

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA

JUDICIAL

TOMO CVII

2ª PARTE

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1.964

NUMERO 2272

BOGOTA, D. E.

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar
las letras dellas; mas en saber el su verdadero entendimiento”.

(Siete Partidas: Partida 1ª., Titulo I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451,
DE 7 DE MARZO DE 1.936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE
PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. DIEGO E. CRISTANCHO M.

Relator de la Corte.

TOMO CVII

2ª PARTE

Este volúmen contiene los fallos proferidos por las Salas Penal,
Laboral y Negocios Generales de la Corte durante el

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1.964

y consta de una entrega que se distingue con el

NUMERO 2272 Bis

BOGOTA, D. E. 1.966

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

SALA PLENA

Dr. Samuel Barrientos Restrepo, Presidente
Dr. Humberto Barrera Domínguez,
Vicepresidente
Dr. Ricardo Ramírez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. Arturo C. Posada, Presidente
Dr. Ricardo Ramírez L., Secretario
Magistrados: Doctores,
Enrique Coral Velasco
Gustavo Fajardo Pinzón
José Hernández Arbeláez
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada
Julián Uribe Cadavid,

SALA DE CASACION PENAL

Dr. Simón Montero Torres, Presidente
Dr. Pioquinto León L., Secretario
Magistrados: Doctores,
Humberto Barrera Domínguez
Samuel Barrientos Restrepo
Simón Montero Torres
Gustavo Rendón Gaviria
Julio Roncallo Acosta
Primitivo Vergara Crespo

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. Luis Alberto Bravo, Presidente
Dr. Vicente Mejía Osorio, Secretario
Magistrados: Doctores,
Luis Alberto Bravo
Roberto De Zubiría C.
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. Efrén Osejo Peña, Presidente
Dr. Jorge García Merlano, Secretario
Magistrados: Doctores
Ramiro Araújo Grau
Efrén Osejo Peña
Carlos Peláez Trujillo
Luis Carlos Zambrano

RELATORIA

Relator: Dr. Luis Ignacio Segura A.
Relatores Judiciales Auxiliares: Dres.
Carlos M. Gutiérrez E. y
Diego E. Cristancho M.

Abril a Junio de 1.964

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de Jurisprudencia en
materia penal, a cargo del Dr.
DIEGO E. CRISTANCHO. Re-
lator de la Corte.

DELITO DE HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO

Tacha de nulidad constitucional por supuesta violación del derecho de defensa. Eventos en que la Sala admite la nulidad supralegal.

La Corte acepta, por elaboración de la doctrina, no por mandato de la ley positiva, que hay violación del derecho de defensa y consecuente quebrantamiento del precepto constitucional aludido cuando en el juicio el procesado carece de medios técnicos para debatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y medios para el ejercicio de su defensa. Sólo ante estos eventos admite la Sala la nulidad constitucional o supralegal, así las fallas de procedimiento no aparezcan enunciadas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, primero de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncalló Acosta).

VISTOS:

TORIBIO o LAZARO COMETA AVENDAÑO y ELIAS VENANCIO DUSSAN, condenados a la pena principal de quince (15) años de presidio y accesorias pertinentes, como responsables del delito de homicidio, calificado de asesinato, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sentencia de dieciocho (18) de mayo de 1962, interpusieron recurso extraordinario de casación, del cual procede decidir de fondo sólo respecto del acusado DUSSAN, quien por conducto de apoderado lo sustentó en debida forma, no así COMETA AVENDAÑO, con relación al cual habrá de declararse desierto el recurso.

ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Como la causal de casación invocada es la cuarta del art. 567 del C. de P. P., para efectos de este proveído puede acogerse la brevísima relación que de los hechos hace el señor Fiscal del Tribunal en su concepto sobre la calificación del sumario, prohijada también por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

“Refieren los autos que Salomón Manrique Martínez, rico propietario ya entrado en la ancianidad se encontraba en su finca de “La Brisa”, sitio de La Mata, jurisdicción municipal de Neiva en la noche del 23 de Febrero de 1958 en compañía de la joven Doris Cortés Dussán a manera de conquista, y que con

tal motivo libaba aguardiente con su mayordomo Toribio o Lázaro Cometa Avendaño y el peón Elias Venancio Dussán Dussán, cuando ya tarde de la noche llegaron dos desconocidos que preguntaron por don Salomón y acto seguido este señor fue asesinado con sevicia dada la gravedad y multiplicidad de los machetazos que le asestaron”.

2o. Una vez clausurada la investigación y oído el parecer fiscal, el Juzgado Superior calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio, con intervención del Jurado, para Cometa Avendaño y Venancio Dussán, y con sobreseimiento definitivo para los demás sindicados.

3o. En la vista pública de la causa, los veredictos proferidos fueron favorables y con base en ellos la instancia dictó sentencia absolutoria, la que fué revocada por el ad-quem en providencia de diecinueve (19) de enero de 1.961, para en su lugar declarar contrarios a la evidencia de los hechos los veredictos y disponer la convocatoria de un nuevo Jurado.

4o. Surtida la actuación en el juicio y con base en los nuevos veredictos, que fueron afirmativos de la responsabilidad de los encausados, por el delito de homicidio (asesinato), el Juzgado del conocimiento profirió el 6 de febrero de 1.962 el fallo condenatorio, que fué confirmado por el Tribunal en la sentencia que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Alvaro Bahamón Castilla en representación del acusado ELIAS VENANCIO DUSSAN, mediante escrito visible de folios 8 a 15 del cuaderno de la Corte, hace la impugnación formulando contra la sentencia del Tribunal dos cargos de nulidad, el primero por violación del artículo 26 de la Carta, y el segundo con invocación del numeral 4o. del artículo 567 del C. de P. P.

Primer cargo.

Entiende el demandante que el sentenciador desconoció la garantía constitucional referida al derecho de defensa de que trata la disposición invocada porque en algunas de las diligencias cumplidas en la etapa investigativa del proceso dejaron de llenarse ciertas formalidades impuestas por la ley.

El agravio lo concreta en estos precisos términos.

“Expuestos tanto el principio constitucional como la Jurisprudencia sobre el particular, nos resta señalar algunas actuaciones procesales de fundamental importancia en la defensa de los sindicatos, como fueron la diligencia de inspección ocular vista al folio 157 del cuaderno lo. en donde aparece previamente el auto de fecha 6 de marzo de 1.958 en el que el Juzgado fija para ese mismo día a las diez de la mañana la práctica de la diligencia de inspección ocular, y si bien es cierto que el apoderado de oficio de Elias Venancio Dussán firma la notificación del auto, (pero no asistió a la diligencia), como tampoco asistió a la diligencia ni se le notificó el auto de señalamiento al señor Dr. Gonzalo Carrera Salas. Podrá observar la Honorable Corte la importancia que reviste esta falta de defensa de los sindicatos, y observar también el apresuramiento del juzgado en practicar la diligencia sin llenar las formalidades legales.

“Y en cuanto a la diligencia de reconstrucción que aparece al folio 113 del cuaderno No. 3, se observa cómo el derecho de defensa fué menoscabado por el Juzgado Superior. Al folio 108 del mismo cuaderno aparece el auto de fecha 24 de abril de 1.958 por medio del cual se ordenó la reconstrucción de los hechos, auto que no fué notificado sino a los sindicados y al apoderado de la parte civil, diligencia que fue practicada al día siguiente sin la asistencia de ninguno de los apoderados de los sindicados y aunque dicha diligencia aparece suscrita por el Sr. Miguel Tovar Silva, en la audiencia pública y al folio 161 del cuaderno No. 5 se lee la constancia del señor Juez Superior de Neiva, sobre la afirmación del Dr. Tovar Silva, con relación a la no asistencia a dicha diligencia”.

Segundo cargo.

Lo hace consistir el señor apoderado en que hubo violación del numeral 4o. del Art. 198 del Código de Procedimiento Penal, pero también involucra en este cargo el haber omitido el Juzgado resolver una solicitud de nulidad del proceso presentada al fallador después de haber sido proferida la sentencia.

Sobre las dos cuestiones planteadas expresa el demandante:

“En primer lugar, el señor Juez Superior a quien se le presentó la solicitud de nulidad del proceso, no resolvió dicha solicitud, siendo competente en ese momento para resolverla. Este hecho lo considera el recurrente de vital importancia por cuanto que el art. 200 del C. de P. Penal ordena resolver la solicitud de nulidad cuando se presenta, ya que él no la observó al dictar su sentencia, y este hecho ha debido tenerlo en cuenta el H. Tribunal Superior y devolverlo al Sr. Juez a-quo a fin de que la resolviera, ya que el Tribunal carecía de competencia.

“En segundo lugar, el art. 198 del C. de P. Penal, consagra las nulidades en el proceso penal y en su numeral 4o. hace mención de que el hecho de la no notificación en debida forma del auto de apertura a prueba, es causal de nulidad. No se puede tener como valedero el argumento de que al defensor de oficio designado para Elías Venancio Dussán como consecuencia de la renuncia de su antecesor, no reclamara que se le diera oportunidad para solicitar pruebas, cuando realmente su actuación vino a efectuarse cuando se le notificó la diligencia de sorteo de Jurados. Examínese desde los folios 25 al 39 vuelto del cuaderno N.º. 5 donde constan las diligencias entre la posesión del nuevo defensor de oficio y sorteo de Jurados.

“En consecuencia, la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Neiva, en esta causa, fué dictada en un proceso en donde a todas luces estaba viciado de nulidad”.

OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima en su concepto de fondo que el recurso no puede prosperar por ser en un todo inválidos los motivos de impugnación apoyados en la causal cuarta.

Así, respecto del primer cargo de nulidad constitucional observa el distinguido colaborador que en modo alguno se afectó el derecho de defensa con ocasión de la diligencia de Inspección Ocular a que alude el demandante. El auto que la ordenó dice la Procuraduría Delegada: “fue notificado al señor Fiscal del Juzgado

Superior, a los sindicados Lázaro Cometa Avendaño, Elías Venancio Dussán D., Moisés Medina Cabrera, Arnulfo Alarcón G., Antonio García Vargas, Doris Cortés Dussán, y a los apoderados, doctores Miguel Tovar Silva, Eliecer Pinilla Rodríguez y Néstor Arce Perdomo (folios 156 y 156 v. del cuaderno 1º). Y es evidente que esta notificación no aparece firmada por el Dr. Gonzalo Carrera Salas, apoderado de MOISES MEDINA CABRERA”.

Agrega el señor Procurador:

“Entonces se tiene que es un absurdo, por decir lo menos, que si el Dr. Miguel Tovar Silva, apoderado de ELIAS VENANCIO DUSSAN DUSSAN, no asistió a la diligencia de inspección ocular después de ser notificado de la misma, que tal hecho deba recibir sanción de nulidad legal y menos constitucional, en el proceso. Porque “notificar”, desde el punto de vista jurídico, es poner en conocimiento de las partes y demás interesados el contenido de las providencias judiciales (artículo 307 del C. de P. C.). Por parte alguna se encuentran violaciones de las normas contenidas en el Capítulo II, Título V, Libro I, del Código de Procedimiento Penal (Inspección Ocular), ni ellas imponen al Juez o Instructor medida coactiva alguna aplicable al apoderado que no quiera asistir a la diligencia referida.

“El derecho de defensa del procesado DUSSAN quedó garantizado por el hecho de la notificación a éste y a su apoderado para que hicieran uso del inciso segundo del artículo 211 del C. de P. P., si a bien lo tenían, porque es potestativo según lo dice el comienzo del mismo inciso.

“Se dice también que el apoderado Dr. Gonzalo Carrera Salas no asistió a la misma diligencia, porque no tuvo conocimiento oportuno de que ella habría de realizarse. Pues, bien: el Dr. Carrera Salas fue el apoderado de MOISES MEDINA CABRERA en el proceso (Fl. 87 del primer cuaderno). Pero en el auto de enjuiciamiento que obra a folios 26 y siguientes del cuaderno N.º 4, este sindicado fue sobreseído definitivamente por el a quo, providencia que luego fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Neiva. Así las cosas, se ve que al sindicado MOISES MEDINA CABRERA le fue garantizado el derecho de defensa que le otorgan la Constitución y las leyes, y se hace tan ostensible y notorio este aserto que el señor Juez Superior de Neiva y el Tribunal del mismo Distrito administraron justicia sobreyéndolo definitivamente. Entonces, se comenta, resulta insólito invocar el derecho de defensa para un sindicado que lo ha disfrutado plenamente junto con la prudencia y la sabiduría de los juzgadores de instancia, como lo indica el hecho de no haber sido afectado por sentencia alguna, ni siquiera por auto de llamamiento a juicio.

“Por otra parte, sería iluso tratar de encontrar lo argumentado por el apoderado judicial entre las causales de nulidad previstas en los arts. 198 y 199 del C. de P. P”.

En lo que se refiere a la informalidad de la no notificación a los apoderados de la providencia que decretó la diligencia de reconstrucción de los hechos, informalidad que el acusador estima violatoria del derecho de defensa, el Ministerio Público anota:

“La facultad del investigador para usar de la Inspección Ocular como uno de los medios probatorios para obtener la verdad en materia penal está bien determinada en el Capítulo II, Título V, Libro I del Código de Procedimiento Pe-

nal, y no es otra cosa que el "examen y reconocimiento personal que hace el Juez o el funcionario de Instrucción, o el comisionado en su caso, ante su Secretario, y acompañado de testigos o peritos, de hechos que son materia del proceso" (art. 210). Es decir, esta definición comprende perfectamente el objeto de la diligencia y dice quiénes y cómo deben intervenir en ella, sin que estén comprendidos los apoderados judiciales los cuales, en forma opcional, podrán presentarla y solicitar del investigador una ampliación 'de los puntos que han de ser objetos de la inspección; como lo dice el segundo inciso del art. 211 del C. de Procedimiento Penal. Esto no significa que en la Inspección Ocular estudiada no exista la irregularidad de la falta de notificación a todos los apoderados del auto que la ordenaba, pero tal anomalía no afecta lo esencial del proceso ni constituye una causal de nulidad, absoluta o relativamente considerada, en el mismo".

Para refutar el Segundo Cargo, referente a la violación del ordinal 4º. del artículo 198, el señor Procurador, después de transcribir el citado ordinal y el artículo 4º. del Decreto 1231 de 1.951, hace estas consideraciones:

"De forma que, una vez ejecutoriado el pliego de cargos, AUTOMATICAMENTE queda abierto el juicio a prueba; y es POTESTATIVO Y OPCIONAL de las partes pedir que se practiquen las que se consideren necesarias. Esto es tan cierto, que lo corrobora el mismo epigrafe del mencionado Decreto: 'por el cual se dictan algunas normas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo penal, y se dictan otras disposiciones'.

"No obstante lo anterior, el *a quo*, tal vez por fuerza de la costumbre en la práctica forense, dictó un auto abriendo el negocio a prueba, hizo la notificación del mismo al Ministerio Público y a los procesados y apoderados (folio 19 del cuaderno No. 5), quedando ejecutoriada la providencia el 2 de septiembre de 1.959, a las 6 p. m. (folio 22 v. *ibidem*).

"Antes de que comenzara a correr el término probatorio, es decir, más que en tiempo oportuno, los procesados ELIAS VENANCIO DUSSAN Y LAZARO COMETA AVENDAÑO solicitaron pruebas con fechas 31 de agosto y septiembre 2 de 1.959 (folios 21 y 22 del mismo cuaderno), las que fueron decretadas y practicadas por el juzgador a folios 25 v. y ss.

"En memorial sin fecha de folio 20 el Dr. Carlos E. Vargas Villalba, apoderado de oficio de ELIAS VENANCIO DUSSAN, solicita se le exonere para seguir desempeñando el cargo 'por motivo a tener en ese mismo juzgado (de conocimiento) cuatro o más defensas de oficio y también por amistad íntima con los parientes de la víctima'. El memorialista no pudo probar este aserto y el 4 de septiembre allegó una constancia que le fue aceptada por el *a quo* en la misma fecha como excusa para no seguir asistiendo a su representado (Fls. 23 a 24 v.). Vino luego el nombramiento y posesión del sustituto del anterior, el Dr. Alvaro Bahamón Castilla, (folios 24 v. y 25).

"Todas las pruebas solicitadas por los procesados dentro del término correspondiente fueron evacuadas. Se ordenó el sorteo de jurados y fue notificado el auto que así lo dispuso, tanto a los procesados como a sus apoderados judiciales; así como al Ministerio Público y a la parte civil (folios 39 y 39 v). El sorteo se realizó con las formalidades de ley. Todas las providencias posteriores también fueron notificadas a las partes en debida forma. E intervino la defensa, con las garantías procesales, en la audiencia pública.

“Entonces, no se ve por parte alguna la pretendida violación del ordinal 4o. del art. 198 del C. de P. P”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. La falta de nulidad constitucional contra el fallo del *ad-quem*, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional y consistente en que el acusado ELIAS VENANCIO DUSSAN no gozó a cabalidad del derecho de defensa en el proceso, es un cargo que aparece desprovisto de toda razón.

En primer término y como cuestión que es obvia, la Corte acepta, por elaboración de la doctrina, no por mandato de la ley positiva, que hay violación del derecho de defensa y consecuente quebrantamiento del precepto constitucional aludido cuando en el juicio el procesado carece de medios técnicos para de batir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y medios para el ejercicio de su defensa. Sólo ante estos eventos admite la Sala la nulidad constitucional o suprallegal, así las fallas de procedimiento no aparezcan enunciadas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P.

En el caso sub-judice las informalidades que señala el acusador no tienen relación con la tutela constitucional del derecho de defensa porque nada anormal ni contrario al trámite investigativo ocurrió con la diligencia de inspección ocular, ni tampoco con la de reconstrucción de los hechos, como justamente lo destaca el señor Representante del Ministerio Público.

En segundo término, no apareja nulidad, constitucional ni legal, el que la instancia se hubiera abstenido, después de proferir la sentencia, de resolver la solicitud presentada, precisamente con el fin de obtener una declaratoria de nulidad, puesto que esa extemporanea petición la estudió, consideró y decidió el Tribunal en la sentencia recurrida.

2a. El cargo de estar afectada la sentencia del vicio de nulidad por no haberse notificado en debida forma el auto que abrió el juicio a prueba, tampoco tiene consistencia, no empece las incidencias ocurridas con el cambio de uno de los defensores, dado que las partes tuvieron oportunidad de solicitar la práctica de pruebas y la defensa de los acusados se cumplió con el lleno de todas las garantías procesales.

Sobre el particular expresa la sentencia del Tribunal:

“En la causa actuaron como defensores los doctores Jaime Ucrós García y Carlos E. Vargas Villalba; y si bien es cierto lo que hace ver el peticionario con respecto a la notificación del auto que abrió el juicio a prueba, también es evidente que los acusados solicitaron pruebas y fueron practicadas. Y no fueron tan negligentes los defensores puesto que el Dr. Ucrós pidió, en vista de una forzosa ausencia suya, se señalara otra fecha para la audiencia pública, y tanto él como el Dr. Bahamón Castilla intervinieron en ella de manera tan eficaz que obtuvieron veredictos absolutorios, acogidos luego por el Juez de derecho para proferir el fallo que la Sala revocó para declararlos contraevidentes, como ya se dijo”.

3a. No habiéndose incurrido, según todo lo expuesto, en motivos propios de nulidad y, especialmente, siendo un hecho cierto que los procesados disfruta-

ron a lo largo del juicio de plenas garantías para debatir su responsabilidad y procurar los descargos, la casación interpuesta no puede prosperar. (Artículo 569 del C. de P. P.).

Como al principio de esta providencia se expresó, respecto del recurrente TORIBIO o LOZARO COMETA AVENDAÑO, procede dar aplicación al artículo 565 del C. de P. P.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito, respecto del recurrente ELIAS VENANCIO DUSSAN, y lo declara DESIERTO con relación a TORIBIO o LAZARO COMETA AVENDAÑO, a quien se condena en costas.

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

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario

EL RECURSO DE CASACION POR PERJUICIOS TIENE QUE SER RESPECTO A SENTENCIA CONDENATORIA Y NO ABSOLUTORIA. LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA SINO UNA VIA EXTRAORDINARIA PARA CASOS TAXATIVAMENTE PREVISTOS EN LA LEY. INTERVENCION DE LA PARTE CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL.

1. De conformidad con el art. 559 del C. de P. P., la parte civil no puede recurrir en casación cuando se trata de sentencias absolutorias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Este precepto señala que "Las partes mencionadas en el artículo anterior. . .", esto es, el Agente del Ministerio Público, el procesado o su defensor. . ." y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los arts. 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos. . .". Esto es, que en cuanto a los fallos absolutorios no resulta pertinente dicho recurso extraordinario, si su objeto consiste apenas en la reparación del daño privado ocasionado por el delito, frente a la absolución del procesado.

