como era del caso, al través de la causal segunda. (Sala dé Casación Penal, agosto 14 de 1962, páginas 451 y 452, 2ª, 1ª y 2ª).

31

CASACION Y ERROR DE DERECHO

(Indebida confusión entre el régimen de valoración probatoria y las exigencias de carácter procesal).

Para el recurrente hay error de derecho por cuanto varios testimonios acogidos por el Tribunal, "fueron rendidos sin la solemnidad de la audiencia pública impuesta por el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral". Y agrega: "Es tan solemne la publicidad en los actos del proceso laboral que el artículo citado sanciona con nulidad absoluta la falta de ésta. Y de acuerdo con el artículo 61 **ibídem** cuando la ley exige determinada solemnidad **ad sustantiam actus,** no se podrá admitir prueba por otro medio".

Se considera:

El planteamiento que hace el recurrente es equivocado porque confunde una actuación procesal con el régimen de valoración probatoria. En efecto, la solemnidad **ad sustantiam actus** tiene que ver con hechos de significación jurídica para cuya demostración la ley exige determinados medios probatorios; en cambio, el principio de la publicidad constituye una ritualidad procesal que comprende una órbita mucho más amplia, como la relativa a las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación, con una sanción específica por su omisión que, por regla general, es la nulidad. Por el contrario, la falta de solemnidad **ad sustantiam actus** tipifica un error de derecho que puede ocurrir en dos eventos: "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". (Sala de Casación Laboral, 30 de agosto de 1962, página 624, 2ª).

32

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Sus exigencias).

Un cargo concebido en los términos en que lo formula el recurrente en el caso de autos, apoyado en la causal primera, no es en verdad cargo en casación. Porque este recurso fue creado, no para enmendar agravios de orden particular, sino para velar primordialmente por la integridad de la ley, que es voluntad soberana de la Nación. Porque el cargo debe ser preciso, exacto, claro e inequívoco en todo: al enunciar la especie de violación de la ley sustantiva —directa o indirecta—, como al indicar la modalidad que cada una de estas especies asuma en la impugnación: si por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea de la ley sustantiva; de la misma manera, al calificar los errores —si de hecho o de derecho— con el señalamiento de las pruebas respecto de las cuales el error se produjo, pero no en conjunto sino singularizadas y citando la disposición de índole probatoria infringida a causa del yerro de valoración, si se trata de error de derecho, así como la incidencia del error en la sustancia de la litis y y del quebranto sufrido por los textos legales sustantivos, los cuales han de citarse indivi-

dualmente y no en globo ni en tropel. Sólo así podrán los abogados en casación corresponder a la misión que se les confía de colaborar en la guarda de la ley y el perfeccionamiento de la doctrina, y solo así el opositor en el recurso puede combatir el cargo y la Corte decidir sobre él. (Casación Civil, julio 31 de 1962, páginas 170, 2ª y 171, 1ª).

33

(Causal segunda de casación laboral y el cargo de incongruencia).

3. La incongruencia entre lo pedido y lo fallado por el Tribunal **ad quem**, planteado como error **in procedendo** o vicio de actividad, no es procedente en la casación del trabajo por la causal segunda. (Sala de Casación Laboral, 10 de mayo de 1962, página 490, 1ª).

34

CAUSAL 6ª DE CASACION

(No todo reparo a los trámites del juicio tiene cabida en casación, sino estrictamente las nulidades que la aludida causal contempla).

Debatido en la instancia el punto concerniente a la suspensión del juicio hasta que en lo penal "se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable" que pueda influír en la controversia civil, y decidido con fuerza que cierra toda ulterior discusión al respecto, es notorio que el auto, con que termina la respectiva incidencia no es acusable en casación. Y lo sería por camino soslayado si la cuestión pudiera plantearse otra vez ante la Corte con extravío de la causal 1ª.

La cuestión es nítidamente de claridad y economía procesales, y no todo reparo a los trámites del juicio tiene cabida en el recurso extraordinario. Menos aún por la susodicha causal 1ª, porque si hubiese informalidades de tal golpe que produzcan nulidad de lo actuado, para ello se encuentra la causal 6ª. Mas como son estrictos tanto el régimen de las nulidades como el propio recurso de casación, no es de recibo la censura que aduce lesión de normas procesales para deducir de allí, a la manera de vía indirecta, el quebranto de preceptos sustantivos por aplicación indebida. Si cargo tal pudiera admitirse a estudio, desaparecería la diferencia bien marcada que distingue la casación de un tercer grado procesal, en absoluto inexistente. (Casación Civil, agosto 16 de 1962, página 193, 2ª).

35

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

(Artículo 38, numeral 11).

6. Con toda razón esta Sala sostuvo en otra oportunidad: "La circunstancia prevista en el numeral 11 del artículo 38 del Código Penal es muy difícil de admitirla en los delitos de sangre, porque hasta el más ignorante entiende que la vida humana es un supremo bien que no puede suprimirse sin causar irreparable daño y sin incurrir en tremendo delito". (Sala de Casación Penal, mayo 28 de 1962, página 306, 2ª).

36

COADYUVANCIA

(O intervención adhesiva).

El artículo 233 del Código Judicial consagra el fenómeno procesal de la coadyuvancia o intervención adhesiva, que consiste en la participación que voluntariamente toma un tercero interesado en un pleito ajeno en apoyo y defensa de la pretensión sustentada por una de las partes principales. Es activa si se produce en respaldo del actor y pasiva si favorece al demandado. En repetidas ocasiones la Corte se ha referido a este fenómeno y ha señalado los rasgos distintivos del mismo. (Casación Civil, julio 11 de 1962, página 133, 1ª).

37

COMPETENCIA

(Para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado).

El sentido manifiesto de la competencia atribuída a la justicia laboral por los Decretos Legislativos 456 y 931 de 1956 corresponde a la demanda de pago por servicios personales de quienes con carácter privado ejercen profesiones liberales o se ocupan en oficios que suponen algunos estudios técnicos, práctica o experiencia en las partes. Mas no cuando se trata de empresas abiertas al público para suministrar servicios de interés económico preponderante, según sucede, entre otras varias, con las trilladoras de café, destinadas a cumplir el proceso que debe experimentar el grano para ir a los mercados internos y externos, según los tipos o calidades a que las cotizaciones obedecen. Tal industria de transformación consiste, pues, en realizar sistemáticamente y dentro de adecuada organización una tarea más o menos compleja para satisfacer necesidades ajenas en función de los mercados. Perfecciona las cosas que recibe de la clientela para adaptarlas a las regulaciones de la demanda estandarizada y a su ulterior consumo. Con lo que la empresa cumple un papel de los previstos enunciativamente por el ordinal 6º, artículo 20, en relación con el 23 del Código de Comercio. Hay sin duda en las trilladoras de café para el público un papel remunerado de intermediación entre el productor y el consumidor de ese artículo. Por todo lo cual las controversias que con su clientela se susciten no salen de la órbita de la justicia ordinaria, no obstante los citados decretos de 1956. (Casación Civil, julio 10 de 1962, páginas 127, 2ª y 128, 1ª).

38

COMPETENCIA

(Para el juzgamiento de los Agentes de Policía).

3. Si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, dejando así, de ser funcionarios civiles armados para adquirir el carácter de militares (Decretos legislativos números 1814 y 2900 de 1953), es lógico que al ser desincorporada de las Fuerzas Militares por el Decreto-ley número 1705 de 1960, sus miembros (salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional) dejaron de estar sujetos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados.

4. Claro que la desvinculación de los miembros de la Policía Nacional del fuero penal castrense, cumplida mediante el Decreto-ley número 1705, de 18 de julio de 1960, no tiene efecto retroactivo con respecto a los negocios en que el juzgamiento se hubiere iniciado mediante la providencia que abre el juicio: el auto de convocatoria de Consejo Verbal de Guerra; pero esto no es aplicable al caso en que el respectivo proceso, para la fecha en que entró en vigencia dicho Decreto-ley, se encontraba en la etapa del sumario. (Sala de Casación Penal, julio 10 de 1962, página 412, 1ª y 2ª).

39

COMPETENCIA

(Para la instrucción de sumarios contra altos funcionarios).

La competencia de la Corte Suprema de Justicia para adelantar el procesamiento de los altos funcionarios del Estado a que se refiere el Código de Procedimiento Penal en

los artículos 43 y 42, ordinal 5º, está sujeta a la condición de procedibilidad consistente en la previa intervención del Congreso en la forma prevista en la Carta Fundamental, en concordancia con el Código de Procedimiento Penal y el Código Judicial. En estos eventos, el sumario no puede instruírse sin la previa acusación ante el Senado de la República del alto funcionario del Estado por la Cámara de Representantes y sin que aquella Corporación Legislativa haya admitido tal acusación.

El juzgamiento de los funcionarios públicos cuya acusación no corresponde a la Cámara de Representantes hacer ante el Senado de la República, ni a éste autorizar su procesamiento, vale decir, los que mencionan los ordinales 6º y 1º de los artículos 42 y 44, respectivamente, del Código de Procedimiento Penal, así como las personas citadas en los ordinales 7º y 2º de los mismos artículos, en su orden, e igualmente el Registrador Nacional del Estado Civil (artículo 35 de la Ley 89 de 1948), se adelanta ante las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, siempre que se trate de delitos oficiales. En estos casos, de acuerdo con el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal "el Magistrado ponente será el funcionario instructor".

Pero del precepto contenido en el artículo 61 citado, no se desprende que el fuero, en tales hipótesis, a más de comprender esa especial competencia para el juzgamiento, abarque asimismo lo atinente al sumario, esto es, que privativamente corresponda la instrucción al Magistrado ponente, sin que pueda delegar esa facultad mediante comisión que, al efecto, confiere a otro funcionario de instrucción. De los términos de dicha norma se deduce claramente que su objetivo propio es determinar que el Magistrado sustanciador tenga la dirección del sumario, y no la Sala en su conjunto, como sería de interpretarse si no existiera esa disposición.

Además, de tal dirección del sumario por el Magistrado sustanciador no se desprende que el diligenciamiento que sin comisión previa suya lleve a cabo un funcionario de instrucción resulte inválido, con fundamento en una supuesta incompetencia de jurisdicción para adelantarlo, cuando se trata de las personas mencionadas en los artículos 42 (ordinales 6º y 7º) y 44 (ordinales 1º y 2º) del Código de Procedimiento Penal, y 35 de la Ley 89 de 1948, pues en estos casos la competencia del instructor está determinada, de acuerdo con el artículo 62 del Código antes citado, por razón del territorio únicamente. La validez del sumario en la hipótesis antes indicada es indudable si se tiene en cuenta el precepto contenido en el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal. (Sala de Casación Penal, junio 4 de 1962, página 331, 1ª y 2ª).

40

COMPETENCIA DE LA CORTE

(En materia de responsabilidad extracontractual subjetiva del Estado).

La Corte entiende que la jurisdicción ordinaria no ha perdido la competencia para conocer en los negocios a que se refieren los artículos 40, 76 y 109 del Código Judicial, por motivos que resumidamente pueden enunciarse así:

(1) El numeral 3º del artículo 151 de la Constitución de 1886 no adscribió a la Corte el conocimiento de los negocios contencioso-administrativos, sino de los contencioso-civiles en que fuera parte la Nación, como lo pone de resalto el hecho de que la misma Carta en su artículo 164 autorizó al legislador para "establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos, y atribuyendo al Consejo de Estado la resolu-

ción de las promovidas por los centros superiores de la Administración".

(2) Los artículos 37 y 40 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945 disponen, en su orden, que "la ley señalará las funciones de cada una de las salas o secciones" que integran el Consejo de Estado, y que es atribución de éste "desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley", con lo cual se defiere al legislador determinar la competencia del Consejo de Estado.

(3) Si el Constituyente de 1945 suprimió el ordinal 3º del artículo 151 de 1886 que daba competencia a la Corte en asuntos contenciosos en que fuera parte la Nación, no fue ciertamente con el propósito de sustraer **ipso jure** de su competencia la referida atribución, sino, consecuente con lo previsto en los artículos 37 y 40 citados, con el de "dejar en libertad al legislador para determinar la competencia externa de la Corte y del Consejo de Estado, mediante la posterior expedición de las leyes respectivas".

(4) Consiguientemente, por voluntad del Constituyente, el legislador tiene libertad suficiente para atribuír el conocimiento de un litigio bien a la Corte, ya al Consejo de Estado, de modo que la "calidad de civil o administrativa de una controversia resultará de la jurisdicción a la que corresponda decidirla" según la ley.

(5) En suma, que corresponde al legislador "fijar la competencia externa tanto respecto del Consejo de Estado como de la Corte, para así delimitar las atribuciones de cada jurisdicción"; y "como esta nueva determinación de competencia no se ha llevado a efecto hasta la fecha y esta materia no puede quedar al arbitrio de los juzgadores, debe aplicarse la legislación anterior al Acto Legislativo de 1945", o sea, los artículos 40, 76 y 109 que determinan la competencia de la jurisdicción ordinaria para los negocios civiles en que sea parte una entidad de derecho público (S. N. G. sentencia de 4 de noviembre de 1959, Gaceta Judicial XCI, 1265 ss., y auto de 11 de mayo de 1960, Gaceta Judicial XCII, 1154 ss.). (Sala de Negocios Generales, 31 de agosto de 1962, páginas 733, 2ª y 734, 1ª).

41

COMPETENCIA DE LA CORTE Y COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

(Examen de las disposiciones pertinentes del Acto Legislativo Nº 1 de 1945).

Es ostensible que el problema se plantea en torno a los conceptos de **acto administrativo y contención administrativa**, no definidos por el legislador.

Desde el punto de vista subjetivo, suele entenderse por acto administrativo cualquier actividad de la administración pública, y por contención administrativa toda controversia en que sea parte una persona de derecho público, sentido en el cual expresó Jellinek que "acto administrativo es sinónimo de actividad administrativa"; basta que el acto o el hecho provengan de un sujeto de derecho público o que éste figure como parte en el litigio para que tengan carácter administrativo en orden a la jurisdicción que debe juzgar.

Que no fue este el criterio seguido en la enmienda constitucional de 1945, resulta:

1º De la coexistencia entre 1914 y 1945 del artículo 6º del Acto Legislativo expedido en aquel año, que también erigía al Consejo de Estado en **tribunal supremo de lo contencioso-administrativo**, idéntico, por lo demás, al 40 del Acto Legislativo número 1 de 1945 que es fiel reproducción del primeramente citado, con la norma del ordinal 3º del artículo 151 de la Constitución de 1886 que atribuía a la Corte el conocimiento "de todos los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más departamentos"; lo que está indicando que el Constituyente no halló que la presencia en el

litigio de un sujeto de derecho público determinara por sí sola la naturaleza de la contención, ni que la exclusión de la competencia del Consejo de cierto número de negocios —los en que se debatiera una cuestión civil— desvirtuara el carácter de aquél como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo. La supresión del ordinal 3º del artículo 151 en la enmienda de 1945, bien se explica, como se anotó en la providencia de esta Sala de 11 de mayo de 1960, por la conveniencia de dejar en libertad al legislador para determinar la competencia externa de la Corte y del Consejo de Estado, defiriendo a su criterio la determinación de la materia contencioso-administrativa, debido sin duda a la gran diversidad de pareceres sobre el concepto de lo administrativo, que hizo decir a Béquet, según cita traída por Recaredo F. de Velasco, que "lo contencioso es indefinible porque no se puede encerrar en una definición doctrinal la enumeración de los asuntos que pueden provocar el recurso". (El Acto Administrativo. Madrid, 1929, pág. 82).

2º De la previsión del artículo 68 del Acto Legislativo número 1 (218 de la Codificación) que ordena al legislador establecer y organizar un tribunal de conflictos "encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa". Si en el espíritu de la Carta privara el concepto subjetivo; esto es, si por su origen o procedencia se definiera la naturaleza del acto, y la de la contención por la presencia en ella de una entidad de derecho público, sobraría el tribunal de conflictos ya que la índole del sujeto no dejaría lugar a duda sobre la naturaleza del negocio. Como lo afirma Fernández de Velasco, "si todas las actividades administrativas fueran inasequibles a la competencia judicial, resultaría innecesario el procedimiento de competencias o conflictos. Si se crea y funciona es para determinar cuál de las actividades administrativas es juridicialmente revisable y cuál lo es administrativamente" (Ob. cit., página 80). La previsión del artículo 68 supone, pues, la posibilidad de conflictos entre las dos jurisdicciones y consecuencialmente la existencia de casos en que una contención provocada por una actividad administrativa y en que sea parte, por lo tanto, una persona jurídica de derecho público, sea de competencia de la justicia ordinaria.

De lo cual se sigue que no siendo el subjetivo (**ratione personae**) el criterio en que se inspiró la reforma de 1945, debe serlo el objetivo que clasifica los actos y contenciones por su contenido material (**ratione materiae**). Este segundo criterio permite utilizar el método de la enumeración legislativa o el de la cláusula general, pudiendo este último venir acompañado de la determinación de la materia mediante la definición precisa del respectivo concepto, o prescindir de esa definición para deferir la clasificación de los casos concretos a la apreciación de la ley o a la de la jurisprudencia en su defecto. En el caso de prescindencia de la definición conceptual para deferir a la actuación de la ley, el método de la cláusula general y el de la enumeración legislativa se mezclan y combinan, indicando aquella en forma abstracta la materia para que luégo se haga la concreción indispensble mediante la enunciación individualizada de los casos. Cuando así se obra, es la ley la que en último análisis viene a definir la naturaleza del acto o contención, según su concepto, por lo cual no repugna afirmar, como lo ha hecho la Corte, que puesto que la ley atribuye el conocimiento de las distintas contenciones en calidad de civiles, o penales, o laborales, o administrativas, etc., a la jurisdicción respectiva, esa calidad "resultará de la jurisdicción a que corresponda decidirla, y no a la inversa". Este método, que ciertamente no es el más científico pero que tiene en su haber el ser frecuentemente utilizado en el derecho positivo, ha merecido al ya mencionado De Velasco el siguiente comentario: "Acto administrativo será el realizado por la administración y le-

galmente susceptible de ser impugnado por el recurso contencioso. Por lo tanto, el acto administrativo sufre aquí una primera restricción: no deriva su cualidad en razón solamente de su origen; requiere además hallarse mencionado como tal en una ley" (Ob. cit. pág. 82). Y sufre también una segunda: no responde al verdadero contenido material y jurídico del acto sino simplemente a su significación legal; pero esta crítica iría dirigida al legislador, y no al juez que ha de fallar **jure condito** y no **jure condendo.**

El Acto Legislativo número 1 de 1945, a la vez que se abstuvo de definir la materia contencioso-administrativa, erigió por una parte, al Consejo de Estado en tribunal supremo de la administración, y atribuyó a la ley, por otra, señalarle las funciones que debía ejercer (artículo 37) conforme a las reglas contenidas en la misma ley (artículo 40). Si la Constitución definiera inequívocamente la materia contencioso-administrativa, es claro que cualquier ordenamiento legal que se apartase del contenido conceptual de esa definición vulneraría las prescripciones de la Carta en cuanto erigen al Consejo de Estado en tribunal supremo de lo contenciso-administrativo; pero como no lo ha hecho, debe entenderse que el Constituyente no ha considerado prudente limitar la libertad del legislador para hacer la calificación respectiva, y que éste no ha encontrado conveniente reconocer la cualidad de administrativas a materias distintas de las que con tal calidad enumeran las leyes; sin que al obrar así se quebranten por el legislador normas fundamentales, pues la facultad de calificar la materia la recibe de la misma Carta que implícitamente se la otorga al abstenerse de hacer esa calificación.

En concepto de la Sala, estas consideraciones corroboran la doctrina que ha venido sustentando respecto de la vigencia de las reglas que en los Códigos Contencioso y Procesal Civil atribuyen competencia a las jurisdicciones contencioso-administrativa y ordinaria, mientras no sean derogadas o sustituídas por otras, ya que no habiendo limitado la Constitución la libertad legislativa para hacer esa atribución según su propia apreciación de la materia, mediante una norma fundamental que defina qué debe entender la ley por acto administrativo y contención administrativa, no hay motivo para dar por abrogadas aquellas reglas por virtud de una cláusula general que, como la consignada en el artículo 51 de la ley 167 en desarrollo del principio del ordinal 3º del artículo 141 de la Constitución, no hace sino recoger las contenciones para las cuales "no se hubiere señalado regla particular de competencia"; con lo cual está disponiendo, además, que cuando esa regla existe es la que rige el caso.

Entre estas reglas particulares, la del artículo 76 (ordinal 1º y 2º) del Código Judicial da competencia a los jueces ordinarios en los negocios contenciosos en que sean parte la Nación o un departamento y en que se ventilen cuestiones de derecho privado. (Sala de Negocios Generales, 31 de agosto de 1962, páginas 734, 1ª y 2ª y 735, 1ª y 2ª).

42

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA

(Para conocer de demandas originadas en la explosión de Cali).

Afirma el Fiscal apelante que la Ley 179 de 1959 estableció la obligación de agotar la vía de reclamo administrativo ante la Fundación Ciudad de Cali, cosa que omitió la parte actora, antes de acudir a la Justicia Ordinaria, cuando se trata de demandar a la Nación por perjuicios causados por la explosión ocurrida el 7 de agosto de 1956 en la mencionada ciudad.

Sobre lo cual se observa:

Como ya lo anotó la Sala en auto de 29 de mayo del presente año de 1962, de la simple lectura del artículo 2º de la referida Ley se

infiere que sus disposiciones fueron dictadas "con la finalidad de pagar **extrajudicialmente** las reparaciones a que haya lugar como consecuencia del siniestro", pero no convirtieron a dicha Fundación en un organismo jurisdiccional al que forzosamente hubiera que acudir para obtener de la Nación el pago de perjuicios causados por la aludida explosión. Todo lo cual resulta corroborado por el artículo 22, en cuya primera parte se contempla la posible excepción de pago que podrá alegar el Estado, llegado el caso, con relación a las causas que el damnificado hubiera recibido de la mencionada Fundación, y en su final expresamente advierte que "queda a salvo el derecho de quienes no quieran acogerse a las disposiciones de esta Ley para hacerlo valer ante la justicia ordinaria". Por consiguiente, sí es competente el Tribunal de Cali para conocer del presente negocio, de conformidad con el numeral 1º del artículo 76 del Código Judicial, que no quedó modificado por la Ley 179 de 1959. (Sala de Negocios Generales, 27 de junio de 1962, páginas 649, 1ª y 650, 1ª y 2ª).

43

COMPRAVENTA

(Obligación de los contratantes en relación con el objeto materia del negocio).

No es admisible en derecho contractual cualquiera cosa que favorezca a una de las partes en menoscabo de la otra. El vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato (1884, Código Civil), precisamente para garantizar al comprador la utilidad, según la naturaleza y destino económico de la cosa que compra. Pero el comprador también está obligado en la misma manera a recibirla. Tal la medida abstracta de lo conmutativo, la idea de equivalencia entre lo que ambas partes deben recibir por mérito de la contratación.

Es natural y obvio el deber del comprador de señalar objetivamente lo que desea, para que a su vez el vendedor esté en capacidad actual de saber determinadamente las características concretas, genéricas o específicas o aun solo accidentales del objeto que se le pide. No incide en el campo de la contratación el motivo que permanece oculto en el pensamiento del comprador. Debe expresarlo y hacerlo trascendente como condición del consentimiento, para que ese particular subjetivismo penetre en el negocio e integre su alcance obligatorio. De otra manera la controversia suscitada a propósito de inconformidad de lo vendido y lo entregado ha de medirse objetivamente, y en general con el auxilio de peritos en la materia. (Casación Civil, junio 30 de 1962, página 105, 1ª y 2ª).

44

CONCUSION

(Modalidades).

2. El delito de concusión se comete no sólo cuando el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, abusando de su cargo o de su función constriñe a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquiera otrá utilidad, sino cuando el agente induce a la víctima a hacer tal entrega o a realizar dicha promesa. (Sala de Casación Penal, mayo 10 de 1962, página 267, 1ª).

45

CONFESION

(Casos en que debe ser aceptada íntegramente por el juzgador).

1. Ha afirmado esta Sala de la Corte 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. (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 356, 1ª).

46

CONFESION

(Su naturaleza. Carácter personal de la misma).

Aunque el absolvente hubiera declarado que su relación jurídica y la de los otros dos actores era la de trabajo dependiente, no podría verse en ella prueba de su existencia, pues no es confesión el reconocimiento de un hecho por quien lo afirma, sino "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que la perjudica afirmado por la otra", conforme a lo dispuesto por el artículo 604 del Código Judicial, si se hace ante el juez, en la forma y términos que establece el precepto.

Además, la confesión es personal y la que se pretende deducir de lo dicho por el absolvente al contestar una de las preguntas del interrogatorio, se toma como prueba no sólo de la convención laboral entre él y el dueño de la finca, sino entre éste y los otros dos demandantes. Aunque se tratara, pues, de confesión judicial, no serviría para demostrar tres contratos de trabajo. (Sala de Casación Laboral, 2 de julio de 1962, página 563, 1ª y 2ª).

47

CONTRATO DE COMPRAVENTA

(Deberes del comprador y del vendedor).

Los deberes previstos en el Código Civil para vendedor y comprador, disciplinan en abstracto la relación de lo equivalente, sin perjuicio, en lo concreto, de lo que las partes entiendan compensatorio de su propia prestación, o como modalidad convencional que pueden reglamentar, al amparo de la ley civil, la que se aplica en forma supletiva, cuando no se ha regulado específicamente la situación contractual. (Casación Civil, julio 30 de 1962, página 151, 1ª).

48

CONTRATO DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. Las normas citadas por la sentencia acusada, incisos 1º y 3º, parágrafo 2º, artículo 1º del Decreto 797 de 1949, regulan la situación del empleado oficial ligado a la Administración Pública por contrato de trabajo. Para el caso de despido o retiro del trabajador ordenan la suspensión del contrato por noventa días, término dentro del cual la Administración está obligada a cubrirle las deudas por salarios, prestaciones e indemnizaciones causados, previniendo que si no pone a sus órdenes el importe de aquéllas, o no consigna su valor ante la autoridad competente, los contratos de trabajo recobran su vigencia conforme a la ley. (Sala de Casación Laboral, 9 de mayo de 1962, página 485, 1ª. Tomo XCIX, números 2256 al 2259).

49

CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE APARCERIA

(Contrato de trabajo y contrato de aparcería. Técnica de casación referida a la acusación por error de hecho. Defectos que hacen inestimable la declaración del testigo. El Juez laboral y la crítica del testimonio. Sentido procesal de la declaración no autorizada por la firma del funcionario).

1. El cosechero, al tenor de la Ley 100 de 1944 (artículo 1º) participa del carácter de arrendatario y a la vez del de socio del dueño de la tierra, cuando sus relaciones se rigen por la especie de contrato previsto en esa Ley (artículo 3º). En todo caso es un tenedor a título precario; se hace dueño de los cultivos si el contrato es de simple aparcería, en la proporción pactada con el arrendador, o de su totalidad, si la renta, según la convención, debe pagarla en dinero y no en especie. Como cosechero o aparcero es un trabajador au-

tónomo, pues ejecuta la labor en beneficio propio. En cambio, si su condición es la de asalariado, el trabajo lo rinde como dependiente del patrono y en provecho exclusivo de éste. Por tanto la expiración del contrato de aparcería no conlleva necesariamente la de la relación de trabajo dependiente, en el supuesto de que el trabajador, a la vez que aparcero haya sido asalariado del arrendador.

2. Formula el recurrente su único cargo por falta de estimación de las pruebas que indica o por su errónea apreciación. Su presentación en tal forma es defectuosa dentro de la mecánica del recurso de casación, pues la actividad del fallador no es idéntica cuando valora la prueba que cuando sobre ella guarda silencio, aspectos bien distintos que la ley de ese recurso independiza.

3. Con respecto a las declaraciones rendidas por los testigos A y B, la Sala encuentra que no eran estimables por estas razones: las rendidas por segunda vez no fueron autorizadas por el funcionario comisionado que intervino en su recepción, o sea el Inspector de Policía del lugar, pues no traen el respaldo de su firma; el delegado no practicó la prueba en audiencia, como lo ordena el Código Procesal del Trabajo en su artículo 42, ni consignó en la diligencia su apreciación sobre el mérito de los testimonios (artículo 52 ibídem); y, por último, la delegación de jurisdicción en el proceso del trabajo, para la práctica de pruebas, debe confiarse a autoridad del orden judicial y no a funcionario de la rama política, al tenor del artículo 52 citado.

4. Las objeciones que hace la sentencia acusada a la declaración del testigo C, se amoldan en concepto de la Sala a los principios que informan la crítica del testimonio. En efecto: el deponente hace afirmaciones sin acompañarlas de las debidas explicaciones, factor de importancia para llevar a la mente del juzgador el convencimiento de que se basan en la percepción personal y directa de los hechos, o en otros términos, que la declaración es responsiva. Si se comparan las preguntas del interrogatorio con sus respuestas, se observa que en lo esencial, repiten el contenido de aquéllas. Cuando la declaración se rinde en esa forma, la propia ley (artículo 688 del Código Judicial) le ordena al Juez que no debe permitir la respuesta en tales términos. Aunque éste, en el proceso laboral, goce de libertad en la estimación de las pruebas, no puede desatender el precepto en referencia, pues consagra una regla de sana crítica, de general aceptación en doctrina, acogida por la jurisprudencia.

5. Aceptando por vía de hipótesis que fue equivocado el juicio del sentenciador al estimar la declaración del testigo D, cabría considerar que el funcionario comisionado para su recepción no autoriza con su firma la diligencia, de manera que la prueba, por tal motivo, constituye, procesalmente, un acto inexistente. (Sala de Casación Laboral, 6 de junio de 1962, páginas 524, 1ª, 2ª; 525, 2ª y 526 1ª y 2ª).

50

CONTRATOS

(Interpretación de los).

En principio corresponde privativamente a los Tribunales interpretar los contratos mediante el descubrimiento de la voluntad y fines que las partes persiguen, como también determinar el sentido de las cláusulas cuandos los contratantes controvierten la inteligencia del convenio; o cuando las dudas se suscitan sobre la naturaleza del negocio jurídico. Para llegar a las conclusiones respectivas se toma en cuenta esa serie de circunstancias precedentes, concomitantes y subsiguientes de cumplimiento y ejecución, como que éstas son ya las interpretaciones hechas por las partes. Sólo en el supuesto de error flagrante del sentenciador en el análisis de tales circunstancias, o en la denominación ju-

rídica del contrato o de sus efectos, es posible el quebrantamiento de la sentencia de instancia. (Casación Civil, julio 30 de 1962, páginas 150, 2ª y 151, 1ª).

51

COSA JUZGADA

La sentencia ejecutoriada que resuelve un negocio judicial reviste la autoridad de ser la manifestación definitiva de la voluntad de la ley en el caso contemplado en él, y obligatoria a tal punto, que prohíbe un nuevo planteamiento de la misma cuestión, y considera nulo todo nuevo pronunciamiento que le fuere contrario. Para que la sentencia produzca tal efecto, se requiere que el nuevo juicio se desarrolle entre las mismas personas jurídicamente consideradas, por el mismo objeto y se funde en las mismas causas. (Casación Civil, julio 30 de 1962, página 156, 2ª).

52

COTEJO

(Apreciación de esta prueba).

La apreciación de la prueba de cotejo está comprendida dentro de las facultades de ponderación autónoma del sentenciador. (Casación Civil, agosto 24 de 1962, página 204, 1ª).

53

CUESTIONES PREJUDICIALES

(Bien puede ejercitarse separadamente la acción por perjuicios derivados del delito, pero, en todo caso la acción civil está subordinada a la penal).

Los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal consagran, en materia de responsabilidad delictual o culposa, el régimen a que está sometida la prejudicialidad, es decir, la prevención del conflicto en que pueden estar dos decisiones judiciales cuando la cuestión que debe resolverse en una de ellas constituye un presupuesto de lo que ha de decidirse en la otra.

Hay cuestión prejudicial cuando la defensa opuesta en el juicio civil se refiere a la existencia de la situación jurídica alegada en la penal, en cuyo caso el reconocimiento de la existencia de dicha situación en el segundo proceso necesariamente ha de ser tenida en cuenta en el primero, al pronunciarse la correspondiente declaración de certeza sobre la misma situación, si se quiere evitar el incurrir en fallos contradictorios. Por eso las expresadas normas subordinan la resolución sobre resarcimiento de perjuicios a la que se profiere en el proceso penal que se adelanta por el hecho que los ocasionó, la del artículo 11 mediante la suspensión de la sentencia civil mientras se resuelve la cuestión penal, y la del artículo 24 mediante la concurrencia en un solo proceso de las acciones civil y penal.

Pero no quiere ello decir que estas acciones no puedan ejercitarse independientemente, sino que en todo caso la civil esté subordinada a la penal. Por el contrario, el artículo 25 de la ya citada obra permite intentarlas separadamente, con las solas excepciones enunciadas en el artículo 28, cuando el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización; lo que indica que el ejercicio de la acción civil dentro de la causa penal es facultativo para el perjudicado. Y si bastan la no intervención en el juicio penal y la inconformidad con el respectivo fallo para que pueda adelantarse la acción civil en forma autónoma, cuanto más si por desistimiento, amnistía o muerte del culpable se ha extinguido la acción penal sin que lo mismo haya ocurrido con la civil, ya que la extinción de la acción pública para sancionar el delito no implica la del deber de indemnizar los perjuicios causados. Este deber subsiste aunque por alguna de las circunstancias anotadas no sea ya el caso de perseguir penalmente al responsable,

debido a que las dos acciones son de diferente naturaleza y tienen objeto diferente.

Por estos motivos, no puede prosperar la excepción de inepta demanda que alega el señor Agente del Ministerio Público quien afirmó al dar contestación al libelo, que "la demanda es inepta ya que la acción para reclamar perjuicios procede especialmente dentro del juicio penal". Mayormente cuando en los autos está comprobado el fallecimiento del sindicado, y consiguientemente la extinción de la acción penal, aun antes de que se llegara a la calificación del sumario, por lo cual ni siquiera la suspensión de la sentencia en espera de la decisión penal sería procedente en este caso. (Sala de Negocios Generales, 30 de junio de 1962, páginas 659, 1ª y 660, 2ª).

54

CULPA

(De la víctima y del autor del daño).

La culpa de la víctima y la culpa del autor del daño no son esencias diversas, aunque sean posiciones distintas frente a un mismo hecho. Así lo consideran tratadistas como Planiol y Ripert cuando afirman: "La existencia de culpa por parte de la víctima se aprecia según los mismos principios que la culpa del autor del daño. Sobre todo, no existirá culpa en exponerse voluntariamente a un peligro, si tal cosa se hace a fin de desviar de sí o de otra persona un riesgo considerable e inminente, como cuando uno se expone a fin de detener un caballo desbocado o de extinguir un incendio. Inclusive puede existir la obligación de proceder así, lo que excluye necesariamente toda culpa". (Casación Civil, julio 10 de 1962, página 125, 1ª).

55

CULPABILIDAD

(Aspecto subjetivo del delito).

2. No todo hecho objetivamente antijurídico constituye delito, pues es menester que de su autor pueda predicarse la **culpabilidad** o imputación subjetiva de la conducta reprimida por la ley penal.

3. Ya dijo esta Sala que "la intención puede ser relativa a la producción de los efectos del hecho voluntario o a la conciencia que el autor tenga del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su acción". En fin, el dolo es la orientación de la voluntad a un fin ilícito. (Sala de Casación Penal, mayo 22 de 1962, página 277, 1ª).

56

DEFENSA PUTATIVA

(El error de hecho como presupuesto de esta justificante).

2. La Corte ha reconocido, acorde en ello con el criterio de notables tratadistas nacionales y extranjeros, que la figura de la defensa putativa constituye una especie del error esencial de hecho, y que, en consecuencia, su más adecuada ubicación se halla dentro de las causas o motivos de inimputabilidad previstos por el artículo 23 del Código Penal; concretamente, en el numeral 2º de dicha norma. (Sala de Casación Penal, mayo 8 de 1962, página 244, 1ª).

57

DELITO

(Su estructura).

3. El delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable. En consecuencia, si el comportamiento de acción u omisión no se ajusta a una definición de la ley penal, no existe infracción punible. (Sala de Casación Penal, mayo 10 de 1962, página 267, 1ª).

58

DELITO IMPERFECTO

(Idoneidad o no de los medios).

1. Se arguye que las escopetas que dispararon los sindicados no eran idóneas para

causar la muerte sino sólo las lesiones que realmente ocasionaron. En el examen de este aserto importa recordar que en relación con los medios para consumar un delito, no es dable hablar en abstracto ni mucho menos en forma absoluta, puesto que, como lo reconoce Geyer y lo demuestra la experiencia, un medio, considerado en ese campo como inidóneo, puede resultar, en concreto, como idóneo y, a la inversa, un medio idóneo en asbtracto, puede resultar, en concreto, como inidóneo. Esto es algo de que se prescindió en el caso de autos, en donde la tesis de la inidoneidad de los medios, a más de que se dejó, en rigor, al amparo de un simple enunciado, vale decir, sin respaldo dialéctico, aparece formulada en abstracto y revestida de un absolutismo que ni siquiera se ensaya explicar.

2. Respecto de las heridas que recibieron las víctimas como consecuencia de los disparos y que la defensa acoge, en razón de su escasa entidad, como criterio para establecer la supuesta inidoneidad de los medios escogidos por los procesados en la realización del propósito de muerte, es de evidente necesidad observar que esa materia se refleja y tiene significado propio, no con relación a la calidad de que pueden estar revestidos, en su naturaleza intrínseca esos medios, sino a la aptitud de la acción para determinar el peligro, la cual, en su esencia, es absolutamente distinta de la idoneidad, referida a medios, que es una producción directa del agente, inherente, de suyo, al propósito que lo guió, en tanto que la aptitud de la acción, en su realidad física, es extraña al proceso volitivo y se ofrece cuando el acto, ya desprendido de su autor, se introduce, con su fuerza de propulsión, en el mundo de los fenómenos para correr allí las contingencias de los mismos. En el caso de autos, la aptitud de la acción, llamada también adecuación, fue deficiente, circunstancia que, independiente de la voluntad de los procesados, fue la que salvó la vida de las víctimas, condenadas a morir, de acuerdo con el propósito de aquéllos y los medios de que se valieron para realizarlo.

3. Por lo demás la inidoneidad de los medios, para que pueda obrar como factor de oposición a la incriminación de un delito imperfecto, en su forma de tentativa o de frustración, según las enseñanzas de los expositores, debe consistir en un defecto que hace ineficaces por sí mismos los medios empleados, es decir, en defectos de la esencia intrínseca de esos mismos medios, de manera que se excluya que puedan dar lugar a la realización del propósito del agente que los pone en ejecución, condición que no se registra en el caso de autos, precisamente porque en la naturaleza intrínseca de las armas utilizadas por los procesados se encuentra la raíz de su poder letal. (Sala de Casación Penal, julio 4 de 1962, página 397, 1ª y 2ª).

59

DEMANDA

(Exigencias de los artículos 205 y 737 del Código Judicial).

Las exigencias de los artículos 205 y 737 del Código Judicial relacionadas con el contenido de la demanda, tienen tal trascendencia en el juicio, que la falta de ellas puede conducir a que la demanda sea objetada con la excepción dilatoria de inepta demanda, o a que, no habiéndose propuesto tal defensa por la parte demandada, el Juez que halle deficiente el libelo por no someterse a los preceptos citados, se declare inhibido de fallar por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

Todavía más, la demanda que llena las exigencias de los preceptos citados, tanto en las súplicas como en los hechos que les sirven de causa es, con la contestación de ella por la parte demandada, la base de la relación jurídico procesal trabada entre las dos partes contendientes y la pauta inmodificable para

resolver las peticiones y las defensas propuestas. Esta relación jurídico procesal es la que no permite al Juez aceptar hechos nuevos o modificar los enunciados, la que lo obliga en el fallo a hacer una relación de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que ha de resolver y la de fundar sus decisiones en los hechos conducentes de la demanda demostrados de manera plena y completa. (Casación Civil, junio 12 de 1962, página 77, 1ª).

60

DEMANDA

(Límite de la autonomía del fallador en la estimación de la).

Es cierto que el fallador goza de libertad en la apreciación de la demanda, pero esta libertad es relativa en cuanto que tiene que someterse a la **causa petendi,** o sea, a los hechos enunciados en el libelo, a las súplicas derivadas de ellos, y a las normas que gobiernen la concesión o negativa del derecho impetrado. La modificación de la causa por parte del Juez o la admisión de hechos fundamentales no previstos en la demanda, implica una alteración de la relación procesal y evidente error de hecho por cuanto el sentenciador basaría en tal caso su decisión en hechos que no constan en la demanda. (Casación Civil, junio 12 de 1962, página 77, 1ª y 2ª).

61

DERECHO DE DEFENSA

(Defensa formal y material).

3. La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa.

4. El derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejercitarla y consiste, como expresa Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

5. La distinción entre defensa material y defensa formal consiste —según el tratadista Alfredo Vélez Mariconde— en que la primera es la que lleva a cabo el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; mientras la segunda, o formal, "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal...", la cual exige "conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no podría defenderse eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución. (Sala de Casación Penal, mayo 5 de 1962, páginas 224 y 225, 2ª y 1ª).

62

DESHEREDAMIENTO TACITO

Por cuanto el "desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima"; desde luego que esa orden no es valedera si no expresa específicamente alguna de las causas predeterminadas taxativamente por la ley para motivarla, siempre que haya sido probada en vida del testador; y como quiera que no hay revocación tácita del desheredamiento por ulterior reconciliación (1265 a 1269 del Código Civil), repugna al espíritu, al fin, e incluso al claro texto de las normas, que en modo alguno pueda existir el desheredamiento táci-

to. (Casación Civil, julio 9 de 1962, página 117, 1ª).

63

DESLINDE

(Objetivo de la oposición).

Como el juicio de oposición a un deslinde tiene como único objetivo determinar si la línea fijada por el Juez se ajusta a las pruebas presentadas para confirmarla, o señalar de modo preciso la que deba adoptarse en razón de las nuevas pruebas que se hayan aducido al juicio, es claro que al fallador le corresponde sostener la primera cuando la inspección efectuada en el ordinario no sólo no modifica en nada la diligencia de apeo sino que la corrobora (G. J. T., 41, pág. 862; 47, pág. 48; 55, pág. 608; 56, pág. 237). (Casación Civil, agosto 23 de 1962, página 200, 1ª).

64

DEVOLUCION DE AUTOS

(Sanción a las partes por la no devolución de autos).

La sanción por el incumplimiento del deber de restituír los autos consiste para el caso, en que "se dicta sentencia y se tienen por ciertos los hechos fundamentales de la demanda, si es admisible la prueba de confesión, y se toma como base la copia de aquella que debe existir en la oficina" (2ª, 381 C. J.).

En conformidad con el artículo 224 **ibídem**, es entonces la copia de aquella copia de la demanda que "se saca a costa del actor en un libro que para el efecto debe llevarse por el Secretario". Y se saca esa copia de la copia de la demanda inicial para todos los efectos y muy precisamente para proferir sentencia en el evento de que los autos no sean devueltos por el demandado. (Casación Civil, agosto 16 de 1962, página 194, 1ª).

65

DICTAMEN PERICIAL

(Requisitos que debe llenar para asignarle plenitud probatoria).

La peritación a que el artículo 722 del Código Judicial le asigna plenitud demostrativa es aquella en que concurren estos requisitos: primero, provenir de dos peritos; segundo, ser uniforme; tercero, versar sobre hechos sujetos a los sentidos y apreciados directamente por ambos expertos; cuarto, ofrecer plena certeza en sus conclusiones. Cuando los peritos rinden un solo dictamen, lo ordinario es que éste sea uniforme; pero si se separan y emiten sendos conceptos, hay que buscar la uniformidad en los hechos examinados y en las conclusiones inferidas. (Casación Civil, agosto 14 de 1962, páginas 185, 2ª y 186, 1ª).

66

(Distinción entre la inconsonancia con lo pedido y la reformatio in pejus).

2. La incongruencia del fallo de segundo grado puede presentarse habiendo apelado del de primero una sola de las partes o ambas; en cambio, la **reformatio in pejus** sólo se produce cuando apela el litigante parcialmente vencido y la providencia de segundo grado desmejora la situación en que lo había colocado la del primero. Son, pues, dos fenómenos procesales diferentes. (Sala de Casación Laboral, 10 de mayo de 1962, página 490, 1ª y 2ª).

67

DOLO

(Clasificación).

4. El dolo, en lo tocante con su intensidad, según la clasificación tradicional, se divide en dolo de ímpetu el que, sobre la base de la

actividad consciente que es común a cualquier tipo de dolo, se integra, siempre e inexorablemente, a través de una grave e injusta provocación; el dolo de simple resolución, llamado también de simple propósito, que es el que se integra a impulso del momento, frente al estímulo que le da vida y determina el obrar, en función de conseguir el delito querido, a continuación de que se acoge, como resolución, el propósito de consumarlo; y, por último, el dolo premeditado, que se integra con la concurrencia de un proceso reflexivo en torno al hecho delictuoso que se ambiciona realizar cuya culminación se traduce en la resolución de consumarlo, la que se deja en suspenso por algún tiempo más o menos dilatado, tiempo en cuyo transcurso el agente debe permanecer en absoluto ánimo frío, para entonces sí llevar a cabo la acción delictuosa. (Sala de Casación Penal, julio 4 de 1962, páginas 397, 2ª, 398, 1ª).

68

DOMINIO

(Y acción de pertenencia).

La acción petitoria del dominio la consagra el artículo 669 del Código Civil, que define tal derecho, pues si, según el artículo 665 del mismo, de los derechos reales nacen las acciones reales, del derecho real de dominio, definido en aquella norma, nace la acción, para que quien lo tiene en su patrimonio obtenga la declaración o reconocimiento de él contra quien pretende haberlo adquirido también. El artículo 2º de la Ley 120 de 1928 consagra la acción petitoria del dominio adquirido por prescripción, llamada también de pertenencia, sometida a los trámites establecidos en la misma ley. (Casación Civil, julio 30 de 1962, página 157, 1ª).

69

ENFERMEDAD NO PROFESIONAL

(Alcance del artículo 64, sobre condición resolutoria).

4. No tiene consistencia el reparo de que, habiéndose retirado voluntariamente la empleada, se produjo de pleno derecho la resolución del vínculo, a causa del incumplimiento de sus obligaciones, pues no consagra el artículo 64 del Código dicho fenómeno jurídico por ministerio de la ley, sino la condición resolutoria tácita, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, para lo cual se requiere que la parte lesionada con el incumplimiento de la otra, ejercite la acción correspondiente.

5. El incumplimiento de lo pactado en el contrato de trabajo da derecho para exigir del responsable de la infracción de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, sin que haya necesidad de pedir la resolución del vínculo, según lo tiene resuelto la jurisprudencia. (Sala de Casación Laboral, 1º de junio de 1962, página 508, 1ª y 2ª).

70

ERROR DE HECHO

Cuando la censura en casación se hace por error de hecho en materia probatoria, ciertamente toca con la autonomía que compete al Tribunal de segundo grado para formarse su convicción acerca de las situaciones objetivas que estructuran la materialidal del caso en litigio. Por ello, la impugnación que en este campo se haga, para ser próspera, ha de acreditar que ese convencimiento así obtenido por el sentenciador, con efecto trascendente a su decisión, está engendrado de un error de hecho evidente cometido por él en la apreciación o desestimación de determinadas pruebas. De lo contrario, su juicio sobre los hechos tiene que mantenerse intocado.

Por imperativo conceptual, la evidencia en el error de hecho reclama que éste se imponga de manera cierta e indiscutible a la inteligencia que lo observa. Así, se admite su existencia, cuando el sentenciador ignora o deja de ver un medio probatorio, que hace parte del proceso; o cuando supone un medio no existente en éste; o hace decir al que existe lo que en manera alguna expresa o significa; y también, en materia de indicios, cuando saca conclusiones de antecedentes no demostrados, o de los que lo están deduce consecuencias absurdas, esto es, abiertamente contrarias a la lógica elemental o sentido común. (Casación Civil, junio 30 de 1962, página 85, 1ª y 2ª).

71

ERROR DE HECHO

(Demostración deficiente de la causal 2ª de casación. Fallas técnicas al ser sustentado el recurso. Causal 1ª de casación penal).

1. Es obvio que tratándose de un juicio criminal desarrollado bajo las normas del Decreto 0012 la causal segunda de casación es procedente, dentro de la técnica del recurso, para enjuiciar, frente a la ley, la sentencia materia de acusación. Pero la viabilidad del recurso por lo que a los presupuestos de forma se refiere no es suficiente a los fines pretendidos, si de otra parte el impugnador no comprueba y demuestra los cargos de invalidez del fallo, es decir, la errada o indebida apreciación de los hechos por el sentenciador.

2. **El error de hecho,** como motivo de casación, supone en todos los eventos previstos en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que la sentencia del **ad quem** atribuyó un valor probatorio a elementos de juicio que no lo tenían, o que dejó de reconocérselo a aquellos que sí eran ameritables, determinando así una resolución contraria a la verdad procesal y, consecuentemente, violatoria del derecho y de la ley sustantiva penal.

Pero ese **error,** lo ha dicho y repetido la Sala, no lo conforma la disparidad de criterios entre el Tribunal y el recurrente en el juicio valorativo de la prueba, ni la simple inconformidad del actor con la decisión de instancia. Ha de consistir necesariamente en un error de fondo, manifiesto, ostensible y claro, hasta el punto de permitir a la Corte señalar sin equívocos la violación indirecta de la ley. De otra manera se desvirtuaría el recurso extraordinario de casación, en su naturaleza, fundamentos y fines, para hacer de él una instancia más y permitir a las partes debatir cuestiones legítimamente resueltas en las etapas ordinarias del juicio.

3. En el caso **sub judice** el señor apoderado endereza su argumentación solo contra algunos de los elementos de prueba tenidos en cuenta por el **ad quem** para el fallo condenatorio, lo que fácilmente puede observarse de los apartes transcritos de las tres demandas, sin ocuparse en un todo del caudal probatorio analizado por el Tribunal. Con este procedimiento la acusación no es demostrativa de error y los planteamientos hechos quedan en simples hipótesis, acerca de las cuales el propio recurrente no ofrece un criterio firme ni definido, pues lo mismo sustenta la invalidez de la sentencia por no haber en los autos prueba para condenar a los procesados, que demanda, alternativamente, el reconocimiento de modalidades específicas de atenuación —no concurrentes— como la **provocación,** la **riña imprevista** y la **complicidad correlativa.**

4. Si el recurso de casación exige al demandante no sólo formular los cargos, sino demostrarlos, este último empeño, tratándose de cualquier causal y particularmente de la segunda, no permite al actor planteamientos contradictorios, ni alternativos, ya que cuando así se procede la argumentación se demerita y aniquila, por su base, el recurso.

En las demandas de que se trata el señor apoderado incurre en la lamentable contradicción jurídica esbozada, y no cabe entender que sean solicitudes subsidiarias a la negación completa de la prueba de cargo las demás hipótesis, máxime si las supuestas situaciones de responsabilidad aminorada quieren edificarse sobre pruebas que se estiman inválidas, o si se formulan sin respaldo alguno, olvidando el recurrente su imperiosa obligación, cuando de la causal segunda de casación se trata, de establecer inequívocamente el error de hecho.

5. Estas fallas técnicas al ser sustentado el recurso impiden que pueda prosperar, pues no sería función propia de la Sala de Casación Penal sin demanda fundada, comprometerse en un examen de prueba para ver de sacar verdadera alguna de las varias hipótesis planteadas por el impugnador. Equivaldría esto, sin lugar a dudas, a una tercera instancia, en la que la Sala se vería llevada a desconocer, sin fundamento, la autonomía de los Jueces ordinarios en la valoración de los hechos, y a darle a la casación alcance, contenido y fines que le son, por ministerio de la ley, extraños.

6. La **causal primera**, alegada por el señor apoderado como consecuente de la **segunda**, no es preciso estudiarla a espacio, ni requiere particular examen por parte de la Sala, pues no demostrado el error de hecho, lógico es que la supuesta violación de la ley penal sustantiva tampoco sea admisible. (Sala de Casación Penal, páginas 469 y 470, 1ª, 2ª y 1ª, agosto 28 de 1962).

72

ERROR DE HECHO

(Cuándo lo comete el sentenciador).

Comete error de hecho, lo ha repetido la Corte, el sentenciador que tiene por no demostrado uno o más hechos a causa de no haber tenido en cuenta un medio de juicio que demuestra la existencia de tales hechos o hecho, o cuando los da por establecidos en razón de no haber apreciado medios aducidos al proceso, que establecen de manera evidente que ellos no existieron. (Casación Civil, agosto 23 de 1962, página 198, 2ª).

73

ERROR DE HECHO

(Sobre qué versa).

Es ineficaz el desarrollo de cargos por error palmario alegando indebida inteligencia de la prueba. Dentro del recurso de casación el error valorativo supone conocimiento de los elementos materiales destinados a establecer lo que es motivo de discusión; mientras el error de hecho evidente entraña la ignorancia o la suposición de las pruebas. El error de hecho evidente "no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio por el cual se trata de probarlo". (Casación Civil, julio 30 de 1962, página 149, 2ª).

74

ESTIMACION DE PRUEBAS

(Facultades del fallador de instancia en materia laboral).

En repetidas oportunidades la jurisprudencia laboral ha dicho lo siguiente: "Cree el Tribunal Supremo que dada la libertad de apreciación que la ley confiere al fallador, en este caso no se llega a demostrar con las pruebas aducidas, que se incurriera en un error de hecho ostensible, tan manifiesto que se encuentre contrario a la realidad. Y ya se ha dicho en reiteradas ocasiones que aún en los casos dudosos, en virtud de la libre formación del convencimiento que se atribuye al Juez, es procedente respetar la estimación que haga del acervo probatorio". (Gaceta del

Trabajo. Tomo V, página 1091). (Sala de Casación Laboral, 30 de agosto de 1962, página 626, 1ª).

75

EXCESO EN LAS JUSTIFICANTES

(Presupuestos para su validez).

2. El precepto contenido en el artículo 27 del Código Penal implica que se den las circunstancias de justificación del hecho a que aluden los casos indicados en el artículo 25 de la misma obra, esto es, cuando existen todos los requisitos señalados para cada uno de ellos, pero el agente excede los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad. (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 356, 1ª).

76

EXTRA Y ULTRA PETITA. TECNICA DE CASACION. CONTUMACIA DEL PATRONO. INDEMNIZACION MORATORIA.

(Requisitos necesarios para que el Juez laboral de primer grado pueda fallar extra y ultra petita. Técnica de casación con referencia al cargo de errónea interpretación de la ley. La contumacia del patrono para comparecer en juicio no implica mala fe. Qué efecto tiene el pago directo al trabajador, en vez de la consignación, de la suma que el patrono estima deberle. La norma que establece la indemnización moratoria sólo contempla deudas por salarios y prestaciones, no la de perjuicios por ruptura ilegal de contrato. Proporcionalidad entre el valor de lo consignado y el de lo realmente debido).

1. La Sala anota que la facultad concedida al Juez del primer grado para decidir **extra y ultra petita**, conforme a lo previsto en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, la condiciona el precepto al lleno de estos requisitos: que los hechos que les sirven de apoyo hayan sido discutidos en el juicio y que estén debidamente probados.

2. Si al concepto de falsa inteligencia de las normas que acusa, asocia el impugnador errores de hecho, incurre en defecto de orden técnico que hace inestimable el cargo, pues el motivo de casación alegado es extraño a toda consideración sobre cuestiones fácticas.

3. La contumacia de la empresa demandada durante el trámite del juicio, nada tiene que ver con la buena o mala fe patronal ni puede tomarse en cuenta para fijar el sentido de la previsión legal contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Si el patrono es contumaz y se abstiene de ejercitar medio alguno de defensa en el juicio, tal comportamiento puede depararle perjuicios si, por su inercia, el fallo le resulta adverso. Por lo demás la ley no le impone al demandado la obligación de defenderse, de manera que si resuelve no hacerlo, no puede verse en esa actitud incumplimiento de obligación alguna ni hecho constitutivo de mala fe, como lo entiende el impugnante.

4. Según documento obrante en el proceso el patrono pagó al trabajador, expirado el contrato, lo que estimó deberle por obligaciones emanadas del mismo. Si la consignación de su importe, al tenor del inciso segundo del mandato contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, libera al empleador de la sanción que establece el inciso primero, mediante la manifestación de que la suma consignada es la que confiesa deber, el pago directo al acreedor produce la misma consecuencia, salvo que en el juicio se demuestre el hecho de que lo pagado es suma ínfima, desproporcionada al monto real de las acreencias laborales. Si de la condena proferida por el Tribunal se deduce la relativa a perjuicios por lucro cesante, como es de rigor, ya que el artículo 65 sólo contempla deudas por salarios y prestaciones y no la de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, el valor de las deudas, en el presente caso, asciende a $ 2.739.30,

cifra esta que comparada con la consignada por el patrono ($ 2.216.72) da una diferencia de escasa importancia. (Sala de Casación Laboral, 12 de junio de 1962, páginas 530, 1ª y 2ª y 531, 1ª y 2ª).

77

FALLO ABSOLUTORIO

(Excarcelación).

3. Los artículos 410 y 416 del Código de Procedimiento Penal, es preciso armonizarlos para que no produzcan soluciones incongruentes. Si el fallo absolutorio trae como consecuencia ineludible la excarcelación, con base en el primero, no puede pretenderse que el segundo permita la cancelación del beneficio en cualquier tiempo, aunque ésta provenga de aquella decisión. Habría en esto un contrasentido, el cual sólo puede eliminarse dándole al artículo 416 un contenido y alcance que lo haga funcionar procesalmente dentro de las propias circunstancias que exige, esto es, cuando todavía en el proceso no haya recaído una decisión tan seria y grave como la absolución y aparezcan entonces, los eventos que pregonan los artículos 393 y 406, con los que guarda el 416 completa armonía, ya que el primero autoriza la detención, y el segundo limita los delitos en que no puede otorgarse el beneficio, en cuyas ocurrencias puede decretarse con fundamento en los presupuestos allí fijados, mediante la solicitud, en cualquier tiempo, que formulen al respecto el Agente del Ministerio Público y la parte civil. De otra manera se haría nugatorio e írrito el derecho de excarcelación, si concedida ésta porque se dictó sentencia absolutoria, se permitiese por la ley, incontinente, revocar la gracia con la sola petición de las partes que menciona el artículo 416. (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 368, 2ª).

78

(Formalidades esenciales para la validez de la convención colectiva. Cómo se prueba la existencia de una convención).

INDEMNIZACION POR DESPIDO ILEGAL DEL TRABAJADOR

3. Las exigencias del artículo 47 de la Ley 6ª de 1945 coinciden esencialmente con las del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que en éste se dispone que la convención conste por escrito y que un ejemplar de ella se deposite en el Departamento Nacional del Trabajo (hoy División de Asuntos Industriales). De modo que si la que obra en un proceso es copia simple de la convención colectiva, no se le puede otorgar mérito legal por no haber sido expedida por la autoridad a la que se ha encomendado su depósito. (Sala de Casación Laboral, 29 de mayo de 1962, página 497, 2ª).

79

FUERO CASTRENSE

(Juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional).

1. Conforme a los preceptos del Decreto 1705 de 18 de julio de 1960, los miembros de la Policía Nacional carecen en la actualidad de fuero castrense, lo que hace que cuando se les juzga por delitos cometidos en calidad de tales, sea la justicia ordinaria la que conozca de esos procesos y no la justicia militar. (Sala de Casación Penal, mayo 17 de 1962, página 271, 1ª).

80

FUERO MILITAR

(Competencia para su juzgamiento).

1. De conformidad con el artículo 170 de la Constitución Nacional, "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo

y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". No basta, entonces, para que sea pertinente el fuero penal militar que se trate del juzgamiento de un miembro de las Fuerzas Militares, sino que es menester que el delito o delitos de que se les sindique sean cometidos "en relación con el mismo servicio".

2. La jurisdicción penal militar conoce "de los delitos establecidos en las leyes penales comunes" de que se sindique a militares en servicio activo o a civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, solamente cuando hayan sido consumados "en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior" (artículo 308, ordinal 2º, del Código de Justicia Penal Militar), o "en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República" (artículo 308, ordinal 3º). (Sala de Casación Penal, julio 10 de 1962, página 412, 1ª).

81

FUGA DE PRESOS

(La persona debe estar legalmente detenida).

2. La persona indicada, por razón de su cargo, para dar cuenta, con exactitud y precisión, de la evasión o fuga de uno o varios presos, es el Director de la Cárcel, quien, en eventos de esta índole, está obligado a informar al respecto, por medio del debido oficio, al funcionario a cuya disposición se encuentren esos presos.

3. Para que, con arreglo a la ley, la evasión de un preso pueda entenderse como delito de fuga, es requisito absolutamente indispensable que, para el momento de la evasión, el sindicado se encuentre legalmente detenido. (Sala de Casación Penal, junio 8 de 1962, página 335, 1ª).

82

FUNCION POLICIVA DEL PODER PUBLICO

Qué actividades corresponden en esta materia a la Nación, a los Departamentos y a los Municipios).

Pero si lo que el alcalde pretendía —en los autos no está establecido que se propusiera ejercer una función judicial— era solamente rescatar a las víctimas del accidente o sus cadáveres con fines ajenos a la instrucción de un sumario, entonces desempeñaba una simple función policiva, distinta de la de auxiliar de la justicia que a los funcionarios de policía atribuyen las leyes, y que en el concreto caso de autos tampoco corresponde al Departamento.

Entiéndese por **policía** una especial actividad del Poder Público encaminada a asegurar el orden en todas sus manifestaciones, por lo cual tiene fundamentalmente por objeto prevenir cuanto pueda causar daño o molestia a la comunidad; o sea, que se propone preservar esa orden actuando, dentro de los límites que le señalan la Constitución y las leyes, para promover la libertad y seguridad de las personas, la moralidad, salud y tranquilidad sociales, y en fin, el bienestar general. Es esa una función esencialmente administrativa, y su esfera de acción son todas las expresiones de la conducta humana y los hechos y las cosas que en cualquier forma puedan perturbar el ordenado desenvolvimiento de la vida de relación en la comunidad.

Entre las múltiples formas de la policía conviene destacar la que algunos expositores denominan **policía mortuoria,** que concierne al rescate de cadáveres y a su identificación, disposición e inhumación por motivos distintos de los que mueven a la administración de justicia, como son dar a los deudos oportuna noticia de la muerte, resolver lo pertinente a la disposición de los restos, promover el se-

pelio, y aun prevenir enfermedades o epidemias que pudieran sobrevenir si los cadáveres permanecen mucho tiempo expuestos sin darles sepultura, etc., actividad que es de índole exclusivamente administrativa. No es necesario hacer hincapié en que función propia de la policía no es solamente auxiliar a la justicia, sino de modo muy especial proteger los derechos personales y garantizar el cumplimiento de deberes que incumben a las entidades públicas en relación con cometidos suyos que, como la seguridad e higiene públicas, se verían desatendidos sin la intervención de la policía mortuoria.