2. Si a la parte civil le corresponde intervenir en el proceso penal sólo para la búsqueda del resarcimiento de los perjuicios privados que la infracción penal le haya podido ocasionar, es obvio que dicha parte no pueda recurrir en casación contra las sentencias absolutorias, pues bien sabido es que la acción que ejercita no tiene estrictamente el carácter de pública. Además, resulta contrario a los fines del recurso en cuestión, que no consiste en una tercera instancia sino en una vía extraordinaria para casos taxativamente previstos en la ley, el que pueda adelantarse en interés exclusivo de quien apenas persigue la indemnización del daño privado causado por el delito, si en la providencia recurrida se ha absuelto al procesado.

3. En autos de 15 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, pág. 442), de 24 de noviembre de 1.952 (G. J. T. LXXIII, pág. 804), de 30 de enero de 1.953 (G. J. T. LXXIV pág. 188), y de 22 de marzo de 1.961 (G. J. T. XCV, págs. 233 a 234), la Corte ha sostenido que "la sentencia contra la cual debe interponerse el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absolutoria, porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daño genera para el agente la obligación de repararlo".

4. Procede observar nuevamente que la casación es un recurso extraordinario, sometido a las restricciones que indica la ley, una de las cuales, como se desprende de manera clara del art. 559 del C. de P. P. citado, es la de que la parte civil no puede interponerlo con respecto a sentencias absolutorias. En las instancias

la persona lesionada por el delito y cualquiera otra que haya sufrido un daño privado originado en el mismo, tienen amplias facultades para aportar las pruebas que demuestren la ocurrencia de la infracción penal, la responsabilidad de quienes sean autores, cómplices o auxiliadores y la cuantía de los daños, y, así mismo, para interponer los recursos ordinarios e intervenir en la audiencia pública.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, dos de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el doctor César Castro Cabrera, en su condición de parte civil dentro del proceso penal seguido contra el señor RAFAEL OSPINA BUENDIA, por el delito de abuso de confianza.

Se trata de la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 29 de agosto de 1.963, por la cual se confirma el fallo absolutorio proferido en favor del procesado el día 5 de julio del mismo año por el Juzgado Superior de dicha ciudad.

El ad quem concedió dicho recurso de casación, pero la Sala lo encuentra improcedente por las siguientes consideraciones:

1. De conformidad con el artículo 559 del C. de P. P., la parte civil no puede recurrir en casación cuando se trata de sentencias absolutorias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Este precepto señala que “las partes mencionadas en el artículo anterior...”, esto es, el Agente del Ministerio Público, el procesado o su defensor... “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...”. Esto es, que en cuanto a los fallos absolutorios no resulta pertinente dicho recurso extraordinario, si su objeto consiste apenas en la reparación del daño privado ocasionado por el delito, frente a la absolución del procesado.

2. Si a la parte civil le corresponde intervenir en el proceso penal sólo para la búsqueda del resarcimiento de los perjuicios privados que la infracción penal le haya podido ocasionar, es obvio que dicha parte no pueda recurrir en casación contra las sentencias absolutorias, pues bien sabido es que la acción que ejercita no tiene estrictamente el carácter de pública. Además, resulta contrario a los fines del recurso en cuestión, que no consiste en una tercera instancia sino una vía extraordinaria para casos taxativamente previstos en la ley, el que pueda adelantarse en interés exclusivo de quien apenas persigue la indemnización del daño privado causado por el delito, si en la providencia recurrida se ha absuelto al procesado.

3. En autos de 15 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, p. 442), de 24 de noviembre de 1.952 (G. J. T. LXXIII, p. 804), de 30 de enero de 1.953 (G. J. T. LXXIV,

p. 188) y de 22 de marzo de 1.961 (G. J. T. XCV, p. 233 a 234). la Corte ha sostenido que "la sentencia contra la cual debe interponerse el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absolutoria, porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daño genera para el agente la obligación de repararlo".

4. El doctor Agustín Gómez Prada, como apoderado del recurrente, estima infundada la anterior doctrina de la Sala, pues, dice, "si la razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, debe quien los ha sufrido poder demostrarlos dentro del proceso penal, como se lo permite la ley. Y si la ley le permite intervenir en el proceso para acreditarlos, mal puede recortarle su acción impidiendo recurrir ante la Corte en casación, para demostrar el hecho ilícito que ha ocasionado los perjuicios".

A lo anterior y a las demás consideraciones del señor apoderado del doctor Perdomo Cabrera, atinentes para justificar la intervención de la parte civil dentro del proceso penal, procede observar nuevamente que la casación es un recurso extraordinario, sometido a las restricciones que indica la ley, una de las cuales, como se desprende de manera clara del artículo 559 citado, es la de que la parte civil no puede interponerlo con respecto a sentencias absolutorias. En las instancias, la persona lesionada por el delito y cualquiera otra que haya sufrido un daño privado originado en el mismo, tienen amplias facultades para aportar las pruebas que demuestren la ocurrencia de la infracción penal, la responsabilidad de quienes sean autores, cómplices o auxiliadores y la cuantía de los daños, y, asimismo, para interponer los recursos ordinarios e intervenir en la audiencia pública.

Corresponde, pues, declarar inadmisibile el recurso de que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 29 de agosto de 1.963, por la cual fue absuelto el señor RAFAEL OSPINA BUENDIA, sindicado del delito de abuso de confianza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Jorge Guerrero, Conjuez. - Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE REVISION

Causales 3a. y 5a. del art. 571 del C. de P. P.-Obligación del recurrente de demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado. La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos debidamente apreciados. Hecho nuevo traído al debate.

1. Cuando se invoca la causal tercera de revisión, toca al recurrente demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado o que tuvieron influencia en el respectivo fallo, por cuanto ellas no corresponden a la realidad aceptada por el juzgador.

Si, oportunamente, se hubiera interpuesto contra la sentencia el recurso extraordinario de casación y dentro de él se hubiera alegado la causal segunda, entonces habría sido el caso de averiguar si la interpretación que dió el Tribunal Superior a aquellos testimonios se apartaba en forma notoria o protuberante de las demostraciones procesales. Pero en revisión no se trata de ello. Si fuera de otra suerte, se estaría revisando, por tercera ocasión una sentencia, o sea, se vendría a convertir el recurso en verdadera instancia, con notorio quebrantamiento de la teoría procesal en el derecho penal colombiano.

La Corte piensa -y carece de elementos para enseñar lo contrario- que las informaciones de personas que estuvieron dentro de la vorágine de odios y retaliaciones que vivieron regiones del país y que con notorio valor declararon en este proceso, son verdaderas, esto es, que cada una de ellas relató lealmente su verdad, o sea, la realidad que le constaba y que apreció desde el distinto ángulo en que se vió colocado.

Aquí también, como en caso semejante estudiado por la Corte, la falsedad de la prueba se refirió no a los elementos probatorios en sí mismo considerados, sino a la deducción que de ellos sacó el fallador de las instancias. En síntesis, se ha tratado de revivir el debate probatorio que se adelantó dentro de las distintas etapas procesales, buscando demostrar que ciertas inferencias no corresponden a la realidad.

2. La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos, debidamente apreciados. En el recurso de revisión, el demandante, dentro del término probatorio, debe sumar los elementos de juicio suficientes a demostrar que, "es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo". No bastan, en conclusión, alegaciones y argumentaciones, por hábiles que ellas sean, pues

se requiere es la prueba de la falsedad dicha contra el testimonio, peritazgo o documento. "Por ésto -dijo, la Corte en fallo de 29 de agosto de 1.960- si se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada que éstos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor o causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia".

3. Si las declaraciones con que se trató de demostrar el hecho nuevo alegado, para exigir la revisión del proceso, son delesnables y dignas de tan poco crédito, mal podría darse por probada la causal quinta del art. 571 del C. de P. P., o sea, sin elementos de convicción serios, no es posible destruir la presunción de verdad que encierran los fallos de que se trata aquí.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, diez de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

En memorial recibido en la Corte el 10. de octubre del año pasado, el Dr. Agustín Gómez Prada, como apoderado de Darío Garzón Plazas, formula "demanda de revisión contra las sentencias de 17 de diciembre de 1.959, del Juzgado 35 de Instrucción Criminal, y de 2 de febrero de 1.961, del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de las cuales culminó el proceso adelantado contra varias personas, entre otras Garzón Plazas, que resultó condenado por homicidio y lesiones personales a 24 años de presidio, a las accesorias legales y al resarcimiento de perjuicios".

A la demanda, ajustada a las prescripciones del artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, se acompañaron copias de las sentencias de primera y segunda instancia, pronunciadas contra Darío Garzón Plazas, y algunas declaraciones recibidas extra-juicio.

Se han cumplido los trámites legales. Se ordenó la práctica de las pruebas que, en oportunidad, fueron solicitadas y se dispuso el traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con el artículo 574 del Código Procesal.

Es, por consiguiente, el momento de decidir. A ello se procede.

HECHOS:

En providencia proferida por el Juzgado 35 de Instrucción Criminal, con sede en la ciudad de Ibagué, se hizo la narración de los hechos, que dieron origen a esta investigación, en los siguientes términos:

"Entre las tres y las seis de la tarde del 23 de agosto del año en curso, día domingo, un numeroso grupo de hombres uniformados, con excepción de uno que vestía de civil y al parecer era el jefe, todos provistos de armas de fuego de corto y largo alcance y también de machetes, asaltó sorpresiva y cobardemente las regiones denominadas "PORVENIR", "PATIOBONITO" y "MALAVAR",

correspondientes a la jurisdicción del Municipio de Venadillo, y a bala y machete dieron muerte en la finca "CAICEDONIA" a HERIBERTO PINZON DELGADO; en la de "Patiobonito" a JOSE MANUEL ARIAS ARIAS, ISIDRO PEREZ BERNAL, SAUL DE JESUS y LUIS ALFONSO SIERRA; en la de "CAMPOALEGRE" a OLIVA MACHADO DE ESPINOSA con sus hijos INES, ASCENCION y HECTOR, de 17, 16 y 9 años respectivamente; en otra casa de esa misma heredad, a distancia de unas dos cuadras de la anterior, a MATILDE HERNANDEZ vda. de CORREA con sus hijos BLANCA ISABEL, GRACIELA, LUZ MELIDA, ARIEL HUMBERTO y YAMEL; y, en la de "CAMPOHERMOSO" a ISMAEL LUNA GARZON, su esposa MARGARITA CORREA y sus hijos GILBERTO y ANA DASSY, ésta fallecida horas después en el hospital de Venadillo a donde alcanzó a ser llevada en estado de suma gravedad por las lesiones que le fueron inferidas; y RAUL DIAZ DIAZ.

"Los homicidas se sustrajeron de la casa de la familia CORREA HERNANDEZ la suma de cuatrocientos cincuenta pesos (\$450.00), un reloj de pulso, una cadena de oro, varios anillos, unos pantalones de una maleta abierta a machete y rompieron un radio, y de la casa de PINZON DELGADO se llevaron un radio marca "CITY", siendo de advertir que en este mismo lugar dieron de balazos al señor JULIO CESAR PARRA TORRES, lesionándolo a la altura del tercer espacio intercostal izquierdo, lo cual le produjo, según dictámen médico-legal, incapacidad por espacio de catorce (14) días."

"Consumados todos estos actos de barbarie el grupo delincuente huyó y de inmediato ninguno fue capturado debido a que el concurso de la fuerza pública solo fue posible en las horas de la noche, al ser conocida la trágica noticia en las poblaciones de Venadillo, Junín y Santa Isabel, y sólo entonces se tomaron las medidas tendientes al levantamiento de los cadáveres y a la localización y captura de los responsables".

Adelantada la averiguación correspondiente, por sentencia de 17 de diciembre de 1.959, se condenó a Diógenes Garzón Rubio, Manuel Garzón Gutiérrez, Gustavo Garzón, Arcadio Garzón, Atiliano Palacio, Juan Palacio (hijo) y Darío Garzón, a veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias del caso; se sobreeseyó temporalmente en favor de Hermes Cardozo Corrales y Boanerges Zuluaga; y se absolvió a los demás sindicados de los cargos por los cuales se les había recibido indagatoria.

El Tribunal Superior de Ibagué, en fallo de 2 de febrero de 1.961, condenó a Darío Garzón Plaza a veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias, por los delitos de homicidio y lesiones personates y sobreeseyó temporalmente en favor del mismo por el delito de robo que se le imputó; absolvió a varios de los procesados; sobreeseyó temporalmente en favor de Diógenes Garzón Rubio, Boanerges Zuluaga, Gustavo y Octavio Garzón, Atiliano y Juan Palacio (hijo); y ordenó cesar todo procedimiento contra Manuel Garzón Gutiérrez, por haberse acreditado la muerte de éste.

La revisión solicitada se refiere a las anteriores sentencias.

LA DEMANDA:

La demanda reproduce la parte resolutive de los fallos de que se trata, hace un relato breve de la atroz ocurrencia investigada, aduce como causales de re-

visión las contempladas bajo los numerales 3o. y 5o. del artículo 571 del estatuto procedimental penal y de las razones de hecho y de derecho en que las funda.

Todavía, para una mayor sustentación de ella, el señor apoderado trajo a los autos su alegato de 31 de marzo de este año, en el cual, tras breve referencia al concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, repite sus razonamientos “para mejor orientación de la Procuraduría y de la Corte”.

Con base en la causal 3a. el demandante sostiene “que las pruebas que sirvieron para condenar a Darío Garzón Plazas, son falsas (ord. 3o. del art. 571 del C. de P. P.)”.

La causal quinta se expone así: “después de la condenación se presentan pruebas nuevas, que establecen la irresponsabilidad de Darío Garzón Plazas, y que son las que acompaño a esta demanda (ord. 5o. del artículo 571 del C. de P. P.)”.

EXAMEN DE LAS CAUSALES ALEGADAS Y

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal Tercera. Dice el artículo 571 del C. de P. P., que hay lugar a revisión contra las sentencias ejecutoriadas,

3o. “Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo”.

Para que proceda la revisión, de acuerdo con este numeral, es necesario, por tanto, que “se demuestre” la falsedad de la prueba, “que haya podido determinar el fallo” acusado. No basta, como se ve, que se alegue la falsedad, pues es indispensable su demostración.

Se ha comprobado, en el caso de Darío Garzón Plazas, que las pruebas que sirvieron al Juzgado 35 de Instrucción Criminal y al Tribunal Superior de Ibagué, para proferir contra aquél sentencia condenatoria, son falsas?

Así lo sostiene el demandante, en repetida alegación. Hace el detallado examen de las declaraciones apreciadas por el Tribunal, en orden a aceptar “que la pandilla depredadora partió de la casa de Darío Garzón”. Y concluye su estudio con estas palabras: “La prueba deducida por el Tribunal es falsa, porque no está de acuerdo con la realidad de lo acontecido”, ya que “ninguno de los individuos que vieron pasar la cuadrilla y que estuvieron cerca a los asaltantes, conocieron o identificaron a Darío Garzón Plazas como uno de los que perpetraron los crímenes de que se trata”.

Entiende que no corresponde a la realidad la interpretación que se dió por aquella Corporación a la declaración de María Elimenia Díaz, porque esta mujer no aseguró que entre los asaltantes estuviera Darío Garzón Plazas, aunque sí dijo que “eran las dos de la tarde cuando yo ví la patrulla de la casa de Darío Garzón, atravesaron por las yuqueras de Darío Garzón y cogieron por el pié de la manga enastrojada del mismo Darío Garzón” y que luego “se descolgaron para el lado del Porvenir” y que las personas que allí perecieron fueron muertas “por los mismos que salieron de donde Darío Garzón”.

Y si Guillermo Díaz, Paulina Espinosa, Julio César Parra, Miguel Pinzón, Nohemí Martínez y Esther Melo no advirtieron la presencia de Darío Garzón, ya que no la mencionan en sus declaraciones, es porque este sujeto no se encontró realmente en la matanza de que se trata.

Dice, por último, el demandante que la declaración de José Blas Rozo, escaso mérito acarrea como prueba de la responsabilidad penal de Darío Garzón Plazas, pues se trata "de un 'pandillero' que no acepta su participación, pero sí inculpa a otros".

"Y si se tiene en cuenta -son palabras de la demanda- que ninguna de las personas que presenciaron el paso o que estuvieron cerca de los facinerosos nombra a Darío Garzón, y si se tiene en cuenta la prueba de que se hablará en el aparte siguiente, puede afirmarse que la prueba es falsa en cuanto sobre ella descansa un indicio de responsabilidad de Darío Garzón Plazas".

Analizó también el demandante el hecho de "la posesión del fusil por parte de Darío Garzón Plazas" para asegurar que tal indicio carece de todo valor.

Son Campo E. y Abel Campos quienes sostienen que Darío Garzón Plazas era dueño de un fusil "de manubrio de balas grandes" y dan algunos detalles sobre la forma y ocultación en que aquello mantenía: enterrado frente a un espejo y envuelto en unos "chiros".

"De los veinte nombres de sujetos que aparecen en el proceso -enseña textualmente la demanda- todos tenían fusil". Falsa interpretación dió el Tribunal a este hecho.

Y falsas son también -en sentir del recurrente- las pruebas de las cuales se dedujo que el móvil de los hechos fue el rencor o la animadversión de los atacantes contra sus indefensas víctimas.

En este particular, se transcriben apartes de los testimonios de María Fanny Garzón de Campos, Oscar Plazas, José Manuel Giraldo, Pablo E. Campos, Ana Beltrán de Sandoval, Luis Felipe Correa y Gilberto Correa, para concluir que de ellos solo se deduce "que las gentes de la región vivían en estado de permanente zozobra, temiéndose mutuamente, armados y prevenidos para cualquier ataque. Pues eso de turnarse para vigilar y 'arrancar a correr', cuando hay bala, no indica sino un estado de alerta, más bien que de ataque".

Ha querido el demandante que se tengan en cuenta también las indagatorias de algunos sindicatos, en cuanto ellas afianzan su convicción a este respecto.

Así se da término a la exposición sobre la causal tercera:

"Estas pruebas en que el Tribunal asienta la responsabilidad de Darío Garzón son pruebas falsas.

"La verdad puede ser considerada en las cosas -aquí en los testimonios en sí- o en el entendimiento. La primera es la verdad real u objetiva, la segunda es la formal o subjetiva. Se necesita que la verdad subjetiva corresponda a la objetiva.

"Cuando un indicio no existe, no hay verdad objetiva; cuando se hace una deducción indebida de un indicio, no hay verdad subjetiva. En uno u otro caso, las pruebas no son verdaderas, sino que son falsas, pues falso es lo contrario a la verdad, sea ella objetiva o subjetiva".

SE CONSIDERA:

Todos los razonamientos, que no demostraciones, del señor apoderado de Garzón Plazas, se encaminan a indicar a la Corte, que tanto el Juzgado 35 de Instrucción Criminal como el Tribunal Superior de Ibagué, atribuyeron a pruebas y hechos "un valor probatorio que no tienen". Esto es, la causal tercera de revisión se desplazó hacia la segunda de casación, con notoria habilidad, desde luego, pero con resultados negativos para los efectos que se persiguen.

Ya se indicó que, cuando se invoca la causal tercera de revisión, toca al recurrente demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado o que tuvieron influencia en el respectivo fallo, por cuanto ellas no corresponden a la realidad aceptada por el juzgador.

Al anunciar el demandante que "las pruebas que sirvieron para condenar a Darío Garzón Plazas, son falsas" debió traer, al mismo tiempo, la demostración de esa falsedad. No lo hizo así. Anotó solamente la circunstancia, pero no la probó. En consecuencia, mientras no se afirme, con certeza, que María Elimeña Díaz no estuvo en posibilidad de ver, ni de apreciar los hechos que narró y que comprometieron la responsabilidad penal de Garzón, su dicho ha de aceptarse como verdadero. Mientras no se traiga la prueba de que los demás declarantes faltaron a la verdad, mal pueden desecharse sus testimonios, como falsos. Mientras no se destruya la verdad aparente de la narración de José Blas Rozo, ella es aceptable.

Si, oportunamente, se hubiera interpuesto contra la sentencia el recurso extraordinario de casación y dentro de él se hubiera alegado la causal segunda, entonces habría sido el caso de averiguar si la interpretación que dió el Tribunal Superior de Ibagué a aquellos testimonios se apartaba en forma notoria o protuberante de las demostraciones procesales. Pero en revisión no se trata de ello. Si fuera de otra suerte, se estaría revisando, por tercera ocasión, una sentencia, o sea, se vendría a convertir el recurso en verdadera instancia, con notorio quebrantamiento de la teoría procesal en el derecho penal colombiano.

La Corte piensa y carece de elementos para enseñar lo contrario— que las informaciones de personas que estuvieron dentro de la vorágine de odios y retaliaciones que vivieron regiones del Tolima y que con notorio valor declararon en este proceso, son verdaderas, esto es, que cada una de ellas relató lealmente su verdad, o sea, la realidad que le constaba y que apreció desde el distinto ángulo en que se vió colocado.

Aquí también, como en caso semejante estudiado por la Corte, la falsedad de la prueba se refirió, no a los elementos probatorios en sí mismos considerados, sino a la deducción que de ellos sacó el fallador de las instancias. En síntesis, se ha tratado de revivir el debate probatorio que se adelantó dentro de las distintas etapas procesales, buscando demostrar que ciertas inferencias no corresponden a la realidad.

La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos, debidamente apreciados. En el recurso de revisión, el demandante, dentro del término probatorio, debe sumar los elementos de juicio suficientes a demostrar que "es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo". No bastan, en conclusión, alega-

ciones y argumentaciones, por hábiles que ellas sean, pues se requiere es la prueba de la falsedad dichas contra el testimonio, peritazgo o documento. "Por esto -dijo la Corte en fallo de 29 de agosto de 1.960- si se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada, que éstos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor, o causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia".

En este caso, como se ve, no se ensayó la demostración sobre la falsedad de las declaraciones analizadas en la demanda y a las cuales se ha referido la Corte en este fallo. Por tanto, mal pueden ser desechados aquellos testimonios. Ni desecharse podría la apreciación que de los mismos hizo el Tribunal Superior de Ibaguè, pues ello no corresponde al recurso de revisión, que no es una tercera instancia. La alegación del señor apoderado de Garzón es de innegable importancia, pero no alcanza a destruir, por este aspecto, el valor de la cosa juzgada.

Conviene dejar sentado, aunque ello no corresponda a la etapa procesal que vive este juicio, lo que sigue:

Hubo ánimo de venganza de los habitantes del paraje de "Pan de Azúcar" con los de "El Porvenir" y "Malavar" en víspera de la matanza llevada a término en este último sitio, hubo reunión en la casa de Darío Garzón; de ésta salieron los "pandilleros" en fila india, advertida por la declarante Díaz; los sujetos de apellido Garzón, son calificados como "pandilleros", enemigos de las familias que resultaron destruidas; algunos declarantes señalan a Darío Garzón, como uno de los individuos que fue hasta "Malávar", en donde se cometió el atroz delito.

No se ha demostrado la causal tercera de revisión. Por lo tanto, será desechada.

Causal Quinta. Hay también lugar a revisión, "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Se han presentado hechos nuevos, no conocidos al tiempo de los debates procesales, que vengan a demostrar la inocencia o irresponsabilidad de Darío Garzón Plazas?. Las pruebas nuevas aportadas demuestran lo mismo o constituyen siquiera indicios graves de inocencia o irresponsabilidad del condenado?.

El hecho nuevo traído al debate por el señor apoderado de Garzón Plazas, es el siguiente:

"Hay, pues, diez declarantes que aseguran que Darío Garzón Plazas no estaba en el lugar de los hechos, sino en Santa Isabel. Se pusieron de acuerdo para mentir estos testigos?. Afirmarlo sería una temeridad. Todos dan razón de su dicho y se notará la razón clara y terminante de María Hernández, de que había ido Darío Garzón a Santa Isabel, pues allí estaban su esposa y sus hijos alojados, lo que confirma su hijo José Hernández. Los demás lo vieron a horas diferentes y no se puede dudar de que Garzón no se ausentó del poblado ni esa tarde ni esa noche.

“Cabe no olvidar que según la prueba de inspección ocular que obra en el proceso, ‘el tiempo que una persona necesita para trasladarse del área de este municipio (Santa Isabel) al lugar donde ocurrieron los hechos y regresar al área urbana, es de nueve horas y media, sin estacionar en ningún lugar’ (Fl. 264 del C. 2o.).

“Si el don de ubicuidad no existe en los seres humanos corrientes, esta prueba de la coartada, que es plena o completa, demuestra que si Darío Garzón Plazas estaba en Santa Isabel, no podía estar el mismo día y a las horas de los hechos sangrientos en la vereda de Malavar”.

Esas declaraciones, en el orden en que fueron ratificadas, dicen así:

Anatilde Arbeláez de Galeano vió “el día en que perdieron la vida más de veinte personas en la vereda de Malavar, Municipio de Venadillo, encontrándome yo en compañía de mi esposo a los lados del cementerio, de este poblado (Santa Isabel)”, “al señor Darío Garzón Plazas, como a eso de las dos a las tres de la tarde que estaba sentado en unas escalas de la casa del finado Misael Forero...”.

Pablo Emilio Galeano L. “el día en que mataron un poco de ciudadanos en la fracción Malavar” vió “al señor Darío Garzón Plazas en varias veces u ocasiones, la primera vez estando yo en mi negocio... como a eso de las once del día y luego como a la una de la tarde, por la tarde del mismo día del crimen, encontrándome en compañía de mi esposa por los lados del cementerio a eso de las dos de la tarde o dos y media le vi nuevamente sentado en las escalas del andén de la casa del finado Misael forero...”.

Humberto Ardila González dijo: “...no recuerdo bien si fue el día ese de los muertos de Malavar o fue el día anterior, en todo caso era sábado día de mercado en este pueblo cuando vi en varias ocasiones al señor Darío Garzón Plazas comprando mercad o...entre las diez de la mañana a cuatro de la tarde..”

Pablo Emilio Forero S., manifestó: “En la fecha que mataron unas gentes en fracción de Venadillo, vereda Malavar,...a mi establecimiento entró el señor Darío Garzón Plazas entre once y doce del día... Más tarde lo vi en una tienda que había frente a mi café en actitud de compras de mercado....”.

Angel María Rincón Acevedo expresó: “Pues ese día no vi al señor Darío Garzón porque me encontraba en Venadillo y regresé por la tarde....”.

Amparo Vergel de Rincón contestó: “Pues ese día no vi al señor Darío Garzón Plazas, pues todo el día la pasé en la casa....”.

María Hernández recuerda “que ese día en que sucedieron los hechos de Malavar, el señor Darío Garzón Plazas, como tenía en esa época la familia en este municipio, lo vi en la casa mía a las once o doce o sea a las horas del almuerzo....”. “Ese día permaneció allí el señor Garzón por el resto de las horas de la tarde con su familia habiéndose quedado también a dormir la noche y se levantó más o menos a las seis de la mañana.....”.

Elías Valero Valero dijo: “El día que tuvieron ocurrencia los hechos en la vereda de Malavar, recuerdo que vi a Darío Garzón en este poblado con unas gallinas antes del medio día.... Después por la tarde lo vi en varias ocasiones por la calle....”.

Heraclio Rodríguez Espitia vió a Darío Garzón en Santa Isabel el día en que se produjo la matanza de Malavar, "como a eso de las doce a una de la tarde, pues lo vi fue de cruzada y solamente nos saludamos....".

Son, pues, solamente seis los declarantes que afirman haber visto a Darío Garzón Plazas, en la población de Santa Isabel, bien distante por cierto del paraje "Malavar", "el día en que tuvieron ocurrencia los hechos" aquí descritos.

En efecto, Humberto Ardila lo vió, según afirma, pero el día sábado, "en todo caso era sábado". La matanza ocurrió el domingo 23 de agosto de 1.929.

Angel María Rincón no lo vió el día en que fueron muertas varias personas en "Malavar", pues ni siquiera se encontraba en Santa Isabel.

Amparo Vergel de Rincón tampoco lo vió, en esa fecha, pues no salió de su casa.

De la misma suerte, Pablo Abel Campos y Fanny Garzón de Campos no afirman haber visto a Darío Garzón en Santa Isabel, y se refieren en sus testimonios a una carta que dice haber recibido el primero de Manuel Garzón, en la cual amenazaba, carta que dizque fue a parar a manos del señor Gobernador del Departamento.

Son, como se ve, Anátide Arbeláez de G., Pablo Emilio Galeano E., Pablo Emilio Forero S., María Hernández, Elías Valero y Heraclio Rodríguez, las personas que dizque vieron a Darío Garzón Plazas, en Santa Isabel, el 23 de agosto de 1.959.

Merece credibilidad el dicho de estos deponentes?

Lo primero que se advierte, en aquellas declaraciones, es que ninguno de los interrogados recuerda la fecha precisa en que ocurrió la matanza de "Malavar". Sin embargo varios de ellos la habían precisado, en manifestaciones anteriores. Aunque han pasado algunos años, es lo cierto que la ocurrencia de hechos de esta naturaleza se suelen grabar en la mente de quienes, en alguna forma, se vieron sorprendidos por ellos. Puede aceptarse, no obstante, que ningún declarante tuvo interés en conservar la oscura fecha.

Pablo Emilio Forero S. tiene un establecimiento de cantina en Santa Isabel. Allí dizque vió a Darío Garzón. En él vió también, el mismo día, a Diógenes Garzón.

"Es decir -son palabras del señor Procurador- que el establecimiento o cantina del declarante le sirve de base para explicar su conocimiento de los hechos por los cuales se le interroga en uno y otro caso, pero es bastante sugestivo que al tratar de aquél haga abstracción de éste y viceversa".

Es como si este testigo estuviera dando su declaración, por etapas, y a medida que se necesita demostrar ésta o aquella incidencia. No de otra forma se explica que, ocurridos los hechos, hubiera manifestado haber visto, en su cantina, a Diógenes Garzón, y no hubiera dicho que a este lugar llegó también otro de los sindicados de la matanza de "Malavar". Sólo hoy viene a recordarlo. Ello echa sombra de sospecha sobre la veracidad de este testimonio (Fis. 5 y 9 del Cuad. 2o.).

Angel María Rincón y Amparo Vergel de Rincón no vieron a Darío Garzón en Santa Isabel, el 23 de agosto de 1.959. Angel vió, en cambio, a Diógenes Gar-

zón, en las horas de la tarde, al regresar de Venadillo. Y Amparo también se percató de la presencia en Santa Isabel de Diógenes Garzón, en la cantina de su propiedad. (Fls. 10, 11 y 150 vto. del C. 2o.).

Elias Valero V. sólo vió en Santa Isabel a los Valero -algunos de ellos complicados en la masacre de "Malavar"- a Diógenes Garzón y a Arcadio Garzón. A Darío Garzón -dijo- "puede que lo conozca porque yo conozco a todos los Garzón pero el nombre es el que no le sé..". Así lo manifestó, a raíz de la muerte del grupo campesino a que se refiere esta investigación (fl. 145 vto., cuad. 2o.). Ahora, pasados los años, si recuerda que vió a Darío, a quien ni siquiera distinguía entre todos los sujetos de apellido Garzón. Podrá darse credibilidad a semejante testigo?. No. Es contradictorio su dicho, acomodaticio a las circunstancias.

Anatilde Arbeláez de Galeano, como que anduvo por los lados del cementerio de Santa Isabel, el día en que fueron muertos los campesinos de "Malavar". Allí dizque vió a Darío Garzón. Sin embargo, el reo permaneció en casa de María Hernández, desde las once o doce del día, hasta la mañana siguiente, según informa ésta. Cuál de ellas faltó a la verdad?.

Y Pablo Emilio Galeano, que andaba con su esposa Anatilde por aquel mismo lugar, al narrar sus actividades del día 23 de agosto de 1.959, declaró lo siguiente, en octubre del mismo año:

"Preguntado: Digame si el día de los hechos vió y estuvo con todos o algunos de los mentados Garzón que conoce (Manuel, Arcadio, Rubén, Darío, Misael, Juan Hipólito, Juan de Jesús y Diógenes Garzón), en qué sitio, con con qué motivo y de qué habló o trató con ellos?. Contestó: Ví a Rubén y a Diógenes Garzón. De los otros no recuerdo haberlos visto ese domingo. Rubén pasó varias veces por la calle de mi almacén, pasó como a las horas de misa y también pasó en las horas de la tarde. A Diógenes lo ví también por ahí como a medio día que estaba en el café "Andino"; después lo ví que pasó por frente a la esquina de mi almacén.....".

Qué otras actividades cumplió aquel día Galeano?. "Yo ese día permanecí en el pueblo atendiendo mi negocio y por varias veces salí por el lado de los cafés, en las horas de la tarde y también estuve cerca a la escuela donde tenían un baile.....".

Para nada menciona el paseo, en compañía de su esposa, por los lados del cementerio. Para nada menciona la presencia de Darío Garzón Plazas, a pesar de habersele preguntado por ello. Y esto fue en octubre de 1.959, a escasos dos meses del trágico episodio. (Fl. 92 del C. 2o).

Cómo, pues, dar crédito a quien así procede?. Su declaración, por decir lo menos, es tan sospechosa como la de su esposa, Anatilde Arbeláez de Galeano.

María Hernández dijo que a su casa había llegado, entre once y doce del día, Darío Garzón y que allí permaneció en las horas de la tarde y la noche. A las seis de la mañana del día siguiente se levantó. Cómo, pues, fue visto el sindicado, a tan diversas horas y en tan distintos lugares, en la plaza del poblado, en la calle, por los lados del cementerio?. Cómo fue que Heraclio Rodríguez advirtió su presencia de "doce a una de la tarde" ?.

Alguien ha faltado a la verdad. Y en el afán de proteger a Darío Garzón, los declarantes dan detalles de significación: alguno observó que Garzón llevaba

consigo unas gallinas; otro notó que Darío trataba de comprar mercado, pues cargaba unos costales. Pero ocurre que el reo, después de las doce, a decir de la Hernández, no salió de la casa.

Quién o quiénes han declarado falsamente? No da la Corte credibilidad a los dichos de los testigos, que contradiciendo sus anteriores afirmaciones, aseguran la presencia de Darío Garzón, en Santa Isabel, el 23 de agosto de 1959. Ni acepta otros testimonios, por aparecer opuestos entre sí, como se acaba de ver. Y es que no se comprende la razón que tuvieron la mayor parte de los testigos interrogados aquí, para ignorar, en la etapa investigativa, hechos de tamaño importancia para el resultado del proceso, como era la permanencia de Garzón Plazas en el poblado dicho.

Si las declaraciones con que se trató de demostrar el hecho nuevo alegado, para exigir la revisión del proceso contra Darío Garzón Plazas, son tan delezna- bles y dignas de tan poco crédito, como acaba de verse en el análisis anterior, mal podría darse por probada la causal quinta del artículo 571 del C. de P. P., o sea, sin elementos de convicción serios, no es posible destruir la presunción de verdad que encierran los fallos, de que se trata aquí.

Y ello es más notorio, si se tiene en cuenta, como lo anotó el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que son muy numerosos los testigos, "concedores todos de Darío Garzón Plazas", que "declaran enfáticamente que al 'UNICO' que vieron en Santa Isabel el día de los acontecimientos, fue a Diógenes Garzón Rubio".

Finalmente, copiando el concepto del Ministerio Público, la Corte agrega:

"De nada vale observar que Darío Garzón Plazas no fue indagatorio, acto en el cual habría podido alegar su negativo loci, pues él fue, a virtud del auto de detención preventiva (Fl. 121 Cuad. 1o.), empleado como consta al folio 105 del cuaderno primero (sic), habiéndosele nombrado como defensor de oficio al doctor Gonzalo Rodríguez, lo que se comprueba al folio 109 del mismo cuaderno.

"Pero ello obedeció a que el citado Darío Garzón Plazas, quien se hallaba prófugo, fue apenas capturado, como lo relata el informe respectivo, de fecha 14 de noviembre de 1962, cuando se hacía pasar por Emiliano Sánchez (Fl. 495 Cuad. 2o.), informe éste que debe relacionarse con los que aparecen a folios 405 y 431 del mismo cuaderno, y la parte final del auto del folio 480 del propio cuaderno.

"Es también de mucha importancia para adquirir un mejor conocimiento del caso planteado en revisión, tener a la vista todo lo que dice el auto de detención preventiva, proferido por un juzgado y un Juez diferentes de los del fallo (Fl. 121, Cuad. 1o.), cuya argumentación y estructura es de mucha importancia por su lógica y conclusiones de todo orden".

Repugna, ciertamente, el hecho de que en este proceso, no se hubiera sancionado, y a pesar de la prueba recibida, sino a uno de los cómprometidos en la matanza cumplida en "Malavar", jurisdicción de Venadillo, el 23 de agosto de 1959. Sobre ello, la Corte sólo puede exigir que se continúe, con actividad y celo, la investigación, para que merced al restablecimiento del derecho violado, se castigue, se intimide, se enderece a los delinquentes y se haga la paz social.

Se desecha así la causal 5a. de revisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO ORDENA LA REVISION de las sentencias que han sido examinadas en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.-

HOMICIDIO. CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL HECHO DELICTUOSO. RIÑA Y GRAVE E INJUSTA PROVOCACION. DIFERENCIA ENTRE UNA Y OTRA. LA IRA ORIGINADA EN GRAVE E INJUSTA PROVOCACION Y LA RIÑA IMPREVISTA, COMO AMINORANTES DE LA SANCION.

1. Luego de anotar el recurrente que "es más grave, provoca más (incluso por reflejo condicionado) un golpe que una palabra o frases procaces", llega a la afirmación de que "quien riñe y por ello merece la atenuación, es porque tiene ira y la ira es elemento primordial del art. 28 del C. P. Luego, si se la toma para constituir la aminorante del art. 384 ibídem, se desintegra la primera figura. Hacerla valer dos veces, no es justo, ni lógico".

Esta tesis, como es obvio, lleva a la inutilidad del precepto contenido en el art. 384 del Código Penal ya que en todo caso de homicidio o lesiones cometido en riña que se suscite mediante injusta y grave provocación de obra de parte del sujeto pasivo, se tendría la atenuante señalada en el art. 28 del mismo libro. Y es evidente que no cabe aceptar esta derogatoria de aquel precepto mediante la interpretación de las normas citadas en la forma en que lo hace el demandante. Esa provocación mediante el ataque material, grave e injusto, es lo que le da precisamente a la riña el carácter de imprevista, en el supuesto aludido por el impugnante.

En sentencias de 27 de agosto de 1.947 (G. J. T. LXIII, pág. 435) y de 22 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, pág. 459), esta Sala dice que "la riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento 'provocación' es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira".

Claro está que quien contesta con un golpe a otro golpe, dentro de una pelea que no buscó, obra dentro de una riña imprevista simplemente. Mas si previamente, como ocurre en este caso, el agente había sido grave e injustamente provocado mediante agresiones verbales o de obra, es evidente que la ira por éstas originada hace pertinente, junto con la atenuante del art. 384 del Código Penal la aminorante prevista en el art. 28 de la misma obra.

2. Si en la comisión del delito concurren, sin que se confundan por no ser coetáneas, la ira originada en una grave e injusta provocación y la riña imprevista, es jurídico que se tomen en cuenta ambas aminorantes de la sanción. No ocurre lo mismo cuando la imprevisión de la riña se funda en la provocación llevada a cabo por el sujeto pasivo del homicidio o de las lesiones personales, pues únicamente se cuenta con un acto provocador, coetáneo con la

conducta delictuosa del agente. Esto último es lo que se expresa en la sentencia de 13 de septiembre de 1.962, citada por el recurrente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja interpone el recurso de casación contra la sentencia de 15 de abril de 1.963, por la cual dicha Corporación impone al procesado EUSTASIO HIGUERA MAYORGA la pena principal de veinte meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pedro Ostos Gamboa.

En su demanda, el señor Agente del Ministerio Público invoca la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el ad quem "no hizo una interpretación jurídica de los artículos 28, 362 y 384 del Código Penal".

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

En la providencia recurrida se hace la siguiente síntesis de lo sucedido:

"De las cuatro a las cinco de la tarde del quince de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, se encontraban varios trabajadores aporcando y aplicando abonos en una sementera de papa de Guillermo Acevedo, situada en la vereda de 'Gatoba' del municipio de Sotaquirá, cuando por motivos que aún no aparecen precisados surgió una discusión entre los obreros PEDRO OSTOS GAMBOA y EUSTASIO HIGUERA MAYORGA. En el curso del diálogo parece que hubo frases ofensivas, sobre todo de parte del trabajador Higuera Mayorga, lo que dió lugar a que después de la escena de palabras Pedro Ostos le propinara (sic) a su interlocutor, en momentos en que éste se encontraba agachado, un garrotazo por la cabeza, seguido de otro golpe dado con azadón, ataques que ocasionaron la caída del agredido. Han afirmado algunos testigos que Higuera Mayorga se levantó y se agarró a fuerzas con su contendor, hasta que éste salió corriendo y llegó al corte, donde otros obreros se hallaban trabajando y como hasta allí también llegara Higuera Mayorga persiguiéndolo, Ostos le asestó con la herramienta un nuevo golpe y lo derribó; luego se paró Higuera Mayorga, ya provisto de un azadón, y le dió a su contendor un azadonazo por la cabeza, dejándolo tendido en el suelo y gravemente herido, pues, auncuando después se levantó y llegó caminando a su casa, falleció en el hospital 'San Rafael' de Tunja, a las once de la mañana del día diecisiete de octubre de 1.958, a causa de la fractura del cráneo".