Ahora; la Constitución atribuye a la ley las facultades de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación" y de "regular el servicio público" (artículo 76), a la vez que la autoriza para "reglamentar lo relativo a la policía, con el fin de unificar los reglamentos de tránsito" (artículo 77). En cuanto la necesidad de una facultad específica para **unificar** un reglamento presupone **diversidad** de legislación sobre la misma materia, esta última norma implica un virtual reconocimiento o constitucionalización de regímenes particulares de policía, o sea, de las policías locales. En desarrollo de estos preceptos fundamentales, el capítulo IV del título 2º del Código Político y Municipal clasifica las leyes según el ramo a que pertenecen, y en su artículo 40 incluye a la policía en el ramo administrativo, a tiempo que en el artículo 97, ordinal 8º, señala a las asambleas la función de "reglamentar la policía local, en todos sus ramos, respetando las disposiciones legales"; y en el ordinal 5º del 169 atribuye a los concejos "arreglar la policía en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del Gobierno, del Gobernador o del Prefecto respectivo". Siendo la materia sujeta al régimen de policía la más indeterminada y comprensiva de cuantas son objeto de reglamentación legal, y habiendo el legislador dejado a los departamentos y municipios en libertad para darse su propio régimen con la sola limitación de respetar las disposiciones superiores, es claro que si el Estado o el respectivo departamento no han asumido en forma exclusiva la prestación de un servicio de policía determinado, corresponde al municipio ese deber dentro de su propio territorio. Es principio que fluye de las normas anteriores que a la Nación y a los departamentos no les competen en materia policiva sino las funciones que se hayan reservado, y que consecuencialmente, son de la incumbencia de los distritos municipales todas aquellas que no han sido expresamente sustraídas a su jurisdicción. De todo lo cual se sigue que cuando el alcalde, como jefe superior de policía en su territorio, calidad que le otorga el artículo 183 del Código Político y Municipal, atiende a deberes inherentes a la policía mortuoria que no han sido excluídos de los que corresponden a los municipios, son éstos los que prestan el respectivo servicio, y no la Nación ni el departamento. (Sala de Negocios Generales, 31 de agosto de 1962, página 737, 1ª y 2ª).

83

HIPOTECA

(Constituída por un comunero sobre determinados inmuebles de la comunidad).

Tratándose de una comunidad singular o universal, los artículos 779, 1401 y 2442, ibídem, armónicamente interpretados, permiten al comunero gravar con hipoteca determinado o determinados inmuebles o una parte de ellos, no obstante que en el caso de una comunidad universal, sucesión o sociedad conyugal en liquidación, los herederos y los cónyuges apenas tienen un derecho en la universalidad de bienes, y en el condominio sobre cosas singulares cada copartícipe posee su cuota sobre las cosas que lo integran, pero no el bien o bienes o la parte determinada de ellos que gravan, debido a que está pen-

diente en ambos casos la división del patrimonio común, hecho que concreta el dominio de cada comunero en las cosas que se le adjudiquen. (Casación Civil, mayo 3 de 1962, páginas 55, 2ª y 56, 1ª).

84

HIPOTECA

(La constituída sobre cosa ajena adolece de nulidad absoluta).

La hipoteca que garantiza definitiva y eficazmente las obligaciones aseguradas con ella, es la contraída por la persona que, siendo capaz, es dueña del inmueble gravado, según lo preceptúan los artículos 2439 y 2443 del Código Civil, y lo tiene aceptado la Corte en larga y sostenida doctrina. En razón de que la primera de estas normas no permite establecer hipoteca sino sobre bienes propios, y la segunda repite que no podrá tener lugar sino sobre los inmuebles que se posean en propiedad o usufructo, se ha considerado, por la prohibición que sus términos entrañan, que la hipoteca sobre cosa ajena adolece de nulidad absoluta, por caer dentro de los términos del artículo 1523 del Código Civil, que sancionan de objeto ilícito todo contrato prohibido por las leyes. (Casación Civil, mayo 3 de 1962, página 55, 2ª).

85

HOMICIDIO

(Aspecto subjetivo).

El homicidio requiere en sus distintos tipos una acción psíquica, como elemento subjetivo del delito, que se manifiesta en un dolo genérico cuando el agente obra con plena conciencia de que el hecho que ejecuta viola la ley penal, o en un dolo específico, en el caso de que la actividad del sujeto vaya dirigida a la comisión de un delito determinado que en la muerte ilegítima que un hombre da a otro, debe radicarse en las siguientes hipótesis: que se obre con intención de matar, es decir, con el propósito de causar la muerte **animus necandi** (artículo 362 del Código Penal), o bien, con intención de herir **animus vulnerandi,** que constituye lo preterintencional (artículo 365 ibídem), o en último extremo, a las condiciones que dan al hecho fisonomía de culpa, por imprudencia como forma de imprevisión activa o negligencia, como forma de imprevisión pasiva, o por uno cualquiera de los distintos factores que constituyen el hecho culposo, los cuales sirven para configurar una infracción de tal índole (artículo 12 en concordancia con el 370 ibídem).

Si ninguna de estas condiciones subjetivas se desprende del veredicto, el fallo en derecho que opta por cualquiera de aquellas hipótesis, sin estar expresas en él, ni en el cuestionario propuesto, rebasa sin duda sus propios términos, suplanta la voluntad de los jueces populares, desvirtúa el verdadero sentido de la decisión de conciencia, cosas todas estas que al Juez de derecho le están vedadas. (Sala de Casación Penal, mayo 5 de 1962, página 230, 1ª).

86

HOMICIDIO

(Tentativa).

2. Resulta evidente que la tentativa de homicidio planteada al jurado de conciencia se hace derivar no sólo de las heridas causadas por el procesado a su víctima con arma de fuego, sino de las que le causaron a ésta "desfiguración facial y perturbación funcional de carácter permanente por pérdida del ojo derecho", cargo mucho más comprensivo del que se le formuló en el auto de proceder. En otros términos: la cuestión sometida a los Jueces de hecho altera gravemente el pliego de cargos determinando un veredicto que

en materia fundamental, desconoce la verdad histórica de los hechos. Ello constituye, a juicio de la Sala, la pretermisión de una importante formalidad del juzgamiento, quebrantándose las garantías del procesado y violándose, por ende, el artículo 26 de la Constitución. Un error de tal naturaleza y magnitud es subsanable en casación a través de la causal cuarta, cuando ésta ha sido eficazmente sustentada por el actor. (Sala de Casación Penal, agosto 28 de 1962, página 458, 1ª).

87

IDENTIFICACION DE PREDIOS

(La del bien que se reivindica hecha sobre planos topográficos, y no sobre el terreno mismo, es inadmisible).

Uno de los elementos integrantes de la acción de dominio es la identidad del bien que se reivindica, es decir, la correspondencia de la cosa singularmente señalada en la demanda y en el título respectivo con la que posee el demandado. La Corte tiene repetido que la identificación de un bien puede establecerse mediante la inspección ocular con peritos o testigos, que es la prueba más adecuada para este efecto, (Cas. de octubre 24 de 1940, L. 1964, 394), pero que también es posible efectuarla con el solo dictamen pericial (LXXII - 2116, 559), por medio de la prueba testimonial (Cas. octubre 22 de 1954 - LXXVIII, 937) y aun mediante la admisión o la confesión del demandado (Cas. junio 22 de 1956 - LXXXIII 2169, 71).

La identificación de un predio no consiste sólo en fijar el lugar en que está localizado, sino también en recorrerlo y en examinar y determinar sus contornos o linderos sobre el propio terreno, haciendo la debida confrontación de esos linderos con los expresados en la demanda y en los títulos para llegar al convencimiento de que ese inmueble corresponde con el que posee el demandado. (Al respecto puede verse la casación de 27 de mayo de 1953, LXXV - 2129, 188, e igualmente la de 23 de mayo de 1945, LIX - 2019, 114).

A la anterior podrían agregarse otras citas de la jurisprudencia para poner de presente que en materia de reivindicación de inmuebles la Corte nunca consideró admisible y convincente la identificación del bien respectivo hecha, no sobre el terreno mismo y por percepción inmediata y directa de quien narra, confiesa o practica el acto, sino sobre meros títulos, planos u otros documentos que sólo contienen la descripción o el diseño del predio. El presupuesto del dominio que implican los procesos de esta índole requiere plena prueba sobre la determinación y singularización precisas del respectivo bien y no se concilia en modo alguno con datos abstractos, ambiguos y más o menos aproximados sobre su identidad, que no tendrían más valor que el de simples indicios. (Casación Civil, agosto 14 de 1962, página 185, 1ª y 2ª).

88

IMPUESTO DE VALORIZACION

(Frente a los poderes impositivos del legislador).

En cuanto el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 instituye un nuevo "impuesto", llamado de "valorización", tal norma no es sino ejercicio de la facultad que el Constituyente ha conferido al legislador en el artículo 43 de la Carta. No importa que haya más de una característica que lo diferencia de manera ostensible del impuesto propiamente dicho, que por ello le viene mejor el nombre de **contribución**, como lo llama el artículo 3º citado y el 5º de la misma ley. (Sala Plena, 16 de agosto de 1962, página 30, 2ª).

89

IMPUESTO DE VALORIZACION

(No es en la Ley 25 de 1921, sino en normas posteriores donde puede hallarse injusticia. Recursos de que pueden valerse los propietarios).

El acusador de los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921, insiste sobre la posibilidad, o más exacto, la seguridad de que por el juego de los factores de valorización que impugna, la distribución del impuesto no se hace equitativamente, porque en la práctica, en no pocas veces —dice— llega a absorber mucha parte, cuando no todo el valor de la propiedad afectada, produciéndose de tal suerte una expropiación sin indemnización, prohibida por el mismo artículo 30 de la Ley Fundamental.

Los extremos a que el actor se refiere no pueden atribuírse a los preceptos materiales de la iniciativa realizada por la expresada ley de 1921, cuya constitucionalidad ya está juzgada en la sentencia de la Corte de 3 de diciembre de 1937 (XLV, 794). Quizás las organizaciones locales del impuesto, a partir de la Ley 1ª de 1943, especialmente, no han logrado desarrollos exentos de injusticia, dada la complejidad de los problemas que en la práctica se originan de esta contribución de singulares características. No desentonaría la adopción de un criterio que procurase remover cuanto pueda obstaculizar el adecuado ejercicio de un impuesto que para llenar mejor sus objetivos persigue hoy en todas partes más eficientes métodos de financiación que faciliten a las entidades públicas la forma de atender con regularidad a las obras y a los contribuyentes el pago en largos plazos y abonos moderados, así como implantar sistemas de reparto de la carga que no se aparten de la equidad.

Nada tan grave podría acontecer como que debido a los reparos dirigidos por la demanda acusadora, concernientes a los factores que deben contemplarse en la estimación de la **plus** valía, sobre los cuales —vuelve a decirse— calla la Ley 25 de 1921, la administración se abstuviera de derramar este gravamen, porque, o dejarían de realizarse obras de utilidad pública, de ingentes erogaciones, llamadas a incrementar la producción de la tierra, ensanchar las áreas de población, acomodar lo existente a las necesidades modernas y transformar y embellecer los centros urbanos, o la Administración tendría que atender a ellas con los fondos comunes, fruto de la masa de contribuyentes, en beneficio directo e inmediato de unos cuantos propietarios, estimulando de tal modo un enriquecimiento antisocial y por tanto ilegítimo. Sería inconducente, por lo demás, en los momentos actuales, atacar —así sea por el aspecto de los acotados factores de valorización— un tributo que ya en el año de 1921 era recurso universal, y entre nosotros, a más de estrictamente ajustado a la Carta, obedecía a obvios motivos de conveniencia pública, equilibrio social y progreso rural y urbanístico, que ahora se destacan sin duda con más vigor.

No se justificaría relacionar aquí los métodos o sistemas que se han venido empleando en distintas ciudades del país para que el cálculo y la distribución del gravamen consulten los ordenamientos de la ley, dando para ello intervención a los particulares en la preparación del presupuesto de las obras, en la distribución de la carga y la vigilancia de las inversiones, como lo dispone de manera perentoria el artículo 22 de la Ley 1ª de 1943.

No sobra agregar, en este orden de ideas, que aparte de los recursos que los propietarios tienen para reclamar ante los organismos del impuesto, pueden ejercer las acciones propias de la jurisdicción Contencioso-Administrativa y aun las de la justicia ordinaria en casos especiales. (Sala Plena, 16 de agosto de 1962, páginas 33, 2ª y 34, 1ª).

90

IMPUESTO DE VALORIZACION

(Reglas de equidad en la aplicación de las normas legales. Extensión de las facultades impositivas del legislador).

Si en principio a la Corte le basta, para cumplir su función constitucional, confrontar las disposiciones legales con los mandatos de la Ley de Leyes, afirmando su conformidad con ésta o su inconsonancia, no estima, sin embargo, ajeno a dicha función, poner de presente un criterio que pudiera contribuír a evitar desviaciones en su aplicación:

a) Si un predio, no obstante hallarse comprendido en las zonas de influencia, no reporta valorización, no habría lugar al gravamen, porque éste tiene su causa inmediata en el beneficio real recibido o que ha de recibir la propiedad raíz;

b) Si un fundo, en vez de beneficio, recibe daño, debe indemnizarse a su dueño;

c) Si el costo de la obra, incluído el porcentaje que autorizan los textos legales, arroja un impuesto superior al beneficio, aun tomando en cuenta todos los factores que puedan aumentar la valorización, la Administración debe atender al excedente.

La sentencia de 3 de diciembre de 1937 (XLV, 797) trae en lo referente a estas preocupaciones, los siguientes conceptos, de oportuna reiteración en el presente fallo:

"Si no está mal avenido el impuesto de valorización con los principios y normas de la ciencia fiscal, menos lo está con los preceptos de la Constitución Nacional que consagran el poder impositivo del Estado en sus artículos 29 y 69. La Carta no contiene texto alguno que prohiba el establecimiento de impuestos como el de valorización, ni condiciona tampoco el poder de imposición que corresponde al legislador sin límite ni tasas. No está dentro de las atribuciones de la Corte la determinación del punto hasta donde pueda ir el ejercicio de las facultades del legislador en relación con la cuantía de las contribuciones. Este límite en la calificación constitucional de los impuestos no puede resultar sino relacionando el poder soberano del Estado de imponer contribuciones con el amparo constitucional debido a la propiedad privada, cuando la cuantía del impuesto sea en tal forma exorbitante que abarque casi totalmente el valor de lo gravado, porque exigiéndosele así al contribuyente el importe de su propiedad o reduciéndosela a la completa improducción, llegaría a atentarse contra las garantías de ese derecho. Sólo en este caso de absorción por el impuesto de la cosa gravada o de impedimento de su uso y goce puede tener ocurrencia el acto confiscatorio o de expropiación incompatible con el derecho de propiedad que garantiza la Constitución de la República. Fuera de este caso, surge la idea de impuesto anticientífico, o de impuesto inconveniente o simplemente de gravamen alto, pero no de contribución inconstitucional".

La demanda de inéxequibilidad de que se trata, puede sí, considerarse como un esfuerzo crítico general de la reglamentación diversa que de los textos sustantivos atinentes a esta contribución han hecho las entidades públicas; pero no como impugnación eficaz, en el terreno constitucional, de las disposiciones acusadas. (Sala Plena, 16 de agosto de 1962, página 34, 1ª y 2ª).

91

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

(Quien no apela el fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segundo grado confirmatorio de aquél).

La negativa del Tribunal para no haber concedido el recurso de casación se basa, en síntesis, en que la firma comercial demandada no apeló del fallo de primera instan-

cia desfavorable parcialmente a sus intereses, lo que estimó el fallador de segundo grado como falta de interés jurídico para recurrir en casación al aceptar o consentir tácitamente las condenas impartidas en su contra por el juez **a quo**. El mandatario judicial de dicha parte recurrente, con el objeto de que se concediera el recurso, expuso ante el Tribunal, como fundamento de su pretensión, que "el interés de la parte recurrente existe, toda vez que el fin principal de la casación es el de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo al tenor del artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. El agravio que a la parte o partes pueda haberse inferido con la sentencia de segundo grado es finalidad secundaria del recurso de casación".

Sobre el particular y para confutar los argumentos aducidos por el recurrente, esta Sala de la Corte estima necesario transcribir jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que ahora mantiene y reitera, cuya parte sobresaliente reza:

"Si bien es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines primordiales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarlo" (G. J., T. XLIV, página 463). "Esta doctrina de la Corte no es sino una refrendación de unas similares que sentó en los años de 1917 y 1923, según se cita en la jurisprudencia cuya parte sustancial acaba de transcribirse. En ésta misma fue muy explícita la Corte cuando dijo 'Como las únicas personas a quienes se concedió el recurso, carecen de acción para acusar la sentencia del Tribunal por cuanto no apelaron de la proferida por el juez de primera instancia, es forzoso declarar inadmisible dicho recurso en vista de que no fue interpuesto por persona hábil, como lo exige el artículo 523 del Código Judicial' ". (Sala de Casación Laboral, 20 de junio de 1962, página 533, 1ª y 2ª).

92

INCONGRUENCIA

Las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas trazan al poder jurisdiccional los límites de su intervención. Por lo cual, la incongruencia de un fallo, que ha de buscarse mediante proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el juzgador, solo podrá existir en cualquiera de las hipótesis al efecto admitidas por la doctrina, a saber: cuando la sentencia decide más allá de las pretensiones del actor (**ultra petita**); o cuando provee sobre puntos no contenidos en la demanda (**extra petita**); o deja de decidir sobre los comprendidos en ella o sobre las excepciones propuestas por el demandado (**mínima petita**). Pero en manera alguna hay lugar al vicio de inconsonancia por el mero hecho de que el sentenciador considere la cuestión de manera distinta a como la ha apreciado el recurrente. (Casación Civil, junio 30 de 1962, página 83, 1ª).

93

INCONSONANCIA

(No procede alegarla contra sentencia absolutoria).

El hecho de que la sentencia desestime las pretensiones del actor, que éste supone legítimamente establecidas, en manera alguna funda la inconsonancia. Siendo así que la sentencia absolutoria, al rechazar las súplicas

del demandante y acoger por lo mismo la oposición expresa o tácita del reo, desata de este modo todas las pretensiones deducidas en el juicio, armonizando de esta manera con los imperativos de la relación jurídico procesal determinantes del ámbito de la controversia, es apenas obvio que el fallo absolutorio no dé pie para la causal de incongruencia en casación, como así lo ha enseñado la doctrina constante de la Corte. (Casación Civil, julio 12 de 1962, página 141, 2ª).

94

INCONSTITUCIONALIDAD

(Sus efectos).

1. Las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro. Si tuvieran efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día.

2. Mientras una norma legal que sea contraria a la Constitución no haya sido derogada, el juzgador, en el caso sometido a su decisión, debe dejar de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer, si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaratoria de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha dejado de regir. (Sala de Casación Penal, 5 de mayo de 1962, página 224, 1ª y 2ª).

95

INDEFENSION DE LA VICTIMA

4. En varias oportunidades ha señalado esta Sala que si subjetivamente existe alguna verosimilitud de que la víctima no estaba indefensa, es posible que se incurra en injusticia al atribuír al victimario una situación que no estaba en condiciones de medir en el grado en que lo haga mayormente responsable, entendido, es obvio, lo anterior en el sentido de que no corresponda a forma alguna que implique modificación en la estructura del delito o elementos constitutivos del mismo. (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 356, 1ª).

96

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo).

Aparece acreditado en el juicio que la empresa, para justificar el despido, invocó la existencia de una supuesta cláusula de reserva, que dijo haberse consignado en contrato suscrito por las partes. Como en el juicio no se demostró la existencia de contrato escrito, tanto el juez **a quo** como el Tribunal no le dieron validez al motivo alegado para la terminación del contrato; estimaron que el despido fue ilegal, y la condenaron al pago de la indemnización de perjuicios, por concepto de lucro cesante. Esta indemnización, por el concepto indicado, la fija expresamente la ley para el caso de que sea el patrono quien debe pagarla, y la hace consistir en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo.

En el caso de autos, habiendo terminado el contrato el 16 de mayo de 1955 el monto de la indemnización de perjuicios debe establecerse teniendo en cuenta el tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo, que vencía el 6 de septiembre del mismo año y el salario correspondiente a ese tiempo. No es que el contrato se prolongue o reanude después de terminado por el tiempo faltante para su vencimiento. Lo que ocurre es que el

plazo pactado o presuntivo, necesariamente opera para el solo efecto de computar o liquidar el monto de la indemnización de perjuicios, por la ruptura unilateral e ilegal del mismo. Así lo dispone el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ello no puede existir contradicción al reconocer, como lo hizo el **ad quem**, que el contrato terminó el 16 de mayo por despido ilegal del trabajador, debiendo haber terminado normalmente el 5 de septiembre. (Sala de Casación Laboral, 25 de junio de 1962, páginas 556, 1ª y 2ª y 557, 1ª y 2ª).

97

INDEMNIZACION MORATORIA

(Por demorar la orden de practicar el examen médico o la expedición del certificado de salud).

Dice el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en su inciso 1º que, si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención que el precepto indica, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Dispone el inciso 3º que en la misma sanción incurre el patrono cuando no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ordinal 7º del artículo 57.

La norma citada últimamente enumera las obligaciones especiales a cargo del patrono. Son tres las que establece el ordenamiento de su numeral 7º. Las dos últimas son las siguientes: a) Hacerle practicar examen sanitario al trabajador, si éste, al terminar el contrato, lo solicita; b) Darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico.

En las dos hipótesis, determina la sanción indemnizatoria tanto la demora en ordenar la práctica del examen como la que ocurra en la expedición del certificado de salud. (Sala de Casación Laboral, 29 de agosto de 1962, página 620, 1ª).

98

(Indemnización moratoria para los empleados oficiales ligados por contrato de trabajo).

2. La mora en el pago de salarios y prestaciones sociales al trabajador tiene, según lo expuesto, la misma sanción, trátese de contrato de trabajo entre particulares o de la misma figura jurídica entre el funcionario oficial y la administración pública, como lo ha aceptado últimamente la jurisprudencia; con la diferencia, entre otras, de que en la segunda hipótesis la mora no comienza a correr, como en el artículo 65 del Código del Trabajo, al terminar el contrato, sino al expirar el término de noventa días desde la fecha de la conclusión del vínculo. (Sala de Casación Laboral, mayo 9 de 1962, página 485, 1ª. Tomo XCIX, números 2256 al 2259).

99

INDEMNIZACION MORATORIA Y RECURSO DE CASACION

(Requisitos para que pueda eximirse al patrono de la sanción. Cómo se impugna en casación, con base en la buena fe, la condena indemnizatoria).

Como se aprecia, la sentencia acusada no desconoce el alcance y contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que aplicó la sanción contenida en esta norma, por haberse establecido que a la terminación del contrato la empresa no pagó a la trabajadora las prestaciones debidas, pues sólo cumplió esta obligación y efectuó la consignación de lo que estimó deberle, después de haber transcurrido un período de un (1) año, once meses (11) y ventiséis (26) días, tiempo este en que estuvo en mora.

El elemento buena fe a que alude el recurrente, para efectos de la recta aplicación y entendimiento del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hace referencia a la posición que el patrono puede asumir en el debate, al discutir la existencia del contrato mismo, fuente de los derechos reclamados, y desconocer, en consecuencia, sin malicia o temeridad, las prestaciones consiguientes. Pero como lo tiene admitido la jurisprudencia, sólo en aquellos casos en que militan razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, puede aceptarse esa posición patronal como respetable y justificada. En tales eventos, las decisión del juzgador, busca necesariamente su fundamento en los hechos probados del juicio. Si el razonamiento del Tribunal es desacertado y no encuentra respaldo en los elementos de convicción obrantes en el proceso, el ataque contra la sentencia debe formularse por vía indirecta y como consecuencia de error de hecho en la estimación o falta de apreciación de las pruebas. Por consiguiente no es procedente el ataque por el motivo de casación que alega el recurrente, (errónea interpretación), por lo cual el cargo no prospera. (Sala de Casación Laboral, 31 de agosto de 1962, página 632, 2ª).

100

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. REFORMATIO IN PEJUS. TECNICA DE CASACION. PRUEBA DE INDICIOS

(Circunstancias en las cuales la buena fe exime al patrono de la sanción moratoria. Sin un perjuicio notorio para el apelante, no hay reformatio in pejus. **Técnica de casación referida a la violación indirecta de la ley. Amplia libertad del juzgador en la apreciación de la prueba indiciaria y técnica de casación referida a la misma prueba. Aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo).**

1. Ha tomado en cuenta la jurisprudencia la buena o mala fe patronal para eximir al empleador de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando en el juicio se abstiene de cubrir las obligaciones a que se refiere dicho texto, alegando la inexistencia de la relación laboral, siempre que al proceso aporte pruebas que así lo demuestren. No es este el caso de autos, pues la respuesta al libelo inicial no negó la existencia del contrato, limitándose a exigir su demostración. De otro lado, el vínculo jurídico, consignado por escrito fue reconocido por el demandado en su contenido y firma; sabía, pues, con toda certeza, que había estado ligado al demandante, por un contrato de trabajo. Tanto, que surtido el debate probatorio en primera instancia, consignó ante el Juez del conocimiento, a órdenes del actor, cierta suma de dinero para el pago de deudas.

2. El vicio procesal de la **reformatio in pejus**, esto es, la decisión con agravio del único apelante, debe resultar de la confrontación entre la decisión de primer grado y la de segundo, y exige que de ella aparezca, de manera indudable, un perjuicio cierto y determinado, no simplemente probable o posible. Cuando la condena se refiere a prestaciones en cifras numéricas, como ocurre en el caso de la litis, el agravio debe estar representado en un guarismo. Si, por ejemplo, el único apelante fue condenado al pago de $ 1.000 y el segundo grado aumenta la cuantía a $ 2.000.00, surge de bulto el exceso en la decisión y, de consiguiente, el agravio del vencido parcial.

Examinados con el debido detenimiento los argumentos de la presente acusación se ve que el cargo no demuestra un perjuicio cierto y concreto, sino la posibilidad de su ocurrencia. Plantea una hipótesis que en el terreno de los hechos puede cumplirse o no tener realización. Si la condena en abstracto hecha por el Juzgado **a quo**, traducida a números, es más favorable al demandado que

la adoptada por el Tribunal (quien la reemplazó por una condena líquida), el cargo ha debido reducir a cifras la primera y ejecutar la misma operación respecto de la segunda, mostrando el desequilibrio entre las dos operaciones. De todos modos, cuestión cardinal era poner de manifiesto que para el único apelante resultaba lesivo de sus intereses el cambio de la condena **in genere** por el adoptado en la sentencia acusada.

3. Al hecho establecido en el proceso de que el demandado no pagó el salario estipulado en el contrato durante el tiempo servido, opone el Tribunal ùn hecho extintivo, el de pago, que deduce de presunciones simples. En vista de que la conclusión al respecto la infiere el **ad quem** de indicios, con fundamento en cláusulas del contrato de trabajo y, según parece, de la prueba testimonial, sostiene el opositor que el cargo no es viable por violación directa sino indirecta, a través de errores en la estimación probatoria.

Para la Sala es aceptable el reparo del opositor. Ha sido jurisprudencia constante, tanto de la casación civil como de la del trabajo, que a la quiebra de la sentencia no se llega si no se destruyen todos sus fundamentos. Cuando éstos se basan en pruebas allegadas al proceso, el ataque no es viable por vía directa sino indirecta, a través de error evidente de hecho o de derecho, por mala estimación de una prueba o por su falta de apreciación. El demandante-recurrente tacha de ilógica la apreciación del **ad quem** al deducir el pago del salario de simples presunciones. Si era su parecer, ha debido combatir el juicio del fallador, demostrando error de hecho evidente en su actividad probatoria.

4. Ninguna prueba como la de indicios demanda libertad de apreciación en el juzgador, ya que estriba, primordialmente, en operaciones lógicas, en actos de inteligencia, sutraídos, en principio, de toda crítica. Sobre el punto la casación civil tiene recibida esta doctrina, acogida por la casación laboral: "Los artículos 664 y 665 del Código Judicial, reguladores del mérito probatorio de los hechos indiciarios, dejan al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; dichas normas introducen pautas o limitaciones a la persuación judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios. Cuando el juzgador, lejos de transgredir esos mandamientos, desecha el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera, porque la operancia afirmativa de esas normas está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente..." (Sentencia, 10 de junio de 1948, LXIV, 441, y 7 de marzo de 1952, LXXI, 373). No escapa al control de la casación el criterio del **ad quem** en la estimación de la prueba de indicios, si incurre en error de hecho evidente, pero para ello se requiere que se alegue y demuestre por la vía técnicamente adecuada, que no es la de la violación directa de la ley, escogida por el recurrente.

5. Sostiene uno de los cargos formulados en la demanda del trabajador, que la sentencia del Tribunal incurrió en violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, al tomar como fecha inicial de la condena por salarios caídos el día de la contestación de la demanda y no la fecha en que el contrato terminó. Agrega que la sentencia en sus consideraciones le da al precepto la significación verdadera, ya que expresa que tales salarios se deben desde la expiración del vínculo. Tal es la interpretación correcta del mandato, pero el fallador la desconoce porque toma como fecha de la mora la de la notificación del auto admisorio de la demanda, para lo cual expone estos

argumentos: en el juicio no hay constancia de que el trabajador le hubiera reclamado sus prestaciones al patrono, dejando transcurrir algún tiempo para hacerlo, sabiendo que la demora le proporcionaba una ganancia; estima por lo tanto el fallador que lo equitativo y justo es que la condena a salarios caídos se haga desde el 10 de octubre de 1958, que fue cuando el demandado tuvo noticia de las pretensiones del actor. Confuta el cargo el razonamiento anterior diciendo que conforme a la jurisprudencia, la sanción corre no desde cualquier fecha sino al terminar el contrato. Concluye la acusación expresando que aun cuando el Tribunal tuvo una clara noción del sentido de la norma, la aplicó indebidamente limitando sus efectos.

La Sala examina el cargo: Es evidente, como lo sostiene el acusador, que el Tribunal violó el artículo 65 por aplicación indebida, ya que, no obstante haberlo entendido rectamente, le impidió producir todas las consecuencias queridas por la norma, recortando su vigencia en el tiempo, pues si el contrato terminó el 24 de julio de 1957, la sanción por mora comenzaba a regir desde la fecha de su extinción, como lo ha sostenido de manera uniforme la jurisprudencia. (Sala de Casación Laboral, 20 de junio de 1962, páginas 537, 2ª; 538, 1ª y 2ª; 539, 1ª y 2ª; 540, 1ª y 2ª; 541, 2ª; 542, 1ª y 2ª; y 543, 1ª y 2ª).

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

101

INDICIO

(Mérito del).

"Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza —asevera la Corte—, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable y se pondera no objetiva sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima y firme de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente..." (Casación Civil, julio 10 de 1962, página 122, 1ª y 2ª).

102

INDULTO

(Incompetencia de la Corte para otorgar esta gracia).

Por cuanto es manifiesta la incompatibilidad que existe entre los textos constitucionales (artículo 119, ordinal 4º, en armonía con el 135) y las disposiciones del Código de la Justicia Penal Militar (artículo 320, numeral 2º y artículo 616) que la confirieron a la Sala de Casación Penal de la Corte la atribución de decidir las solicitudes de indulto, y con fundamento en lo previsto en el artículo 215 de la Carta, que establece la preferente aplicación de la Constitución en caso de incompatibilidad de ésta con una norma legal, la Sala habrá de abstenerse de resolver la petición de indulto que se le ha formulado. (Sala de Casación Penal, julio 7 de 1962, página 408, 1ª).

103

INEXEQUIBILIDAD

(Efectos).

1. Cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición legal que deroga otro ordenamiento éste recobra su vigencia por efecto de dicha declaratoria, dado que al decidir la Corte que una ley es inexequible se limita a declarar con autoridad, y erga omnes, que la norma declarada inexequible nació sin fuerza vinculatoria, por violar alguna o algunas disposiciones de la Carta Fundamental y, en consecuencia, no podía producir el efecto propio de la ley válida, de derogar expresa o tácitamente otra norma legal anterior.

2. El fallo de la Corte que declaró inconstitucional el Decreto 700 de 1954, tuvo por sí mismo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que dicho Decreto expresamente había derogado por medio de su artículo 113. Entre estas disposiciones expresamente derogadas por el Decreto 700 se encuentra el 3134 de 1952, que estableció un procedimiento especial y sumario para los juicios por contrabando, reformando así el procedimiento ordinario, aplicable con anterioridad, de acuerdo con lo que había dispuesto el artículo 6º de la Ley 119 de 1938. Pero esta Ley no podía recobrar su vigencia por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 700 de 1954, pues ello equivaldría a atribuírle a esta declaratoria un extraño efecto retroactivo, que no se compadece con la naturaleza y contenido jurídico del fallo de inexequibilidad.

3. El procedimiento aplicable a los procesos penales aduaneros, en relación con hechos consumados con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 700 de 1954, y por efecto de esta declaratoria, no es el procedimiento penal ordinario que estableció la Ley 119 de 1938, sino el consagrado con posterioridad a esta Ley por algunos decretos que fueron derogados por el Decreto declarado inconstitucional, y entre ellos se cuenta el procedimiento especial establecido por el Decreto 3134 de 1952, en cuanto no se oponga a las disposiciones procesales consagradas por decretos legislativos expedidos con posterioridad al Decreto 700. (Sala de Casación Penal, julio 26 de 1962, página 426, 1ª y 2ª).

104

INMUNIDAD DE JURISDICCION CIVIL PARA LOS DIPLOMATICOS

(Tendencia general de la Doctrina en esta materia).

No está demás hacer notar que la doctrina se pronuncia decididamente en favor del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción civil a los diplomáticos, y sin hacer distinción entre la clase de actos que ejecuten. "No es porque su persona sea sagrada, —declara Vattel—, que los embajadores no pueden ser citados ante la justicia; es por la razón de que ellos no caen bajo la jurisdicción del país a que son enviados... Agreguemos aquí que es del todo conveniente y aun necesario, que un embajador no pueda ser citado ante la justicia a fin de que no sea molestado en el ejercicio de sus funciones... No está en los poderes de un soberano someter a su jurisdicción al ministro de otro soberano... Es, pues, muy conveniente a los deberes de las naciones, y conforme a los grandes principios del derecho de gentes, que por el uso y el consentimiento de todos los pueblos, el embajador o el ministro sea absolutamente independiente de toda jurisdicción del estado en que él resida". (Droit de Gens, lib. IV, cap. VIII). Y un autor moderno como Heyking afirma: "Aunque el centro de los negocios de un embajador se encuentra en el lugar de su misión, en el Estado que lo recibe, no adquiere allí un domicilio legal. Todas las pretensiones civiles que surgen durante el ejercicio de sus funciones y las que son producidas antes, son justiciables por los tribunales del Estado que lo envía". (L'extraterritorialité, II, pág. 272). Con ambos autores se declara en conformidad Racul Genet en su "Traité de Diplomacie et de Droit Diplomatique" T. I, pág. 567. (Sala de Negocios Generales, 6 de julio de 1962, página 680, 2ª).

105

INSPECCION OCULAR

(Con intervención de peritos).

3. Cuando la inspección ocular se practica con la asistencia de peritos se trata de una prueba mixta, cuyo valor probatorio, en lo que respecta al dictamen pericial se apreciará conforme a las reglas establecidas por la

ley sobre esta prueba; pero de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, el acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados por el juez y los testigos o los peritos que en ella hayan intervenido. (Sala de Casación Penal, junio 11 de 1962, página 347, 1ª).

106

INSPECCION OCULAR

(Sin intervención de peritos).

4. La comprobación de las huellas dejadas en un muro al ser escalado por ladrones para trasponer elementos pesados, es circunstancia que podía verificar el Juez personalmente por medio del sentido de la vista, y que no requería, por lo tanto, conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes que exigieran la asistencia de peritos. En consecuencia el hecho de que éstos no hubieran presentado su dictamen aparte y por escrito y de que dicho dictamen no se hubiera puesto en conocimiento de las partes, no tiene mayor significación en orden a demeritar lo que consta en el acta de inspección ocular en lo relativo a las huellas del escalamiento verificado personalmente por el Juez. (Sala de Casación Penal, junio 11 de 1962, página 347, 2ª).

107

JURADOS

(El reemplazo ilegal de uno de los Jurados genera nulidad legal y no constitucional).

1. Conforme a uno de los cargos que hace la demanda de casación, pretende elevarse al carácter de nulidad constitucional el reemplazo supuestamente ilegal de uno de los jurados, cuando la verdad es que de esa materia se ocupa el ordinal 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, para disciplinarla apenas como modesta nulidad legal, por cierto en la condición de relativa, puesto que desaparece si no se hace oportunamente el reclamo del caso. (Sala de Casación Penal, mayo 28 de 1962, página 291, 1ª).

108

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

(De conformidad al Decreto-ley 1705/60)

4. Si el hecho incriminado a un miembro de la Policía tuvo ocurrencia luego de entrar en vigencia el Decreto legislativo 1705 de 1960, su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, puesto que no hay conflicto de competencias. Pero si fue cometido antes de la fecha de este Decreto, cabe distinguir estas dos situaciones: si ya se había, por lo menos, proferido el auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, dado que el Juez competente ya estaba determinado, precluye la exclusión del fuero castrense y, por tanto, el juzgamiento corresponde a la justicia penal militar. Pero si en el negocio no se había dictado dicho auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal (que es el más análogo al auto de proceder), el negocio debe ser conocido por la justicia ordinaria. (Sala de Casación Penal, mayo 17 de 1962, página 271, 1ª y 2ª).

109

LEGALIDAD

(De los delitos y las penas).

1. El régimen normativo penal del país está determinado por los principios **nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege,** los cuales encuentran su garantía fundamental en el artículo 28 de la Constitución Nacional, de donde pasan a afirmarse, como reflejo de ese precepto superior, en el artículo 1º del Código Penal para de ese modo actuar, en el carácter de presupuestos declarativos pre-

vios, en todo el ordenamiento jurídico contenido en ese estatuto o en "otras leyes penales", según lo dispone el artículo 10 de la misma obra, leyes que, en lo tocante con los principios en cuestión, bajo ningún aspecto pueden hacer excepción alguna. De acuerdo con esos principios, cuyo desconocimiento, sin duda, apareja la violación directa del expresado texto de la Carta, para que un hecho pueda entenderse como constitutivo de infracción penal, bien sea en orden a delito o contravención, preciso es que la ley le haya dado ese carácter, conminándolo, dentro de la misma norma que lo disciplina, con la respectiva sanción. (Sala de Casación Penal, junio 20 de 1962, página 383, 1ª).

110

LEGITIMA DEFENSA

(Subjetiva).

3. "La errónea opinión sobre la necesidad subjetiva de defenderse, debe ser apreciada de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar y especialmente habida consideración del estado de ánimo en que se halla el sujeto". Doctrina que el maestro Carrara concreta así:

"La gravedad del mal no debe buscarse en la verdad absoluta, que puede haber permanecido oculta para el agredido, sino en la opinión razonada del mismo agredido" ("Programa", Nº 298). (Sala de Casación Penal, agosto 3 de 1962, página 435, 2ª).

111

LEGITIMARIO

(Pasado en silencio).

El haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima, según el artículo 1276 del Código Civil. Ello significa que si al legitimario no se le llama en el testamento con la calidad de heredero, que por título legal le corresponde, queda pasado en silencio cuando el testador después de aseverar que no tiene legitimarios, deja alguna cosa, no por herencia sino por legado, a quien después demuestra su posición de legitimario con respecto al causante. Si le nombró como tercero beneficiario de espontánea liberalidad a título singular, ciertamente con ello mismo demuestra que lo pasó en absoluto silencio como heredero legitimario, lo que por imperativo legal reforma de plano el testamento, por entenderse el silencio "como una institución de heredero en su legítima". (Casación Civil, julio 9 de 1962, página 117, 2ª).

112

LEY 25 DE 1921, ARTICULOS 3º y 4º

(Son exequibles. No contradicen al artículo 16 ni al artículo 30 de la Carta).

El impuesto de valorización se inició como recurso literalmente aplicable, al decir del artículo 3º de la Ley 25 de 1921, a las obras de "limpia y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas". La interpretación de esta cláusula no fue uniforme, porque en tanto que para unos su alcance se circunscribía a obras relacionadas con las tierras rurales, para otros se limitó a consagrar un principio general aplicable a toda clase de mejoras públicas de interés local, pues que las mencionadas en la disposición sólo hacían el papel de ejemplos. Algunos de los decretos reglamentarios de esta Ley interpretaron ampliamente dicho texto (artículo 2º del Decreto 219 de 1923 y 2º del Decreto 438 de 1928), mientras la jurisprudencia administrativa se movía entre uno y otro criterio. Así mismo se aplicó inicialmente este impuesto por el Gobierno Nacional; después por el Municipio de Bogotá (Ley 195 de 1936); luego las ca-

pítales de Departamento, el Municipio de Quibdó y los demás que tuvieron un presupuesto superior a trescientos mil pesos (Ley 63 de 1938); y por último, todos los municipios del país (Ley 1ª de 1943).

Se ha repetido que este impuesto no es más que la obligación que pesa sobre los titulares de determinadas propiedades raíces, de atender a la construcción de obras públicas de interés local, de las cuales haya de resultar para aquéllas directa y necesariamente un aumento de valor. Tal es el concepto inicial de la Ley 25 de 1921, toda vez que el impuesto aparece así basado en el beneficio de determinados fundos y con un límite máximo: el costo de las obras. Esta es la innovación que en el curso de los años habría de convertirse en un gravamen compuesto por la inversión requerida más una cuota de la valorización de los inmuebles como resultado de las obras. Entonces, de la simple inversión forzosa indispensable para ejecutarlas, el impuesto pasó a afectar la utilidad lograda a consecuencia de las mismas.

La Ley 51 de 1926 (artículo 6º), en efecto, inició la reforma al estatuir que sobre las erogaciones hechas se agregue un diez por ciento "como remuneración al Gobierno". El artículo 4º de la Ley 107 de 1936 prescribió un recargo del treinta por ciento "del beneficio de los terrenos", como la 88 de 1940 (artículo 6º) un veinticinco por ciento "del beneficio líquido" que las tierras desecadas recibieren, o un diez por ciento cuando, en tratándose de obras de irrigación, el valor de aquéllas se duplicare (artículo 8º). La 1ª de 1943, para el régimen municipal de valorización, dispuso tener en cuenta el mayor valor que reciban los predios "sin considerar para ello solamente el costo de las mismas". El artículo 8º de la Ley 79 de 1946, distingue entre "los dineros invertidos en las obras de interés público local de desecación, riego, provisión de aguas subterráneas y defensa contra las aguas" y "un impuesto directo adicional de valorización, en forma proporcional al beneficio que recibieren los inmuebles una vez ejecutadas tales obras", impuesto adicional que el parágrafo 2º del mismo precepto fija en un veinticinco por ciento del "beneficio líquido".

De donde se infiere que —aparte de la utilidad pública de la obra proyectada, causa eficiente de esta contribución— es el beneficio de la propiedad inmueble la razón reguladora del gravamen, puesto que si la mejora rural o urbana no ha de influir directamente en un aumento de valor de determinadas propiedades raíces, no se trataría de obras de **interés local** —que son las financiadas por el impuesto— y carecería éste, por tanto, de respaldo jurídico y económico.

Al adoptar el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 el factor del **beneficio** que se produzca para los predios particulares con motivo de las obras públicas referidas, enseñó que la materia gravable es la **plus valía** de la propiedad privada, como necesaria secuela de las obras; al expresar el artículo 4º que la tasación del gravamen debe hacerse "sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras que se proyectan", ordenó tener en cuenta, previamente, el valor de los fundos que han de valorizarse —o sea la cotización **comercial**, según el artículo 4º de la Ley 51 de 1926—; y al prescribir que la tasación se efectúe "en proporción al valor de los inmuebles", "al beneficio que reporten" y "al presupuesto o costo de las obras", señaló en síntesis los elementos orgánicos de esta contribución, según los textos acusados, a saber: a) una obra de utilidad pública y a la vez de interés local; b) un beneficio cierto y concreto de determinados predios, calculado sobre el valor de los mismos antes de la ejecución de la obra; y c) el costo de ésta, límite del impuesto total, según la misma Ley 25.

La demanda de inexequibilidad no ataca los textos de esta ley (arts. 3º y 4º de la Ley 25 de 1921), en razón de la creación del gravamen, ni por la materia del mismo, o sea la

valorización de la propiedad raíz, sino de los factores causantes de ésta, sobre los cuales la acusación no comparte el criterio de las disposiciones de la ley, que se refieren simplemente a la **plus valía** originada en las obras, pues que tales factores, y no otros, a juicio del acusador, son los que enumera en su demanda como generadores de valorización económica.

Los artículos 3º y 4º acusados no se ocuparon de los factores que deben emplazarse para saber si un predio ha de aumentar o no de valor, como consecuencia de las mejoras públicas de interés local, ya que se refieren únicamente al hecho objetivo de que por virtud de aquéllas los inmuebles merezcan, de manera segura, un justiprecio más elevado. Realmente, la impugnación se dirige, por tanto, más contra los desarrollos ulteriores de la ley orgánica y la reglamentación de sus preceptos que contra la ley misma. El artículo 3º de la Ley 25 se limitó a decir que "la tasación de este impuesto se hará sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras". Fue la Ley 51 de 1926 cuyo artículo 4º dispuso **justipreciar** las fincas "por su valor comercial actual", y fueron los decretos reglamentarios del estatuto inicial y más tarde los acuerdos municipales sobre la organización local del impuesto, los actos que entraron en pormenores referentes a los avalúos preliminares de los bienes y a la estimación del mayor valor que fuesen a obtener o hubiesen obtenido ya concluídas las obras. Por lo mismo, cuanto se encamine a impugnar el criterio, las bases o factores llamados a participar en el cálculo de la **plus valía**, no es ataque eficiente en el ámbito del control constitucional, ya que los textos acusados guardan silencio al respecto.

Los Decretos reglamentarios de esta ley, números 219 y 1702 de 1923, 1284 de 1925 y 438 de 1928, proveyeron a la forma de proceder en la composición de los "catastros especiales". El primero, con el objeto de calcular el gravamen sobre cada propiedad, mandó sumar los valores de los fundos que habrían de beneficiarse al total de la valorización, ejecutadas que fuesen las obras, para distribuír luego sobre los inmuebles favorecidos el impuesto —circunscrito el monto de las inversiones, según la ley acusada— a prorrata del avalúo previo comercial de cada cual y de la valorización producida. De tales decretos el número 1284 se ocupó del tema que la ley acusada dejó a la potestad reglamentaria, y prescribió a los peritos estimar todos los factores de orden natural, comercial, industrial y legal que pudiesen elevar el valor de los inmuebles, factores entre los cuales figuran indudablemente los componentes de la valorización económica de que habla la demanda, tales como las cualidades agrológicas, geológicas y climáticas de la tierra, la densidad de la población y otras de indudable influjo en dicho cómputo.

Sobre la juridicidad del impuesto que el acusante discute debido a la diversidad de criterios relativos a los elementos que deben jugar en los cálculos tendientes a fijar el monto de la valorización, la Corte se pronunció en sentencia de 3 de diciembre de 1937, con motivo de la demanda de inexequibilidad del artículo 4º de la Ley 107 de 1936, el cual, para integrar el impuesto ordenó agregar al costo de las obras un porcentaje del beneficio alcanzado por los inmuebles como fruto de éstas (Gaceta Judicial, XLV, 797).

De suerte que circunscrita la impugnación a los factores referidos, de que los textos acusados no tratan especialmente, pues se limitan —se repite— a fundar un impuesto sobre la base del beneficio que las obras públicas de interés local pueden producir, no puede darse la transgresión pretendida de los cánones constitucionales señalados en la demanda.

A) No la del artículo 30 de la Carta, porque si es incuestionable que la propiedad puede ser gravada con tributos comunes —y soportarlos es una de las obligaciones que im-

plica— como lo dice la Corte en la sentencia citada, tal potestad no se aminora por entrar en juego estos o aquellos factores en la estimación del mayor valor de los fundos afectados por el impuesto, factores que, por lo demás, la Ley 25 no determinó. Por otra parte, esta especial contribución, —que se inspira primordialmente en la finalidad de utilidad pública de las obras— redunda en provecho pecuniario directo de los dueños de inmuebles comprendidos en las zonas de influencia cuya demarcación corresponde a la autoridad administrativa. Según los textos acusados, el impuesto no podía exceder del costo de la obra, y ésta habría de producir necesariamente un aumento de valor de la propiedad inmueble, pues sin este presupuesto no era ni es posible financiar obra pública alguna de interés local mediante el impuesto de valorización.

B) Tampoco aparece la violación del artículo 16 de la Ley de Leyes, que la demanda estima igualmente infringido, debido a los susodichos factores de valorización, porque este gravamen tiende fundamentalmente a procurar más adecuados servicios públicos —deber primario del Estado— lo cual confluye en una más esmerada protección de la sociedad civil. Además, el mismo texto les asigna a las autoridades la misión de "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", deberes que, en cuanto al primero, se resumen en la prestación adecuada de esos servicios, y en lo atinente a los últimos, si al Estado concierne protegerlos en sus bienes, a ellos atañe corresponderle cumpliendo lealmente la función social de su propiedad inmobiliaria. (Sala Plena, 16 de agosto de 1962, páginas 31, 2ª; 32, 1ª y 2ª; 33, 1ª y 2ª).

113

LEY 90 DE 1948, ARTICULO 24

(Es exequible. No es contraria a los artículos 31 y 32 de la Constitución Nacional).

El artículo 24 de la Ley 90 de 16 de diciembre de 1948 faculta al Gobierno "para fijar precios suficientemente remuneradores para productos agrícolas y materias primas de producción nacional, utilizables por la industria colombiana, a fin de fomentar la producción hasta llenar las necesidades del consumo nacional, y en forma que permita establecer un nivel equitativo de salarios para los trabajadores. Para lograr este fomento...", agrega la norma acusada, "el Gobierno podrá fijar cuotas de absorción obligatoria de las materias primas de producción nacional y condicionar el otorgamiento de licencias de importación, a la celebración de convenios con los interesados, referentes a la compra de tales materias primas".

El fin económico social del precepto aludido es indiscutible. El encuentra claro apoyo en el artículo 32 de la Carta, como que en éste se autoriza al Estado para "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".

Su propósito evidente es el de fomentar la industria nacional en lo concerniente a la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país. Con ello, lógicamente, se racionaliza su producción y consumo y se busca para el trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Naturalmente, dentro del desarrollo de estos fines de incremento de la producción agrícola y de materias primas utilizables en el país, bien podía el legislador, como así lo hizo, dentro del ámbito del precepto constitucional antes citado, facultar al Gobierno para condicionar el otorgamiento de licencias de importación de los mismos productos, a determinados actos, como la celebración de convenios sobre compra de materias primas nacionales.

La **racionalización** a que se refiere el artículo 32 de la Carta no puede constreñirse al simple aspecto técnico de la producción, distribución y consumo de las riquezas, sino que su alcance mira, principalmente, al incremento de la economía nacional.

Es cierto, como lo anota el demandante, que la Conferencia Económica Mundial, que organizó la Sociedad de las Naciones en Ginebra, en el año de 1927, definió así la **racionalización**: "Aquellos métodos técnicos y de organización que son destinados a limitar a un mínimum el desgaste del trabajo y de materiales. Pertenecen a esto la organización científica del trabajo, la standarización del material y de los productos, la simplificación de los procesos de producción y el mejoramiento de los transportes y ventas". Pero, con el tiempo y con las necesidades crecientes de la industria, del comercio, de la distribución y del consumo, y particularmente por el deber del Estado de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, el concepto de **racionalización** ha ido ampliándose, en forma que hoy no puede sometérsele al estrecho cauce que primeramente le señaló el "taylorismo", o al que luego indicó la citada Conferencia Económica Mundial.

La Corte, en sentencia de 4 de septiembre de 1939, (Sala Plena, Gaceta Judicial, XLVIII, 610 ss.), dice lo siguiente:

"El progreso creciente de las industrias y la urgencia de fomentarlas, de metodizarlas y de defenderlas, ha impuesto la necesidad de la intervención del Estado en esta rama de la actividad humana. La intervención estatal es hoy aceptada en todos los países y sólo varían los métodos empleados para practicarla... La Constitución de Colombia, al autorizar en su artículo 28..." (hoy 32)..., "la intervención del Estado para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, abarcó en su totalidad el problema y no se refirió solamente a la racionalización técnica, sino también a la comercial y a la económica. Interpretar en otra forma esa disposición sería mutilar el pensamiento del constituyente y darle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado que haría ineficaz la intervención".

De otra parte, el carácter general de la disposición acusada, como que se refiere a todos los "productos agrícolas y materias primas de producción nacional utilizables por la industria colombiana", contraría el alcance de exclusividad que concierne a todo **monopolio.**

Al respecto, también la Corte, en sentencia de 14 de marzo de 1951, citada por el señor Procurador General de la Nación (Gaceta Judicial, LXIX, 316), expresa que "lo que es prohibido de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución Nacional, es la concesión de privilegios a objetos distintos de los inventos útiles y de las vías de comunicación, pero las gracias o prerrogativas que consagra una ley con miras a fomentar las empresas útiles o benéficas, si se cumplen ciertos y determinados requisitos, son permitidas y caen bajo la reglamentación consagrada por el ordinal 20 del artículo 76 del Estatuto Fundamental".

De las consideraciones hechas, se desprende que la norma acusada no es inexequible. (Sala Plena, 29 de agosto de 1962, páginas 45, 1ª y 2ª y 46, 1ª).

114

LIBERTAD

(Por pena cumplida).

4. Es apenas natural y obvio que las cuestiones relativas a la libertad del reo, por tiempo cumplido de la pena en prisión preventiva, las haya decidido la Corte, cuando el negocio se encuentra surtiéndose el recurso de casación, pues no tanto porque esas solicitudes puedan hacerse en cualquier estado del proceso, se le otorga competencia para hacerlo, como por motivos de orden superior,

que se refieren a la libertad individual, así como a la libertad de comercio cuando se trata de un desembargo de bienes. Pero no sucede lo mismo cuando se pide propiciar una detención, cuyas consecuencias se traducen en mantener sin libertad, por privarlo de ella, a quien goza de la misma por virtud de una resolución judicial, tomada en forma legal en el momento de producirse. (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 369, 1ª).

115

LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL

(Límites dentro de los cuales es posible modificar hacia el futuro las condiciones de trabajo).

Esta Sala, por vía de doctrina, cree oportuno rectificar el criterio del Tribunal, y al respecto observa:

Es evidente que en orden a la eficaz protección del trabajador, la ley limita la autonomía de la voluntad en la esfera de las relaciones laborales. De allí que prohíba, por regla general, la renuncia de las prerrogativas que ella concede (artículo 14) y en particular el derecho al salario (artículo 142) y que, de consiguiente, declara sin efecto las estipulaciones y condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación a lo que establezca la ley o los fallos arbitrales, convenciones colectivas, pactos y reglamentos de trabajo. Pero no por ello cabe entender que a los sujetos de la relación contractual les esté vedado modificar hacia el futuro las condiciones vigentes. Así, por ejemplo, les está permitido acordar el traslado del trabajador a un cargo distinto y estipular nuevas modalidades en el pago del salario o alterar el monto de éste, siempre que se respete el salario mínimo (artículo 132).

Aun la variación unilateral del salario hecha por el patrono, es válida, si el trabajador posteriormente la acepta expresa o tácitamente. Sobre este punto, la Sala dijo en sentencia de 19 de noviembre de 1959:

"Es verdad que la reducción del salario no fue obra del acuerdo de las partes, sino producto de la voluntad unilateral de la Empresa patronal, pero frente a tal determinación el trabajador habría podido optar por uno de estos dos caminos: o abstenerse de prestar el servicio, dando por terminado el contrato por incumplimiento de las obligaciones de la Compañía, exigiéndole en consecuencia la correspondiente indemnización de perjuicios, o aceptar la reducción.

"Es claro, y huelga advertir, que el proceder de la Compañía no habría sido legalmente aceptable, aun mediando la aquiescencia expresa o tácita del trabajador, si la reducción del salario hace descender el valor de éste a cifra inferior al mínimo legal, o al que hubiera sido fijado en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, únicas restricciones que la ley establece a la libertad contractual en relación con la estipulación sobre salario" (Gaceta Judicial, XCI, 1099). (Sala de Casación Laboral, 30 de julio de 1962, página 574, 1ª y 2ª).

116

LIBERTAD PROVISIONAL

(Requisitos y oportunidad procesales).

2. La ley procesal señala también para la libertad provisional presupuestos, requisitos y circunstancias de lugar y tiempo, así como las condiciones en que debe cumplirse ese acto jurisdiccional. La regla general la consagra el artículo 393, con las excepciones contenidas en el artículo 406 y el 2º del Decreto extraordinario 2184 de 1951, que impiden el beneficio de libertad. El lugar de la solicitud lo señala la sede del juez que conozca del proceso en el momento de producirse las condiciones que hacen viable la gracia. El tiempo lo determina el artículo 395, en cualquier estado del proceso. La forma la fija el artículo

396 y las demás condiciones cuyas finalidades debe revestir para que produzca sus efectos al auto que confiere la excarcelación tienen reglamentación minuciosa del artículo 397 al 405 inclusive. (Sala de Casación Penal, junio 14 de 1962, página 368, 1ª y 2ª).

117

LITISCONSORCIO

(Activo, pasivo o mixto).

Otra forma de acumulación subjetiva, distinta de la que se origina en la coadyuvancia, es la que surge del litisconsorcio. Es este otro fenómeno procesal de pluralidad de litigantes que se caracteriza por la presencia en el juicio de varios demandantes o de varios demandados que son titulares de relaciones jurídicas conexas y que ocupan la misma posición de partes principales. El litisconsorcio se llama activo, pasivo o mixto, según que la concurrencia de litigantes se refiera a los actores, a los demandados o a entrambas partes. (Casación Civil, julio 11 de 1962, páginas 133, 2ª y 134, 1ª).

118

LITISCONSORCIO

(Propio o facultativo).

El litisconsorcio es propio o facultativo cuando los litigantes son titulares de pretensiones que, aunque indepedientes, están entre sí ligadas por un vínculo de conexión nacido de la comunidad de su causa o de su objeto. Como autónomas, esas pretensiones dan por lo regular origen a procesos separados, pero por su conexión pueden ser acumuladas en forma inicial o sucesiva y producir así el litisconsorcio. Este recibe en tal caso la calificación de propio o facultativo porque su formación depende exclusivamente de la voluntad de los propios litisconsortes o de su contraparte y no de la necesidad de dar a las pretensiones acumuladas una solución común. (Casación Civil, julio 11 de 1962, página 134, 1ª).

119

LITISCONSORCIO IMPROPIO

Hay litisconsorcio impropio cuando los litigantes son titulares de pretensiones que no tienen entre sí ningún vínculo de conexión, sino un simple nexo de afinidad. En tal caso esas pretensiones son en todo distintas, aunque similares. Algunos doctrinantes conceptúan que este tipo de litisconsorcio no es de recibo entre nosotros, al paso que otros sostienen que la ley sí le da cabida en supuestos especiales, cual sucede en la demanda de lanzamiento de varios arrendatarios de un predio rústico que permite el inciso 2º del artículo 1103 del Código Judicial y en el libelo de expropiación de varios fundos que prevé el artículo 3º de la Ley 1ª de 1943. Si se considera que el litisconsorcio impropio tiene origen en el ejercicio de acciones simplemente efines y no acumulables, inicial ni sucesivamente, hay que concluír que sólo es admisible en los casos excepcionales en que la ley lo autoriza de manera expresa. (Casación Civil, julio 11 de 1962, página 134, 1ª).

120

LITISCONSORCIO NECESARIO

Existen ciertas pretensiones que por su conexión inescindible no pueden ser resueltas sin la presencia de todos los titulares. Se trata también de pretensiones ligadas por un vínculo de conexión, pero en las cuales este nexo es de tal naturaleza que no puede ser disuelto en forma definitiva sin que a ello concurran todos los titulares de las mismas pretensiones. En tales ocurrencias se constituye entre dichos interesados un litisconsorcio necesario, así llamado por la necesidad ineludible de que intervengan en la litis todos los que están jurídicamente vinculados a

la pretensión respectiva para poder decidirla en el fondo mediante un solo pronunciamiento. En estos casos de litisconsorcio necesario no solo operan los principios de armonía y economía procesales, sino también y principalmente la imposibilidad jurídica de proferir una decisión de fondo sin que se haya constituido la relación procesal entre todos los litisconsortes. (Casación Civil, julio 11 de 1962, página 134, 2ª).

121

MALA FE

(No existe en quien trabaja lo ajeno contando con la aquiescencia del propietario).

El segundo inciso del artículo 739 del Código Civil, al disponer que en la situación que contempla será obligado el dueño del suelo, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, sin ordenar que al poseedor se le aplique la norma sobre buena o mala fe a que remite el primer inciso, está proclamando que no puede existir mala fe en quien trabaja lo ajeno contando con la aquiescencia del propietario. Mal puede oponerse por tanto a la presunción del artículo 769 del mismo código, una situación que es justamente de buena fe, por basarse en la voluntad implícita o presunta del dueño de la tierra. (Casación Civil, julio 31 de 1962, páginas 172, 2ª y 173, 1ª).

122

NORMAS PROCEDIMENTALES

(Principio de favorabilidad en materia criminal).

2. Es doctrina de esta Sala de la Corte que las normas de procedimiento, entre las cuales se cuentan las relativas a competencia, son de aplicación inmediata, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, salvo en aquellos eventos en que "visiblemente resulten perjudiciales para el acusado".

3. Ha advertido la Corte que en relación con las leyes procesales para entrar en vigencia de inmediato, ello tiene que operarse con la salvedad en materia criminal, de que sean permisivas o favorables, desde luego que rige la norma de que se aplicarán de preferencia a las restrictivas o desfavorables. (Sala de Casación Penal, mayo 17 de 1962, página 271, 1ª).

123

(Normas que rigen las relaciones de trabajo entre el Banco Popular y sus empleados. La relación entre las partes litigantes no se rige por el Código del Trabajo).

3. Un establecimiento bancario oficial o semioficial es una institución similar a una particular y, a la vez, susceptible de ser fundado y manejado por los particulares en forma semejante al de creación legal, de donde se deduce que la relación de trabajo entre los empleados del Banco Popular y éste encajan en dos de los casos de excepción a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. (Sala de Casación Laboral, 9 de mayo de 1962, página 485, 2ª, Tomo XCIX, números 2256 al 2259).

124

NULIDAD

(El proveimiento del artículo 455 del Código Judicial no puede postergarse hasta ser convertido en materia de la sentencia).

El proveimiento ordenado por el artículo 455 del Código Judicial debe surtirse antes de dictar la sentencia definitiva, lo que significa que él no puede postergarse hasta ser convertido en materia de ésta y que, por lo tanto, ha de ser actuado mediante auto interlocutorio. En tal sentido es diáfana la mente del precepto, que tiende de modo es-

pecial a cautelar la validez de los fallos. Casación Civil, agosto 16 de 1962, página 189, 2ª).

125

NULIDAD

(No la constituye la errada dominación jurídica que se le dé a la infracción en el auto de detención).

1. Atendido que la causal cuarta de casación busca enmendar los vicios del proceso que acarrean su nulidad parcial o total, es evidente que debe examinarse en primer término cuando se aduce con otra u otras de las que menciona el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

2. Mal puede equipararse al auto de vocación a juicio aquél que, dentro del trámite especial señalado en el Decreto legislativo número 014 de 1955, dispone la encarcelación preventiva del procesado, pues para la pertinencia de esta medida precautelativa no es necesario que aparezca la comprobación plena del cuerpo del delito.

3. La calificación jurídica de los hechos que se lleva a cabo en ese auto que dispone la detención preventiva del sindicado es provisional y, de consiguiente, mal puede fundarse en el error en que se incurra al hacerla una supuesta nulidad como la prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, precisamente porque esa calificación no es definitiva sino provisional. (Sala de Casación Penal, mayo 8 de 1962, página 237, 1ª).