Clausurada la averiguación penal, el Juzgado 2o. Superior de Tunja, mediante proveído de 25 de febrero de 1.959, confirmado por el Tribunal Superior de la misma ciudad el veintidós de julio del citado año, llama a juicio al procesado EUSTASIO HIGUERA MAYORGA por el delito de homicidio cometido dentro de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal. Sobre este último particular, expresa el ad quem: "Si la acción delictuosa que ha ocasionado el enjuiciamiento de Higuera Mayorga se considera desligada de la actividad

denominada riña, indudablemente es acertado afirmar que el homicidio perpetrado por tal individuo queda comprendido dentro de la circunstancia del estado de ira causada por grave e injusta provocación, desde luego que el autor del delito fue agredido con arma contundente, cuando estaba dedicado a apocar la sementera de papas y después, en otro lugar y en otra escena sufrió nueva agresión por medio de un golpe que lo echó a tierra". Insiste el Juzgador de segunda instancia que "el estado de ira fue causado por los golpes que Higuera Mayorga recibió de Pedro Ostos Gamboa".

Acorde con los cargos propuestos en el auto de proceder, al Jurado le fueron propuestas las siguientes preguntas:

"Cuestión primera. ¿El acusado EUSTACIO HIGUERA MAYORGA es responsable, SI o NO, de haber causado la muerte, con intención de matar, a Pedro Ostos Gamboa, a consecuencia de heridas producidas por instrumento contundente.....?"

"Cuestión segunda. ¿El hecho a que se refiere la cuestión primera anterior, lo cometió el acusado en estado de ira causado por grave e injusta provocación?"

Los jueces de conciencia, atendiendo la petición subsidiaria del defensor, dieron la siguiente respuesta: "Si es responsable en una riña imprevista y en estado de ira por grave e injusta provocación".

Tanto el *a quo* como el *ad quem* encontraron pertinentes, de acuerdo con el veredicto del Jurado, las circunstancias atenuantes señaladas en los artículos 28 y 384 del Código Penal, habiendo sido fijada al procesado, en definitiva, una pena privativa de la libertad de veinte (20) meses de presidio.

Dice el Tribunal Superior de Tunja en su fallo:

"Y esa provocación de hecho, como es natural, tuvo que suscitar en el procesado un grave estado de ira, que luego dió por resultado un breve combate o riña entre los protagonistas, según aparece en la narración de los hechos, basada en la prueba testimonial y en la misma confesión del encausado. En consecuencia, no puede decirse que el veredicto del Jurado sea contrario a la evidencia de los hechos o que pugne con los principios de justicia, como quiera que la misma ley penal faculta a los miembros de Jurado para reconocer las circunstancias atenuantes de la responsabilidad. Y aquí surgió primero el estado de ira, grave e injustamente provocado, y, luego, se presentó una movida contienda, a mano armada, que terminó con el vencimiento de Pedro Ostos Gamboa, al recibir en la cabeza un golpe mortal. En síntesis, el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 480 del C. de P. P., era obvio".

DEMANDA DE CASACION:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, como se dejó dicho, invoca la causal primera de casación, la cual fundamenta en la forma siguiente:

"Desde luego, no podrá nunca decirse que la figura del art. 28 y la del art. 384 sean exactamente iguales. Si lo fueran, sobraría una de ellas y el legislador hubiera incurrido en redundancia. Como la ha dicho CARRARA, la ira es el género y la riña la especie. En otras palabras, tomadas de la sentencia de la

Corte de febrero 26 de 1.954 (G. J. T. LXXVII, p. 204): "Porque la ira es propia de quien riñe, y un mismo estado espiritual no puede invocarse para obtener una doble atenuación de la secuela de un solo acto.

"Es bueno anotar, como lo ha dicho la Corte también, que la ira (art. 28 del C. P.) no se presenta únicamente cuando el sindicado ha sufrido injurias o denuestos, sino cuando es atacado de obra. Entonces esa es la grave e injusta provocación del presente caso. Y esa provocación no puede tomarse dos veces: como grave e injusta para la atenuante del art. 28 y como provocación (que demuestra la no preparación del sindicado en el lance) del art. 384 del C. P. De ahí que también la Corte haya aclarado que el primer agresor no podrá alegar la disminuyente del art. 384, lo cual es apenas justo y equitativo.

"Tampoco podría considerarse que han de fraccionarse las provocaciones, así: provocaciones verbales que servirían para constituir la del art. 28, y provocaciones de obra, para el art. 384. Entre otras cosas, porque habría incurrido el legislador en un despropósito al considerar que los ataques de obra merecían menos rebaja de pena que los verbales, lo cual resulta absurdo. Indudablemente, es más grave, provoca más (incluso por reflejo condicionado) un golpe que una palabra o frases procaces.

"En el caso de autos, por haberle dado un golpe Ostos a Higuera, éste lo corrió a aquél; entonces fue cuando Ostos le repitió los golpes y cuando Higuera, a su vez, le dió los golpes mortales a Ostos. Por qué corrió Ostos a Higuera? Porque estaba iracundo. Y ya es bastante la atenuación del art. 28, que parte de un mínimo de 32 meses de presidio, como para que se pretenda disminuirle también por la riña imprevista (art. 384 del C. P.) Basta que se repita un elemento en las dos atenuantes para que una de las figuras quede desintegrada.

".....

"El veredicto que no se oponga a la realidad de los hechos; merece -y debe merecer- un estudio jurídico, no simplemente factual del juez. Así, si éste halla que el jurado, desprevenidamente, ha incurrido en repetición de elementos atenuantes, sin contrariarlo, antes bien, acatándolo, ha de quitar lo que sobre y dejar únicamente lo que se acomode a conclusiones lógicas y jurídicas.

".....

"Ruego a la H. Corte que tenga en cuenta precisamente como argumento del recurrente, las citas que se han hecho con ese objeto". Se refiere el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja a la sentencia de esta Sala, de 13 de septiembre de 1.962 (casación de LISANDRO PRIETO BARRERA, con ponencia del H. Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria) y a lo que expone el doctor JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA en su libro "Delitos contra la vida y la integridad personal" (p. 252 y ss.), lo cual fue transcrito en la aludida sentencia.

Anota por último el impugnante que "no cree, a estas horas, que todos los casos en que haya riña imprevista y también ira por grave e injusta provocación, sean iguales. Como dos productos idénticos de una fábrica. No. Lo que ocurre es que, dentro de la infinita variedad, quien riñe y por ello merece atenuación, es porque tiene ira. Y la ira es elemento primordial del art. 28 del C. P. Luego,

si se la toma para constituir aminorante del art. 384 *ibidem*, se desintegra la primera figura. Hacerla valer dos veces, no es justo. Ni es lógico. Porque también podría hacerse valer dos veces, por ejemplo, la premeditación (como agravante y como circunstancia de mayor peligrosidad) diciendo que las dos cosas no son exactamente iguales: art. 363, num. 2o. y art. 37, ordinal 5o. del C. P., lo cual es injurídico.

“Por las razones dadas, la Fiscalía insiste respetuosamente en que se case la Sentencia, descontando solamente por ira (art. 28 del C. P.)”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Luego de anotar el recurrente que “es más grave, provoca más (incluso por reflejo condicionado) un golpe que una palabra o frases procaces”. llega a la afirmación de que “quien riñe y por ello merece la atenuación, es porque tiene ira. Y la ira es elemento primordial del artículo 28 del C. P. Luego, si se la toma para constituir la aminorante del art. 384 *ibidem*, se desintegra la primera figura. Hacerla valer dos veces, no es justo, ni lógico”.

Esta tesis, como es obvio, lleva a la inutilidad del precepto contenido en el art. 384 del Código Penal, ya que en todo caso de homicidio o lesiones cometido en riña que se suscite mediante injusta y grave provocación de obra de parte del sujeto pasivo, se tendría la atenuante señalada en el artículo 28 del mismo libro. Y es evidente que no cabe aceptar esta derogatoria de aquel precepto mediante la interpretación de las normas citadas en la forma en que lo hace el demandante. Esa provocación mediante el ataque material, grave e injusto, es lo que le dá precisamente a la riña el carácter de imprevista, en el supuesto aludido.

En sentencias de 27 de agosto de 1.947 (G. J. T. LXIII, p. 435) y de 22 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, p. 459); esta Sala dice que “la riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento ‘provocación’ es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira”.

Claro está que quien contesta con un golpe a otro golpe, dentro de una pelea que no buscó, obra dentro de una riña imprevista, simplemente. Mas si previamente, como ocurre en este caso, el agente había sido grave e injustamente provocado mediante agresiones verbales o de obra, es evidente que la ira por estas originada hace pertinente, junto con la atenuante del artículo 384 del Código Penal, la aminorante prevista en el artículo 28 de la misma obra.

Si en la comisión del delito concurren, sin que se confundan por no ser coetáneas, la ira originada en una grave e injusta provocación y la riña imprevista, es jurídico que se tomen en cuenta ambas aminorantes de la sanción. No ocurre lo mismo cuando la imprevisión de la riña se funda en la provocación llevada a cabo por el sujeto pasivo del homicidio o de las lesiones personales, pues únicamente se cuenta con un acto provocador, coetáneo con la conducta delictuosa del agente. Esto último es lo que se expresa en la sentencia de 13 de septiembre de 1.962, citada por el recurrente.

No incurrió el *ad quem* en error en la interpretación de la ley penal y, por tanto, por no procede la causal primera de casación invocada por el demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se ha hecho mérito. //

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

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO

Causales 4a. y 1a. del art. 567 del C. de P. P. La recepción de la indagatoria no es diligencia esencial del proceso. Su omisión no constituye nulidad. Toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena, tiene en casación que hacerse con invocación de la causal 2a. Técnica del recurso de casación.

1. Es un hecho evidente que en el curso de la investigación sumaria al sindicado no se le emplazó conforme a lo dispuesto por el art. 365 del Código de Procedimiento Penal para que compareciera a rendir declaración indagatoria y que por lo mismo dejó de llenarse una formalidad de la ley de procedimiento.

Lo anterior, ciertamente es deplorable, pero no cabe elevar dicha omisión a nulidad. Ello porque las de tipo legal están taxativamente señaladas por los arts. 198 y 199 del C. de P. P., entre las cuales las únicas que podrían hacer referencia a la etapa sumarial son las de los ordinales 1o. y 2o. del art. 198, pues lo ordinario y propio dentro del proceso criminal es que las nulidades se produzcan dentro del juicio. Y en cuanto a la nulidad constitucional apoyada en el art. 26 de la Carta, tampoco es aceptable el planteamiento del demandante porque el derecho de defensa que la doctrina ha tratado de tutelar con apoyo en el texto constitucional es el que toca también con la etapa del juicio, oportunidad destinada a debatir la responsabilidad.

2. La causal primera formulada en la demanda para argüir que fueron violados los arts. 363 y 38 del Código Penal, carece de significación, pues si bien es cierto que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad son considerables por el juez de derecho y en juicios por jurado no hacen parte del veredicto, toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena tiene en casación que hacerse con invocación de la causal segunda y dejar establecido el recurrente, en debida forma, el error en la apreciación de los hechos.

3. La naturaleza del juicio en que ha intervenido el jurado de conciencia no autoriza discutir en casación asuntos probatorios que inciden en los elementos sustantivos del grado de participación del procesado en el delito. Ello es así porque de lo contrario habría que admitir la viabilidad de la causal segunda, lo que es contrario a la técnica del recurso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte, agotados los trámites de rigor, a resolver del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado JOSE ROSARIO RIVERA TARAZONA contra la sentencia de veintinueve (29) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1.961) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual fué condenado, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato, a la pena principal de diez y seis (16) años de presidio y accesorias pertinentes. Este fallo confirmó el dictado por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito el ocho (8) de marzo de 1.961.

HECHOS:

La sentencia recurrida los sintetiza así:

“El domingo 6 de abril de 1.958, día de pascua, como de dos y media a tres de la tarde, cuando Víctor Manuel Santos se proponía salir a la calle, después de entregar \$100.00 a Octavio Rodríguez Delgado, en la casa de éste, situada en una de las esquinas contiguas a la plaza principal de Guaca, donde también había una tienda de víveres, fue atacado sorpresivamente, en el zaguán, a tiros de revólver y puñaladas por dos individuos que huyeron en seguida, dejándolo postrado en tierra con las numerosas heridas que le produjeron la muerte esa misma noche en el hospital de San Andrés, lugar al que fué conducido inmediatamente por sus familiares Rubén Lozano, Alejandrina González de Lozano, Reinaldo Barajas y Rosmira de Barajas.

“Ocurrió también que cuando éstos regresaban aquella misma tarde a la población de Guaca, Rubén le ordenó a su yerno Reinaldo Barajas que se quedara con su esposa Rosmira en la casa-tienda que él tenía en la vereda de “El Tabacal”, a orillas de la carretera, en donde se encontraba como cuidandera María Anaya, lo cual aceptó temeroso Barajas, ya que minutos antes habían sido vistos en sitio inmediato José Rosario y Pablo Rivera, o sean los dos sujetos a quienes se sindicó del ataque a Santos, armados el uno de fusil y el otro de revólver.

“Efectivamente, instantes después de haber entrado Barajas y su mujer a dicha habitación se presentaron los mencionados José Rosario y Pablo, junto con José del Carmen Rivera Medina, hijo de aquel y otros individuos, quienes procedieron a golpear a Rosmira Lozano de Barajas y María Anaya y a disparar sus armas de fuego contra Reinaldo, el que pudo salir en huida vertiginosa sin haber sido lesionada.

“Consumados estos actos de terrorismo los fascinosos se retiraron, haciéndose notoria después la falta de \$100.00 en efectivo, varias canastas de cerveza, algunas latas de salmón y cierta cantidad de cigarrillos que había en la tienda de ‘El Tabacal’.

ANTECEDENTES PROCESALES

El proceso, rituado por el procedimiento ordinario, recibió el 9 de agosto de 1.960 calificación de fondo, en providencia que dispuso el llamamiento a juicio con intervención del Jurado de JOSE DEL ROSARIO RIVERA TARAZONA y PABLO RIVERA, por el delito de homicidio cometido en el señor Víctor Manuel Santos.

Los enjuiciados fueron declarados reos ausentes y se les designó defensor de oficio, de acuerdo con las disposiciones procedimentales pertinentes, habiéndose dado vista pública a la causa el 29 de noviembre del mismo año.

El Jurado contestó afirmativamente las cuestiones propuestas por el Juez del conocimiento en el acto de la audiencia pública, reconociendo de esta manera la responsabilidad de los encausados por el delito de homicidio cometido con alevosía (folios. 145 y 146 cuaderno principal).

Con fundamento en la decisión del Jurado fué proferido el fallo condenatorio en el cual, para la individualización de las penas se hicieron estas apreciaciones:

"De acuerdo con los cargos del auto de proceder y el veredicto del jurado, la pena imponible a los acusados es la que señala el artículo 363 del C. P. que fija presidio de quince a veinticuatro años.

"Respecto de José del Rosario Rivera Tarazona, no aparecen demostradas, en forma plena, circunstancias de mayor peligrosidad diferentes de las que figuran como modificadoras específicas del homicidio; porque si bien es verdad que obró con la complicidad de otro -Pablo Rivera- no puede afirmarse perentoriamente que tal complicidad hubiera obedecido a concierto previo entre los dos delinquentes y más parece que tal concurso fué ocasional, máxime si se piensa que la animadversión de José del Rosario más que contra la víctima de aquel día, Víctor Manuel Santos, existía era contra la hermana de éste, Alejandrina González de Lozano, quien lo había lesionado en anterior oportunidad, así fuera para defender a su marido. Pero como José del Rosario Rivera Tarazona tampoco tiene a su favor circunstancias de menor peligrosidad, pues ni siquiera su buena conducta anterior se halla positivamente establecida y en cambio la constancia secretarial del folio 50 v. habla de que la Alcaldía de Guaca le inició sumario por tentativa de homicidio en su pariente Príncipe Rivera, hecho ocurrido el día 5 de enero 1.957, en el punto de El Tabacal de dicho municipio, la pena no podrá graduarse en el mínimo previsto por el artículo 363 sino que tal mínimo se incrementará en un año, conforme a las normas de los artículos 36 y 39 del C. P., lo que indica que a José del Rosario Rivera Tarazona le corresponderá una pena de DIEZ Y SEIS (16) AÑOS DE PRESIDIO, más las accesorias pertinentes, como responsable del homicidio por él cometido en la persona de Víctor Manuel Santos".

DEMANDA DE CASACION

El apoderado constituido por el recurrente formuló en tiempo oportuno la demanda de casación (folios 10 a 34, cuaderno No. 3) ceñida a las prescripciones legales, y en ella impugna la sentencia del Tribunal a través de las causales cuarta y primera del artículo 567 del C. de P. P.

Causal Cuarta. Con invocación de ésta formula cinco cargos, a saber:

Primer cargo.

“La sentencia impugnada es violatoria de la ley procedimental penal por cuanto su pronunciamiento se verificó sin haberse dado previo cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 365 del C. de P. P. durante el término de la instrucción sumaria”.

Para demostrarlo el demandante estima como garantía y prerrogativa de los sindicados que a éstos, en el sumario, se les emplace cuando es el caso, de acuerdo con lo que preceptúan los artículos 433 y 365 de dicho código, a efecto de vincularlos procesalmente a la etapa investigativa y cumplir con el mandato de designarles apoderado.

Dice el acusador para sustentar este punto:

“En el caso de autos, tenemos que el señor José del Rosario Rivera Tazana no se le emplazó de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 365 del Código Procesal Penal, para que compareciera ante el señor Investigador 6o. de Instrucción Criminal para que hiciera los descargos a que tenía derecho de acuerdo con el espíritu de norma tan preciosa para garantizar el derecho de defensa. Ciertamente que la recepción de indagatoria de un procesado no es necesaria para adelantar el proceso, como lo tiene establecido la jurisprudencia, pero lo que si es necesario es que se cumplan las normas procesales que garantizan del derecho de defensa, y cuando en un proceso no se dá cumplimiento a las normas establecidas en el Código Procesal Penal y que usualmente se cumplen en todos los procesos, no se puede afirmar que el procesado se le juzgó con la plena observancia de “la plenitud de las formas propias de cada juicio”, que prescribe la Carta Fundamental, por cuanto que una costumbre tan establecida en el diligenciamiento sumarial como es el emplazamiento del sindicado por el término de 20 días para que se presente a rendir indagatoria, transforma el artículo 365 del Código citado, en norma esencial para la justicia.

“El señor Juez de la causa interpretó fielmente el pensamiento del señor Fiscal del Juzgado cuando se expresó en la forma siguiente:

“El señor FISCAL DEL JUZGADO tampoco llegó a ese extremo, pero si piensa que por lo menos se necesita el emplazamiento de que habla el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal. Y su opinión tiene apoyo en la redacción del artículo, pues en el se dá a entender, por lo menos a contrario sensu, el emplazamiento es necesario para calificar el mérito del sumario. Si allí se dice que la indagatoria no es necesaria para calificar el mérito del sumario **‘DESPUES DE PRACTICADAS LAS MISMAS DILIGENCIAS A QUE HACE REFERENCIA EL ARTICULO 433’ DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, O SEA EL EMPLAZAMIENTO**, bien puede entenderse que mientras éste no se practique, no puede hacerse lo demás, y tal es el parecer del señor Fiscal; (Fl. 91 del cuaderno principal).”

“No es lo mismo afirmar que el procesado tiene oportunidad de defenderse en la etapa del sumario que en la del juicio, por cuanto que la oportunidad procesal es más amplia en la primera, y no puede afirmarse que por cuanto que se cumplió con los emplazamientos previstos en el artículo 433 del C. de P. P. al procesado se le juzgó conforme a la “plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Segundo cargo.

Se sostiene por el impugnador "que en el juzgamiento de José del Rosario Rivera Tarazona no se practicaron pruebas pedidas en tiempo oportuno por el defensor y no se practicaron otras tan necesarias para el esclarecimiento del hecho investigado". Agrega, al resumir el motivo de acusación, que dicha "omisión de termima quebrantamiento del derecho que tiene todo procesado de hacer constar todo lo que crea conveniente para sus descargos o para la explicación de los hechos, conforme la previsión contenida en el artículo 356 del C. de P. P. el que fué violado en forma directa por el Honorable Tribunal Superior en la sentencia recurrida, violación que también incide en la del artículo 26 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de defensa".

Concretamente el cargo se refiere a lo que sigue, según el texto de la demanda:

"El señor defensor del procesado, Dr. José Manuel Jaimes Espinosa, en memorial visible a folio 126 del cuaderno principal, solicitó al señor Juez del conocimiento dentro del término probatorio de la causa, que se practicaran dos pruebas en orden a establecer y clarificar la situación de mis defendidos para la Audiencia Pública".

"El señor Juez de la causa, por medio de auto de fecha 15 de octubre de 1.960, resolvió negativamente la petición elevada por el señor apoderado en lo atinente al testimonio del señor Carlos Jaimes, por considerar que dicho testimonio ya obraba a folio 78, vuelto del informativo, y en lo referente al testimonio de la señora Adela Barón de Jaimes, se comisionó al señor Juez Municipal de la Población de Guaca para que procediera a recepcionarla.