126

NULIDAD

(No la constituye la falta de repartimiento de un proceso).

1. El repartimiento no constituye un factor determinante de la competencia o de la jurisdicción. Por el contrario, la supone. Su finalidad esencial consiste en obtener la equitativa distribución del trabajo entre los funcionarios judiciales de igual categoría. De allí que el artículo 449 del Código Judicial, aquí aplicable en virtud del 7º del Código de Procedimiento Penal, diga expresamente que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción, "si proviene de falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente". (Sala de Casación Penal, agosto 28 de 1962, página 458, 1ª).

127

NULIDAD SUPRALEGAL

1. Ocurrió en el caso de autos que para nada alegaron, ni el apoderado del sindicado ni su defensor, a pesar de las múltiples intervenciones que tuvieron a lo largo del proceso, que su patrocinado padeciera de enajenación mental o anomalía psíquica, problema éste que a la postre quiere debatirse en el recurso de casación como nulidad supralegal. Para asentar esta especie de nulidad y sostener que hubo violación del artículo 26 de la Carta, precisaría que los juzgadores de instancia, contra la prueba de anormalidad del acusado, hubieran acomodado el procedimiento a normas impropias de esta clase de delincuentes. Pero ni la prueba de la enfermedad mental existe en el proceso ni puede presumirse gratuitamente, y aunque es claro que la práctica del examen del facultativo pudo ser ordenada de oficio por el instructor o el juez y hubiera sido muy conveniente que así se hubiera hecho, las partes estuvieron en capacidad de salvar esa omisión haciendo la solicitud pertinente. No cabe entonces considerar como válido el cargo que se hace a la sentencia, pues no se asienta en una realidad del proceso, sino en simple supuesto del impugnador. (Sala de Casación Penal, junio 27 de 1962, página 386, 1ª).

128

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(Diferencias con las nulidades legales e irregularidades procesales).

1. Las nulidades constitucionales o supralegales que la doctrina de la Corte ha elaborado en materia criminal en amparo de las garantías y derechos de que da cuenta el artículo 26 de la Carta, no son precisamente las irregularidades de simple actuación procesal en el curso del sumario, y ni siquiera las nulidades de tipo legal, taxativamente señaladas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Aluden de modo esencial y particular el quebrantamiento por el Juez de normas y principios tutelares de la legitimidad del juicio y del derecho de defensa del acusado, intereses ambos puestos bajo el amparo de la Constitución Nacional. (Sala de Casación Penal, mayo 22 de 1962, página 284, 1ª).

129

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(No toda irregularidad procesal genera nulidad).

1. En varias oportunidades anteriores ha sostenido la Corte que no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica una nulidad constitucional, pues para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír la garantía del procesado o de la parte legítima se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional.

2. La nulidad constitucional se origina en la violación de un precepto de superior jerarquía consagrado especialmente en el artículo 26 de la Carta, en cuanto éste establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio y que la ley favorable o permisiva, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. En dicha norma constitucional se resumen las garantías esenciales del proceso penal.

3. Como interpretación y aplicación del artículo 26 de la Constitución la Jurisprudencia de la Corte ha aceptado la procedencia en casación de las llamadas nulidades constitucionales, distintas y de superior categoría de las nulidades legales taxativamente previstas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, pero para admitir aquéllas en el proceso penal la Sala ha procedido siempre con especial cautela limitándolas a casos excepcionales y extremos en que se comprueba que el vicio procesal alegado quebranta las bases mismas de la organización judicial o desconoce en modo grave el ejercicio del derecho de defensa del procesado. (Sala de Casación Penal, mayo 28 de 1962, página 306, 1ª y 2ª).

130

NULIDADES PROCESALES

(A qué se extiende la nulidad de lo actuado. Necesidad de distinguir entre pruebas constituyentes y pruebas constituídas).

La nulidad de lo actuado en un juicio comprende los actos procesales ejecutados por el Juez y las partes, que es lo que integra el procedimiento o actuación judicial. En lo concerniente a las pruebas, debe distinguirse entre las constituyentes, que son las producidas durante la instrucción, y las constituídas, o sea las pruebas creadas fuera del proceso, ya por las partes directamente (docu-

mentos) o por ellas con intervención del juez (prueba anticipada). La nulidad de la actuación afecta las pruebas de la primera clase, por lo cual quedan sin valor y no deben ser estimadas; las constituídas conservan el mérito que tengan conforme a la ley, por lo que, si hacen parte del sector del proceso anulado, no pueden ser desestimadas, ya que su existencia es independiente de la actividad procesal, que es donde se encuentra el vicio productor de la nulidad. El juez tiene, pues, la obligación de asignarles el mérito que ofrezcan, según el criterio que de ellas se forme, si para tal fin, como ocurre en el proceso del trabajo, goza de libertad en su apreciación.

En el caso de autos, la demanda de instancia, en el aparte que lleva por título "Medios de prueba", relaciona el acta que recoge la confesión provocada del demandado, recibida antes de la promoción del juicio. De las posiciones, el Juzgado que intervino en su práctica ordenó dar traslado al solicitante, agotando así el mecanismo legal regulador de la prueba; del acta expidió copia el secretario, incorporada al expediente en la primera audiencia de trámite por mandato del Juzgado, quien en auto allí dictado dispuso tenerla como prueba en favor del actor.

Vino luego el decreto de nulidad de la actuación, dictado por el Juez en la cuarta audiencia de trámite. Comprende aquélla los actos ejecutados por el Juez y las partes desde la celebración de la primera audiencia hasta la realización de la cuarta.

Como resulta claramente de los antecedentes relatados, la prueba de que se trata fue pedida, decretada y practicada en forma legal. La última operación se redujo a incorporar a los autos el documento que la contiene, pero no a su asunción por el juez del conocimiento, pues las posiciones fueron recibidas antes de la iniciación del juicio y tenían, por tanto, el valor de prueba constituída. Si materialmente figura en el sector de la actuación herida de nulidad, no por ello puede sostenerse que el vicio lo cobija. El caso es igual al que ofrece el documento auténtico, público o privado, contentivo de obligaciones, aducido al juicio por la parte acreedora como prueba a su favor. Si se anula la actuación en que obre el documento, conserva éste todo su valor; hacer caso omiso de él por haber ocurrido la anotada circunstancia implica grave error y quebranto de legítimos derechos, pues para nada incide el decreto de nulidad en la validez del acto, ya que debe su existencia a la voluntad de las partes, libremente expresada. No se le puede dar a la forma procesal una significación literal tan exagerada, dándole prevalencia sobre normas sustanciales de derecho probatorio.

Para estimar el mérito de las pruebas la ley procesal exige que se pidan, decreten y practiquen en la debida oportunidad, a efecto de preservar los principios de publicidad y contradicción y, de consiguiente, el derecho de defensa. En el caso **sub júdice,** la prueba inapreciada por el **ad quem** se produjo con todas las formalidades de ley; por haber sido practicada antes de la iniciación del juicio, en calidad de prueba anticipada, no quedó afectada por la nulidad de la actuación. Más todavía: el primer acto procesal realizado en el juicio con destino a la reposición de lo actuado, constituido por la audiencia de conciliación y primera de trámite, volvió a decretar las pruebas pedidas por los litigantes en el libelo inicial y su respuesta, figurando entre las del actor el acta que da fe de las posiciones absueltas por el demandado extra juicio. Aun aceptando, pues, por vía de hipótesis, la tesis del fallador, al ser recibida nuevamente el acta como prueba, volvía a incorporarse legalmente al proceso. Por obra de esta reincorporación, recobraba la plenitud de su valor como elemento de juicio estimable, siendo del todo improcedente su rechazo. (Sala de Casación Laboral, 3 de julio de 1962, páginas 567, 1ª y 2ª y 568, 1ª).

131

PACTO COLECTIVO

1. El antiguo Tribunal Supremo del Trabajo sentó la siguiente doctrina, que la Sala ratifica: Dos son las formalidades esenciales para que un convenio colectivo tenga vida jurídica: 1º, que conste por escrito, y 2º, que se haya hecho público. La primera de estas condiciones requiere el otorgamiento de un documento escrito, en el cual consten todas las cláusulas del convenio; la segunda es, sencillamente, el hecho de depositar en poder del funcionario público correspondiente un ejemplar del convenio, lo que equivale a su publicidad.

2. Para acreditar la existencia de un convenio colectivo es necesario recurrir a la expedición de la copia correspondiente, por el funcionario en cuya oficina se encuentra el documento, pues no basta que se certifique acerca de su existencia y con respecto a las cláusulas que se consideren pertinentes para la solución de la controversia que se suscite con ocasión de su cumplimiento. (Sala de Casación Laboral, 29 de mayo de 1962, página 497, 1ª y 2ª).

132

PARTES

(En el proceso judicial).

En todo proceso judicial hay una persona denominada demandante que solicita la tutela de una protección y otra llamada demandado, frente a la cual se reclama esa pretensión. Lo cual vale decir que en el proceso existe dualidad de partes. El artículo 202 del Código Judicial deja ver que cada una de esas partes puede ser simple o múltiple. Simple cuando la parte está compuesta por un solo litigante, y múltiple cuando en ella figuran dos o más contendientes. Las partes múltiples pueden ser a su vez principales o accesorias, según el grado de autonomía o de subordinación que exista entre las relaciones jurídicas de los varios litigantes que concurren a integrarlas. (Casación Civil, julio 11 de 1962, páginas 132, 2ª y 133, 1ª).

133

PARTICION

(Sentencias aprobatorias que admiten el recurso extraordinario).

Teniendo el recurso de casación por finalidad primaria, la de unificar la jurisprudencia nacional, según lo enseña el artículo 519 del Código Judicial, y secundariamente la de enmendar los agravios inferidos a las partes, ello tenía que conducir al legislador, a no legitimar el recurso sino frente a sentencias en que los Tribunales de segunda instancia se hubiesen pronunciado acerca de cuestiones contenciosas, es decir, controvertidas por las partes. Tal el sentido de la catalogación que el mismo precepto hace, de las especies de fallos susceptibles de este recurso extraordinario. Y es sobre tal supuesto, como se concibe que puedan entrar en función los motivos en cuya virtud procede el recurso, determinados por el artículo 520 ibídem; por lo cual, aunque varios de tales motivos se refieran a errores **in procedendo** en que haya incurrido el sentenciador, ello siempre supone la presencia de la cuestión contenciosa acerca de la cual haya él impartido una decisión.

Así, pues, cuando el artículo 519, ordinal 2º, incluye, entre las sentencias sujetas al recurso, "las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesiones o de liquidación de sociedades disueltas", se está refiriendo a aquéllas de estas sentencias que impliquen la culminación de un debate contencioso, que para serlo ha de versar, ya sobre objeciones propuestas por las partes (artículo 964 del Código Judicial), ya sobre reparos formulados **ex officio** por el Juez en función tuitiva de los intereses de incapaces (artículo 1399 del Código Civil).

Esto se predica aún para el caso de que, en juicios de las especies de que aquí se trata, se pretenda el acceso a la casación por alguna de las causales contempladas en los ordinales 2º y 7º del artículo 519, porque de ellas no podría hacerse mérito ante la Corte en razón del recurso extraordinario, sino sobre la base de que en el juicio en que se alegue haberse cometido alguno de los errores sobre que estas causales versan, la partición haya sido materia de objeciones o tachas formalmente deducidas. Lo contrario equivaldría a traer ante la Corte cuestiones propias de incidentes extraños al recurso extraordinario. Y sin que pueda argumentarse sobre la admisibilidad en casación del medio nuevo por consideraciones de orden público, pues todavía en este ámbito la pertinencia del recurso extraordinario, por fuerza de su propia índole supone en todo caso la presencia del **substrato contencioso.**

También la doctrina de la Corte tiene sentado que, aunque se haya promovido el incidente de objeciones a una partición, el recurso de casación que luego sobrevenga no es medio apto para ventilar objeciones distintas de las que en la instancia fueron propuestas; ni siquiera para que uno de los interesados pueda montar su propio recurso sobre objeciones que no fueron suscitadas por él, sino por otro de los litigantes. (Casación Civil, julio 5 de 1962, páginas 108, 1ª y 2ª; 109, 1ª y 2ª).

134

PENAS

(Su graduación. Artículo 39 Código Penal).

7. En relación con el alcance del artículo 39 del Código Penal, la Corte ha dicho: "El artículo 39 del Código Penal no señala de una manera rígida y matemática para aplicar las sanciones, sino que da una pauta para fijarlas en tratándose de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad". (Sala de Casación Penal, mayo 28 de 1962, página 306, 2ª).

135

PETROLEOS

(Cómo puede acreditarse la existencia de un título originario).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 y de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte, la existencia de un título originario del Estado puede acreditarse mediante documento público de origen oficial expedido por autoridad competente que acredite aquélla. Al respecto ha dicho esta Sala que los medios comunes de prueba, entre los cuales se cuenta la presunción, apreciados conforme al Código Judicial, son aptos para demostrar el dominio privado del subsuelo, siempre que al emplearlos no se desconozcan las exigencias de la legislación sustantiva en materia de propiedad territorial. Mas en el caso de autos no puede estimarse la actuación del Cabildo de Tolú como indicio vehemente de la existencia real de un título no aducido en forma original, pues no se está en presencia de un documento que indique en forma alguna el otorgamiento de un título colonial de enajenación que se pudiera presumir como expedido de acuerdo con lo previsto en la legislación indiana. (Sala de Negocios Generales, 29 de agosto de 1962, página 720, 2ª).

136

PETROLEOS

(Identificación de predios).

Ha dicho esta Sala en doctrina reiterada (G. J. Nº 1987, pág. 788 y Nº 2198, pág. 413), que en las adjudicaciones antiguas con medidas y linderos, prima entre los dos elementos determinantes del objeto o materia

de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. Y que tratándose de localizar terrenos con medidas y linderos —como claramente ocurre en el caso de autos —aquéllos y éstas deberán corresponderse en cuanto fuere posible, no sólo en el área comprendida por la medida que se usó en la época en que se hizo la expedición del título de adjudicación, sino en los linderos, esto es, en el perímetro que comprenda el área abarcada por la medida. (Sala de Negocios Generales, 29 de agosto de 1962, páginas 724, 2ª y 726, 1ª).

137

PETROLEOS

(Prueba de la salida de las tierras del patrimonio del Estado).

De acuerdo con la ley y la doctrina, en tratándose de juicios encaminados a obtener una declaración de propiedad particular del petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, incumbe al demandante la obligación de allegar al proceso la prueba de que aquellos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Tal prueba puede consistir: en el título originario del Estado expedido antes de la ya señalada fecha de la reserva fiscal del petróleo; a falta de ese título, en documentos públicos de origen oficial, expedidos por autoridad competente que acrediten su existencia; finalmente, en la demostración procesal de que los predios objeto del dominio del subsuelo se ganaron por justa prescripción en virtud de haber sido poseídos sin interrupción y mediante la explotación económica del suelo con anterioridad al 28 de octubre de 1873. (Sala de Negocios Generales, 29 de agosto de 1962, páginas 716, 2ª y 717, 1ª).

138

PETROLEOS

(Prueba del dominio privado del subsuelo, en función de la ley de 11 de octubre de 1821).

El documento en cuestión sólo contiene un contrato de compraventa corrido entre particulares, en el cual el tradente no alude a título alguno emanado del Estado y en cuya virtud esos terrenos pasaron al patrimonio particular; antes bien, el vendedor expresa únicamente que las tierras objeto del aludido convenio "son las mismas en que Francisco López de Nieto, mi abuelo legítimo materno, tuvo fundadas dos estancias", y que aquél heredó "libres y realengas". Por manera, que la manifestación recogida en dicho instrumento y éste mismo, no acreditan en forma alguna que aquellas tierras fueran adjudicadas por los medios establecidos por la Corona Española para transferir el dominio territorial a favor de sus vasallos, como repartimiento, merced, composición o venta en pública subasta o almoneda, tanto más si se considera que esa carta de venta, aún en el supuesto de que contuviera una referencia cierta al hecho de que se hubiese otorgado algún título primitivo de enajenación del Estado referente a dichos terrenos, sólo constituiría una declaración entre particulares, que por tener ese carácter, no se ha considerado jamás como medio apto para demostrar el dominio privado del subsuelo.

Empero, dice el apoderado judicial de los demandantes que por aplicación de la Ley de 11 de octubre de 1821, de la sentencia de esta Sala, proferida el 1º de diciembre de 1930 y de la Ley 200 de 1936, el documento referido tiene el valor de título emanado del Estado o que, por lo menos, acredita fehacientemente la existencia de aquél.

Ya la Corte ha concluido en numerosos fallos, todos ellos dictados a partir de la sentencia de 25 de octubre de 1940 (G. J. T. 50

págs. 276 y ss.), que documentos de la naturaleza indicada, son insuficientes, por sí mismos, para demostrar la propiedad particular del petróleo frente al Estado, sin que contra esa doctrina se hayan presentado ahora argumentaciones distintas a las consideradas en esas decisiones y que impongan una rectificación del criterio doctrinal seguido al respecto.

El artículo 14 de la precitada Ley de 11 de octubre de 1821, dispone:

"Si pasados cuatro años, los propietarios no cumplieren con el registro prevenido (en el artículo 13), sus tierras, si fueren adquiridas por merced o composición, se reincorporarán al dominio de la República, y si fueren adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios".

Como lo anota el Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de bien probado, la finalidad de la Ley de 11 de octubre de 1821 fue la de lograr el empadronamiento de los terrenos poseídos por los particulares en virtud de títulos originarios emanados del Estado, de compras sucesivas u otros títulos, o de la posesión inmemorial acompañada de explotación económica, con el objeto, meramente estadístico, de que el Estado pudiera conocer qué tierras estaban en condición de adjudicar como baldías, para el fomento de la agricultura y para la consecución de ingresos necesarios al desarrollo y progreso de la naciente República. Por tanto, el propósito del legislador del año de 1821 no fue el de equiparar "las compras sucesivas u otros títulos" a los títulos emanados del Estado como medios para acreditar la salida de determinados terrenos del patrimonio de éste, en forma legal.

(Véase la sentencia de 5 de agosto de 1942, G. J. T. 53, pág. 910 y ss.).

En cuanto a las tradiciones de dominio anteriores al 11 de octubre de 1821, también ha dicho la Corte que de acuerdo con la Ley 200 de 1936 esos títulos entre particulares no pueden tener ninguna incidencia sobre la propiedad del petróleo, por haberlo dispuesto así el artículo 5º de ese estatuto legal. En efecto, la Ley 200 de 1936 al reconocerles valor a los títulos translaticios de dominio entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, respecto del Estado, hizo expresamente la salvedad de que esas disposiciones no se aplicarían en lo tocante al subsuelo. El memorado artículo 5º reza:

"Las disposiciones de la presente Ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo".

(Sala de Negocios Generales, 29 de agosto de 1962, páginas 717, 2ª; 718, 1ª y 719, 1ª).

139

POSESION NOTORIA

(Cuando se alega esta causal respecto del presunto padre, no hay necesidad de acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial de paternidad natural).

En materia de filiación legítima, como lo expresó la Corte en casación de agosto 21 de 1942 (LIV-Bis, 25), el art. 397 del Código Civil exige que la posesión notoria del estado de hijo legítimo se establezca respecto de ambos padres conjuntamente, mientras que en punto de filiación natural el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 permite alegar la posesión notoria del estado de hijo natural en forma separada ya en relación con el padre, ora respecto de la madre. De modo que si, dentro de esta última filiación, la causal de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre requiere el conocimiento de ésta, no sucede lo mismo en la causal de posesión notoria del estado de hijo natural que se hace valer frente al padre, porque esta posesión implica principalmente un comportamiento constante, regular y ostensible de dicho padre como tal respecto del hijo, conducta que equivale a un reconocimiento tácito de paternidad según la

opinión de Demolombe (Cours de Code Napoleón, T. V, Nº 480). Vale decir que esa posesión constituye una relación o una serie continua de relaciones personales y directas entre el padre y el hijo, independientes de toda consideración referente a la madre. Por manera que cuando respecto del presunto padre se alega esta causal de posesión notoria del estado de hijo natural, no hay necesidad de acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial de ese estado. (Casación Civil, agosto 25 de 1962, páginas 211, 2ª y 213, 1ª).

140

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL

(De hijo natural).

Si por posesión de estado va a inferirse la paternidad natural, es de rigor que los hechos se encuentren en función del tratamiento de padre, por cuanto haya proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, en forma que deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general hayan tenido por cierta la filiación a virtud de ese mismo tratamiento durante diez años continuos por lo menos. Pero es nítido igualmente que la calificación de los hechos para inferir si se trata de simple afecto, benevolencia o generosidad, en vez de tratamiento paterno-filial, es algo que se refugia en la conciencia del sentenciador cuando para tomar la decisión que en derecho le incumbe forma su íntimo convencimiento. (Casación Civil, julio 9 de 1962, página 116, 2ª).

141

PRESTACIONES CAUSADAS POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

(Presupuestos legales que configuran los derechos a los auxilios por enfermedad no profesional).

1. El Código del Trabajo (artículo 227) le otorga al trabajador auxilio monetario por enfermedad no profesional, en la forma y cuantía allí determinada, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por la enfermedad. El mismo código (artículo 277) le concede al asalariado, además del auxilio monetario, si la empresa es de capital superior a $ 800.000.00, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta por seis meses. Configuran el derecho al auxilio monetario estos supuestos: existencia de una enfermedad no profesional; incapacidad comprobada del trabajador para desempeñar sus labores, a causa de la enfermedad. Los mismos presupuestos y el referente al capital de la empresa, en la cuantía indicada, estructuran el derecho a las prestaciones en especie. (Sala de Casación Laboral, 1º de junio de 1962, página 507, 1ª y 2ª).

142

PRESTACIONES CAUSADAS POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

(Subsistencia de estos derechos después de la terminación del contrato. Incapacidad del trabajador afectado de tuberculosis).

2. Dada la naturaleza de la enfermedad, la tuberculosis pulmonar inhabilita para toda clase de actividades, tanto dependientes como autónomas, por mandato expreso de la ley.

3. Tratándose de una enfermedad no profesional que se ha manifestado durante la prestación del servicio, los derechos que de ella emanan a favor del trabajador, comprobada la incapacidad para continuar la labor, subsisten aunque la convención laboral haya terminado. Tal ocurrencia no tiene el mérito de extinguirlos: nacida la obligación durante la vigencia del vínculo, perdura después de su extinción. (Sala de Casación La-

boral, 1º de junio de 1962, páginas 507, 2ª y 508, 1ª).

143

PRESUNCION DE DOMINIO

(A favor del colono y en contra de la Nación).

El artículo 1º de la Ley 200 de 1936 tampoco está llamado a participar en la solución de los conflictos entre particulares. Lo ha dicho la Corte en Casación, de junio 22 de 1956, pues aquélla norma fija la posición jurídica entre la Nación y los colonos, al punto de que erige en **ocupación,** con todas las consecuencias que este modo de adquirir comporta, la posesión económica de la tierra baldía. La nueva forma de adquisición del suelo rural, consagrada en el artículo 12 de la Ley 200, sí es aplicable a las contiendas entre particulares; implica un paso de perfeccionamiento y a la vez de retroceso frente a la usucapión extraordinaria y reposa en la posesión de buena fe del colono. (Casación Civil, julio 31 de 1962, página 172, 1ª).

144

PRESUPUESTO PROCESAL

(De demanda en forma).

Cuando sin referencia a su prosperidad o insuceso las categorías abstractas que deben integrar el ejercicio del derecho de acción no aparecen reunidas en el libelo, hace falta en realidad el primero de los presupuestos del proceso: la demanda admisible por sus condiciones de forma para pronunciamiento de mérito.

La virtud propia y exclusiva de la demanda consiste en dar el primer impulso, sin el cual el proceso no tendría origen adecuado, ni podría concebirse dentro del procedimiento dispositivo. Y si ese primer movimiento no posee calidad y aptitud que permita decisión de fondo, como presupuesto básico y esencial precisamente del fallo de mérito, por más que los otros presupuestos se hallen reunidos, es obvio a todas luces que habrá de llegar necesariamente resolución judicial inhibitoria, con valor de cosa juzgada, más no material sino simplemente formal.

No está al arbitrio del actor enmarcar la petición con que el juicio comienza a su simple parecer. Se trata sin duda de un acto de voluntad, mas no permitirá pronunciamiento de mérito sobre la acción propuesta sino cuando llena los requisitos mínimos exigidos por la ley para que haya demanda en debida forma.

De suerte que si es acto de voluntad, es al mismo tiempo acto formal. No porque el régimen de libertad haga quiebra, sino únicamente porque la actuación jurisdiccional debe moverse dentro de la plenitud de formas propias de cada juicio, del mismo modo que ante juez competente, por garantía que para todos arranca del imperio de la Carta fundamental (artículo 26 de la Constitución Nacional). (Casación Civil, mayo 17 de 1962, página 65, 1ª y 2ª).

145

PROVIDENCIAS JUDICIALES

(Su calidad no depende de la forma que el juzgador quiera darles, sino de la que la ley les asigna en cada caso particular).

No está a discreción de los juzgadores el hacer de los autos sentencias, con trastrueque en los factores de la estructuración procesal. Ya está dicho por la Corte que "las providencias judiciales no tienen la calidad determinada de autos de sustanciación, de autos interlocutorios o de sentencias por la forma que el juzgador quiera darles, sino por el contenido mismo que la ley les asigna en cada caso particular" (2 marzo 1955, LXXIX, 2151, págs. 680 y 681). (Casación Civil, agosto 16 de 1962, páginas 189, 2ª y 190, 1ª).

146

PRUEBA INDICIARIA

(La capacidad de delinquir).

1. Las constancias referentes a simples sindicaciones del procesado no pueden acogerse como pruebas del indicio de "la capacidad de delinquir" de que tratan algunos autores, puesto que ser sujeto pasivo de un sumario, como lo ha dicho la Corte, no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para averiguar si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención. Haber sido detenido tampoco es prueba de haber sido condenado. (Sala de Casación Penal, junio 8 de 1962, página 335, 1ª).

147

PRUEBAS

(Oportunidades procesales para solicitarlas).

2. Las pruebas, de acuerdo con las normas que gobiernan el proceso penal, deben solicitarse y, si es el caso, ordenarse y practicarse, en primer lugar, en la etapa del sumario, luégo en el término señalado al efecto dentro del juicio y, por último, según lo dispuesto en el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, con dos días de anticipación a la audiencia a fin de que se lleven a cabo en el curso de ésta. Sólo en esas oportunidades, absolutamente determinadas, las partes disponen de facultad legal para formular peticiones de la naturaleza indicada y, por tanto, pueden exigir, con justificado derecho, que haya expreso pronunciamiento en torno a las pruebas objeto de la solicitud. (Sala de Casación Penal, mayo 28 de 1962, página 291, 1ª).

148

REBELION

(Su conformación legal. Imposibilidad jurídica de estructurar concurso material o formal con otros tipos legales salvo los eventos consagrados en el artículo 141 del Código Penal. Competencia).

1. Aunque es de toda evidencia que el Código de Justicia Penal Militar (artículo 121) define y sanciona el delito de rebelión en iguales términos que lo hizo el Código ordinario de las penas (artículo 139), no es cierto que aquél haya derogado las previsiones de la ley común al respecto, pues la jurisdicción castrense con relación a los particulares sólo se extiende a los delitos previstos especialmente para ellos en el Código de Justicia Penal Militar (artículo 307, ordinal 6º).

2. La jurisdicción y competencia para el juzgamiento de los delitos son cuestiones de orden público inmanentes al orden institucional del cual derivan y que la ley reglamenta u organiza con sujeción a los preceptos constitucionales, sin que le sea dado excederlos o violarlos.

3. Si la Carta Fundamental previó la separación de las ramas del poder público, garantizó la igualdad de las personas ante la ley, consagró las garantías individuales en materia de juzgamiento, y si, por último, constriñó el fuero castrense a los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (artículo 170), resulta claro que los particulares no pueden ser sometidos a procedimientos de excepción, y menos por hechos que la ley penal ordinaria ha previsto como delitos y asignado su competencia a funcionarios propios de la rama jurisdiccional.

4. El delito de rebelión, clasificado por la doctrina penal como de tipo esencial y típicamente político, cuando es cometido por particulares se integra como una entidad compleja, en la cual quedan subsumidas toda

suerte de infracciones, lo que determina en derecho la imposibilidad del concurso formal o material de delitos y, en consecuencia, de la conexidad, salvo los eventos indicados en el artículo 141 del Código Penal.

5. No obstante las vaguedades e incongruencias manifiestas del Decreto 250 de 1958, en especial en aquellos artículos que tocan con la jurisdicción y competencia, la Corte entiende que la normación sobre el particular tiene que amoldarse a dos preceptos constitucionales fundamentales cuales son: el que establece un específico y limitado fuero castrense y el que consagra para la relación procesal penal las garantías de la persona humana.

6. Ser posterior el Código de Justicia Penal Militar y haber previsto en sus disposiciones los delitos de rebelión, que el legislador estructuró antes en el Código Penal, no significa la tácita derogación de éste en la materia, sino la previsión en la propia órbita de los delitos militares del mismo evento criminal para ser juzgados cuando lo cometen personas susceptibles de ser procesadas, en razón de su calidad, por los trámites y con aplicación del Código de Justicia Penal Militar. (Sala de Casación Penal, mayo 28 de 1962, página 296, 1ª y 2ª).

149

RECIPROCIDAD INTERNACIONAL

(Extensión y medida de la inmunidad de jurisdicción civil que las Repúblicas de China y Colombia conceden a los diplomáticos extranjeros).

Estima la Sala que la concesión de una determinada inmunidad, de conformidad con el Decreto 3135 de 1956 y según el sistema de la reciprocidad que el mismo Decreto establece, no depende de que en el país a que pertenece el diplomático se concedan en abstracto todas las inmunidades que reconoce Colombia, sino que en ese país se otorgue la determinada inmunidad que aquí haga valer el diplomático. Si esa concreta inmunidad está reconocida también por el Gobierno del país a que el diplomático pertenece, y en idéntica extensión, es obvio que se produce la figura de la reciprocidad, y no se ve por qué entonces no deba reconocerla Colombia.

En la República de China, los diplomáticos extranjeros gozan de la inmunidad de jurisdicción civil "con respecto de actos ejecutados en su carácter oficial". Y en Colombia se les reconoce la misma inmunidad con relación a actos concernientes a una actividad que no sea ajena a las funciones del agente diplomático o que no implique el ejercicio de una acción real sobre bienes que se hallen dentro del territorio nacional, según se infiere del ordinal 4º del artículo 10 del Decreto 3135.

Para la Sala es por demás claro que los actos oficiales respecto a los cuales la República de China concede inmunidad de jurisdicción civil son los mismos actos relativos a una actividad no ajena a las funciones del diplomático, que de conformidad con el artículo 10º del Decreto 3135, Colombia coloca dentro de la esfera de la inmunidad de la aludida jurisdicción civil. Hay, pues, reciprocidad respecto a tales actos.

Esos actos oficiales o no ajenos a las funciones del diplomático no pueden ser aquellos actos específicos en los cuales se concretan las relaciones diplomáticas de país a país, ya que éstos, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a litigios ventilados ante los jueces civiles, por lo cual mal podría concederse inmunidad de jurisdicción respecto de ellos. Para que esa inmunidad tenga algún sentido es obvio que debe referirse a actos que, sin ella, podrían suscitar litigios que normalmente tendrían que ser decididos por las autoridades jurisdiccionales civiles.

Indudablemente la contratación de los servicios de un intérprete para que preste servicios en una legación es un acto típico de los acabados de aludir, pues, de una parte, no

es de los que implican el ejercicio de las relaciones diplomáticas entre el país del plenipotenciario y el país ante el cual está acreditado, y de otra, no tiene por finalidad el beneficio personal del dicho plenipotenciario, sino el de la Legación, y además, puede dar lugar a litigios susceptibles de ser decididos por las autoridades judiciales.