"La declaración del mencionado señor Carlos Jaimes que aparece a folio 78 vuelto, afirma que sí estaba el día de los hechos en la tienda de Rosana Rincón y que tuvo oportunidad de escuchar los disparos que determinaron la muerte violenta del señor Santos, pero que no vió nada. Por considerarlo de importancia para la investigación, el señor defensor pidió su recepción nuevamente por cuanto que el testigo posteriormente manifestó deseos de declarar diciendo la verdad en lo atinente a las modalidades del hecho delictuoso, ya que en su primera declaración había manifestado ignorar completamente los hechos concomitantes que se sucedieron en el momento de la tragedia, por temor a represalias de los verdaderos responsables del crimen. Cuando el testigo consideró que el peligro había desaparecido, manifestó deseos de declarar ante la justicia y por tal motivo el señor defensor le solicitó al señor Juez del conocimiento la recepción de este testimonio, que en su parte esencial tendía a favorecer la situación jurídica del señor Rivera Tarazona en el acto de la audiencia pública. Al negar la práctica de dicha prueba, el señor Juez del conocimiento restringió el derecho de defensa del procesado y quebrantó directamente el artículo 356 del C. de P. P. que consagra el derecho del procesado de hacer constar todo lo que crea conveniente para sus descargos o para la explicación de los hechos:

"En cuanto al testimonio de la señora Adela Barón de Jaimes, el señor Alcalde de Guaca no procuró agotar todos los medios necesarios para localizar a la testigo, como se desprende de la constancia visible a folio 159 del expediente, la que entre otras cosas, llegó al Despacho del señor Juez del conocimiento, el día 10. de marzo de 1.961, cuando ya se había dictado sentencia de primer grado. Con toda razón el señor defensor en el acto de la Audiencia Pública manifestó lo siguiente:

‘Aquí han debido hacerse constar dos pruebas que hubieran sido sustanciales en el proceso. Yo solicité los testimonios de Carlos Jaimes y de Adela Barón de Jaimes, con los cuales se hubiera establecido la inocencia de mis defendidos, pero desafortunadamente esos testimonios no se recibieron. En el transcurso del proceso los procesados no tuvieron quien pidiera una prueba a su favor, y esta es la razón para que sean escasas las pruebas en tal sentido’. (fl. 157 del primer cuaderno).

“Las únicas pruebas que la defensa solicitó que se recibieran para mejorar la situación jurídica de los procesados en el acto de la Audiencia Pública, no se recibieron por incuria y negligencia de los instructores y juzgadores. Con esta omisión se quebrantó el derecho que tenía el procesado de hacer constar todo lo que sea conveniente para sus descargos, ya que se le imputaba la comisión de un delito que reviste excepcional gravedad y el señor defensor tenía el deber de hacer constar todo lo que consideraba conveniente para que la defensa no fuera ilusoria en sus efectos. Por este hecho se llegó hasta el extremo de tratarlo de “arrogante y preocupado por ver triunfante el anhelo de sus representados”. Las pruebas que no fueron practicadas por el señor Juez de la causa hubieran mejorado sustancialmente la situación jurídica de los procesados, o en el peor de los casos se habría producido la duda a su favor, que por mandato del artículo 204 del C. de P. P. habría tenido que resolverse a favor de los procesados”.

Tercer cargo.

Estima el demandante que la sentencia “es violatoria del sistema procesal que obliga al Juez a tener en cuenta en la redacción de los cuestionarios todas las circunstancias modificadoras o excluyentes de la responsabilidad del procesado. Señaló como infringido el artículo 26 de la Constitución”.

El planteamiento al respecto, impropio desde el punto de vista técnico del motivo de casación contemplado en la causal cuarta, se reduce a formular la hipótesis de que el homicidio en el caso de autos y por lo que se refiere al recurrente fue concausal, circunstancia esta que el juzgador no sometió al Jurado.

DICE LA DEMANDA:

“Del testimonio de Rubén Lozano Jaimes surge un punto de derecho favorable al procesado y no analizado ni tomado en cuenta al redactar los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado. El testigo Lozano Jaimes manifiesta que vió salir de la casa de Octavio Rodríguez a Pablo Rivera portando un revólver en la mano, momentos después de los disparos que terminaron con la existencia del señor Santos, y José del Rosario Rivera con un cuchillo en la mano. Si las heridas que determinaron la muerte de Víctor Manuel Santos fueron las de arma de fuego, lógicamente que el autor de ellas fue Pablo Rivera por cuanto que fue el único que portaba un revólver en la mano cuando salía de la casa de Octavio Rodríguez, “momentos después de los disparos”. Si las heridas ocasionadas al señor Santos con arma cortante, ninguna de las cuales es de naturaleza mortal, conforme a la diligencia de necropsia, visible a folio 43, vuelto del primer cuaderno, tenemos que por este aspecto el delito de homicidio imputable al procesado Rivera Tarazona, encaja entro de la figura delictuosa prevista en el artículo 366 del Código Penal que trata del homicidio concausal. Si José del Rosario Rivera Tarazona tenía el propósito de matar a Víctor Manuel Santos, y le infirió las heridas en la diligencia de autopsia anteriormente citada, existe una relación de causalidad entre el cuchillo

que le vió el testigo Jaimes y la calidad de herida que presentaba el cadáver del señor Santos, y como ninguna de ellas tenía la virtualidad suficiente para provocar el deceso, tenemos que la muerte fue producida por los disparos que posiblemente le hizo Pablo Rivera con el revólver que el testigo tantas veces mencionado, le vió en la mano”.

Dentro del mismo cargo el impugnador se refiere a que la complicidad de Rivera Tarazona debió regirse por el artículo 20 del C. P., y no por el 19 íbidem.

Cuarto cargo.

En este la sentencia se acusa porque “viola flagrantemente lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que señala la forma como debe procederse en la separación de los Agentes del Ministerio Público que deban declararse separados del negocio”.

La demostración la intenta así:

“El señor Personero Municipal de Guaca, señor Príncipe Rivera, se declaró impedido para intervenir en el negocio seguido contra su pariente, José del Rosario Rivera Tarazona. El modo de resolver dicho impedimento atenta contra las formalidades legales del juicio penal, pues la separación del Ministerio Público lo resuelve el señor Gobernador del Departamento para que sea el Gobernador quien nombre el reemplazo del funcionario impedido.

“El impedimento manifestado por el señor Príncipe Rivera visible a folio 71 del cuaderno principal, declarándose impedido para conocer del negocio, en su calidad de Alcalde de la población de Guaca, tampoco se ajusta a las normas legales, pues el camino a seguir era pasar el negocio al señor Juez Municipal o comunicar al señor Gobernador para que este funcionario designara el Alcalde interino para que siguiera conociendo el negocio contra su pariente José del Rosario Rivera Tarazona.

“Por tal motivo afirmo que en este negocio se quebrantaron elementales normas de procedimiento penal al separarse del conocimiento del negocio, sin las formalidades legales, los funcionarios que conocían de él”.

Quinto cargo.

Dice el demandante que al proceso no se allegó “el testimonio del Padre Jaimes, quien tuvo conocimiento de los antecedentes del hecho delictuoso”, no obstante aparecer de autos “que dicho sacerdote presenció el acto de agresión de que fue víctima José del Rosario Rivera Tarazona el día del bazar, cuando Alejandrina González de Lozano hirió gravemente en el rostro a Rivera con una botella. Dicho sacerdote intervino también posteriormente en una especie de transacción comercial verificada en su Despacho parroquial, en la cual José del Rosario Rivera exigió la suma de doscientos cincuenta pesos (\$250.00) al esposo de la señora Alejandrina González de Lozano para cesar toda posible venganza por el asunto del botellazo”.

Por lo anterior estima el señor apoderado que se violó el artículo, 295 del C. de P. P., lo mismo que el 26 de la Carta.

Causal Primera. La plantea en los siguientes términos:

“El Honorable Tribunal Superior quebrantó la ley sustantiva por indebida aplicación del artículo 363 del C. Penal en armonía con lo dispuesto en el artículo 38 del Código citado.

DEMOSTRACION:

“Dice el fallo del Juzgado, confirmado por el Honorable Tribunal Superior.

“‘Pero como José del Rosario Rivera Tarazona no tiene a su favor circunstancias de menor peligrosidad, pues ni siquiera su buena conducta anterior se halla positivamente establecida’....

“A favor del procesado si militan circunstancias de menor peligrosidad, como son su buena conducta anterior a la ejecución del hecho criminoso (ordinal 1o. del art. 38); La embriaguez voluntaria cuando el agente no haya podido prever la ejecución del hecho (ordinal 5o.); y la indigencia y falta de ilustración (ordinal 11o.) del citado artículo 38 del C. P.

“No se le puede desconocer al procesado las anteriores circunstancias de menor peligrosidad, por cuanto ellas están plenamente demostradas en el expediente y fueron desconocidas por el Honorable Tribunal en la sentencia recurrida.

“Se tomó en cuenta para graduar la pena a mi defendido el antecedente de habersele seguido un sumario por tentativa de homicidio en su pariente Príncipe Rivera en la Alcaldía de Guaca. La Honorable Corte ha sostenido que:

“‘Ser sujeto pasivo de un sumario 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 delito o una contravención. Haber sido detenido, tampoco es prueba de haber sido condenado’. (Casación, 10 de marzo de 1.947. LXII, 777).

“Conforme al pensamiento de la Honorable Corte, el sumario seguido contra el señor Príncipe Rivera que figura en la Alcaldía de Guaca, no es prueba de la mala conducta de mi defendido, y el Tribunal no lo podía tomar en cuenta para agravar la pena en 16 años de presidio por este antecedente. Por tal motivo, la sentencia impugnada incurrió en error de derecho o indebida aplicación de la ley penal sustantiva cuando se impuso un año más de pena al procesado por el sumario que surgió en su contra el día 5 de enero de 1.957 en la población de Guaca, en razón de que ese sumario aún no hay constancia de que se haya fallado definitivamente en contra del procesado.

“Al tomar el Tribunal Superior este hecho como mala conducta para elevar la pena a José del Rosario Rivera, la Corporación se colocó en contradicción con la doctrina de la Honorable Corte Suprema anteriormente citada.

“Para que el artículo 363 del C. P. se pudiera afirmar que está debidamente interpretado y correctamente aplicado en el caso de autos, era necesario que estuviera demostrado con plena prueba el propósito de matar, o sea el dolo específico indispensable para que el hecho se califique como homicidio agravado.

“El cuestionario propuesto a la consideración del Jurado habla de participación en el hecho que ocasionaron la muerte a Víctor Manuel Santos. Pero no dice si dicha participación fue necesaria o no, y aplicando la ley penal en el senti-

do restrictivo que se acostumbra, tenemos que la norma más favorable al imputado, conforme lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 153 de 1.887 y el artículo 30. del C. P. es el artículo 20. del C. P. por ser norma más favorable al procesado y que el Honorable Tribunal por errónea interpretación de la ley, dejó de aplicar en el caso de Rivera Tarazona, factor que conlleva indebida aplicación del artículo 363 del C. de las Penas, en armonía con el artículo 20. de la misma obra.

“La participación de que habla el cuestionario, como ya se dijo, no se sabe si fue necesaria o no necesaria, y para resolver la duda, debería de haberse aplicado el artículo 20 del Código Penal, en armonía con el artículo 363 de la obra citada”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en cuya opinión el recurso debe desecharse, como lo ordena el artículo 569 del C. de P. P., examina ampliamente en su respuesta a la demanda los cargos contra el fallo formulados por el acusador.

Respecto a la primera causal -cuarta del 567 del C. de P. P.- la Procuraduría entiende que los cinco cargos de nulidad de la acusación carecen de todo fundamento jurídico, pues ni se incurrió en informalidades de las taxativamente señaladas en los artículos 198 y 199 del citado Código, ni en manera alguna fué quebrantado el derecho de defensa o sacrificadas las formas propias del juicio, para que pudiera hablarse de la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional; base de la doctrina en materia de nulidades supralegales.

Con relación a la segunda causal invocada -primera del artículo 567-, el distinguido colaborador expresa:

“Al responder los cargos formulados con fundamento en la causal 4a. de casación, ya se vió que no es factible, porque no procede, dar aplicación al art. 20 del C. P.

“En cuanto a la invocación del art. 38 ibidem, concretamente los ordinales 1º, 5º. y 11 del mismo, habría que responder que la buena conducta anterior del procesado es un supuesto y no una comprobación dentro del expediente; que la embriaguez voluntaria sin previsión de consecuencias delictuosas también cae en el campo de las suposiciones desde el punto de vista procesal, no obstante que los antecedentes de que ya se habló en el análisis de la causal 4ª. invocada hubiera podido servir de prevención al victimario en relación con las consecuencias en él de las bebidas embriagantes. No aparece por parte alguna del proceso que la indigencia y la falta de ilustración hubieran influido en los hechos criminosos. En cambio, de la realidad procesal se desprenden las circunstancias previstas en el ordinal 5º. del artículo 363 del C. P. Por ello esta Procuraduría está de acuerdo en la dosificación de la pena impuesta al procesado, de acuerdo con lo prescrito en los arts. 36 y 39 del C. P. Además, se observa que en el caso de autos la sanción está acorde con los cargos que se desprenden del auto de vocación a juicio y con el veredicto de los Jueces de conciencia. El a-quo no hizo cosa diferente que aplicar el artículo 480 del C. de P. P. y estar de acuerdo con la siguiente jurisprudencia de la Honorable Corte:

“Si en los juicios que interviene el jurado es el veredicto el fundamento de la sentencia, y si éste es la norma que sirve al juzgador para imponer la sanción, la pena se aplica correctamente cuando es el resultado de lo expuesto en el auto de proceder y de las afirmaciones hechas por los miembros del jurado. Si en el llamamiento a juicio se imputó al procesado la comisión de un delito de homicidio agravado (asesinato) y si los jueces de hecho respondieron afirmativamente a la correspondiente pregunta del cuestionario, el fallador debe aplicar la pena en concordancia con el veredicto’ (Cas. 15 jun. 1.945, LIX, 248).

“De suerte que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga comprendió y reconoció la forma acertada como el juez de derecho aplicó la precitada norma y lo confirmó en el segundo grado de instancia”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1º. Es un hecho evidente que en el curso de la investigación sumaria al sindicado Rivera Tarazona no se le emplazó conforme a lo dispuesto por el artículo 365 del C. de P. P. para que compareciera a rendir declaración indagatoria y que por lo mismo dejó de llenarse una formalidad de la ley de procedimiento.

Lo anterior, que constituye la esencia del primer cargo, ciertamente es deplorable, pero no cabe elevar dicha omisión a nulidad. Ello porque las de tipo legal están taxativamente señaladas por los artículos 198 y 199 del C. de P. P., entre las cuales las únicas que podrían hacer referencia a la etapa sumaria son las de los ordinales 1º. y 2º. del artículo 198, pues lo ordinario y propio dentro del proceso criminal es que las nulidades se produzcan dentro del juicio. Y en cuanto a la nulidad constitucional apoyada en el artículo 26 de la Carta, tampoco es aceptable el planteamiento del demandante porque el derecho de defensa que la doctrina ha tratado de tutelar con apoyo en el texto constitucional es el que toca también con la etapa del juicio, oportunidad destinada a debatir la responsabilidad.

2º. El motivo de acusación por desconocimiento del derecho de defensa reseñado como segundo cargo y consistente en no haberse practicado algunas pruebas dentro del juicio, sería de recibo si efectivamente correspondiera a la verdad. La Sala prohija en este punto el examen y respuesta de su colaborador, quien dice:

“El impugnador se refiere a los testimonios de los señores Carlos Jaimes y Adela Barón de Jaimes.

“En uso de la facultad que le confiere el art. 208 del C. de P. P., el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga negó recibir el testimonio a Carlos Jaimes, por no ver ‘la necesidad de recepcionarlo de nuevo por cuanto allí (en la declaración ya rendida) es lo suficientemente expreso en afirmar que nada vió de lo ocurrido y apenas si oyó unos disparos y el comentario de que habían dado muerte a alguien’ (auto de Fl. 127). Y, por ser muy breve la exposición de Carlos Jaimes (Fl. 78 v.), esta Procuraduría se permite transcribirla:

“Yo me hallaba ese día en la tienda de Rosana Rincón cuando oí unos disparos y dijeron que habían matado uno allí en la esquina, pero por el momento no supe que había sido Mamuel González o Santos, pero yo no vi nada, solo ví que se agrupaba gente y no me oí cuenta de más nada, puesto que no me acerqué al lugar de los acontecimientos y nada más me consta”.

“Con la aplicación del art. 208 del C. de P. P., en forma acertada para este Despacho, no se ve violación directa alguna del art. 356 del C. de P. P. y menos que por ese motivo se hubiera violado también el art. 26 de la Carta Fundamental.

“En cuanto al testimonio de la señora Adela Barón de Jaimes, se puede leer a Fl. 158. v. las dos constancias por las que se hace ver que a la misma le fueron libradas dos boletas de comparendo. Y a folio 159 aparece la ratificación del citador, bajo el rito del juramento, en la que se dice que la señora en mención no fué encontrada ni en el perímetro urbano ni el rural del Municipio de Guaca (S.), ni se tuvo noticias de que la señora mencionada haya sido conocida en ese distrito municipal”.

3º. Respecto al cargo según el cual la sentencia “es violatoria del sistema procesal que obliga al Juez a tener en cuenta en la redacción de los cuestionarios todas las circunstancias modificadoras o excluyentes de la responsabilidad del procesado”, la Corte simplemente se limita a observar que fue impropriamente formulado y contrario el planteamiento a la técnica del recurso, pues las hipótesis del demandante sobre presuntas modalidades del reato debieron debatirse en las instancias, con toda la amplitud que brinda un juicio por Jurado, y no en casación a través de la causal cuarta alegando nulidad constitucional.

4º. Para refutar lo que el demandante plantea como cuarto motivo de nulidad en la actuación, la Sala estima suficiente decir que si hubo un procedimiento errado en los impedimentos a que alude, -asunto no demostrado siquiera- lo hecho en este particular durante la instrucción del sumario no vulneró los derechos del acusado.

5º. Por último, el cargo que se refiere a la no recepción del testimonio del Padre Jaimes, tampoco constituye motivo de nulidad, -aparte de que no está demostrado por el impugnador. Al respecto conviene destacar lo dicho por el señor representante del Ministerio Público:

“Como quiera que este ataque al proveído se fundamenta en suposiciones del distinguido apoderado judicial, como puede apreciarse en la demanda, bien podría este Despacho abstenerse de responderlo. Pero, intentará hacerlo en forma breve y clara para demostrar la inexistencia de la pretendida nulidad supra-legal”.

“Los antecedentes de que habla el impugnador en su demanda están plenamente establecidos en el proceso. Y la realidad procesal demuestra que esas incidencias previas al delito, antes que favorecer al procesado lo colocan en situación agravante, de acuerdo con el Código de las Penas. No existe un solo dicho ni una sola orientación indiciaria que indique el más leve viso de enemistad entre víctima y victimario. Si una riña pasajera ocurrió entre JOSE DEL ROSARIO RIVERA TARAZONA y el señor Rubén Lozano Jaimes, cónyuge de Alejandrina Gonzáles de Lozano, hermana del occiso, riña en la cual, según las noticias de autos, por su carácter temible y pendenciero, se hubiera podido convertir el procesado de hoy en homicida del precitado Rubén Lozano, no se explica que ese evento pasajero, a dos meses de vista, cobrara con la sangre y la vida de Víctor Manuel Santos su inocencia y la verdad de haber sido pariente de los protagonistas de ayer. Estos son y no otros los antecedentes bien definidos en el expediente, de los cuales tenía conocimiento el señor Cura Párroco de Guaca.

Por tanto, el instructor, creyéndose, como lo estaba, suficientemente ilustrado sobre tales antecedentes, no vió la necesidad de demorar las diligencias investigativas para insistir en lo que ya se encontraba establecido suficientemente. Una omisión de esta naturaleza no implica infracción de ninguna norma legal y menos constitucional. Aseverar que la deponencia del señor Cura Párroco beneficiaría al procesado es una mera suposición y los autos dicen todo lo contrario”.

Todo lo anteriormente expresado hace que no prospere el recurso de casación con fundamento en la causal cuarta.

6o. La causal primera formulada en la demanda para argüir que fueron violados los artículos 363 y 38 del Código Penal, carece de significación, pues si bien es cierto que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad son considerables por el juez de derecho, y en juicios por jurado no hacen parte del veredicto, toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena, tiene en casación que hacerse con invocación de la causal segunda y dejar establecido el recurrente, en debida forma, el error en la apreciación de los hechos.

Como el acusador, también a través de la causal primera, dice haber sido mal aplicado por el sentenciador el artículo 19 del C. P., el cargo no puede ser considerado por la Sala. La naturaleza del juicio en que ha intervenido el jurado de conciencia no autoriza discutir en casación asuntos probatorios que inciden en los elementos sustantivos del grado de participación del procesado en el delito. Ello es así porque de lo contrario habría que admitir la viabilidad de la causal segunda (no planteada), lo que es contrario a la técnica del recurso.