De conformidad con lo afirmado en el hecho segundo de la demanda, el actor fue traductor de la Legación China acreditada en Colombia, esto es, no trabajaba para los ministros personalmente considerados, sino para la Legación. Por consiguiente, y de conformidad con lo antes expuesto, la contratación de sus servicios por parte del Ministro chino fue un acto oficial de éste, o lo que es lo mismo, un acto realizado en ejercicio de una actividad no ajena a sus funciones diplomáticas. Siendo esto así, resulta que respecto a tal acto está cobijado el Excelentísimo señor Ministro, demandado por el mencionado señor traductor para el pago de ciertas prestaciones sociales, por la inmunidad de jurisdicción civil que reconoce el artículo 10º del Decreto 3135 de 1956, ya que, como se indicó antes, respecto a la inmunidad para tales actos existe reciprocidad de tratamiento con la República de China. (Sala de Negocios Generales, 6 de julio de 1962, páginas 679, 1ª y 2ª y 680, 1ª).

150

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

(Aspecto formal).

4. Si los testigos que han de intervenir en una diligencia de reconocimiento en rueda de presos, afirman que el sujeto que consumó el delito llevaba la cara tapada con un pañuelo y el sombrero bien hundido o agachado, es lógico que tal diligencia se lleve a cabo cubriendo con pañuelos el rostro de todos los sujetos que participan en la rueda y procurando que lleven el sombrero en la forma indicada, pues sólo en estas condiciones podría conducir la diligencia a resultados concretos y libres, en términos generales, de sospecha. (Sala de Casación Penal, junio 8 de 1962, página 335, 1ª).

151

REFORMATIO IN PEJUS

1. No existe en la sentencia acusada el vicio de la **reformatio in pejus** que el impugnador formula, puesto que esta figura procesal sólo se presenta cuando la sentencia de segunda instancia decide con agravio del único apelante, y en este proceso ambas partes interpusieron el recurso de alzada contra el fallo del Juzgado a **quo**. (Sala de Casación Laboral, 10 de mayo de 1962, página 490, 1ª).

152

REGISTRO CIVIL

(Valor probatorio de las actas y certificados, especialmente en lo relativo al registro de defunciones).

Conforme al artículo 347 del Código Civil las actas de los registros del estado civil, constituyen las pruebas del respectivo estado. En el registro civil de las personas, entre otras inscripciones, se asientan las referentes a defunciones (art. 349 C. C.). El artículo 5º de la Ley 92 de 1938 que subrogó al 357 del Código Civil, contiene la enumeración de los informes o datos que deberán expresarse al asentar las actas de defunción. Dispone el artículo 356 del citado código, que en los territorios, el padre de familia en cuya casa muera alguna persona, lo participará al Notario dentro de treinta días. Y el artículo 358 ibídem, manda que cualquiera persona que encuentre un cadáver fuera de habitación, o en una casa que no tenga habitantes ni vecinos, tiene la obligación de dar el aviso de que trata el artículo 356. En fin,

informantes de una defunción ante el Notario, o quien haga sus veces, pueden y deben serlo, además de las personas nombradas antes, las que también se mencionan en los artículos 359, 360 y 361 del Código Civil. De acuerdo con el parágrafo del artículo 1º de la Ley 92 de 1938, en relación con los artículos 2º del Decreto reglamentario número 1003 de 1939 y 1º del Decreto número 160 de 1940, entre los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas, se comprenden, también los Corregidores o Inspectores de Policía autorizados por el Gobierno o por los Gobernadores, para tales efectos.

Ahora bien: las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes, hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, conforme a lo previsto por el artículo 632 del Código Judicial. Y, según las voces del artículo 392 del Código Civil se "presumirá la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, estando en forma debida". Lo anterior, sin perjuicio de que tales documentos puedan ser rechazados o redargüidos, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar, o mediante impugnación, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata, según lo autorizan los artículos 393 y 394 del Código Civil. (Sala de Casación Laboral, 28 de agosto de 1962, página 611, 1ª y 2ª).

153

REIVINDICACION

(Entre particulares, y entre la Nación y un particular).

Tratándose de un litigio entre particulares, el problema de la reivindicación se plantea en torno a la prueba de un mejor derecho, en la cual entran en juego los títulos inscritos del reivindicador, y respecto del demandado, la posesión, aparte de los títulos que tuviere, sin que sea indispensable que en la titulación del primero figure el documento originario emanante del Estado. Si la disputa se hubiese trabado entre la Nación y un particular, tampoco sería de forzosa presentación el título originario, porque el artículo 3º de la Ley 200 de 1936 —ordenamiento para resolver exclusivamente las controversias sobre el suelo entre la Nación y los particulares— acepta para ello, en favor de éstos, no sólo el título originario sino también la cadena de títulos por el lapso de veinte años, contados hacia atrás desde el día en que entró a regir la citada Ley (8 de abril de 1937), de modo que si la titulación privada comprende este término, no se le exige al interesado ascender hasta el eslabón primitivo. (Casación Civil, julio 31 de 1962, páginas 171, 2ª y 172, 1ª).

154

REIVINDICACION

(Es acción distinta de la petitoria del dominio).

La acción reivindicatoria que, en los términos del artículo 946 del Código Civil "es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla" es acción distinta de la petitoria, como lo tiene repetido la Corte; ya que esta última es simplemente declarativa, y la reivindicatoria es de condena, dado que su finalidad es la de que el poseedor restituya la cosa a su dueño. Pero entre las dos hay un elemento común, que es la declaración expresa del dominio en la petitoria y el reconocimiento expreso o tácito del mismo en la reivindicatoria, a punto de que si el demandante reivindicador no acredita la propiedad de la cosa su pretensión fracasa necesariamente. (Casación Civil, julio 30 de 1962, página 157, 1ª).

155

RELACIONES SEXUALES

(Cuando se alega esta causal es necesario acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial de paternidad natural).

Como la procreación es un hecho complejo en cuanto requiere el concurso de un hombre y una mujer, cuando a un varón determinado se le atribuye en juicio la paternidad respecto de cierto hijo por haber tenido aquél relaciones sexuales con la madre de éste, resulta lógicamente imprescindible demostrar cuál es dicha madre y la fecha del nacimiento de tal hijo para poder definir la época de la concepción y deducir por inferencia esa paternidad, toda vez que ella no puede comprobarse de manera directa. En otros términos, la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, exige la determinación previa o simultánea de la madre para poder atribuír la paternidad al hombre que con ella tuvo esas relaciones por la época de la concepción del hijo. (Casación Civil, agosto 25 de 1962, página 211, 2ª).

156

RELACIONES SEXUALES

(La ley colombiana no quiso hablar de concubinato notorio, sino de que aquéllas deben ser estables y notorias).

Conviene hacer una aclaración. La sentencia recurrida cita la de esta Corte de 5 de marzo de 1948 (LXIV, 2060 y 2061. 42), según la cual las relaciones sexuales "deben configurar socialmente un concubinato notorio". Otras casaciones consignaron el mismo concepto. La Corte tuvo ocasión de precisar el alcance del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y de aclarar los expresados conceptos, en sentencia de 28 de febrero de 1961 (G. J. T. XCIV. 2235-2236, pág. 566 y ss.), con el objeto de no extremar el mandato de la ley sobre la calidad de las relaciones sexuales que prevé aquella disposición y las modalidades y matices que la realidad de las cosas puede introducir a las condiciones de estabilidad y notoriedad de las expresadas relaciones. (Casación Civil, agosto 24 de 1962, página 206, 1ª).

157

RELACIONES SEXUALES

(Ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936).

La acción sobre declaración de la paternidad natural con fundamento en el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, requiere para su prosperidad, dos elementos: 1º Las relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre; y 2º Que el hijo haya nacido "después de 180 días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron".

El fallador debe hacer un examen previo y provisional de los hechos traídos por el libelo, para ver si, suponiéndolos verdaderos, son idóneos para pronunciar el efecto o declaración impetrada. Si de este examen se ve que de ello no resultan todos los elementos de la acción, no habría objeto de entrar a la consideración de las pruebas o demostración de los mismos. (Casación Civil, junio 12 de 1967, página 78, 1ª y 2ª).

158

RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

(Alcance de esta causal).

En repetidas ocasiones la Corte se ha ocupado en determinar el alcance de la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, que conforme a lo prescrito por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 puede dar lugar a la declaración judicial de paternidad

natural. Inspirándose en la ley y en la doctrina y jurisprudencia francesas, expresó en algunas providencias que esas relaciones "han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción" y presentar "características semejantes en cuanto a firmeza y publicidad a las que rodean el matrimonio" (LXIII - 2057, 687. LXIV - 2060, 48). En otras decisiones ha sostenido que dichas relaciones "entrañan un concepto más amplio que el de concubinato, tal como se le ha considerado siempre" (LVI - 2001, 203). Así se han perfilado dos tendencias sobre la apreciación de las relaciones sexuales mencionadas: una que las reduce a un concubinato y otra que las juzga con un criterio de mayor amplitud. En casación de 28 de febrero de 1961 (XCIV - 2235, 567) la Corte consideró de nuevo este tema y, rememorando los orígenes de la Ley 45, las ideas que la inspiraron y los desarrollos que la misma cuestión ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia, asentó en esta materia la tesis central de que el concepto de relaciones sexuales, estables y notorias, comprende una gama de uniones libres que se extiende desde el concubinato perfecto hasta los matices más simples en que no hay comunidad de habitación, ni trato marital, ni provisiones económicas, con tal que esas uniones ofrezcan en todo caso los atributos de estabilidad y notoriedad que la ley exige para que ellas puedan asumir la categoría de presunciones de paternidad. (Casación Civil, agosto 25 de 1962, páginas 211, 2ª y 213, 1ª).

159

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

(Indemnización de perjuicios como consecuencia).

Condenar a pagar perjuicios cuando especialmente no se han demandado, o dejar de decidir sobre ellos cuando se han solicitado de manera expresa, no constituye inconsonancia entre lo pedido y lo sentenciado, porque, en tratándose de la resolución de los contratos, lo concerniente a daños y perjuicios es consecuencia necesaria de la resolución, de acuerdo con la regla general del artículo 1546 del Código Civil y la especial para la venta, contenida en el artículo 1930 ibídem.

La condena en abstracto —aún sin pedirla— a reparar los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación del comprador de pagar la totalidad del precio, corresponde a la doctrina de la Corte, de acuerdo con casaciones de diciembre 11 de 1916 (XXV. 1310-1311, 434), septiembre 24 de 1917 (XXVI. 1355, 178), agosto 21 de 1922 (XXIX. 1519, 248), julio 25 de 1924 (XXXI. 1600, 62), noviembre 22 de 1928 (XXXVI. 1828, 105), octubre 8 de 1929 (XXXVII. 1855, 254) y diciembre 15 de 1936 (XLIV. 1918, 528). "La ley presupone que toda infracción de contrato origina perjuicios —dice la mencionada sentencia de octubre 8 de 1929— porque debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho que éste se propuso obtener al celebrarla. Se advierte dicha presunción en varias disposiciones legales, como el artículo 1615 del Código Civil y el 1018 del Código Judicial, y ella es suficiente prueba en favor del acreedor para hacer la condenación in genere o en abstracto, con el fin de que en un juicio posterior se determine la cuantía de los perjuicios. Tal es la doctrina sostenida al respecto por esta Sala de Casación".

En relación con la venta, el artículo 1930 del Código Civil manda resarcir los perjuicios causados por el incumplimiento del comprador, cualquiera que sea la acción que elija el vendedor, porque, como dice la jurisprudencia transcrita, la ley presume que todo incumplimiento de obligaciones contractuales genera daños y perjuicios, ya que los con-

tratos, fuentes de obligaciones, se celebran para que éstos se ejecuten, porque en ello estriba el interés recíproco de las partes. De dicha presunción se sigue que el juez debe condenar en abstracto al resarcimiento aun cuando el vendedor no lo haya pedido. (Casación Civil, agosto 31 de 1962, páginas 218, 1ª y 2ª y 219, 1ª).

160

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

(Por incumplimiento del vendedor).

La intención clara de las partes fue, celebrar un contrato de compraventa de un solar o lote de una parcelación de tierras con destino al establecimiento de pequeñas granjas, lo que resulta corroborado por la extensión del lote vendido: 14.485 metros cuadrados, casi hectárea y media, perfectamente adecuada para edificar una casa de campo y montar una pequeña granja. Esa finalidad, expresamente mencionada en la escritura de venta, vino a ser en consecuencia elemento determinante del contrato por parte del comprador, para quien no podía ser indiferente que se suspendiera la proyectada urbanización, comoquiera que se vería privado de la posibilidad, que sin duda tuvo en cuenta al comprar, de contar con vecinos, granjeros o meros residentes, cuya existencia futura más o menos probable, con todas sus naturales ventajas de orden material y moral (mutua ayuda, sensación de vecindario, etc.), es un factor de indiscutible importancia en la determinación a contratar de quien compra un lote o solar en las indicadas circunstancias en que obró el demandante.

De otro lado, es de elemental justicia exigir a quien vende un lote de una urbanización o parcelación que conserve respecto a ese determinado lote el beneficio mínimo que todo proyecto de esa clase debe brindar a quien lo adquiere, cual es el de poder disfrutar con toda libertad de la calle o vía por la que, de acuerdo con los planos, podía llegar a su propiedad.

Por consiguiente, bien puede afirmarse, a la luz de la equidad natural y de los principios generales de derecho, a que aluden los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, que al desistir el Departamento de Bolívar del proyecto de parcelación, suspendiendo las ventas y dejando incomunicado el lote del demandante, por el cerramiento del globo general, incumplió una obligación derivada de la naturaleza del contrato.

En consecuencia era del caso declarar la resolución de éste tal como decretó el Tribunal **a quo**, de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, con los consiguientes pronunciamientos sobre devolución de precio y pago de perjuicios. (Sala de Negocios Generales, 24 de agosto de 1962, páginas 712, 1ª y 713, 1ª).

161

RESPONSABILIDAD

(Del padre por el hecho dañoso del hijo).

La responsabilidad extracontractual de los patronos por el hecho de los subordinados se funda en la idea de culpa en la elección (**in eligendo**) o en la vigilancia (**in vigilando**). Dentro de este criterio básico, si el llamado a juicio de indemnización demuestra que sí supo elegir y vigilar al dependiente, ninguna responsabilidad podría deducírsele de un hecho sobre el cual aparece exento de culpa. Es la hipótesis en que los patronos no han tenido manera de prever o impedir con el cuidado ordinario y la autoridad que les compete, el daño causado por sus dependientes con ocasión del servicio y por el modo impropio de cumplirlo (2349 del Código Civil).

Pero si no se contempla ya esa situación de simple dependencia sino que en concreto se mira la responsabilidad paterna por el hecho dañoso de los hijos menores que habi-

tan en la misma casa, la presunción legal que la establece no es desvirtuable sino con la prueba específica de no haberse podido impedir el insuceso con la autoridad y el cuidado que el ejercicio de la patria potestad confiere y prescribe (6º - 2347 ibídem). (Casación Civil, mayo 10 de 1962, página 61, 1ª).

162

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

(De las personas jurídicas públicas. Sus presupuestos).

En punto de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas públicas, como la Nación, un Departamento, un Municipio, por hechos ocurridos en el funcionamiento de los servicios públicos o con ocasión de los mismos y que causen perjuicios a otro, los presupuestos de esta responsabilidad son: a) la "falla del servicio" o culpa de la administración; b) el daño; y c) la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño. Dada la conjunción de estos tres coeficientes, que deben aparecer demostrados, la entidad pública queda sometida a indemnizar el perjuicio, no por vía de responsabilidad indirecta, sino en razón de responsabilidad directa que se funda legalmente en el artículo 2341 del Código Civil e institucionalmente en el canon 16 de la Carta, de la cual no se eximiría sino probando uno de estos extremos, a saber: fortuito, hecho de un tercero, culpa de la víctima. (Casación Civil, julio 12 de 1962, página 142, 1ª).

163

RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO

(Por los daños y pérdidas sobrevenidos sobre la cosa arrendada).

Aparece ajustada a derecho la premisa capital de la sentencia que se examina, puesto que por el inciso cuarto del artículo 2005 del Código Civil se presume responsabilidad del arrendatario cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante el goce sobre la cosa arrendada. De modo que para verse libre de indemnizarlos, "debe probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios", que es norma ya sentada por el artículo 1999 **ibídem.**

Si dentro del marco legal incumbe al arrendatario probar por lo menos hechos positivos de cuidado y diligencia que permitan inferir ciertamente que el perjuicio no es imputable a conducta errónea suya o de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, bien se destaca entonces que no es bastante hallar margen de duda acerca del origen del daño o pérdida sobrevinientes durante el goce del objeto, para que el planteamiento se resuelva por el juez a favor del arrendatario, desde luego que la presunción de responsabilidad le impone la carga de la prueba contraria en forma tan completa y plena que el sentenciador haya de recibir con certeza la conclusión de que la causa eficiente del perjuicio no es imputable en la medida de la culpa leve, directa ni indirectamente, al arrendatario. Y claro es que la duda y la certeza se excluyan recíprocamente.

Si el arrendatario debe probar que el daño no es imputable a conducta suya o de las personas por quienes responde; si no demuestra hechos que acrediten la diligencia y esmero propios del buen padre de familia, o sea, que dentro de esta conducta no le era posible prever ni conjurar el daño que llegó entonces a consumarse por fuera de su control, surge en derecho la obligación de indemnizar el daño, y para el arrendador la titularidad de la acción de resarcimiento. (Casación Civil, mayo 2 de 1962, páginas 50, 2ª y 51, 1ª).

164

RESPONSABILIDAD DIRECTA Y RESPONSABILIDAD INDIRECTA

(Prescripción de estas acciones).

Acerca de la prescripción de las acciones, la Corte considera conveniente precisar la materia así: a) la acción por el daño, contra la Administración, trátese de fallas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en 20 años. El Estado, como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal, y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del Código Civil, fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción, como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro. b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue en el mismo término, ya que tampoco hay normas de excepción al respecto; y si de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso 1º del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso 2º de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado y dependencia se encuentran las causantes del daño proveniente de ilícito penal. (Casación Civil, junio 30 de 1962, página 98, 2ª).

165

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Cuál es la prueba necesaria para destruír la presunción de responsabilidad por el hecho dañoso del dependiente o subordinado).

Cualquiera que sea el criterio de la Sala sobre la naturaleza de la responsabilidad de las personas morales, y particularmente de los entes públicos, para que conforme al artículo 2347 del Código Civil cese la responsabilidad por el hecho del dependiente o subordinado se requiere que la persona llamada a responder no hubiera podido impedirlo con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere y prescribe; es decir, que aún ubicando aquella responsabilidad en el ámbito de la citada disposición, para que haya lugar a exonerarse de ella es necesario que el daño se haya producido no obstante haberse tomado medidas concretas encaminadas a evitarlo. La regla del último inciso del artículo mencionado no alude a la diligencia genérica con que el comitente o patrono puede vigilar la conducta general de su comisionado o servidor, sino a la diligencia de carácter concreto indispensable para impedir la ocurrencia o suceso que dio lugar al ejercicio de la acción. De ahí que la prueba de la ausencia de **culpa in vigilando,** suficiente para destruír la presunción que consagra la norma, no pueda referirse solamente a condiciones de idoneidad y buen comportamiento del comisionado sino al ejercicio efectivo de la autoridad del comitente para evitar el daño.

No basta, pues, que la Nación pruebe que el conductor del vehículo, en el caso de autos, era chofer mecánico licenciado y que en el desempeño de su oficio nunca había sido sancionado por infracción a los reglamentos de circulación ni por otra causa, pues no se trata de establecer el buen concepto en que hasta el momento de ocurrir el accidente era tenido el conductor sino que tal accidente se

produjo a pesar de haberse tomado medidas específicas para hacer imposibles hechos de esa especie. (Sala de Negocios Generales, 30 de junio de 1962, página 662, 1ª).

166

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Es directa la de las personas jurídicas privadas, por los daños que sus agentes causen a terceros).

La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de personas.

La tesis organicista de la división de los agentes, en **funcionarios órganos** y **subalternos auxiliares,** para que la persona jurídica responda de manera directa sólo de las culpas de los primeros, y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad **directa**, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos.

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las **"fallas del servicio público"** o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectivad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daño, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.

Cuando la persona jurídica privada debe reparar el daño inferido por uno de sus agentes, no lo hace como la Administración, en virtud de aquel deber fundamental; por ello, esa responsabilidad no puede provenir sino de la culpa de un agente concreto. Mas, si el daño se produce en un servicio público, la responsabilidad se origina en último análisis, en el supradicho deber primario del Estado, causa eficiente, por tanto, de la referida responsabilidad. (Casación Civil, junio 30 de 1962, páginas 96, 2ª; 97, 1ª y 2ª y 98, 1ª).

167

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PUBLICAS

(La falta del servicio compromete la responsabilidad de la entidad que lo presta, cualquiera que sea la que hace el nombramiento).

Conforme a doctrina reciente de la Corte dada en sus salas de Negocios Generales y de Casación Civil, el Estado y sus organismos descentralizados o secundarios no responden de los daños causados por los servicios públicos por razón de **culpa in eligendo** o de **culpa in vigilando** como en los casos de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil sino por la **falta del servicio** que compromete la responsabilidad de la entidad que lo presta, cualquiera que sea la que hace el nombramiento del autor del hecho. (Sala de Negocios Generales, 31 de agosto de 1962, páginas 737, 2ª y 738, 1ª).

168

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y EN ESPECIAL DEL ESTADO

(Críticas a la teoría organicista. La teoría de las faltas del servicio).

Cabe examinar si la del Estado es una responsabilidad indirecta, como lo sostiene el señor Procurador con fundamento en la doctrina de la Corte que discierne entre órganos y agentes para aplicar al ente público, por el procedimiento de la interpretación analógica, el artículo 2347 del Código Civil, o si, por el contrario, es una responsabilidad directa que se rige por la norma del artículo 2341 del mismo código.

Dado que el argumento **a simili** sólo puede formularse cuando la regla establecida para un caso conviene a otro por militar en ambos las mismas razones, debido a su similitud y a la existencia de idénticos motivos de conveniencia o equidad (**ubi eadem ratio, eadem lex esse debet**), la localización de la responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios en cualquiera de las normas del título 34 del libro 4º del Código Civil depende de que las circunstancias en que el hecho se consuma y en que se mueve la actividad del servicio y las condiciones que singularizan dicha actividad sean asimilables a las que aquellas normas toman en cuenta para reglar la responsabilidad de las personas privadas, ya que la función de la responsabilidad no es otra cosa que la reparación del daño según tales circunstancias y condiciones. Ellas definen el carácter de la responsabilidad ubicándola en los textos, e inclusive determinan su extensión y los sujetos de la obligación respectiva.

Pues que el Estado es persona moral, conviene hacer notar, en primer término, que no obstante el criterio que hasta ahora ha venido privando en la jurisprudencia de la Corte, no es la teoría organicista la más adecuada a la índole y organización de las personas jurídicas de derecho público y privado, en cuanto en ciertos casos las hace indirectamente responsables de los actos de sus dependientes conforme al principio que recogen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. El primer inciso del artículo 2347 consagra el precepto de que toda persona es responsable del hecho de aquéllos que estuvieren "a su cuidado", es decir, que supone como fundamento de la responsabilidad indirecta la existencia de un deber específico de **custodia** que no se da en las personas morales respecto de sus agentes. En seguida ilustra el contenido de la norma con varios ejemplos, en todos los cuales se observa la expresa exigencia de aquel deber específico, si no es que éste fluye de la misma situación jurídica en que se hallan el autor del daño y quien por él debe responder: así, el padre, o en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos menores de edad obligaciones concretas de vigilancia y atención que emanan de la patria potestad, y cuyo incumplimiento se hace difícilmente excusable cuando éstos habitan con aquéllos en la misma casa; las mismas obligaciones corresponden al tutor o curador respecto del pupilo, en virtud de la guarda que les ha sido discernida; el deber del marido de cuidar de su mujer es un corolario de los derechos que le confiere la potestad marital; los directores de colegios y escuelas son responsables del hecho de sus discípulos "mientras están bajo su cuidado", a tenor del texto de la disposición; y los empresarios y artesanos del de sus dependientes o aprendices, "en el mismo caso", o sea, que para establecer la responsabilidad de tales artesanos y empresarios la ley prevé que los aprendices o los dependientes causen el daño encontrándose **a su cuidado** o **bajo su custodia.** Y lo mismo ocurre en el caso del artículo 2349, puesto que la relación que se crea entre el amo y el doméstico es de tal naturaleza que supone por parte de aquél una permanente y estricta vi-

gilancia de los actos de éste. No basta, pues, la simple relación de dependencia o subordinación en sentido lato, para que nazca aquella responsabilidad, sino que además se requiere que el autor del hecho perjudicial se halle **al cuidado** de quien es llamado a responder por él. La noción de **custodia** aparece así como el común denominador de todos los casos que caen bajo el régimen de las disposiciones comentadas, pues que así resulta tanto del principio general como de los casos concretos que muestran cómo debe ser desarrollado ese principio; tal noción es elemento de la responsabilidad llamada indirecta (locución impropia, pues este atributo no es predicable de la responsabilidad sino de la relación de causalidad), y de ninguna manera puede afirmarse que los dependientes estén al cuidado o bajo la custodia de la persona jurídica, aunque entre ellos exista un vínculo de subordinación.

Por otra parte, la responsabilidad indirecta que reconocen los artículos 2347 y 2349 supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas **in eligendo** e **in vigilando**, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del **eventus damni** con la **in eligendo** o **in vigilando** que se atribuye al patrono, en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones.

Ahora, concretándose al caso particular del Estado, cuyos cometidos esenciales se satisfacen a través de los servicios públicos, parece lo indicado señalar otras razones que concurren, con las que se acaban de exponer, a desplazar su responsabilidad del artículo 2347 para situarla en el del 2341.

Cuando el deber jurídico de reparar procede, no de un hecho ceñido a la actividad y objetivos del servicio cumplido conforme al reglamento respectivo, sino de un error de conducta consumado por razón de aquella actividad, la responsabilidad se configura como subjetiva y cae en el ámbito de la ley civil en atención a que sus reglas son aplicables en los casos de responsabilidad subjetiva de las personas morales, entre las cuales se cuentan el Estado y sus organismos secundarios y descentralizados. Mas esa responsabilidad, emergente de una culpa de funcionario o agente de la administración, desborda, sin embargo, el ámbito obligacional de aquél para comprometer también al Estado —salvo que el hecho sea personal, como cuando se ejecuta en provecho exclusivo del agente o por su cuenta—, y no ya solamente en virtud del vínculo que liga al servicio con el autor material del daño, sino porque aquél absorbe en cierto modo la culpa del funcionario en cuanto a la actividad administrativa se traduce siempre en actos de sus agentes o empleados, sin que sea dable separar la una de los otros; de modo que la falta de éstos trasciende a aquella actividad generando fallas o deficiencias en la organización y funcionamiento del servicio. Y en efecto, el daño producido en tales condiciones denuncia un mal funcionamiento de la administración pública por falla o defecto en su organización o deficiente coordinación de sus órganos o agencias, debiendo recaer la culpa de esas fallas o deficiencias en quien según las circunstancias los organiza y dirige, esto es, en el Estado o en alguno de sus organismos secundarios o autónomos. La falta (o sea, la culpa) de la administración resulta así de la falta, conocida o anónima, de los encargados de mover la actividad del servicio, en atención a que la culpa de éstos determina errores o deficiencias en el mecanismo administrativo atribuíbles a la organización general. Y es que dado el contenido fundamental de protección y garantía de los derechos de la per-

sona humana que al Estado corresponde conforme a claras disposiciones de la Constitución, no es de concebir que los servicios públicos actúen en condiciones de lesionar aquellos derechos, cualquiera que sea la causa mediata del perjuicio, contraviniendo no sólo la ley del servicio sino el deber primario del Poder Público en lo que concierne a aquella protección. Nótese que ya desde 1896, en la sentencia de 22 de octubre, la Corte vio en ese cometido una razón de ser de la responsabilidad de la administración pública "por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios".

De estas premisas se deduce que la responsabilidad extracontractual del Estado es por lo general directa y que carece de toda base, por lo tanto, la teoría que distingue entre órganos al través de los cuales se manifiesta la voluntad estadual y agentes que apenas ejecutan esa voluntad, para efecto de distinguir la responsabilidad directa de la indirecta según que la culpa pueda atribuirse a aquéllos o a éstos, con mira a aplicar por analogía el principio contenido en el artículo 2347.

Como ya quedó dicho al tratar de la responsabilidad de las personas morales, en los casos de esta disposición el comitente, responsable indirecto, se obliga por su propia culpa, consistente en la negligente selección del comisionado o en la descuidada vigilancia de los actos de éste, situación en que con dificultad puede encontrarse el ente público que carece de una voluntad independiente de la de sus funcionarios o empleados; y por otra parte, la relación existente entre el servicio y quienes desenvuelven la actividad que a él compete no es de carácter patronal, como la que liga al empresario o patrono con sus subalternos, sino de derecho público, lo que implica la sujeción a procedimientos y consideraciones que limitan la libertad del servicio. La responsabilidad por culpa **in eligendo** supone libertad suficiente para seleccionar al dependiente, y la por culpa **in vigilando** medios eficaces para evitar los errores y desviaciones en que el empleado pueda incurrir, y el Estado las más de las veces no dispone de aquella libertad ni de estos medios. El ha de obrar siempre conforme al reglamento del servicio que con frecuencia le impone, con mayor rigidez que el reglamento laboral a la persona privada, un régimen de conscripción, de nombramiento, de promoción y de ascenso que le deja menos autonomía que la que las leyes del trabajo suelen reconocer a las personas o entidades particulares. Dado el sistema de reclutamiento militar, por ejemplo, no se ve cómo sería posible hacer responsable al Estado por **culpa in eligendo** cometida en la selección de un cuerpo armado; y al más responsable sistema para el ingreso a funciones públicas técnicas o especializadas, el de oposición o concurso, se le hace a menudo el reparo de que no siempre permite apreciar condiciones tales como la experiencia, laboriosidad, diligencia y solicitud del candidato. El estatuto del empleado público constituye así una evidente limitación a la libertad de la administración para hacer la escogencia de sus agentes, como embaraza, y a veces hace inoperante la vigilancia de los empleados oficiales la índole política de los órganos del Poder Público, y sobre todo, la peculiar organización del Estado, a través de cuya compleja estructura jerárquica y de procedimientos complicados y casuísticos se diluye frecuentemente la responsabilidad de los funcionarios y se hace menos expedito y eficaz el oportuno control de las acciones individuales.

Ahora bien: el título 34 del libro 4º. del Código Civil organiza el sistema de la responsabilidad delictual y cuasidelictual mediante regulaciones concretas de casos particulares, a la vez que por el método de la regla general destinada a recoger los no comprendidos en los preceptos que reglamentan situaciones específicamente determinadas. Así, el artículo 2341, al consagrar el principio general de que quien causa daño a otro por su culpa debe repararlo, recoge también to-

dos los casos de responsabilidad no comprendidos específicamente en otras disposiciones, teniendo por tanto el carácter de regla complementaria en cuanto prescribe el régimen general a que se sujetan los casos no previstos de manera concreta. De modo que si por las razones que se dejan expuestas debe entenderse que la responsabilidad del Estado no es asimilable a la especial que regulan los artículos 2347 y 2349, pero que en cuanto persona moral debe responder de las faltas del servicio conforme al Código Civil, su responsabilidad corresponde a la que por vía general o complementaria reglamenta el artículo 2341, sin que esta solución signifique disociar los elementos estructurales del sistema y romper su unidad para aplicarlo apenas parcialmente, con preterición de algunas de sus disposiciones, ya que la función de la regla complementaria es precisamente completar el sistema mediante la reglamentación de todas aquellas situaciones que no pueden ser ubicadas en el cuadro de los preceptos que regulan casos específicos; y sin perjuicio, por lo demás, de la acción que el Estado pueda tener contra el autor material para la reparación del daño que se le haya causado en su patrimonio, pues si bien él con la falta del servicio se hace responsable frente a la víctima, el agente también lo es frente a ésta y frente al Estado por su culpa conforme a las normas constitucionales y legales que consagran la responsabilidad de los funcionarios. El deber jurídico de resarcir al servicio los perjuicios que le causen sus agentes se halla claramente establecido en el artículo 20 de la Carta que hace a los funcionarios responsables por la infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de éstas, sin que pueda entenderse que tal responsabilidad no se extiende a los daños de orden patrimonial que el Estado sufra por actos u omisiones de sus empleados.

En suma, que al Poder Público no le es aplicable el principio de la responsabilidad "por el hecho ajeno" contenido en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, por cuanto no se encuentra en las mismas circunstancias de quienes responden por otros, comoquiera que esta especie de responsabilidad supone dualidad de culpas y en el caso del servicio la culpa de éste es la misma del agente; pero sí lo comprende lo dispuesto en el artículo 2341, pues que es persona moral capaz de cometer culpas civiles, hallándose consiguientemente en las mismas condiciones de las personas naturales que responden conforme a la citada disposición. (En el mismo sentido la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil, en esta misma fecha, en el juicio ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá).

Admitida esta conclusión, forzosa es también la de que la prueba general de la diligencia y cuidado que autoriza el artículo 2347, que en este caso alega el señor Procurador, no es la pertinente para eximir de culpa a la Nación, toda vez que se encuentra acreditado que el perjuicio cuya reparación se demanda se debió a la imprudencia de un empleado dependiente de ella, cometida en ejercicio de tareas oficiales y dentro de la órbita de las que reglamentariamente le correspondían (1). (Sala de Negocios Generales, 30 de junio de 1962, páginas 662, 1ª; 663, 1ª y 2ª; 664, 1ª y 2ª y 665, 1ª y 2ª).

169

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(A causa de la morosidad culposa de la Administración en la prestación del servicio).

Sobre la supuesta mora de la Administración en proveer sobre los reclamos de la sociedad demandante respecto a las sumas liquidadas en exceso, por concepto de derechos

(1) En relación con los argumentos y conclusiones consignados en este aparte de jurisprudencia, uno de los Magistrados de la Sala salvó su voto.

de aduana sobre las mercancías, y a la devolución de dichas sumas, que constituye el fundamento de hecho para pedir indemnización de perjuicios en cuanto a la primera acción, bastará anotar que no aparece indicación ni prueba alguna con relación a las fechas en que los reclamos fueron presentados ni a la duración normal de su tramitación, bases indispensables para poder concluír algo respecto a una posible morosidad del servicio. (Sala de Negocios Generales, 24 de julio de 1962, página 688, 1ª).

170

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(Diferentes criterios de la jurisprudencia a través del tiempo).

En materia de responsabilidad del Poder Público la jurisprudencia se ha mostrado vacilante. Hasta el año de 1896 profesaba el dogma de la irresponsabilidad en virtud del principio de la soberanía interna del Estado. En ese año la Corte admitió, en sentencia de 22 de octubre, que "todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y (que) si bien es cierto que un Estado como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes" (Gaceta Judicial, XI, 357). El fallo de 20 de octubre de 1898 marca ya un progreso respecto de la doctrina anterior, en cuanto elimina el carácter subsidiario que aquélla le atribuía a la responsabilidad estadual: "En materia de delitos y culpas civiles —dijo la Corte— la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aun por la mala elección que de ellos haga. Un empresario de transportes, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido cause daño a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo. El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra"; y agrega: "La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil, por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable" (Gaceta Judicial, XIV, 56-57).

De entonces acá se ha cumplido un proceso de evolución de la doctrina judicial relativa a la responsabilidad del Estado, progresivo aunque a veces en cierto modo artificioso, mediante adaptaciones de las reglas del Código Civil sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual a los casos concretos, para hacerla derivar: simplemente por modo indirecto, unas veces, de la equivocada escogencia del empleado o funcionario y de falta de vigilancia de sus actos; directamente, en otras ocasiones, de la falta del servicio, en unos fallos, y en otros de la carencia de personalidad del agente y de su identificación con la persona jurídica; en las más de las veces, de manera indirecta de la culpa del agente, cuando éste carece de función directiva y cumple solamente tareas de ejecución, y en forma directa de la del órgano al través del cual se expresa la voluntad del Estado, cuando ese órgano es el que ha realizado el hecho o impartido la orden respectiva (teoría organicista). Esta última es la doctrina que ha prevalecido en la última época y la que más frecuentemente ha aplicado la Corte en sus salas de Negocios Genera-

les y de Casación Civil. (Sala de Negocios Generales, 30 de junio de 1962, páginas 662, 1ª y 2ª y 663, 1ª).

171

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(Doctrina dominante en relación con los daños que pueda causar el desarrollo de la actividad jurisdiccional).

Los perjuicios reclamados en la segunda acción los deriva la entidad demandante del secuestro que de mercancías de su propiedad decretó el Tribunal Supremo de Aduanas. Se trata, pues, de perjuicios causados por una actuación judicial.

Si bien el campo de la responsabilidad del Estado tiende a ensancharse cada vez más, la doctrina dominante no acepta la responsabilidad del Estado por los daños que pueda causar el desarrollo de la función jurisdiccional, salvo texto expreso, y a lo menos en cuanto no se pueda imputar dolo a los jueces. En el mismo sentido se ha orientado la jurisprudencia de la Corte (véase Gaceta Judicial LVI, 299; LXIV, 576; y sentencia de esta Sala, proferida en juicio de Jesús Ramón Cuéllar contra la Nación, de fecha 30 de junio de 1961).

En verdad, la propia naturaleza de los procedimientos judiciales que, con sus recursos, diversos grados de instancia, etc., constituyen sistemas autónomos y en sí mismos completos, que no permiten pedir revisión de lo actuado a funcionarios distintos de los que el propio ordenamiento contempla, es un obstáculo insalvable de carácter positivo que se opone a la posibilidad de enjuiciar las actuaciones realizadas en un determinado proceso por funcionarios a quienes no se les imputa proceder delictivo alguno. De otro lado, la condición falible de los hombres, con su diversa manera de apreciar las leyes y los hechos, impide igualmente, pedir cuenta de sus procederes a los jueces que de buena fe incurran en errores. De lo contrario, una excesiva meticulosidad, hija legítima del temor de incurrir en responsabilidad, o a lo menos la de comprometer la del Estado, haría en la práctica nugatorios los fines de la administración de justicia. La posibilidad de los errores judiciales seguirá siendo un riesgo inherente a la vida en sociedad, y fuerza es por tanto que sus miembros corran con alguna parte al menos de las cargas que él implica. (Sala de Negocios Generales, 24 de julio de 1962, páginas 688, 2ª y 689, 1ª).

172

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(Por deterioros sufridos por las mercancías depositadas en las aduanas).

La tercera acción se fundamenta en el deterioro sufrido por las mercancías durante el tiempo del secuestro. Se acusa al Estado de no haber tomado medidas adecuadas para evitar tal perjuicio.

Es claro que mientras por providencia judicial debidamente ejecutoriada no se decrete el decomiso de las mercancías secuestradas bajo sospecha de contrabando, el Estado no puede apropiárselas, y debe ejercer una vigilante custodia sobre las mismas; en otras palabras, es un mero depositario de ellas y está sometido por tanto al deber primordial de devolverlas, una vez cesado el secuestro, si fuere el caso. Si se trata de especies deteriorables, como los alimentos, tiene la obligación de hacerlas rematar (artículo 287 del C. J.; artículo 86 de la Ley 79 de 1931), para entregar el producto de la almoneda a los sindicados, caso de que sean absueltos, o para resarcir al Fisco de los deterioros sobrevinientes, ya que una de las penas imponibles al contrabandista es el decomiso de las mercancías a favor del Estado.

En el caso de autos aparece que el Tribunal de Aduanas, ordenó el remate de las mercancías que habían sido secuestradas a la sociedad demandante. Pero el apoderado de ésta, pidió que no se llevara a cabo y al efecto ofreció prestar caución para garantizar al Fisco de los perjuicios que pudieran sobrevenirle por el posible deterioro de los artículos, el Tribunal accedió a lo solicitado. Si, pues, el remate no se cumplió por solicitud que la sociedad demandante hizo al respecto, mal puede culpar al Estado de no haberlo realizado. Al haber tenido la Sociedad demandante una intervención decisiva en la no realización del remate ordenado, asumió sobre sí los riesgos de los probables deterioros de las especies secuestradas, y liberó de toda responsabilidad al Estado, a ese respecto. (Sala de Negocios Generales, 24 de julio de 1962, página 690, 1ª).

173

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(Por pérdidas de mercancías secuestradas por las autoridades aduaneras).

En cuanto a la responsabilidad del Estado por las pérdidas de mercancías secuestradas por las autoridades aduaneras, es en principio indiscutible, si realmente fue custodio de ellas en la persona de alguno de sus funcionarios. El custodiarlas es una obligación inherente al carácter de depositario que al respecto habría asumido el Estado, y que evidentemente constituiría una manifestación del ejercicio de la función administrativa, más bien que de la jurisdiccional. Lo que ocurre en el caso de autos es que por falta de elementos probatorios, no se puede determinar cuáles y cuántas fueron las mercancías que el depositario judicial primeramente designado entregó a los funcionarios de Aduana, de donde resulta que es imposible precisar las que se perdieron en poder de éstos y de que deba responder el Estado. Hay aquí un problema de deslinde de responsabilidades entre dos depositarios, y no hay elemento alguno de convicción que permita resolverlo en contra del Estado. (Sala de Negocios Generales, 24 de julio de 1962, páginas 690, 2ª y 691, 1ª).

174

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

(Teoría de las faltas del servicio).

Las pretensiones de la sociedad demandante parten del supuesto de que el Estado es responsable por los daños que puedan causar sus actuaciones u omisiones a los asociados cuando una u otras constituyan culpa, ya sea que se le impute ésta a determinados funcionarios, personalmente conocidos, o bien que se prescinda de la localización precisa de éstos, y se considere que el servicio público ha funcionado inadecuadamente, lo que se designa con el nombre de falta o falla del servicio.

En reciente providencia de esta Sala, de fecha 30 de junio de 1962, se dejó indicado **in extenso** cómo es más acorde con la naturaleza de las entidades públicas deducir la responsabilidad de ellas de conformidad con esta última concepción, que implica la eliminación de la idea de responsabilidad indirecta, todas las veces que, por actuaciones culposas de sus funcionarios, precisados o dejados en el anonimato, a través de los cuales tiene necesariamente que actuar el Estado, se causa un daño a una persona.

Sentado lo anterior, cabe entonces dilucidar si en el caso concreto se ha producido la actuación culposa de la administración. (Sala de Negocios Generales, 24 de julio de 1962, página 688, 1ª).

175

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL

(Exoneración de la).

En cuanto a la exoneración de la responsabilidad por culpa extracontractual, es necesario tener presente que el hecho del tercero o hecho extraño al demandado debe no serle imputable y, además, debe ser imprevisible e irresistible. (Casación Civil, julio 10 de 1962, página 124, 2ª).

176

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EXTRACONTRACTUAL

(Es de dominio del derecho privado).

Que los casos de responsabilidad subjetiva extracontractual son del dominio del derecho privado, aún en el evento de que figure como parte una entidad pública, es opinión que profesa la Corte por los siguientes motivos:

El derecho público se debe a la comunidad política cuyo principal cometido es el bien común, en tanto que el privado a la necesidad de regular los derechos subjetivos y deberes jurídicos de los particulares; de ahí que sea de la índole del derecho administrativo tomar en cuenta ante todo el concepto de **interés,** mientras que en el privado predomina el concepto de **derecho:** el derecho administrativo establece los servicios y organiza y reglamenta su funcionamiento con mira a la satisfacción de un interés público o social, en tanto que el derecho civil se ocupa en organizar y regular derechos subjetivos.

Ahora, en los casos en que se cuestiona la existencia de un daño producido por culpa de una entidad pública de cualquier grado, el problema jurídico se desplaza del ámbito del interés general hacia el de la garantía en concreto de un derecho privado subjetivo, pues no es dable reconocerle al Estado interés en vulnerar tales derechos sin facultad legal para hacerlo y sin obrar por la vía de un procedimiento legal. En derecho administrativo, por ser éste fundamentalmente formal, todo acto, operación o hecho productor de efectos jurídicos supone facultad suficiente y un procedimiento mediante el cual deba actuarse. Habrá acto, operación o hecho administrativos cuando, con la vía o trámite para ejecutarlos, están previstos en la ley o reglamento, aunque al expedir la decisión o realizar los actos materiales de ejecución se haya excedido la respectiva facultad o incurrido en alguna informalidad; pero si se trata de una actividad cumplida por fuera de toda facultad y sin que exista una vía legal para ejecutarla, se está simplemente frente a una acción contraria a derecho, y consiguientemente extraña al concepto de interés público o social, por lo que se sustrae a la noción de acto o hecho administrativo. Es solamente una acción lesiva de derechos subjetivos, un hecho contra el derecho, que por tanto cae en el dominio de la rama de la legislación que regula esos derechos subjetivos y sanciona su violación en lo que concierne a las relaciones jurídico patrimoniales de carcáter individual. Es ésta la razón para que se halle muy extendido entre los doctrinantes el criterio de que, por ejemplo, son de naturaleza civil las acciones a que dan lugar las vías de hecho de la administración. Es significativo que autores autorizados como Bonnard (**Précis de Droit Administratif**), Vedel (**Droit Administratif**), Laubadere (**Manuel de Droit Administratif**), Fernández de Velasco, (**El Acto Administrativo**), Bielsa (**Derecho Administrativo**), Sayagués Laso (**Tratado de Derecho Administrativo**), etc., estén de acuerdo en asignar un contenido de derecho privado a la vía de hecho entendida como acción arbitraria que lesiona un derecho subjetivo o como irregularidad o error grosero o inexcusable cometido en el desarrollo de la acti-

vidad del servicio. Estos y no pocos doctrinantes más del derecho público comparten, en efecto, la siguiente opinión de Bonnard: "(...). En atención a la naturaleza de la vía de hecho, se plantea una cuestión de competencia jurisdiccional para el acto que ha degenerado en vía de hecho. Por razón de ella, en efecto, el acto se hace extraño a la administración, puede decirse, por lo cual se ha resuelto que los tribunales judiciales son competentes para estatuir sobre él, como que ya no se trata de un acto de funcionamiento de los servicios públicos". (Ob. cit. París, 1935, pág. 157).

Cabría agregar a lo expuesto que es en el Código Civil donde se halla recogida de manera general esta materia de la responsabilidad extracontractual, salvo los casos de responsabilidad objetiva para los cuales se han dictado regulaciones específicas; lo que permite la conclusión de que son las normas de ese código las aplicables en los casos no comprendidos en leyes especiales, ya que si bien la regla del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo concede acción para pedir ante la jurisdicción que él organiza "el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho u operación administrativa", debe entenderse que la disposición se refiere, no propiamente a cualquier actividad cumplida fuera de toda facultad y procedimiento, sino a los hechos y operaciones que se ejecutan como consecuencia de un acto administrativo reglado o a los discrecionales en que consiste la actividad propia del servicio. (Sala de Negocios Generales, 31 de agosto de 1962, páginas 735, 2ª y 736, 1ª y 2ª).

177

RESTITUCION DE TERMINOS

(Por causa de enfermedad del apoderado).

Conforme a lo previsto por el artículo 372 del Código Judicial, aplicable por analogía a los juicios del trabajo, cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse su restitución, por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva.

Del estudio y examen cuidadoso de las pruebas aportadas a este incidente, la Sala llega a la conclusión de que ellas no dan base suficiente para decretar la restitución de términos pedida.

En efecto, la Corte ha admitido que para los fines de la restitución de términos de que trata el artículo 372 del Código Judicial, la enfermedad grave del apoderado de una de las partes se comprende dentro del concepto de fuerza mayor a que alude la norma citada. Empero, se advierte en la jurisprudencia que no se trata de una simple dolencia que pueda causar relativa incapacidad al paciente, sino que, la enfermedad debe tener las características de "grave" para que sea capaz de producir los efectos previstos en dicha disposición legal. Y, para que una enfermedad tenga esa significación, se requiere que afecte en tal forma la vida del paciente, que sea capaz de ponerlo en peligro de conducirlo a la muerte. (Sala de Casación Laboral, 4 de agosto de 1962, páginas 576, 2ª y 577, 1ª).

178

RETENCION DEL SALARIO

(Formalidades esenciales a la convención colectiva. Retención de salarios e indemnización moratoria. Excepción de contrato no cumplido en el campo laboral. Condiciones para que la retención de salarios o prestaciones no origine sanción moratoria. Suspensión del contrato de trabajo por detención preventiva del trabajador y terminación del mismo por esa causa. Retención legal del auxilio de cesantía. Amplitud de la jurisdicción laboral. Obligaciones especiales del empleado de manejo).

1. Según el texto del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, la convención co-

lectiva debe consignarse por escrito, debiendo depositarse uno de sus ejemplares en el Departamento Nacional del Trabajo dentro de los quince días siguientes al de su firma. "Sin el cumplimiento de todos estos requisitos —agrega la disposición— la convención no produce ningún efecto". Se trata pues de un acto solemne, para cuya demostración en juicio es necesario aportar a éste la prueba de haberse cumplido las formalidades integrantes de la solemnidad. Una de ellas es el escrito en que conste el acto jurídico, otro el depósito de copia del mismo ante la autoridad del trabajo dentro de un plazo determinado. Es obvio que quien pretende hacer valer en juicio derechos derivados de la convención, debe presentarla en copia expedida por el depositario del documento. La prueba de un acto solemne no puede ser sustituída por otra. Así lo manda el Código Procesal del Trabajo en su artículo 61. En armonía con esta previsión legal, el mismo estatuto en su artículo 87, inciso del numeral 1º, ve un error de derecho cuando el juzgador pretermite la prohibición establecida en la norma primeramente citada.

2. Afirma el acusador que mientras el trabajador retenga dineros del patrono, éste no incurre en mora si a su vez retiene salarios de aquél, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1609 del Código Civil. Para la Sala no es atendible el argumento, porque la mentada disposición se refiere al incumplimiento de las obligaciones de las partes durante la vida del contrato, no a las pendientes después de su terminación, que es la hipótesis contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

3. De otro lado, la regla de simetría contractual que como excepción instituye el artículo 1609 del Código Civil, puede ser utilizada por ambas partes, en tanto que el derecho establecido en el artículo 65 del estatuto laboral está reservado al trabajador únicamente. Puede ser de recibo en el contrato de trabajo la aplicación de la excepción referida si durante su desarrollo el empleado, sin prestar el servicio, objeto de su obligación, demanda el pago de la retribución convenida, objeto de la que incumbe al patrono, a menos que la inactividad del empleado se deba a los motivos que indica el artículo 140 del Código del Trabajo. Empero, no es este el caso de autos, pues lo que el demandante persigue es el pago de la indemnización moratoria por el incumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato ya extinguido.

4. Para detener la sanción del artículo 65 se requiere que la retención, ya de salarios, ora de prestaciones sociales, la autorice la ley o la convengan las partes.

5. Dispone el ordinal 6º del artículo 51 del Código del Trabajo que el contrato se suspende por detención preventiva del trabajador o por arrestos correccionales que no excedan de ocho días y cuya causa no justifique la extinción del contrato. La suspensión del contrato por la causal en examen no es indefinida; tiene un límite temporal.

6. La retención de dineros del patrono por el empleado de manejo, no autoriza la de salarios, pues no encaja dentro de los casos de excepción de que trata el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo. Habría podido el patrono abstenerse de cancelar la cesantía con apoyo en el artículo 250, en virtud del denuncio penal contra el empleado por el delito de abuso de confianza, facultad circunscrita a la prestación en referencia y que, por tanto, no es permitido extender a obligaciones distintas.

7. Pide la demanda de reconvención que el demandante reintegre a la sociedad demandada la diferencia entre las sumas de dinero que de ella recibió y los egresos a cargo de la misma, debidamente justificados. No acogió la petición el sentenciador, porque según el Código Judicial está sujeta a juicio distinto —el de rendición de cuentas— que tiene trámite especial y, por lo mismo, no puede ser involucrado en el de trabajo, ya que el de cuentas es de la competencia de la justicia

ordinaria civil. Observa la Sala que el Código Procesal del Trabajo estableció la jurisdicción del ramo para decidir los conflictos jurídicos "que se originan directa o indirectamente del contrato de trabajo". Por tanto, para saber si una acción ejercitada en juicio laboral es de la competencia del Juez de Trabajo, basta examinar si se deriva o no de un contrato de la índole expresada, directa o indirectamente. Es muy amplia la regla de competencia, según el texto de la disposición legal. En el asunto litigioso el demandante ejerció el cargo de pagador. Para el desempeño de esta función recibía dineros de la empresa y cancelaba deudas a su cargo, es decir, cumplía obligaciones emanadas directamente del contrato de trabajo. Manejaba, pues, bienes ajenos, con destinación específica y determinada y, como todo el que se en cuentre en tal situación, está obligado a restituírlos a su dueño. Es claro que, si los dineros se reciben para hacer pagos, como ocurre con los entregados a un pagador, su obligación se concreta a devolver el saldo, deducidos los egresos. De lo expuesto se concluye que la acción ejercitada en la demanda de reconvención queda comprendida en la prevista en la disposición procesal del trabajo, antes citada.

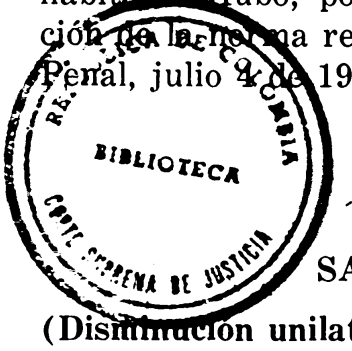
8. El artículo 58 del Código del Trabajo, que detalla las obligaciones del trabajador (numeral 3º), le impone la de restituír "los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes". Aunque la norma no comprende específicamente el dinero, debe estimarse que pesa sobre el empleado la obligación de restituír el que haya recibido en cumplimiento de sus funciones. Por lo demás, es obligación que el derecho común establece a cargo de todo el que maneja bienes ajenos, tenga o no interés en la administración, como lo ordenan entre otras normas, las de los artículos 504, 2181, 2279, 1366, 2106 del Código Civil. (Sala de Casación Laboral, 2 de junio de 1962, páginas 512, 2ª; 513, 1ª y 2ª; 515, 1ª y 2ª; 516, 2ª; 517, 1ª y 2ª; 518, 2ª y 519, 1ª y 2ª).

179

ROBO

(Casos en que debe aplicarse la agravante consagrada en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal).

La providencia acusada dio aplicación al precepto contenido en el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal, sin ser pertinente. Porque la circunstancia específica de agravación señalada en el precepto aludido, se refiere a los casos de perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un **lugar habitado** o de **sus dependencias inmediatas,** entendiéndose por aquél todo albergue que constituya la morada de una o más personas, y por éstas los patios, corrales, graneros, cocheras y demás departamentos, locales, construcciones o espacios contiguos a un lugar habitado y en comunicación interna con él. La oficina donde se cometió el delito, no era la morada del denunciante ni la de ninguna otra persona, ni constituía dependencia inmediata de un lugar habitado. Hubo, por tanto, indebida aplicación de la norma referida. (Sala de Casación Penal, julio 4 de 1962, página 394, 1ª).



180

SALARIO

(Disminución unilateral del salario por parte del patrono).

Así las cosas, si el derecho a comisiones era del cinco por ciento sobre ventas y el patrono redujo el porcentaje a la mitad desde el 1º de junio de 1957, como lo afirma la demanda inicial y lo sostiene la de casación, se estaría frente a una violación unilateral del contrato de trabajo. En presencia de un hecho de tal naturaleza, la situación planteada es la siguiente: o el empleado acepta la disminución del salario y continúa prestando

el servicio, o la rechaza, negándose a continuar la labor, estimando la reducción del salario como justa causa para dar por terminada la relación de trabajo, con derecho a exigir la correspondiente indemnización de perjuicios. De las dos soluciones, el demandante escogió la primera. La disminución del salario da derecho al reclamo de la diferencia si su importe resulta inferior al mínimo legal o al fijado en pacto, convención colectiva o fallo arbitral, conforme a lo previsto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo. En el asunto litigioso no se contempla ninguno de los extremos a que se refiere la citada regla legal. Si el salario se reduce y el contrato continúa ejecutándose por parte del empleado, debe verse en su desarrollo asentimiento de éste a la determinación del patrono. Si el reclamo al salario pactado no produce efecto y, sin embargo, el trabajador continúa cumpliendo sus obligaciones, tolerando la violación del contrato sin hacer uso de los medios que la ley le brinda, no puede después exigir su tutela, extinguiendo el vínculo, para pedir lo que, en su oportunidad, no exigió. (Sala de Casación Laboral, 4 de agosto de 1962, página 583, 2ª).

181

SANCION MORATORIA Y BUENA FE

Cabe ante todo manifestar que la posición tanto del Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala de la Corte frente a la interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es caprichosa ni carente de un sólido respaldo jurídico. Claramente lo demuestra así el fallo de 26 de mayo de 1958, que recoge y amplía lo dicho sobre el particular por las mencionadas Corporaciones. (Gaceta Judicial, Tomo 87, páginas 871, 872 y 873). (Sala de Casación Laboral, 4 de agosto de 1962, página 588, 1ª).

182

SANCIONES DISCIPLINARIAS

(Diversos aspectos que deben examinarse al estudiar la queja por morosidad contra un magistrado de Tribunal).

Del informe del Visitador del Ministerio de Justicia aparece que en el negocio a que se refiere la queja no se observaron estrictamente los términos legales. Pero las razones que para explicar la demora expone el Magistrado del Tribunal contra quien se dirige la queja, resultan justificadas, y así debió entenderlo el Visitador, ya que se abstuvo de refutarlas mediante la comprobación de datos que las desvirtuaran.

Dijo la Corte en sentencia de 18 de agosto de 1960 que "para saber si los miembros de un Tribunal acusan demoras injustificadas en el desempeño de sus funciones, no basta averiguar la fecha en que entra al despacho un asunto y aquélla en que sea resuelto, y de la comparación entre ellas y el término que la ley señale al efecto, deducir si la actividad judicial fue cumplida oportunamente, para reclamar la imposición de sanciones en el caso de que no resulte observado el término. Este procedimiento, utilizado por el acusador en la queja que se examina, aplica mecánicamente las normas legales sobre los actos procesales del Juez con prescindencia de todo factor extraño a su comportamiento, como el previsto en el régimen disciplinario establecido en el Decreto. Por tanto, establecida la demora, la investigación no ha concluido. Queda todavía por determinar si tuvo por causa la fuerza mayor, o un motivo justificado, y sólo cuando aparezca que el retardo es extraño a hechos de tal naturaleza, habrá lugar a la aplicación de sanciones" (Gaceta Judicial, XCIII, 77).

El número excesivo de negocios que debe atender cada uno de los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la necesidad legal de fallar primero

los asuntos que llegan al Despacho con anterioridad, constituyen motivos suficientes para eximir al Magistrado contra quien se dirige esta queja, de la sanción disciplinaria por morosidad que solicita el abogado querellante. (Sala Plena, 17 de agosto de 1962, página 39, 1ª y 2ª).

183

SANCIONES DISCIPLINARIAS

(En lo que atañe a la interpretación de la ley procesal, no cabe sanción disciplinaria ni intervención de los visitadores del Ministerio de Justicia).

En cuanto a la irregularidad de que se acusa al magistrado del Tribunal por su actuación como ponente, en el juicio de que se trata, acerca del incidente sobre restitución de un término, considera la Corte que tal actuación, derivada de la manera como el referido magistrado sustanciador interpretó determinados preceptos legales de carácter procesal, en manera alguna puede dar lugar a sanción disciplinaria ni cabe en ella la ingerencia de los Visitadores del Ministerio de Justicia, como bien lo anota el magistrado acusado en los términos siguientes:

"Y es que de admitirse o siquiera tolerarse esta indebida intervención procesal sobre puntos de derecho, con ello se sentaría un funesto precedente para la soberanía e independencia con que la Constitución y la Ley protegen al encargado de administrar justicia para imponer sus fallos, pues a más de que se someterían a las sentencias y providencias dictadas en juicios civiles a una especie de tercera instancia no contemplada por la ley dentro del orden jerárquico, se establecería sobre el juzgador cierta coacción para que pronunciara sus providencias en determinado sentido, ya que si no lo hiciese así, la parte no favorecida con éstas, podría pedir y obtener, mediante el ejercicio de actuaciones como las de que dan cuenta estas diligencias, que el juez o magistrado autor de los proveídos fuese castigado sancionándolo con pena pecuniaria o con suspensión o destitución de su cargo por haberse equivocado en la interpretación de la ley". (Sala Plena, 17 de agosto de 1962, página 39, 2ª).

184

SENTENCIA

(Donde no la hay no puede haber casación por sustracción de materia).

Para el caso en que el fallo de un Tribunal se ha reducido a revocar el de primera instancia, sin dictar el que ha de reemplazar a éste, ha dicho la Corte que el pronunciamiento de tal índole importa sustracción de materia jurídica, que hace imposible el recurso extraordinario, desde luego que éste no es una tercera instancia donde quepa considerar libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal (13 de marzo 1946, LX, 2029 a 2031, pág. 143). (Casación Civil, agosto 16 de 1962, página 190, 1ª).

185

SEVICIA

(Concurrencia con la circunstancia de mayor peligrosidad consagrada en el numeral 6º del artículo 37).

2. Se alega que la circunstancia de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal fue mal deducida al acusado, por estar absorbida por la específica de la sevicia con que fue calificado el homicidio (363, num. 7º). A lo cual se responde que esas dos circunstancias no se confunden ni son equivalentes, para los efectos del inciso primero del referido artículo 37. La sevicia, que presupone ferocidad del homicida y calculada crueldad con el occiso, es cosa distinta de los factores de tiempo, lu-

gar, instrumentos o modo de ejecución del delito, "cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente". (Sala de Casación Penal, junio 27 de 1962, página 386, 1ª y 2ª).

186

SOCIEDAD DE HECHO

(Sus fuentes).

Las sociedades de hecho se derivan de dos fuentes: a) del **consentimiento expreso,** sin eficacia plena en cuanto no alcanzan a ser sociedades jurídicamente perfectas por faltar el lleno de solemnidades o requisitos exigidos por la ley; y b) del **consentimiento implícito** que se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas.

Pero tanto en la una como en la otra hipótesis, aunque se trate de sociedades de hecho su configuración necesita que, además del acuerdo de voluntades, dirigido específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines de lucro en campo lícito, exista tratamiento igualitario sin subordinación personal o jurídica dentro del juego de intereses recíprocos y mediante el ánimo inequívoco de asociarse: **affectio societatis.**

Cuando este factor intencional no aparece directamente de la voluntad concreta expresada por las partes en acta de fundación que sin embargo no alcanza a conformar sociedad en derecho, es indispensable que los hechos asociantes revelen con claridad y de modo concluyente en dos o más personas, el ánimo de asociarse para la persecución de fines económicos a que van anexas contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente entre todos y cada uno de quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua. (Casación Civil, junio 11 de 1962, páginas 70, 1ª y 71, 1ª).

187

SOCIEDADES EN LIQUIDACION

(Responsabilidad, en materia laboral, de las sociedades en liquidación).

Para no darle aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la sentencia acusada se funda en el argumento de que, las acreencias laborales, disuelta y liquidada la sociedad, son de cargo de los liquidadores, no de los exsocios de la compañía, que fueron los patronos del demandante, a quienes el ordenamiento impone la sanción cuando al terminar el contrato han quedado a su cargo deudas por salarios o prestaciones. Según el criterio expuesto, por el hecho de la disolución y liquidación de la sociedad, cambia el sujeto pasivo de las obligaciones insolutas, porque de ellas responden los liquidadores, personas distintas de quienes fueron socios aunque éstos hayan sido liquidadores.