En consecuencia, tampoco prospera la causal primera.

DECISION:

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 Ministerio Público, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO IMPERFECTO, EN LA MODALIDAD DE FRUSTRADO.

El homicidio imperfecto como delito de peligro. La indagatoria significa para el procesado un medio de defensa. Los careos son facultativos y no obligatorios. Objeto de la inspección ocular. La pretermisión de los interrogatorios no configura nulidad.

1. En el homicidio imperfecto, tanto en su modalidad de tentativa como de frustración, carecen de interés jurídico la incapacidad y las consecuencias que hayan determinado las lesiones recibidas en el ataque generador de aquella especie delictuosa, precisamente por tratarse de un *delito de peligro* y no de daño.

2. La indagatoria, en cuanto significa deparar al procesado la oportunidad para que explique directa y personalmente su conducta, corresponde, en su lato entendimiento, a un medio de defensa.

3. Los careos, en cualquiera de las etapas del proceso, son facultativos y no obligatorios, según lo disponen los arts. 376 y 472 del C. de P. Penal y entonces su pretermisión ni siquiera constituye irregularidad.

4. La inspección ocular que en su naturaleza de medio de prueba comprende, como una de sus expresiones, la llamada "reconstrucción de los hechos", tiene por objeto, de acuerdo con el art. 210 del C. de P. Penal, "el examen y reconocimiento" directo del Juez respecto de aquellos hechos que, en su concepto, se ofrezcan, dentro de esas condiciones, para hacer de ellos su debida apreciación y; en consecuencia, esa prueba es discrecional.

5. La pretermisión de los interrogatorios a que se refiere el art. 548 del C. de P. Penal, en concordancia con el 452 de la misma obra aunque constituye "irregularidad grave" como lo ha indicado la Corte, no configura nulidad alguna y mucho menos de carácter constitucional, como se pretende en la impugnación. Otro tanto cabe decir en torno a la omisión del interrogatorio que dispone el art. 470 *ibídem*

6. El procesado fue llamado a juicio, por el delito de homicidio imperfecto, en la modalidad de frustrado, y el Jurado, en su veredicto, lo responsabilizó dentro de esas específicas condiciones, hecho que, como es comprensible, obligaba la aplicación del art. 362 del C. Penal, en concordancia con el 17 de la misma obra, excluyendo, por ser ajenos a la materia, la de los arts. 371 y 372 *ibídem* y entonces, contra lo que supone el recurrente, ninguna de esas disposiciones se violó en la expedición de la sentencia impugnada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinte de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 16 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó a SAMUEL MUÑOZ AMAYA, como responsable del delito de homicidio, llevado a cabo, con el carácter de frustrado, en la persona de Arcindo Arzuza González, a la pena de "seis (6) años de presidio" y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION:

En los comienzos de la noche del 30 de julio de 1961, Arcindo Arzuza y Jorge Amaya, como consecuencia de vieja enemistad entre sus respectivas familias, protagonizaron, en el barrio de "Buenos Aires" de Barranquilla, donde residían aquéllas, un escándalo que, intervenido por la policía, dio lugar a que se les privase de su libertad; la cual recuperó el primero de los dos bajo la responsabilidad del Sargento Navarro, sujeto al que Samuel Muñoz Amaya, hermano del predicho Jorge, enterado de lo sucedido y de que éste estaba detenido, se entregó a buscar, en compañía de su hermana Juana Muñoz Amaya, para tratar de lograr que su expresado hermano también obtuviese su libertad y entonces, al pasar por frente de la cantina de Ana Tulia de Ramírez, como la citada Juana le señalara que allí estaba, sobre la parte exterior del establecimiento, Arcindo Arzuza, ingiriendo cerveza con dos amigos suyos, rápidamente desenfundó el revólver de dotación oficial que portaba en su carácter de Agente del "DAS", adscrito a sus dependencias de Cartagena, de donde viajó ese mismo día de los hechos a Barranquilla, y sin que mediasen siquiera palabras, disparó toda la carga de los seis tiros que tenía el arma contra aquél, hiriéndolo de tal gravedad, que sólo la inmediata y afortunada intervención quirúrgica a que fue sometido, le salvó la vida.

En razón de estos hechos el Juzgado 1o. Superior de Barranquilla, acogiéndolos como constitutivos de "homicidio imperfecto", conforme a la expresa modalidad de frustración, mediante auto del 9 de febrero de 1962, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio al procesado Samuel Muñoz Amaya y luego, como el Jurado afirmara su responsabilidad, precisamente dentro de los términos del enjuiciamiento, en sentencia del 14 de noviembre, también de aquel año, lo condenó a la pena de "SEIS (6) AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 16 de agosto del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente Muñoz Amaya, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación indicadas en los ordinales 4o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

Con apoyo en la causal 4a. sostiene que la sentencia acusada es lesiva de la ley procedimental "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que ensaya demostrar a través de los siguientes dos cargos:

a). En el proceso se incurrió en "violación sistemática del derecho de defensa", garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que se "declaró cerrada la investigación" cuando aún "estaban pendientes urgentes diligencias por practicar" y de este modo se dejaron sin establecer "la incapacidad definitiva y "las consecuencias" de la misma índole que produjeron las lesiones en el ofendido, lo mismo que "su carácter mortal", todo lo cual "es esencial para definir la objetividad de los hechos y el cuerpo del delito", y además no se practicó, de otro lado, la ampliación de indagatoria del procesado, no obstante sus reiteradas solicitudes al respecto, ni se llevaron a cabo "careos", "inspección ocular", "reconstrucción de los hechos, ni estudios sobre la personalidad del sindicado, ni nada que indicara 'el celo' de los funcionarios por establecer la verdad", prescindiéndose, incluso, de los interrogatorios que prescribe el artículo 548 del C. de P. Penal, en concordancia con el 452, de la misma obra, y de dar cumplimiento a los artículos 470 y 472 ibídem.

b). En la calificación del sumario se incurrió "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", error que "es causa de nulidad, según lo dispuesto en el numeral 8o. del artículo 198 del C. de P. Penal", y en esta suerte se llamó a juicio por el delito de "homicidio frustrado", cuando lo indicado era hacerlo por el de "lesiones personales", teniendo en cuenta que "no existe la prueba del carácter mortal" de las heridas.

Con fundamento en la causal 1a. el recurrente pretende que la sentencia acusada es violatoria, por "falta de aplicación", de los artículos 371 y 372 del C. Penal, referidos al delito de lesiones personales, que es el que, en sentir de aquél, se configura en ausencia de la prueba en torno al "carácter mortal" de las heridas, y de los artículos 17 y 362 de la misma obra, relativos al delito de "homicidio frustrado", por indebida aplicación.

MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que, como lo sostiene el recurrente, al procesado se le menoscabó el derecho de defensa, tutelado en el artículo 26 de la Carta, en fuerza de que, no obstante su solicitud reiterada para que se le recibiera "ampliación de su indagatoria", no se le "prestó oídos", lo que de suyo significa que "no se le permitió el total desarrollo de su derecho de defensa y se arrollaron" "las garantías que a tal efecto le protegían, aseguradas por la Constitución".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I - En el homicidio imperfecto, tanto en su modalidad de tentativa como de frustración, carecen de interés jurídico la incapacidad y las consecuencias que hayan determinado las lesiones recibidas en el ataque generador de aquella especie delictuosa, precisamente por tratarse de un delito de peligro y no de daño.

II - Los seis disparos de Muñoz Amaya contra Arcindo Arzuza hicieron blanco en éste y le produjeron, conforme a los cuatro reconocimientos médicos a que fue sometido y a la historia clínica, lesiones localizadas, varias de ellas, en la cabeza y en el tórax, lesiones que, en concepto del doctor NESTOR MADARIAGA, médico que intervino en la rápida operación del herido, "eran de carácter mortal" y le hubieran determinado la "pérdida de su vida", si la práctica de

la "intervención quirúrgica" no se lleva a cabo "en ese momento" en que se hizo, vale decir, con la debida prontitud.

III - El doctor Madariaga, emitió su concepto, según aparece, no como peritazgo, tomado el término en su acepción procesal, sino como testimonio. circunstancia que, evidentemente, no lo despoja de su carácter científico, ni tampoco destruye, pero ni siquiera en mínimo grado, su fuerza de convicción, la cual descansa en el hecho de que aquél pudo formarse el expresado concepto a través de su directa experiencia de médico que operó al herido, concepto que, de otro lado, concuerda, en rigor lógico, con la tremenda gravedad de las lesiones descritas en los dictámenes periciales, "perforantes y penetrantes de la masa encefálica" y, además, del "hemitórax derecho", con "destrucción del paquete vascular-nervioso del tercer espacio" y "gran colapso del pulmón correspondiente".

IV - La indagatoria, en cuanto significa deparar al procesado la oportunidad para que explique, directa y personalmente, su conducta, corresponde, en su lato entendimiento, a un medio de defensa, el cual, en el caso de autos, se garantizó, puesto que aparece aquella diligencia, respecto de Muñoz Amaya, a los folios 26 v. y ss. y 30 y ss. del cuaderno principal.

V - Muñoz Amaya solicitó ampliar su indagatoria, petición que a pesar de haber sido atendida en auto del 28 de agosto de 1.961, no llegó a traducirse en la práctica de la expresada diligencia, hecho que, sin embargo, no se reflejó en menoscabo de su derecho de defensa, teniendo en cuenta, de un lado, que en la indagatoria rendida, bastante detallada y dispendiosa, hizo constar todo lo que estimó "conveniente para su descargo" y, del otro, que no disponía, en realidad, de nada de importancia para consignar en la requerida ampliación, como lo comprueba, de manera incontestable, el Acta de la Audiencia Pública, donde aparece que el procesado, al serle concedido el "uso de la palabra", se limitó a cederla a su defensor, conducta que, como es obvio, no es la que adopta, particularmente en ocasión tan solemne, quien acusado de un grave delito, está en capacidad de revelar a los jueces que lo juzgan algo que de cualquier modo pueda siquiera aliviar su situación.

VI - Los careos, en cualquiera de las etapas del proceso, son facultativos y no obligatorios, según lo disponen los artículos 376 y 472 del C. de P. Penal, y entonces su pretermisión ni siquiera constituye irregularidad.

VII - La inspección ocular, que en su naturaleza de medio de prueba comprende, como una de sus expresiones, la llamada "reconstrucción de los hechos", tiene por objeto, de acuerdo con el artículo 210 del C. de P. Penal, "el examen y reconocimiento" directo del Juez respecto de aquellos hechos que, en su concepto, se ofrezcan, dentro de esas condiciones, para hacer de ellos su debida apreciación y, en consecuencia, esa prueba es discrecional.

VIII - El recurrente no precisa ni explica lo que quiere significar al expresar que no se llevaron a cabo "estudios sobre la personalidad del sindicato" cuestión que enunciada en estos términos, se sustrae a cualquier ensayo de respuesta.

IX - La pretermisión de los interrogatorios a que se refiere el artículo 548 del C. de P. Penal, en concordancia con el 452 de la misma obra, aunque constituye "irregularidad grave" como lo ha indicado la Corte, no configura nulidad

alguna y mucho menos de carácter constitucional, como se pretende en la impugnación. Otro tanto cabe decir en torno a la omisión del interrogatorio que dispone el artículo 470 ibidem.

X - La nulidad que se plantea en razón de supuesto error en "la denominación jurídica de la infracción", se fundamenta, como atrás quedó especificado, en la única consideración de que, en sentir del recurrente, dentro del proceso "no existe la prueba del carácter mortal de las lesiones" que recibió Arzuza González en el ataque de que lo hizo víctima Muñoz Amaya, consideración que al resultar inexacta, según quedó ampliamente demostrado, echa por tierra, en forma radical y definitiva, el cargo.

XI - Muñoz Amaya fue llamado a juicio, como se advirtió, por el delito de homicidio imperfecto, en la modalidad de frustrado, y el Jurado, en su veredicto, lo responsabilizó dentro de esas específicas condiciones, hecho que, como es comprensible, obligaba la aplicación del artículo 362 del C. Penal, en concordancia con el 17 de la misma obra, excluyendo, por ser ajenos a la materia, la de los artículos 371 y 372 ibidem y entonces, contra lo que supone el recurrente, ninguna de esas disposiciones se violó en la expedición de la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, lo Corte Suprema-Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla a que expresamente se alude en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO NO DAN LUGAR A REVISIÓN DE PROCESOS

A la Corte le está vedado ampliar las causales de revisión taxativamente señaladas en el art. 571 del C. de P. P. El recurso de revisión es una acción tendiente a desvirtuar la presunción de la cosa juzgada. El fundamento de que se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio según lo dispone el art. 26 de la Carta, no puede ser motivo de revisión del proceso. Carácter extraordinario de los recursos de casación y revisión. Cuando proceden.

1. Cabe recordar que el recurso de revisión busca salvar errores de hecho, en virtud de los cuales haya sido condenada una persona inocente. Es, pues, una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada. Esencialmente consiste en un debate probatorio, apoyado en situaciones taxativamente previstas en la ley, en el que se atacan las bases del juicio penal.

Mediante el recurso de casación, en cambio, se impugna la sentencia por violación directa o indirecta de la ley penal.

Es obvio, entonces, que la revisión no puede apoyarse en yerros de orden jurídico, o errores *in iudicando*, y mucho menos en irregularidades del procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, porque esta causa de impugnación está indicada como motivo de casación, según el ord. 4o. del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

En sentencia de 2 de septiembre de 1957 (G. J., T. LXXXVI), dice la Corte: "Siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso..." (el de revisión)... "no puede él prosperar sino en casos muy extremos que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notorio que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión..."

2. Ampliar las causales de revisión, taxativamente indicadas en el art. 571 del Código de Procedimiento Penal, es cuestión vedada a la Corte, pues ello compete exclusivamente al legislador.

Y no otra cosa resultaría si la Sala, de acuerdo con la tesis del distinguido demandante, dispusiera la revisión del proceso penal que fue seguido al sentenciado por el delito de contrabando, con fundamento en que se incurrió

en nulidad, por no haberse observado “la plenitud de las formas propias...” del juicio, según lo dispone el art. 26 de la Constitución Nacional.

Es cierto, como lo anota el señor apoderado del recurrente, que “dentro de las causales de casación tampoco existe en expresa forma establecida como causa la violación de la Constitución...” y que... “no obstante la Corte, a lo largo de muchos años, ha venido aceptando como viable la violación de la Carta, para anular los procesos”. Pero no se trata, en tal supuesto, de que mediante la doctrina se haya creado un motivo nuevo de casación, pues el pertinente está previsto en el ord. 4o. del art. 567 del C. de P. P., sino apenas de señalar que el desconocimiento de las garantías a que alude el art. 26 de la Carta acarrea la nulidad del juicio.

3. Como no todos los fallos admiten el recurso de casación (arts. 556 y 557 del C. de P. P.), y, en cambio, dentro de los casos señalados en el art. 571 es pertinente el de revisión contra cualquier sentencia proferida en materia penal, si se encuentra ejecutoriada, es obvio que si se atendiera la tesis del demandante se estaría ampliando, al amparo de un inexistente motivo de revisión, el ámbito de la causal 4^a de casación, pues se haría pertinente para todo fallo ejecutoriado en materia penal. Y esta causal de casación, procede cuando “la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad”.

Debe tenerse presente que por el carácter de extraordinario de los recursos de casación y revisión, los motivos en que se apoyan son excepcionales. En cuanto al primero, se repite, solamente procede contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores (art. 556), o a los Juzgados de Circuito, cuando estos últimos conocen de delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años (art. 557). Así, pues, no todas las sentencias violatorias de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, aunque éstas se funden en el desconocimiento absoluto del derecho de defensa consagrado en el art. 26 de la Carta, pueden ser invalidadas mediante el recurso de casación. Sin embargo, no dejarán de cumplirse los fallos pasados en autoridad de cosa juzgada, en los que no sea pertinente el recurso de casación, bien resulte que la sentencia se haya pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que la Sala no rechaza la afirmación del demandante sobre violación del art. 26 de la Constitución Nacional en el juzgamiento del procesado, como que no se aplicaron las formas propias del juicio; pero ese error no podía enmendarlo la Corte, por no ser pertinente, como lo dice en providencia de 22 de enero de 1963, el recurso de casación, pues se trata de un delito de contrabando cometido en cuantía inferior de la señalada en el art. 19 del Decreto 188 de 1958.

4. En proveído de 13 de marzo de 1956 (G. J. T. LXXXII, Nos. 2165 - 2166) expresa la Sala que “con respecto al recurso de revisión debe observarse: a), que las meras deficiencias que se anotan en los procesos no dan por sí lugar a que sean revisados, y, b), que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe algu-

no de los cinco motivos señalados en el art. 571 y no al simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí; y lo segundo, porque al admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias”.

Asimismo, en fallo de 10 de abril de 1954, dice la Corte que “el recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto revisar sentencias, sino sencillamente ordenar la revisión de procesos que han concluido con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en la ley positiva” (G. J. T. LXXVII, No. 2140).

Ha sido, pues, doctrina constante de la Sala la de que las causales de revisión están delimitadas por la ley, en virtud del carácter extraordinario de este recurso.

5. La necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada, con las únicas excepciones previstas en el art. 571 del C. de P. P., a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad en los cuales el yerro no podía corregirse mediante el recurso de casación, bien porque éste no se propuso, o porque fue propuesto, la demanda no fue presentada o el cargo no se formuló en la debida forma, o, en fin, porque este medio de impugnación no era pertinente, explica, se repite, que tales fallos deban cumplirse. Se trata, en este caso, es cierto, del quebrantamiento de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento, más no de que una persona inocente esté purgando una pena, de consiguiente, injusta. Por ello en esta última hipótesis y solamente en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esa injusticia. De ahí que las causales previstas en el art. 571 del C. P. P. se refieran a esta última situación, de manera exclusiva.

6. Corresponde observar que en el supuesto señalado por el señor apoderado del recurrente, la pena de muerte que ordenara un Juez de la República, por tratarse de sanción no prevista en la ley y concretamente prohibida por la Carta, no podría ser ejecutada por la autoridad administrativa llamada a cumplirla. Si fuese llevada a cabo tan absurda resolución judicial, se incurriría obviamente en delito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de revisión interpuesto por el procesado ENRIQUE SANCHEZ LOPEZ, en relación con el proceso penal que le fue adelantado ante la Jurisdicción de Aduanas, por el delito de contrabando.

En este negocio le fue impuesta al recurrente, según la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas de 2 Julio de 1962, la pena de tres años de prisión. En primera instancia conoció el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El doctor JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, en su condición de apoderado de SANCHEZ LOPEZ, fundamenta el recurso en la violación del artículo 26 de la Carta, en cuanto establece que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Son del actor las siguientes consideraciones:

1). "La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena decretó la inexecutable del Decreto 700 (extraordinario) de 1.954, con fecha 23 de septiembre de 1.958, es decir, con anterioridad a la fecha en que se inició el proceso penal aduanero contra SANCHEZ. En consecuencia, para el caso, eran aplicables las normas del Decreto 3134 de 1.952, cuyo artículo 16 dispone: 'Recibida la declaración indagatoria o cumplidos los requisitos de emplazamiento, dentro de las 48 horas siguientes, el funcionario abrirá el proceso a prueba por el término de diez días y decretará la retención de la mercancía, vehículos y demás elementos empleados para la comisión del delito, si no lo hubiere hecho antes'.

"La norma mencionada como las demás del expresado decreto 3134 no tuvieron cumplimiento. Por esta causa el proceso no se abrió a prueba y por tanto quedó automáticamente vulnerado el derecho de defensa del sindicado, pues en cambio, se dió aplicación al decreto No. 188 de 1.952, que no establece tan fundamental requisito. En consecuencia, la informalidad no solamente ritual sino sustancial del derecho de defensa permitiendo con oportunidad pedir y practicar pruebas, afectó fundamentalmente el proceso en cuanto se aplicó una ley desfavorable y no la favorable sobre esta materia.

"La sentencia de inexecutable del decreto 700 de 1.954, dictada por la Corte en Sala Plena, con fecha 23 de septiembre de 1.958, dio origen a otro fallo de casación dictado por la Sala Penal, en el cual anuló el proceso por fraude aduanero seguido contra JUAN GALLEGOS CARVAJAL y otros. Dijo entonces la Sala Penal (mayo 26 de 1.962): 'Como se vio anteriormente al estudiar el primer cargo, la sentencia en que la Corte declaró la inexecutable del Decreto 700 de 1.954, si produjo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que este decreto había derogado, entre las cuales se encuentra el Decreto 3134 de 1.952, 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 1.938'.

2). "La apertura a prueba del proceso es requisito fundamental en esta clase de persecuciones administrativas, y de allí que la Corte, en el fallo de casación citado, anulaba la actividad investigativa para que se repusiera el procedimiento.....".

.....