Debe la Corte corregir la tesis del fallador, que considera equivocada, y, al efecto observa:

Para determinar la responsabilidad de los socios de una compañía de responsabilidad limitada, disuelta y liquidada, provenientes de deudas derivadas del contrato de trabajo, no es el caso de hacer distinción entre ex-socios y liquidadores, menos cuando, ocurre en el caso de autos, la función de liquidación estuvo a cargo de los fundadores y únicos socios de la sociedad. Confunde la sentencia dos situaciones jurídicas distintas: el nacimiento de la deuda social con su pago o extinción. La deuda en mención, cualquiera que sea su origen, es obligación de la sociedad, y no cambia por el hecho de su disolución y liquidación. La cancelación puede hacerla el liquidador, socio o extraño, sin que por ello pierda su naturaleza jurídica, ya que en uno y otro caso quien paga es la sociedad, pues el liquidador obra en representación de ésta y no en nombre propio.

Si al liquidarse una compañía de responsabilidad limitada, el liquidador no cancela deudas de terceros, la obligación continúa vigente a cargo de aquélla. En tal caso debe considerarse incompleto el acto de liquidación, por no haberse pagado en su totalidad el pasivo externo. En la referida hipótesis, como del activo distribuido entre los socios para cancelar el pasivo interno, no se dedujo la totalidad del pasivo externo, de aquél debe deducirse el importe del déficit, lo cual quiere decir que de él siguen respondiendo los ex-socios de la compañía. (Sala de Casación Laboral, 14 de agosto de 1962, páginas 602, 1ª y 2ª y 603, 1ª y 2ª).

188

SUMARIO

(Ampliación del término de instrucción).

4. Cuando habiendo un sindicado detenido, no ha sido posible descubrir al otro infractor o compañero del reo, ésta circunstancia basta por sí sola, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, para que puedan hacerse las ampliaciones del sumario que sean necesarias y por el tiempo que se considere conveniente, para el completo esclarecimiento de los autores o partícipes de los delitos. (Sala de Casación Penal, mayo 28 de 1962, página 306, 2ª).

189

SUSPENSION DE TERMINOS

(Efecto retroactivo. Consolidación de irregularidades procesales en virtud del principio preclusivo).

Cuando ya habían transcurrido ocho de los diez días para pedir pruebas, los personeros de las partes solicitaron suspensión de términos, la que fue concedida por el Tribunal, en providencia en que expresamente advirtió que quedaban dos días del dicho término para pedir pruebas y en la que precisó la fecha en que vencía la suspensión. Posteriormente y a medida que se iban venciendo los plazos, las partes fueron reanudando sus peticiones de suspensión hasta completar siete. Cuando formularon la última, ya habían vencido los sesenta días de la sexta. Razón por la cual advirtieron que daban efecto retroactivo a la nueva solicitud, a fin de que operase en forma que subsistieran los dos días del término para pedir pruebas.

Es lo más conforme con la naturaleza de nuestro procedimiento civil el que las partes no puedan dar efecto retroactivo a una suspensión de términos; en todo caso, es lo cierto que el Tribunal donde se surtió la primera instancia, consideró que sí podían y profirió providencia en que aceptó que del término para pedir pruebas quedaban dos días utilizables, así como que durante esos dos días la parte demandante pidió la práctica de las que fueron allegadas.

Ahora bien, en virtud del principio preclusivo resulta imposible desconocer ahora esa realidad procesal; sin que valga alegar la teoría del antiprocesalismo, que permite al juzgador no ser consecuente, al proferir una providencia en el curso de un juicio, con el error en que hubiera incurrido en providencia anterior ejecutoriada; precisamente porque tal teoría, según su formulación por la Corte, a lo que autoriza es simplemente a eso, y no a la revocatoria de autos ejecutoriados; por donde si el trámite procesal está terminado no hay posibilidad de enmendar el error cometido en auto que se dejó ejecutoriar.

Ciertamente los procedimientos son de orden público, en cuanto no es dable a las partes escoger el que a bien tengan para dirimir sus controversias, pero ello no puede impedir que como consecuencia de la abstención de una parte en interponer remedios legales, se consoliden determinadas situaciones irregulares cuyo acaecimiento, por su menor gravedad, no han sido consideradas por el legislador como causales de nulidad. Admitido por

el Tribunal que quedaban dos días disponibles para pedir pruebas, sin que la providencia hubiera sido impugnada, y no habiéndose incurrido en causal de nulidad alguna, es del todo imposible desconocer ahora los efectos que de ese reconocimiento se derivaron en cuanto a las pruebas, cuya práctica resultó en consecuencia impetrada dentro del correspondiente término de diez días que para pedirlas señala el Código Judicial. (Sala de Negocios Generales, 24 de julio de 1962, página 687, 1ª y 2ª).

190

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Defectos que hacen ineficaz el recurso).

Como puede apreciarse, el cargo no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario de casación, pues en él se habla de infracción directa y al mismo tiempo indirecta del artículo 1º del Decreto número 0118 de 1957, lo cual no es admisible ya que las dos formas de violación legal son autónomas e inconfundibles. Además, se dice que el Tribunal "no apreció o apreció muy mal" el dictamen pericial, lo que no es aceptable en la sustentación del recurso porque una y otra posición son completamente distintas frente a la consideración probatoria. Por lo anotado, la acusación es ineficaz para desquiciar la sentencia impugnada. (Sala de Casación Laboral, 27 de agosto de 1962, página 606, 2ª).

191

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Equivocada acusación por error de hecho, cuando se trata de interpretación errónea de la ley).

No es exacto que el sentenciador ponga en duda en el fallo acusado que los salarios se le cubrieron a la actora conforme a las estipulaciones respectivas, ni que la liquidación de sus prestaciones se hizo tomando en cuenta tales salarios. En cuanto a que la modificación de éstos le resultara desventajosa a la demandante, es un hecho suficientemente demostrado con la inspección ocular de la cual aparece que el monto de lo devengado por ella en el departamento de equipos eléctricos, donde estuvo trabajando últimamente, fue inferior a lo que percibía en el almacén donde primeramente estaba prestando sus servicios. Y aunque hubiese yerro en dar por demostrada la existencia de dos contratos distintos, en la fijación del promedio del salario, en sugerir que la demandante "se vio obligada" a aceptar modificación de su sueldo y en no dar por bien liquidadas las prestaciones a que tiene derecho, ocurre que la cuestión probatoria que plantea el cargo es improcedente porque el fallador basa su decisión en la consideración jurídica de que el salario no puede modificarse para hacerlo inferior, así sea eventualmente, al que se viene devengando, porque de este modo el trabajador renuncia a derechos y prerrogativas legales. Se está en presencia, pues, de una interpretación de la ley, que si bien en los autos aparece referida a un caso concreto, en sí misma es independiente de las pruebas allegadas a los mismos. Y como el cargo deja en pie el referido soporte jurídico de la sentencia, no puede prosperar...

El cargo no está adecuadamente presentado, pues para socavar la tesis jurídica que sirvió de base a la decisión de segunda instancia, debió acusarse por interpretación errónea de la ley y no por error de hecho. (Sala de Casación Laboral, 30 de julio de 1962, páginas 573, 2ª y 574, 1ª).

192

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Es contradictorio señalar las mismas pruebas como no apreciadas y al propio tiempo como estimadas equivocadamente).

El recurrente señala como pruebas no apreciadas y al propio tiempo estimadas equivocadamente por el fallador, los documentos de folios 11 y 12; la diligencia de inspección ocular y el recibo de pago de prestaciones sociales. Obviamente, por este aspecto, la acusación resulta contradictoria, pues mal pueden ser erróneamente apreciadas pruebas de las cuales se asevera que no fueron estimadas. (Sala de Casación Laboral, 30 de julio de 1962, página 573, 2ª).

193

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Necesidad de acusar todos los elementos de juicio que tuvo en cuenta el sentenciador para su pronunciamiento).

Bastan las glosas anteriores para que se comprenda que han quedado sin impugnación soportes principales del fallo atacado. En esta forma la acusación resulta incompleta e incapaz de desquiciar la providencia recurrida puesto que no se han acusado todos los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Sentenciador para su pronunciamiento. (Sala de Casación Laboral, 4 de agosto de 1962, página 587, 2ª).

194

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Necesidad de indicar las normas de derecho sustancial que se consideren violadas).

A lo dicho, debe agregarse que el recurrente se limitó en este cargo a indicar como violados los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, normas que contienen la definición del contrato de trabajo y la enumeración de los elementos esenciales requeridos para que exista una relación de esa naturaleza, pero que ningún derecho concreto establecen en favor de los trabajadores por razón de ese vínculo que los une a sus patronos. Significa lo anterior, que aún en el supuesto de que se hubiese formulado eficazmente la acusación y se hubiese demostrado el error de hecho que se atribuye a la sentencia, ésta no podría invalidarse, a causa de no haberse indicado por el impugnador las normas de derecho sustancial referentes a los derechos y prestaciones reconocidos a la demandada en la sentencia acusada. Es decir, la proposición jurídica contenida en el cargo es incompleta, y este defecto conduce a la ineficacia de la acusación. (Sala de Casación Laboral, 31 de agosto de 1962, página 632, 1ª).

195

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(No son operaciones idénticas estimar una prueba y dejar de apreciarla).

Observa la Sala que no son operaciones idénticas estimar una prueba que dejarla de apreciar. En el primer caso, el fallador ha ejercitado una actividad intelectual, dándole al hecho que demuestra una significación distinta de la que surge de su contenido; en el segundo, pasa por alto el medio probatorio, desconociendo el hecho que acredite. En la primera hipótesis el error de juicio se deriva de una actividad positiva; en la segunda, de una actividad en sentido contrario. (Sala de Casación Laboral, 29 de agosto de 1962, página 620, 2ª).

196

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Presentación contradictoria de la acusación).

Es de observar que el cargo presenta sustancialmente un planteamiento equivocado puesto que dice "que el Tribunal sentenciador o no apreció o apreció erróneamente las pruebas de los folios 28 y 54 de los autos". Es obvio, que no es el mismo razonamiento el que cabe predicar de una prueba que no es apreciada, que de una prueba apreciada erróneamente. Por consiguiente, la presentación de la acusación fundamentalmente es contradictoria y, por ello, sin la eficacia suficiente para quebrantar la decisión impugnada. (Sala de Casación Laboral, 27 de agosto de 1962, página 607, 2ª).

197

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Referida a la infracción directa de la ley).

La infracción directa de las disposiciones legales que acusa el tercer cargo, la deriva el impugnante de una serie de consideraciones de hecho. La acusación así formulada es ineficaz, pues el error de juicio por el indicado concepto no se vincula a extremos de esa índole, como lo tiene resuelto de manera constante e invariable la jurisprudencia. (Sala de Casación Laboral, 4 de agosto de 1962, página 584, 1ª).

198

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Referido especialmente al error de derecho en materia laboral).

De conformidad con el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, "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".

Así, pues, la violación de la ley material no puede constitutír, por sí misma, un error de derecho. Este es tan sólo un medio para llegar a aquélla.

En consecuencia, la acusación no se ciñe a la técnica del recurso extraordinario, en cuanto sostiene que el fallador al no haber aplicado al caso el Decreto 118 de 1957, y únicamente por ello, lo violó en "forma directa", a causa de error de derecho. (Sala de Casación Laboral, 30 de julio de 1962, páginas 572, 2ª y 573, 1ª).

199

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Violación directa de la ley y error de hecho).

La cuestión de hecho, es distinta de la que el recurrente supone probada en el juicio. Por tanto, habría sido necesario destruírla para reemplazarla por la que el acusador da por demostrada, actividad que no es posible realizar dentro de la modalidad de violación directa de la ley. (Sala de Casación Laboral, 4 de agosto de 1962, página 584, 1ª).

200

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Violación directa y violación indirecta de la ley. Señalamiento de normas sustantivas violadas).

La cuestión de saber si hubo o no contrato de trabajo es esencialmente de hecho, de

manera que si el fallador niega su existencia, precisa examinar la prueba, que es de donde puede deducirse si las partes estuvieron o no vinculadas por una convención de la índole expresada. Ahora bien: una investigación en tal sentido no cabe realizar dentro de la modalidad de la violación de la ley por vía directa, sino por motivo de casación distinto.

Además, ninguna de las normas legales que la acusación señala como violadas, establece, en concreto, derecho alguno y ocurre que, para la viabilidad de un cargo en casación, se requiere, de acuerdo con la jurisprudencia, que incida en la resolución de derecho contenida en la decisión impugnada.

Bastan para su rechazo las consideraciones expuestas. (Sala de Casación Laboral, 2 de julio de 1962, página 562, 1ª).

201

TERCERO

(Interesado en la litis).

A la persona que no actúa como parte en un litigio se le designa en general con el nombre de tercero. Este puede ser totalmente ajeno a la litis, o sea, que no tiene ningún nexo jurídico con las partes ni con la pretensión que se discute. Se le llama entonces tercero indiferente. Puede suceder también que el tercero se halle jurídicamente vinculado a una de las partes principales o a la pretensión que se debate y que por ello pueda resultar afectado por la sentencia que llegue a proferirse. A éste se le denomina tercero interesado, y por razón de su interés jurídico la ley le brinda los medios de intervenir en el proceso. (Casación Civil, julio 11 de 1962, página 133, 1ª).

202

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

(La carga de la prueba y la demostración del motivo de la terminación del contrato).

Al margen de la cuestión planteada en el cargo y por vía de doctrina, la Sala estima conveniente observar que si bien, en el caso de que el trabajador afirme en su demanda que ha sido despedido injustificadamente, sobre él pesa la carga de la prueba, este principio deja de obrar cuando el patrono demandado no se limita a negar el despido sino que afirma, a su turno, que el trabajador abandonó el trabajo, pues ello envuelve un hecho exceptivo, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, desapareciendo ésta por el demandante y recayendo exclusivamente sobre el demandado excepcionante. (Sala de Casación Laboral, 10 de agosto de 1962, página 596, 1ª).

203

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO Y CERTIFICADO SANITARIO

El certificado sanitario, cuyo contenido no fija la ley, no puede ser otro que el destinado a dejar testimonio del estado de salud del trabajador y a detallar las enfermedades de que padezca, si fuere el caso, a efecto de precisar las obligaciones a cargo de la empresa, trátese de afecciones comunes, ordinarias o no profesionales, o de las ocasionadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Con el criterio expuesto se conforma el documento firmado por el médito del patrono, de manera que no es aceptable la glosa de que carece de todo mérito porque no es un certificado de salud. El reparo de que el referido médico para expedir el certificado no examinó previamente al paciente, carece de

consistencia, porque en vista de las modalidades del caso, el examen fue confiado a un especialista, contratado por la empresa, quien obraba en su representación. Por tal motivo el médico patronal se limitó a autorizar con su firma la atestación del facultativo contratado. (Sala de Casación Laboral, 29 de agosto de 1962, página 621, 1ª).

204

TERMINO PROBATORIO

(Constituye una forma propia del juicio).

4. La etapa probatoria es una de las formas propias del juicio que tienden a garantizar la adecuada y eficaz garantía del derecho de defensa, consagrado por nuestra Constitución, especialmente en su artículo 26, pues dentro del término de pruebas es cuando oportuna y legalmente puede el acusado solicitar y hacer practicar las que han de servirle para ejercitar plenamente aquel derecho.

5. Tan importante y trascendental es en el derecho penal aduanero el término probatorio, que el ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, erige como motivo de casación el "no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas". Pero es claro que si, como ocurrió en este proceso, no se dictó el auto de apertura a pruebas que ordena el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, tampoco podía notificarse tal providencia que no se dictó. Por lo tanto, le asiste la razón al recurrente cuando afirma que "la inobservancia del período probatorio previsto en el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, hace incurrir en la causal de casación expresamente señalada por el artículo 20 del Decreto 188 de 1958 en su ordinal 2º". (Sala de Casación Penal, julio 26 de 1962, página 426, 2ª).

205

TESTIMONIO

(Apreciación racional).

5. En materia probatoria, y sobre todo en lo que respecta a la apreciación del testimonio, el vigente Código de Procedimiento Penal cambió el sistema de interpretación anteriormente establecido, pues del método tarifario, cuantitativo se pasó al denominado legal moral, que es más racional, dado que el juez ya no está sometido al absurdo sistema de considerar que dos testimonios concordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo, hacen plena prueba. Por lo tanto, un solo testimonio, confrontado con otros contrarios puede tener un valor probatorio moral y legal mucho mayor que el de éstos. (Sala de Casación Penal, junio 8 de 1962, página 347, 2ª).

206

TRAFICO DE INFLUENCIAS

(Diferencias con otros tipos penales).

1. El ofrecimiento de interponer una influencia que no se tiene, con el fin de obtener un provecho ilícito con perjuicio de terceros, da lugar al delito de estafa, porque en tal supuesto la utilidad ilegítima se consigue a través del error creado en la víctima. El caso es diferente cuando se vende una influencia que efectivamente se tiene y se la pone en juego eficazmente en orden a lo prometido. (Sala de Casación Penal, mayo 10 de 1962, página 267, 1ª).

207

VALOR DEL ACERVO PROBATORIO

(Desestimación de pruebas).

2. La siguiente doctrina de la Corte aclara en cuáles oportunidades y dentro de qué lí-

mites puede desestimarse una prueba, cuando apenas se sospecha sobre su idoneidad como criterio de verdad:

"El Código de Procedimiento Penal establece los motivos en virtud de los cuales el Juez puede valorar el testimonio con la crítica del mismo, para reconocer o rechazar su credibilidad. Fuera de esta norma, que es el artículo 224, no puede partirse de meros supuestos, fundados en presunciones acomodaticias para negar imparcialidad al testimonio, porque este procedimiento llegaría a limitar tanto le prueba testifical, que en lugar de operar la presunción de buena fe del declarante, se partiría de su mala fe, para desconocer el valor que para la justicia aporta con sus afirmaciones, lo que constituiría una inversión de los principios que fundamentan la apreciación de los medios probatorios en postulados totalmente distintos" (G. J., Tomo LXXII, pág. 627).

De consiguiente, no puede menos de admitir la Sala que tiene razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al conceptuar que del examen global de la prueba es indispensable atribuir a lo dicho por el procesado en su indagatoria, una especie de confesión calificada, que por ser de esta naturaleza "es necesario confrontar con las declaraciones rendidas por los testigos **in facto** para aceptar que lo expuesto de propia ciencia por el acusado, al contrario de ser increíble, es sencillamente verosímil" y que si "en los autos figuran declaraciones que corroboran en lo esencial al acusado, y que, particularmente, sacan valedero su dicho en lo que atañe a las circunstancias que lo llevaron a creer que su vida corría un grave e inminente peligro, como consecuencia de la agresión de obra de que lo hizo objeto Misael Chaves", es obvio que se está en presencia de una causal de no responsabilidad que debe ser reconocida al decidir el recurso de casación interpuesto. (Sala de Casación Penal, agosto 3 de 1962, página 435, 1ª y 2ª).

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO

NOTA.—Las cifras puestas en la columna números indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos	Números
16	162
20	168
23	17
24	17
26	86, 127, 128, 129, 204
28	17, 109, 113
29	90
30	112
31	113
32	113
43	88
69	90
76, 20	113
77	82
119	6
121	6
141, 3	88
151, 3	40, 41
164	40
170	80, 148
214	94
215	94

ACTO LEGISLATIVO Nº 1 DE 1945

Artículos	Números
6	41
37	40
40	40
68	41

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
6	161
347	152
349	152
350	25
356	25, 152
357	152
358	152
359	152
360	152
361	152
392	152
393	152
394	152
397	139
504	178

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
665	68
669	68
739	121
779	83
946	154
1030	159
1265	62
1266	62
1267	62
1268	62
1269	62
1276	111
1366	178
1399	133
1401	83
1523	84
1546	159, 160
1609	178
1615	159
1884	43
1930	159
1999	163
2005	163
2106	178
2181	178
2279	178
2341	162, 168, 170
2347	161, 164, 165, 167, 168, 170
2349	161, 167, 168
2358	164
2439	84
2442	83
2443	84

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CODIGO PENAL

Artículos	Números
1º	109
10	109
11	53
12	85
23, 2	56
25	75
27	75
36	30
38, 11	35
37	185
39	134
139	148
141	148
171	12
214, 4	12
362	85
363	185
365	85
370	85
404	179

CODIGO PENAL MILITAR

Artículos	Números
121	148
307	148
308, 2	80
320, 2	102
616	102

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículos	Números
14	115
22	194
23	4, 194
42	31
48	13
51	178
55	76
57, 7	97
58	178
59	178
61	13, 31
62	13
63	13
64	13, 15, 69, 96
65	13, 76, 97, 98, 99, 100, 181
87	178, 198
132	180
140	178

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículos	Números
142	115
227	15, 141
249	13
250	178
254	13
277	141
469	178

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
40	40
76, 1, 3	16, 40, 41, 45
109	40
202	132
205	59
209	2
224	64
233	36
287	172
372	144
381, 2	64
449	126
455	124
519, 2	91, 133
520	133
531	29
604	48
632	16, 152
664	100
665	100
688	49
722	65
737	59
964	133
1018	159
1103, 2	119

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
7	29, 126
11	53
24	53

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
25	53
28	53
42, 5	39
43	39
44, 1	39
44, 2	39
51	39
62	39
198, 8	11, 125, 128, 129
199, 3	107, 128, 129
215	105
224	207
346, 2	17
379	17
380	17
381	17
382	17
383	17
384	17
385	17
386	17
387	17
393	77, 116
395	116
396	116
397	116
405	116
406	77, 116
410	77
416	77
422	188
431	11, 12
465	10
466	10
473	147
480	30
537	30
554	30
563, 9, 20	29
564	29
567	30, 71, 125
570	30
637	17, 71

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Artículos	Números
42	49
50	76
52	49

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

Artículos	Números
20, 6	37
23	37

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Artículos	Números
68	176

CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL

Artículos	Números
183	82

LEYES:

Ley 153 de 1887

Artículos	Números
40	122
5	160
8	160

Ley 40 de 1907

149	91

Ley 11 de 1921

13	138
14	138

Ley 25 de 1921

3	88
3	89, 112
4	89, 112

Ley 51 de 1926

4	112
6	112

Ley 120 de 1928

2	68

Ley 79 de 1931

86	172

Ley 118 de 1931

—	30
6	139
4	156, 157, 158

Ley 107 de 1936

4	112

Ley 160 de 1936

5, 2	16
7	135

Ley 195 de 1936

—	112

Ley 200 de 1936

1	138
3	153
12	143

Ley 63 de 1938

—	112

Ley 92 de 1938

1	152
5	152

Ley 119 de 1938

6	103

Ley 88 de 1940

6	112

Ley 1ª de 1943

22	89
—	112
3	119

Ley 6ª de 1945

1	13
2	13
12 literal f.	13
469	78

Ley 65 de 1946

—	13

Ley 89 de 1948

35	39

Ley 65 de 1946

—	13

Ley 79 de 1946

8	112

Ley 90 de 1948

24	113

Ley 179 de 1959

2	42
22	42

DECRETOS:

Artículos	Números
Decreto 219 de 1923	
2	112
Decreto 438 de 1928	
2	112
Decreto 1003 de 1939	
2	152
Decreto 160 de 1940	
1	152
Decreto 2127 de 1945	
4	123
Decreto 1160 de 1947	
5	13
Decreto 797 de 1949	
1	48
Decreto 2184 de 1951	
2	116
Decreto 3134 de 1952	
—	103
16	204
Decreto 1814 de 1953	
—	38
Decreto 2900 de 1953	
—	38
Decreto 700 de 1954	
—	103
Decreto 014 de 1955	
—	125
Decreto 456 de 1956	
—	37
Decreto 931 de 1956	
—	37
Decreto 3050 de 1956	
2	16
Decreto 3135 de 1956	
10, 4	149
Decreto 0118 de 1957	
1	190
Decreto 188 de 1958	
20	204
Decreto 250 de 1958	
—	148
Decreto 0012 de 1959	
—	22
Decreto 1705 de 1960	
—	38

INDICE ALFABETICO

A

Página

Alzate Fernández Rodrigo. — Incompetencia de jurisdicción ... 383
Angel Espinal Rafael y otro. — Delito imperfecto y delito imposible ... 397
Arango Alfonso contra Jiménez Pedro P. y otro. Hipoteca de bienes ajenos ... 52
Arbeláez José Manuel contra Guzmán Varón Santiago. — Indemnización por falta de pago 534
Arismendi Pablo contra Siemens Colombiana Ltda. — Restitución de términos por causa de enfermedad ... 576
Armel Ocampo Arturo contra el Municipio de Marsella. — Responsabilidad civil extracontractual ... 137
Asaf Payares Jorge. — Competencia para la instrucción de sumarios contra altos funcionarios ... 331
Aya Rupero (sucesión) contra Martínez Aristides. — Reivindicación ... 165

B

Bayer Jaramillo Tulio. — Colisión de competencias ... 298
Buenahora Muñoz Vicente contra González y Vélez Ltda. Extra y ultra petita ... 527

C

Carbonell Ospino Armando contra Banco Popular. — Contrato de trabajo con la administración pública ... 483
Carrasco Abel. — Detención y libertad del procesado ... 368
Castaño Yepes Augusto de Jesús. — Nulidades constitucionales en el proceso penal ... 306
Castellar Julio C. contra Fábrica Fitta S. A. Auxilio de Cesantía ... 544
Cerón E. Héctor D. contra Banco Central Hipotecario. — Agentes colocadores de cédulas de capitalización ... 499
Clavijo Prieto Alberto contra Gaseosas Colombianas. — Formalidades esenciales de la convención colectiva ... 509
Cohem M. Eloy contra Díaz Pérez Fidel. — Acciones reivindicatoria y petitoria del dominio 152
Correa Arango Carlos David contra Moreno Restrepo José. — Incumplimiento de la compraventa ... 145
Cuartas Aicardo contra González Ofelia Velásquez de. — Filiación Natural ... 73

Página

Cuartas Sánchez Jaime contra Montesino Justiniano y otros. — No es susceptible de casación providencia diferente de la sentencia .. 188

D

Durango Efraín contra Ingenio Central del Tolima. — Pacto colectivo ... 494

E

Escobar Guevara Francisco contra Hilandería Fontibón. — Chaín Feisach y Cía. — Reclamación sobre reajuste de salarios ... 605
Espinosa Rosa Vásquez de, contra Casa Belga —Verswyvel y Cía. — Reajustes de salarios y de prestaciones sociales ... 570

F

Fernández Franco Cornelio contra la Casa del Cuero Ltda. Inadmisibilidad del recurso de casación ... 532
Fernández Ramírez Abraham. — Nulidades en en proceso penal ... 291
Forero Elisa contra Fósforos Poker. — Prestaciones causadas por enfermedad no profesional del trabajador ... 505
Frías Luis Francisco. — Tentativa de homicidio 458

G

Gallego Juan y otros. — Efectos de la declaratoria de inexequibilidad ... 426
Garay Gumersindo. — Corrección de la demanda de casación ... 318
Garzón Lozano Antonio. — Homicidio no calificado ... 451
Garzón Lozano Luis Antonio y otros. — Coautores en el delito de homicidio (asesinato) ... 469
Gómez Bertha Gómez de, contra Arboleda M. de Jesús y otros. — Resolución de compraventa 160
Gutiérrez Bocanegra Julio contra Bocanegra M. del Carmen y otros. — Sentencias aprobatorias de partición ... 107

J

Jimeno Raúl y otros contra Magdalena Fruit Company. — Reivindicación ... 174

L

Página

Leonidas Lara e Hijos Ltda. contra Vega Lara Antonio. — Resolución de compraventa ... 80
Lesmes José A. contra Hennessey Encinales Jaime. — Responsabilidad del arrendatario ... 47
Liévano José Domingo. — Abuso de autoridad 277
Loaiza Célimo y otro contra Toro García Pedro Nel y otro. — Resolución de compraventa ... 216
Londoño Vargas Miguel Antonio. — Confesión. Ira e intenso dolor 356
López R. Jorge contra Cooperativa de la Sociedad de Choferes de Pereira Ltda. Reclamación sobre reajustes de salarios 585
Luqueta Tolosa Alfonso contra Acerías Paz de Río. — Reformatio in pejus 487

M

Marín T. José Manuel. — Nulidades supralegales 386
Martínez Mejía Carlos E. y otros contra Martínez Cuervo Teresa de Jesús y otros. Sanción a las partes por no devolución de los autos 191
Matéus Hernando. — Causales 1ª y 2ª de casación penal 347
Méndez María Godoy contra Samuel Williamson e hijos Ltda. Salarios insolutos 627
Misnaza Rosero Humberto contra Misnaza Ofelia Peña v. de. — Filiación natural 111
Monroy Carlos H. contra Gaitán Gustavo. — Nulidades procesales 565

N

Nieto Gutiérrez Alcides. — Derecho de defensa 418
Nisbeth Jorge Carlos contra Fister Wheler Corporation y otra. — Indemnización moratoria 614

O

Ocampo Avendaño Alcides contra Cía. Nal. de Autos Ltda. — Compraventa 101
Ocampo Diego contra Mesa Pérez Jesús. — Responsabilidad del padre por el hecho del hijo 58
Ochoa Arturo. — Fuero militar y justicia ordinaria 412
Osorio José Nicanor contra Vásquez Lisandro. Contrato de trabajo y contrato de aparcería 521

P

Peña Ocampo Elías y otros contra Antonia Higuera. — Oposición a un deslinde 195
Pérez Reyes Soel o Noel Antonio. — Veredicto y Sentencia 230
Piedrahita Henao Libardo y otra. — Circulación de monedas falsificadas 443
Pineda Rosa Elvira contra la sucesión de Ponce de León Fernando. Filiación natural 208
Piña V. Espíritu Santo y otros contra Bernal Huertas Rubén. Inexistencia del contrato de trabajo 560
Prieto Merchán José Antonio. — Violencia carnal 284

R

Página

Rangel Gómez Rafael y otros. — Competencia para el otorgamiento del indulto 404
Richcreek Eugene M. contra Petroleum Helicopters de Colombia Ltda. Salarios insolutos ... 590
Rodríguez Carlos Eduardo contra sucesión de Forero R. Raimundo. — Filiación natural ... 202
Rodríguez López o Cardona Rodríguez Manuel. Errada apreciación de pruebas 335
Rojas José Manuel y otros contra el Municipio de Génova. — Responsabilidad extracontractual 118
Romero Camila Cárdenas de y otro contra Romero Ortega Alipio. — Invalidez por simulación 63
Ruiz Matallana Enrique contra Laboratorios Wyeth Inc. Reclamación de salarios no pagados 579
Ruiz Restrepo Alfonso contra sucesión de Ruiz Soto Jesús M. — Sociedad de hecho 67
Ruiz Vásquez Rogerio contra Ruiz Vásquez Eladio y otra. — Reclamación de salarios 622

S

Sánchez Díaz Sofía. — Preclusión de la excepción de inconstitucionalidad 224
Sánchez Herrera Víctor Manuel. — Robo común y robo agravado 394
Sánchez López César. — Causal 2ª de casación 435
Sánchez Pedro Ignacio. — Tráfico de influencias 267
Suárez Camacho Avelino. — Indulto. — Incompetencia de la Corte para otorgar esta gracia 408

T

Tinjacá Reinaldo contra el Municipio de Bogotá. Responsabilidad extracontractual 87
Thomas Ditta Zunilde S. contra la Empresa Colombiana de Petróleos. Accidente de Trabajo y Seguro de Vida 608
Tobón Osorio Luis Alfredo. — Nulidades procesales 237

V

Valencia Fernanda contra sucesión de Salazar Carlos. — Sociedad de hecho 129
Velásquez Restrepo Pedro Luis. — Juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional 271
Vélez Hernando contra Obando Horacio y otra. Indemnización moratoria 598
Vélez Montoya Alfonso. Legítima defensa subjetiva 224

Z

Zúñiga C. Francisco contra Castrillón Martín. Competencia de la justicia ordinaria y de la laboral 126

31670 - 73