"Al restablecerse el decreto 3134 de 1.952 que, como está expuesto, fue el que debió aplicarse en el proceso contra el señor SANCHEZ, quedó restablecido igualmente el decreto número 2425, de 18 de septiembre de 1.953, reglamentario de aquél.

“Restablecido el decreto extraordinario 3134 de 1.952, ha seguido rigien^{do} también el decreto reglamentario antes referido, pues, mientras sus disposiciones no sean anuladas expresamente, o mientras no pugnen con los textos constitucionales, integran un cuerpo único con aquél. La potestad reglamentaria es inherente a las funciones del ejecutivo hasta el punto de que no se entenderían éstas si el constituyente no le hubiera conferido la primera.

“Un proceso construido sin cumplir las formas y ritualidades propias del juicio, conforme lo ordena la Constitución, no tiene ni siquiera un valor formal, menos podría tenerlo substancial; de donde se deduce que no hay sentencia legalmente hablando, ni proceso regular y jurídico conforme lo exige la Constitución Nacional. Es decir, se trata de un acto que no tiene existencia jurídica alguna. Cuando el proceso inexistente recobre conforme al artículo 26 de la Carta las formas propias del juicio, podrá producirse entonces una verdadera sentencia. Por lo pronto, tan sólo se busca tutelar y defender la Constitución ya que bajo una apariencia jurídica se está ejecutando una sentencia que no tiene las características de tal.

“En virtud de lo antes expuesto y resultando clarísima la violación del art. 26 de la Constitución Nacional, la H. Corte Suprema de Justicia debe ordenar la revisión que impetro, para que dentro del proceso revisado se cumplan todos los requisitos y exigencias de la Ley”.

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal dá la siguiente respuesta:

“Extraordinaria inquietud intelectual, ha despertado en este Despacho la importante tesis que sostiene el apoderado de SANCHEZ LOPEZ, tendiente a obtener la revisión del proceso mediante el cual se le condenó a la pena de tres años de prisión, por el ilícito de contrabando. Encuentra sin embargo esta Procuraduría que los importantes argumentos esgrimidos por el connotado demandante se hallan marginados de la posibilidad de ser controvertidos dentro del estrecho circuito jurídico procesal en el cual opera y se mueve el recurso extraordinario de revisión. El valor probatorio y argumental de las razones expuestas por el solicitante del recurso sería muy de tener en cuenta, si se tratara en el caso sub-judice de promover la casación de la sentencia, sobre la base de la presunta existencia de nulidades de tipo suprallegal. El acervo jurisprudencial que se transcribió en páginas anteriores es rotundamente demostrativo de que no puede aceptarse como viable la revisión para el presente caso puesto que él escapa y trasgrede a las limitaciones normativas que establece, taxativamente, el art. 571 del C. de P. P.

“Nada novedoso podría agregar este Despacho en lo que concierne a la cuestión suscitada: la H. Corte Suprema de Justicia ha elucidado el punto larga y reiteradamente; la procedencia del recurso de revisión no existe para el caso en estudio.

“Se podría suponer que euide este Despacho la refutación de razonamientos propuestos por el demandante para sostener su tesis: en verdad, ello no es así. Estudiada concienzuda y desprevenidamente esta demanda, es fácil y obvio llegar a la conclusión de que ella se limita a proponer la necesidad de que la Corte conceda la revisión pretendida, sin que refuerce su aliciente con argumentos de estricto peso y valor jurídicos. Es claro que considera loable este Despacho el esfuerzo y celo talentosos del procurador del reo; pero, deplora ciertamente, no estar en acuerdo con su criterio: ni la norma legal permite para el caso la revisión, ni la jurisprudencia dá asidero a que se ordene por la H. Corte la medida de señalar el juzgado que deba efectuarla”.

El doctor Gutiérrez Anzola hace la siguiente contrarréplica a lo anotado por el Ministerio Público:

“.....El proceso fue tramitado según las prescripciones del Decreto 0700 da 1.954, que para la fecha de iniciación del proceso ya no regía por haber sido declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia que se publicó el 23 de septiembre de 1.958. Las disposiciones que eran aplicables al citado proceso son las del Decreto 3134 de 1.952, que revivió su vigencia al ser declarado inexecutable el 0700 del 1.954.

“Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia.....” concluyó en la forma señalada..... “en fallo de 26 de julio de 1.962, en el proceso contra Juan Gallego Carvajal y otros.....”, pues en él se dice: “Como se vió anteriormente al estudiar el primer cargo, la sentencia en que la Corte declaró la inexecutable del Decreto 0700 de 1.954, si 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 1.952, 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 1.938”.

“.....”
“En el proceso adelantado contra el señor SANCHEZ LOPEZ.....”, continúa el actor....., “se observan las mismas irregularidades que la Corte encontró para declarar la nulidad del fallo del Tribunal Superior de Aduanas a que alude la sentencia transcrita. En efecto, las fechas de iniciación del proceso y de su trámite indican que no se dió cumplimiento, como ha debido darse, al Decreto 3134 y que en cambio se aplicó a lo largo del proceso el Decreto 0700 que había sido declarado inexecutable por la Corte Suprema. Ello implica una violación flagrante del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque no se observaron las formas del juicio, en cuanto se aplicó una Ley que no estaba vigente en materia de procedimiento.

“Entre el 7 de octubre de 1.959 en que se dictó el auto cabeza de proceso y el 8 de septiembre de 1.960 en que se señaló fecha para audiencia, no se encuentra actuación ninguna que corresponda al Decreto 3134; no hubo apertura a pruebas, no se cumplió, en fin, con la Ley de procedimiento.

“Sería aberrante que una sentencia pudiera ser ejecutada si para su pronunciamiento no se respetaron las normas legales sobre procedimiento, si no se hizo un verdadero proceso legal que es presupuesto necesario para que la declaración jurisdiccional tenga mérito.

“Supongamos que un juez de la República, pongamos por caso un Juez Municipal, condenara a alguien a la pena de muerte por desconocimiento de la prohibición constitucional y que dicha sentencia la confirmara el Juez de Circuito. Sin posibilidad de recurrir esa sentencia en casación, se ejecutoria. Se pide revisión de ese proceso. Podría argüirse válidamente que porque tal causa no está expresamente incluida en las disposiciones del artículo 571 del C. de P. P., no hay lugar a revisión?. No sería monstruoso que por tal formalismo se violara la Carta y le cortaran la cabeza al ajusticiado (sic)?. A ese extremo lleva la opinión del señor Procurador.

“Pero supongamos un ejemplo menos dramático, por si se considerare absurdo el propuesto. Un Juez de Circuito conoce de un proceso por delito contra

la propiedad en cuantía de \$10.000-00 para lo cual no es competente; lo falla en primera instancia y condena. La sentencia, por error del Tribunal, sin darse cuenta del asunto de la cuantía, es confirmada. No hay lugar a la casación o no se interpone oportunamente. Se ejecutoria la sentencia. Podrá ejecutarse ese fallo que fué pronunciado por Juez que no tenía competencia?. En qué queda el principio constitucional: 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'. Valdría como argumento, para ejecutar esa sentencia inexistente jurídicamente hablando, que dentro de las causales del artículo 571 del C. de P. P. no se contempla ese caso?. En qué queda entonces la Constitución?. De qué sirve su prevalencia sobre la Ley (Art. 215 de la C. N.)?.

"Igual cosa acontece en el caso de que la sentencia sea dictada en un proceso en el cual no se observaron las disposiciones procedimentales. Claro, que no se trate de violaciones sin importancia, de ritualidades insignificantes. Supongamos que se siga un proceso conforme al derogado procedimiento del Libro Tercero del Código Judicial, en vez de aplicar la Ley 94 de 1.938. Valdrá la sentencia dictada en ese juicio?. Elemental es que nó. Eso es lo que ocurrió en el caso da SANCHEZ LOPEZ: se juzgó a éste por un sistema procedimental, el del Decreto 700 de 1.954, que estaba suspendido por inexecutable con anterioridad a la fecha de iniciación del proceso.

"Si como dice la Corte Suprema de Justicia en el fallo de inexecutable del Decreto 700, tan 'importante y trascendental es en el proceso penal aduanero el término probatorio', es obvio que se está en presencia no de cualquier circunstancia o informalidad procesal, sino de la violación completa de la Constitución al aplicarse un procedimiento inexistente.

"Ahora bien: puede considerarse que existe sentencia jurídicamente hablando, si el proceso no se adelantó 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'?. Podrá en derecho afirmarse que no hay lugar a revisión, sólo porque no se da expresamente una de las causales del artículo 571 del C. de P. P., existiendo como existe probada una violación de la Carta?. Lo que ocurre, en síntesis, en este negocio, es que se está ejecutando una sentencia que es inexigible, porque el proceso en que se dictó, viola la Constitución. Debe por lo tanto revisarse el proceso para que se adelante en legal forma.

"No invoco el artículo 571 del C. de P. P., sino expresamente el artículo 26 de la Carta. La Corte no necesita expresa disposición del Código de Procedimiento para entender del asunto, porque para ello tiene la guarda de la Constitución (art. 214 C. N.). El recurso de casación y el de revisión se explican como recursos extraordinarios en función de la guarda de la Constitución y de la Ley, que en ocasiones son violados por entre los formalismos de los Tribunales y de los procedimientos. Invocar la norma suprema de la Carta es una causa superior no sujeta a las expresas convenciones legales. Entre otras cosas, porque si la ley excluyera a la Constitución como causa de revisión, cuando ha sido violada, habría que aplicar de todos modos la Constitución en virtud del artículo 215 de la misma Carta.

".....

"No es necesario decir en la ley que es nulo lo que va contra la Constitución, porque la misma Constitución lo dice: 'Nadie podrá ser juzgado.....', etc. etc..... No

es una cuestión de hecho, sino de derecho. Por eso se dice que si se dicta sentencia violando la Carta, tal sentencia es jurídicamente inexistente.

“Tampoco dentro de las causales de casación existe, en expresa forma establecida como causa, la violación de la Constitución. No obstante la Corte a lo largo de muchos años ha venido aceptando como viable la violación de la Carta, para anular los procesos. Ello ha sido posible sólo a base de reconocimiento del imperio de la Constitución como norma suprema. De igual manera debe ocurrir en materia de revisión. La Corte tiene así la oportunidad de reparar una lesión grave del orden jurídico. Por eso se afirma antes que si en este proceso, el del señor SANCHEZ, hubiese ido a la Corte en casación, ésta lo habría anulado por violación del artículo 26 de la Carta, no porque exista tal causal expresamente indicada en la ley de procedimiento, sino porque es la norma suprema, y a la Corte se le ha conferido la guarda de la Constitución. Eso mismo ocurre en materia de revisión y ésta una excelente oportunidad para declararlo. No vale el hecho de que no haya jurisprudencia sobre el caso, y si la haya, en cambio, en relación con todas las causales del artículo 571 del C. de P. P. El señor Procurador se limitó a transcribir doctrinas que tienen que ver con el artículo en cuestión, pero que no dicen, en ninguna parte, que si una persona fue condenada con violación de la Carta, y con violación grave, no se puede revisar el proceso. Eso jamás lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia. Ni podría decirlo”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cabe recordar que el recurso de revisión busca salvar errores de hecho, en virtud de los cuáles haya sido condenada una persona inocente. Es, pues, una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada. Esencialmente consiste en un debate probatorio, apoyado en situaciones taxativamente previstas en la ley, en el que se atacan las bases del juicio penal.

Mediante el recurso de casación, en cambio, se impugna la sentencia por violación directa o indirecta de la ley penal.

Es obvio, entonces, que la revisión no puede apoyarse en yerros de orden jurídico, o errores in judicando, y mucho menos en irregularidades del procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, porque esta causa de impugnación está indicada como motivo de casación, según el ordinal 4o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En sentencia de 2 de septiembre de 1.957 (G' J. T. LXXXVI), dice la Corte:

“Siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso....” (el de revisión).... “no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde si es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

“Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notorio que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión.....”.

Ahora bien:

Según el artículo 571 del C. de P. P. son motivos de revisión, los siguientes:

"1o. Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos ó más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas;

"2o. Cuando alguno esté cumpliendo condena como autor o partícipe de homicidio cometido en persona cuya existencia se compruebe después de la condena;

"3o. Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo;

"4o. Cuando la sentencia condenatoria, a juicio de la Corte Suprema, haya sido obtenida por algún documento u otra prueba secreta que no existía en el proceso, y,

"5o. Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Ampliar las causales de revisión, taxativamente indicadas en el art. 571 del C. de P. P. (precepto transcrito), es cuestión vedada a la Corte, pues ello compete exclusivamente al legislador.

Y no otra cosa resultaría si la Sala, de acuerdo con la tesis del distinguido demandante, dispusiera la revisión del proceso penal que fue seguido a ENRIQUE SÁNCHEZ LOPEZ por el delito de contrabando, con fundamento en que se incurrió en nulidad, por no haberse observado "la plenitud de las formas propias...." del juicio, según lo dispone el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Es cierto, como lo anota el señor apoderado del recurrente, que "dentro de las causales de casación tampoco existe en expresa forma establecida como causa la violación de la Constitución..." y que... "no obstante la Corte, a lo largo de muchos años, ha venido aceptando como viable la violación de la Carta, para anular los procesos". Pero no se trata, en tal supuesto, de que mediante la doctrina se haya creado un motivo nuevo de casación, pues el pertinente está previsto en el ordinal 4o. del artículo 567 del C. de P. P., sino apenas de señalar que el desconocimiento de las garantías a que alude el artículo 26 de la Carta acarrea la nulidad del juicio.

De otra parte, como no todos los fallos admiten el recurso de casación (artículos 556 y 557 del C. de P. P.), y, en cambio, dentro de los casos señalados en el artículo 571, antes transcrito, es pertinente el de revisión contra cualquier sentencia proferida en materia penal, si se encuentra ejecutoriada, es obvio que si se atendiera la tesis del demandante se estaría ampliando, al amparo de un inexistente motivo de revisión, el ámbito de la causal cuarta de casación, pues se haría pertinente para todo fallo ejecutoriado en materia penal. Y esta causal de casación, como es sabido, procede cuando "la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Debe tenerse presente que por el carácter de extraordinario de los recursos de casación y revisión, los motivos en que se apoyan son excepcionales. En

cuanto al primero, se repite, solamente procede contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores (art. 556), o a los Juzgados de Circuito, cuando estos últimos conocen de delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años (art. 557). Así, pues, no todas las sentencias violatorias de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, aunque ésta se funde en el desconocimiento absoluto del derecho de defensa consagrado en el art. 26 de la Carta, pueden ser invalidadas mediante el recurso de casación. Sin embargo, no dejarán de cumplirse los fallos pasados en autoridad de cosa juzgada, en los que no sea pertinente el recurso de casación, bien resulte que la sentencia se haya pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que la Sala no rechaza la afirmación del demandante sobre violación del artículo 26 de la Constitución Nacional en el juzgamiento del procesado SANCHEZ LOPEZ, como que no se aplicaron las formas propias del juicio; pero ese yerro no podía enmendarlo la Corte, por no ser pertinente, como lo dice en providencia de 22 de enero de 1.963, el recurso de casación, pues se trata de un delito de contrabando cometido en cuantía inferior de la señalada en el artículo 19 del Decreto 188 de 1.958.

En proveído de 13 de marzo de 1.956 (G. J. T. LXXXII, Nos. 2165-2166) expresa la Sala que "con respecto al recurso de revisión debe observarse: a), que las meras deficiencias que se anotan en los procesos, no dan por sí lugar a que sean revisados, y, b), que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe alguno de los cinco motivos señalados en el artículo 571 y no al simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí; y lo segundo, porque el admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el periodo averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias".

Asimismo, en fallo de 10 de abril de 1.954, dice la Corte que "el recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto revisar sentencias, sino sencillamente ordenar la revisión de procesos que han concluido con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en la ley positiva" (G. J. T. LXXVII, No. 2140).

Ha sido, pues, doctrina constante de la Sala la de que las causales de revisión están delimitadas por la ley, en virtud del carácter extraordinario de este recurso.

El doctor GUSTAVO RENDON GAVIRIA, en su "Curso de procedimiento penal colombiano" (Edit. "Temis", 1.962, p. 175 a 176), dice lo que pasa a transcribirse:

El recurso de revisión cabe interponerlo contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos que detalla el artículo 571, únicos que pueden alegarse y servir de fundamento al recurso. Pero es conveniente hacer notar que la revisión fuera del límite que resulta de las causales reconocidas por la ley para que el recurso prospere, no está limitada, como la casación, a negocios de especial competencia o de determinadas consecuencias penales. De suerte que desde este punto

de vista es más amplio el recurso de revisión, ya que no importa la naturaleza del juicio, el juez competente, ni la calidad o duración de la pena. La revisión se contrae a sentencias condenatorias únicamente”.

La necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada, con las únicas excepciones previstas en el artículo 571 del C. de P. P., a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad, en los cuales el verro no podía corregirse mediante el recurso de casación, -bien porque este no se propuso, o porque propuesto, la demanda no fue presentada o el cargo no se formuló en la forma debida, o, en fin, porque este medio de impugnación no era pertinente-, explica, se repite, que tales fallos deban cumplirse. Se trata, en este caso, es cierto del quebrantamiento de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento, más nó de que una persona inocente esté purgando una pena, de consiguiente, injusta. Por ello en esta última hipótesis y solamente en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esa injusticia. De ahí que las causales previstas en el artículo 571 del C. de P. P. se refieran a esta última situación, de manera exclusiva.

Corresponde, por último, observar que en el supuesto señalado por el señor apoderado del recurrente, la pena de muerte que ordenara un juez de la República, por tratarse de sanción no prevista en la ley y concretamente prohibida por la Carta, no podría ser ejecutada por la autoridad administrativa llamada a cumplirla. Si fuese llevada a cabo tan absurda resolución judicial, se incurriría obviamente en delito.

Lo anotado es suficiente para concluir que el motivo señalado por el demandante no permite ordenar la revisión del proceso de que se ha hecho referencia.

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, NIEGA LA REVISION del proceso seguido contra el señor ENRIQUE SANCHEZ LOPEZ, por el delito de contrabando.

Dése cumplimiento al tercer inciso del art. 574, del C. de P. P.

Cópiese y Notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

**SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY PROCEDIMENTAL POR HABERSE
PRONUNCIADO EN UN JUICIO VICIADO DE NULIDAD**

Causal 4a. de casación. La Corte reitera su doctrina relativa al alcance del Decreto 1705 de 1.960, en virtud del cual la Policía Nacional recobró su carácter de institución civil y sus miembros y agentes dejaron de estar amparados por el fuero penal castrense.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintidós de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el señor Fiscal 3º. del Tribunal Superior Militar contra la sentencia del 16 de agosto del año pasado, por medio de la cual esa Corporación absolvió a los Agentes de la Policía Nacional JOSE LEONIDAS DAZA MOSQUERA y JOSE RUBIAN SANTA MURILLO por los delitos de homicidio en Angel María y Amador de Jesús Muñoz Jiménez.

LOS ANTECEDENTES:

Los Agentes Daza Mosquera y Santa Murillo aparecen acusados en el proceso de haber causado la muerte, por medio de disparos de arma de fuego, a los predichos Muñoz Jiménez, la noche del 19 de septiembre de 1.961, en el Corregimiento de Montebonito, comprensión del Municipio de Marulanda, hechos en orden a los cuales el Comando del Departamento de Policía "Caldas", conforme al procedimiento de Consejo Verbal de Guerra, mediante sentencia del 7 de marzo del año pasado, los absolvió, fallo que el Tribunal Superior Militar confirmó en el suyo del 16 de agosto:

LA DEMANDA:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el señor Fiscal recurrente invoca, en el carácter de única, la causal de casación prevista en el ordinal 4o. del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que procede a de-

mostrar trayendo a colación la doctrina de la Corte en torno a los alcances del Decreto 1705 de 1.960, respecto de la supresión del fuero para los miembros de la Policía.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Delegado de la Procuraduría de las Fuerzas Armadas, con criterio de oposición a la tesis de la demanda, se limita a consignar, en breve concepto, "que el hecho de que el Decreto Ley 1705 haya expresado que la Policía Nacional es una Institución de carácter civil", en modo alguno significa que "la justicia castrense" haya dejado de "ser competente para conocer de las infracciones penales que ejecute" su personal.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a). La Corte, tanto en sentencias como en autos interlocutorios, se ha venido pronunciando, en torno a la materia en estudio, conforme a la siguiente doctrina:

"Del hecho de que la Constitución Nacional, Título XVI, establezca que la Policía Nacional es un organismo que forma parte de la 'fuerza pública' y que ésta sea, por lo tanto, un cuerpo armado, forzosamente no se puede concluir que sea una institución militar y no un organismo de carácter civil, independiente del Ejército Nacional.

"Por el contrario, teniendo en cuenta el carácter de las funciones que debe cumplir la Policía y la forma como actúa ordinariamente y los medios que emplea para cumplir sus fines, los expositores de Derecho Público no han vacilado en reconocer que ésta tiene un carácter civil.

"Así, por ejemplo, el profesor Alvaro Copete Lizarraide, apoyándose en la autorizada opinión de tratadistas como Otto Mayer, Fleiner, Hans Kelsen y Carl J. Friedrich, expone al respecto lo siguiente:

"El ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rigidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas. Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos consientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos"

"La policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el ejército no obra nunca por unidades, la policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones.

"Todos los tratadistas que estudian la noción de policía, están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiéndose por tal el gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

"Aún los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al gobierno y a sus agentes en todos sus grados.

.....
.....
.....

‘Creemos haber demostrado una premisa indispensable para afirmar el carácter eminentemente civil de la policía, a saber: La función de policía es inherente a las autoridades administrativas. Por esta razón el Presidente es el jefe supremo de la policía, pero así mismo son jefes de la policía en sus respectivos ramos los ministros, los gobernadores y los alcaldes.

‘La atribución 3ª. del artículo 127 del código de régimen político y municipal da a los gobernadores competencia para “mantener el orden en el departamento y coadyuvar a su mantenimiento en el resto de la República”. Se les inviste, como es obvio, del carácter de jefes de policía dentro del respectivo departamento.

‘El artículo 183 establece, por su parte, que el alcalde es jefe superior de policía dentro de su respectivo territorio.

‘Si el cuerpo de policía se incorpora a las fuerzas militares, quedaría, como es lógico, dentro de la disciplina militar, sujeta a recibir órdenes solamente de sus respectivos jefes militares. Entonces, para armonizar esta situación con las necesidades administrativas, sería menester convertir a los gobernadores y alcaldes en jefes militares, con el objeto de que pudieran impartir válidamente órdenes a las fuerzas de policía. Esta solución será en extremo improcedente.

‘Como es claro que de la función policiva no se puede privar a las autoridades administrativas, porque ella es casi su razón de ser, fluye de manera nítida la inconveniencia, aún más, la imposibilidad de consagrar como norma permanente de la Carta la inclusión del cuerpo de policía en las fuerzas militares’.

‘El carácter civil de la Policía, y por lo tanto, la competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y agentes, no se puso en duda antes de que, al amparo del prolongado régimen del estado de sitio a que estuvo sometido el país, a partir del 9 de noviembre de 1.949, se expidieran los Decretos Legislativos que incorporaron la Policía Nacional al Ejército y dispusieron que de los procesos en curso contra miembros de la Policía debía seguir conociendo la justicia penal castrense.

‘Por esto, cuando se expidió el Decreto 1705 de 1.960, cuyo artículo 40 expresamente le reconoció a la Policía Nacional el carácter de institución civil, que es el que naturalmente le debe corresponder dentro de un régimen de normalidad constitucional, esta Sala estimó lógicamente, como aún lo sigue estimando, que esta disposición tuvo el efecto de desincorporar a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, y que, como consecuencia de este reconocimiento, sus miembros dejaron de seguir amparados por el fuero penal castrense, porque éste, de acuerdo con los términos del artículo 170 de la Constitución Nacional, ‘solamente es aplicable a los procesos que se adelanten por delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio’.

‘Por esto, habiendo recobrado la Policía Nacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 40 del Decreto 1705 de 1.960, su carácter de institución civil, mal podían sus miembros seguir considerándose como militares para el solo efecto de ampararse con un fuero que constitucionalmente solo puede comprender a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional” (auto junio 28/63).

b). Siguese de lo expuesto que el cargo formulado a la sentencia acusada aparece debidamente comprobado, por cuya razón la causal de casación a cuyo amparo se hace ha de prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley; INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA que el proceso se remita, por conducto del Tribunal de origen y en razón de competencia, al Juzgado Superior (Repartimiento) del Distrito Judicial de Manizales, donde se repondrá el procedimiento, con el fin de subordinarlo a las normas comunes, a partir del auto de convocatoria del primer Consejo de Guerra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

ROBO. ACUSACION CONTRA EL FALLO DEL AD QUEM CON APOYO EN LAS CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DEL ART. 567 DEL C. DE P. P. JUICIO PENAL RITUADO CONFORME AL DECRETO 0014 de 1.955.

1. Dado que se trata de un juicio penal rituado conforme al Decreto 0014 de 1.955, es claro que puede invocarse la causal segunda de casación. Pero para que este motivo prospere, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, el impugnador ineludiblemente ha de demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en manifiesto error en la apreciación del caudal probatorio atinente al cuerpo del delito o a la responsabilidad del agente, bien por haber atribuído a los elementos de juicio un valor que no tenían, o negado a otros el que sí tenían.

2. En el caso *sub judice* los planteamientos del señor apoderado no conducen a la demostración de ese error de hecho y se reducen a expresar, a manera de alegato de instancia, un criterio muy personal y subjetivo sobre el mérito de las pruebas apreciadas por el fallador para condenar al recurrente. En tales condiciones la Corte no tiene por que actuar dentro de los marcos procesales de un Tribunal ordinario, función que le es extraña e impropia para los fines y efectos del recurso de casación.

El demandante al tratar de dar fundamento a la causal segunda se refiere sólo a algunos de los medios probatorios ameritados por el *ad quem*, omitiendo un examen integral de ellos, cuya concatenación lógica sirvió precisamente al fallador para la decisión condenatoria. Tal procedimiento no es de recibo cuando de la causal segunda se trata porque la sentencia depende, como es obvio, del análisis y valoración en conjunto de todas las pruebas que se relacionan entre sí.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintitrés de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte - Sala de Casación Penal - a pronunciarse de fondo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado ALFONSO CASTRO ACOSTA o ALBERTO CASTAÑO, contra la sentencia de veintinueve (29) de octubre de mil novecientos sesenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como responsable del delito de robo, a la pena principal de seis (6) años de presidio y correspondientes sanciones accesorias.

HECHOS:

Aparecen historiados en la sentencia de primer grado en la siguiente forma:

“En las primeras horas de la mañana del 16 de abril de 1.962 el celador Mardoqueo Villamil fue informado de que al edificio 12-44 de la Avda. Caracas de esta ciudad, habían entrado unas personas, por lo cual el señor Villamil asesorado por un agente de la policía, fue a averiguar lo que ocurría; cuando llegaban a la azotea de allí comenzaron a bajar tres ciudadanos a quienes el agente iluminó con su linterna y el señor Villamil comenzó a requizar por orden del policía, pero cuando tal hacía los desconocidos salieron precipitadamente del edificio y al correr por la calle, otro agente los detenia. Al examinar el sitio de donde salieron los sospechosos, se encontraron signos evidentes de que por allí se había llegado hasta los Almacenes “ADLER” situado en la Avda. Caracas 12-48 de donde se sustrajeron 20 máquinas tejedoras y que posteriormente fueron entregadas a su dueño”.

El proceso fué rituado conforme a las normas del Decreto 0014 de 1.955.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Jaime Peralta Figueroa, obrando como apoderado especial del recurrente, presentó ante la Corte el escrito de demanda que aparece de folios 10 a 21 del cuaderno número 4, escrito que cumple las exigencias legales. Aparte de suministrar una relación de los hechos que motivaron el proceso, en capítulos separados formula la acusación contra el fallo del ad quem con apoyo en las causales segunda y primera del artículo 567 del C. de P. P.

Causal segunda. Para sostener el impugnador que en la sentencia del Tribunal hubo “errada apreciación o interpretación de los hechos”, por haberles “atribuido un valor probatorio que no tienen”, o haberles “negado el que sí tienen”, intenta un análisis de la declaración indagatoria de su poderdante a efecto de concluir que a los dichos de Castro Acosta debió el fallador darles crédito, de acuerdo con el artículo 255 del C. de P. P., ya que los elementos de prueba que se ameritan contra el procesado no merecen credibilidad.

La alegación, sustancialmente, se reduce a reclamar que se den por ciertos los hechos consignados en la indagatoria, explicativos de la conducta de Castro, de acuerdo con los cuales él no intervino en la comisión del ilícito.

Este aspecto le permite al señor apoderado sentar la siguiente conclusión:

“El análisis detallado que se ha hecho anteriormente, nos lleva a la conclusión meridiana de que a favor de mi defendido obra la presunción de veracidad que consagra el art. 255 del C. de P. Penal, y si ello es así, es evidente que los hechos procesales fueron valorados equivocadamente, en forma manifiesta u ostensible, en la sentencia demandada siendo ellos demostrativos de la inocencia del señor ALFONSO CASTRO ACOSTA. Todos los hechos antes estudiados demuestran aisladamente y en su conjunto armónico y conteste, la plena inocencia de mi defendido. Cada uno de ellos constituye, sin lugar a dudas, un indicio a su favor”.

Del mismo modo, es decir, a través de la causal segunda, la demanda acusa el fallo por estimar “interesados, contradictorios, insuficientes y aún ilógicos”

los testimonios de los señores Mardoqueo Villamil, Geremías León y Jesús Antonio Quitian, los que "no constituyen jamás la plena prueba de la responsabilidad penal del señor ALFONSO CASTRO ACOSTA".

Considera el demandante, después de la crítica de dichos medios de prueba que "se hace evidente el error manifiesto en que incurrió el Tribunal al valorar hechos que inciden en la demostración de la irresponsabilidad penal". Estima también que hubo violación ostensible del artículo 224 del C. de P. P. porque tales testimonios "fueron apreciados desconociendo los principios que rigen la sana crítica probatoria". Y porque "de hechos no probados plenamente en el informativo, se dedujeron consecuencias jurídicas" contra el recurrente, se violó también el artículo 223 *ibídem*.

"En conclusión -expresa el libelo- del anterior análisis del acervo probatorio, se observa que la versión dada por el señor ALFONSO CASTRO ACOSTA, tiene el carácter de una declaración integrada en forma indivisible, toda vez que no hay prueba seria que la controvierta. Tal versión predica palmariamente la inocencia de ALFONSO CASTRO ACOSTA. Como el H. Tribunal incurrió en equivocaciones al valorar la prueba, siendo sus errores evidentes o notorios, es obvio que llegó a otra conclusión diferente a la que conlleva el estudio cuidadoso de la prueba de este informativo, conclusión que por basarse en premisas falsas, es igualmente falsa, de toda falsedad".

Causal primera. La alega el impugnador, como consecuente de la segunda, en razón de que si "los hechos procesales fueron valorados equivocadamente, en forma ostensible, por parte del Tribunal en la sentencia demandada, es lógico que tal apreciación incide en la aplicación indebida de la ley penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en cuya opinión el recurso interpuesto debe desecharse, responde así la acusación:

"La indagatoria rendida por Alfonso Castro Acosta, que figura al Fl. 29 del primer cuaderno, contiene los siguientes hechos por él afirmados; que en el momento en que fue capturado se encontraba en la calle 13 con carrera 13; que desconoce, -por completo- la razón de su captura; que se hallaba en el lugar antes dicho porque pensaba tomar un taxi para que lo condujera a su casa.

"Explica que venía de un bar de la calle 14 con la carrera 15 en donde había estado ingiriendo cerveza, sin compañía de ninguna clase. En esta diligencia anota 'que el único delito que he cometido es el de cambiarme de nombre por el honor y honra de mi familia y mis relaciones sociales que son bastantes buenas'.

"De lo anterior se desprende, -acentuando que esta indagatoria fue la única rendida por Castro Acosta-, que su posición fue puramente negativa y que sus explicaciones sobre el caso que se le inculpa y la autoría que en él tuviera fue, exclusivamente, la de presentarse como víctima de una confusión al aprehenderse por los agentes de la autoridad.

"El art. 255 del C. de P. P. nos dice que 'la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el Juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté 'plenamente probado el cuerpo del delito'.

“Qué clase de confesión ‘sui-generis’ encierra la indagatoria rendida por el sindicado Castro Acosta? Absolutamente ninguna; no puede predicarse de ella -su indagatoria- que reconoció hecho alguno que le fuera imputado, sino, a la inversa, que expugnó de manera total la sindicación de robo que se le hiciera. Más aún; el único hecho que aceptó y reconoció fue el de haber dado a la justicia un nombre diferente al que le perteneciera, y las explicaciones que proporciona sobre el particular tienen escaso poder de convicción, para tornarse, en el fondo, un indicio sobre su conducta ilícita.

“Cuanto afirma el señor abogado sobre el particular no tiene atinencia en el caso y las mismas reglas científicas de crítica de la prueba que invoca le son adversas.

“El estatuto de procedimiento penal en sus arts. 295 y 356 retirándose a la manera como debe realizarse la investigación de los hechos por parte del funcionario investigador dice: que éste, con igual celo, debe indagar sobre los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del acusado, así como también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen. Además, -ya dentro de la investigación de los autores-, no le es dable al funcionario limitar el derecho del procesado de hacer constar cuanto tenga por conveniente para descargo o explicación de los hechos, y debe verificar con carácter de urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones. Esta es la letra de las disposiciones citadas.

“En el caso que se comenta no puede tacharse de carente de celo o diligencia al Juez 20 de Instrucción Criminal en el cumplimiento de sus obligaciones. Por parte del sindicado se ofrecieron, solamente, explicaciones pueriles alrededor de su conducta sobre las cuales no podía gestionar investigativamente para hacerlas más concisas o categóricas. Tampoco le coartó el derecho a producir las aclaraciones que juzgara convenientes, lo cual, necesariamente, habría sido materia de constancia en la diligencia de indagatoria por parte del apoderado que le asistió a la misma.

“Las pruebas que arrojó la investigación, -siendo de destacarse el reconocimiento de Castro- por parte de los agentes y del celador (diligencia de careo) no hacían necesaria la pesquisa del instructor en el sentido de establecer la afirmación ambigua de Castro de haber estado bebiendo, solitariamente, en un bar hasta la hora en que fue capturado, cerca de las tres de la mañana.

“Sobre los fallidos fundamentos que invoca el impugnador mal puede suponerse, -como lo hace-, que se haya desconocido la garantía constitucional de defensa que cobija al sindicado y que establece el art. 26 de la C. N. De paso, debe dejarse claramente sentado, que, injertar extrañamente dentro de la causal 2a. de casación un argumento jurídico que tendría operancia en otra causal distinta, la cuarta, hace que la técnica de la misma demanda que la propone sea defectuosa.

“El aserto de los testimonios de Villamil y de Jeremías León y de Quitian sean contradictorios, interesados y deficientes, no pasa de ser una afirmación sin piso si concienzudamente se estudian estas declaraciones que, en concepto de este Despacho, son claras, categóricas y no contradictorias. Los arts. 370 y 371 del C. de P.P., incluidos dentro del capítulo que hace referencia a la investigación de los autores y partícipes de la infracción, sientan las bases y dan las normas para proceder en la diligencia denominada de reconocimiento. A los fo-

lios 72, 79 y 98 obran las diligencias de careo practicadas entre el sindicato Castro y Quitian Medina, Castro y Jeremías León y Castro y Mardoqueo Villamil. Estas diligencias se tomaron en razón de las permisiones que contrae el art. 376 del C. de P. P. y no fueron, como lo afirma el impugnador, reconocimientos practicados a la luz de los arts. 370 y 371. No sobra agregar que los testigos en el curso de los careos reconocieron enfáticamente a Alfonso Castaño o Alfonso Castro Acosta como la persona a quien tuvieron que capturar la noche de autos.

“La violación de los art. 223 y 224 del C. de P. P. por parte del Tribunal, y en referencia a los indicios que militan contra Castro, fluyendo de los testimonios de León, Villamil y Quitian, no la encuentra este Despacho. Para esta Procuraduría la Corporación ad-quem obró jurídicamente al dictar sentencia condenatoria contra Castro y no atropelló en forma alguna el art. 203 del C. de P. P.

“Los cargos consolidados dentro de la causal 2^a. no obtienen, por tanto, demostración.

“No habiéndose demostrado la causal 2^a. huelga el comentario y la respuesta a la causal 1^a. también invocada”.

CONSIDERA LA CORTE:

1o. Dado que se trata de un juicio penal rituado conforme al Decreto 0014 de 1.955, es claro que puede invocarse la causal segunda de casación. Pero para que este motivo prospere, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, el impugnador ineludiblemente ha de demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en manifiesto error en la apreciación del caudal probatorio atinente al cuerpo del delito o a la responsabilidad del agente, bien por haber atribuido a los elementos de juicio un valor que no tenían, o negado a otros el que si tenían.

2o. En el caso sub-judice, los planteamientos del señor apoderado no conducen a la demostración de ese error de hecho y se reducen a expresar, a manera de alegato de instancia, un criterio muy personal y subjetivo sobre el mérito de las pruebas apreciadas por el fallador para condenar al recurrente. En tales condiciones la Corte no tiene por qué actuar dentro de los marcos procesales de un Tribunal ordinario, función que le es extraña e impropia para los fines y efectos del recurso de casación.

3o. El demandante al tratar de dar fundamento a la causal segunda se refiere solo a algunos de los medios probatorios ameritados por el ad-quem, omitiendo un examen integral de ellos, cuya concatenación lógica sirvió precisamente al fallador para la decisión condenatoria. Tal procedimiento no es de recibo cuando de la causal segunda se trata porque la sentencia depende, como es obvio, del análisis y valoración en conjunto de todas las pruebas que se relacionan entre sí.

4o. No estima necesario la Sala ocuparse en detalle de las críticas que el impugnador hace respecto al criterio adoptado por el Tribunal frente a la declaración indagatoria del acusado, principalmente en cuanto a las explicaciones que allí se dan como coartada, de cuya credibilidad podía fundadamente dudar el fallador. Lo propio puede decirse en relación con los testimonios que el demandante considera contradictorios, sin aportar en este particular la demostración de su aserto.

50. Sobre el mérito de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal y sobre la falta de fundamento de la demanda de casación interpuesta, la Corte acoge, por ser jurídico y exacto, el concepto del Ministerio Público, representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y de acuerdo con él desechará el recurso, en los términos del art. 570 del Código de Procedimiento Penal, pues al no prosperar la causal segunda, la primera, que es consecuente de aquella, tampoco prospera.

DECISION:

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 Ministerio Público, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

ALCANCE DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL FUERO PENAL CASTRENSE. LA CORTE REITERA SU DOCTRINA RELATIVA A QUE EL JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL -POR DELITOS COMUNES U OFICIALES-, CORRESPONDE A LA JUSTICIA ORDINARIA. SENTENCIA DEL AD QUEM RECAIDA EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procede la Corte, surtidos los trámites de rigor, a decidir del recurso de casación interpuesto por el procesado JOSE CENON GUTIERREZ GUEVARA, condenado por el Tribunal Superior Militar, en sentencia de 27 de agosto de 1.963, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de 10 años de presidio y a las correspondientes sanciones accesorias. El fallo recurrido en casación confirmó el de primera instancia, original de Comando del Departamento de Policía de Cundinamarca, de fecha 24 de septiembre de 1.962.

ANTECEDENTES

1o. En cuanto a los hechos que dieron origen a este proceso suficiente es decir que a José de Cenón Gutiérrez Guevara se le atribuye haber causado la muerte de la señora Rosa Bustos de Soto, en la noche del 9 al 10 de julio de 1.956 en un establecimiento ubicado en la población de Utica, con arma cortopunzante. Para entonces el sindicado era Agente de la División de Cundinamarca de la Policía Nacional y la investigación y el juicio se adelantaron conforme a las disposiciones que rigen la Justicia Penal Castrense.

2o. Por auto de 31 de mayo de 1.961, el Juzgado de instancia residenció en juicio "por los trámites del art. 544 y siguientes del C. de J. P. M. (Dec. 250/58) a José Cenón Gutiérrez Guevara....., agente del Departamento de Policía de Cundinamarca, por el delito de homicidio en la persona de la señora Rosa Bustos de Soto, esto es, por la muerte que le provino de las heridas causadas la noche del nueve (9) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1.956) en la población de Utica".

3o. Convocado el Consejo de Guerra, la cuestión propuesta a los vocales dió como resultado la absolución de Gutiérrez Guevara, lo que determinó la declaratoria de contra-evidencia del veredicto contenida en el auto de 10 de julio de 1.961.

4o. El Tribunal Militar al conocer de la resolución del inferior optó por decretar "la nulidad de lo actuado a partir del juzgamiento" y en consecuencia se convocó a nuevo Consejo, el cual afirmó la responsabilidad del acusado.

5o. Con base en el nuevo veredicto se profirió el fallo condenatorio.

DEMANDA DE CASACION

Como representante del recurrente formuló la demanda de casación ante la Corte el doctor Pedro Acosta Sánchez, en el escrito que obra de folios 7 a 16 del cuaderno número 2.

Aduce como causales de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P. las contempladas en los ordinales 2o. y 4o., en su orden. Como a todas luces en juicios con intervención del jurado la causal 2a. es improcedente, salvo cuando se trata de hechos que tienen que ver con circunstancias cuya apreciación compete al juez de derecho, la Sala entrará de lleno a ocuparse del motivo de nulidad argüido con invocación de la otra causal.

Sobre este aspecto de la acusación, el demandante expresa:

"En efecto:

"Se inició este proceso el 10 de julio de 1.956, en averiguación del responsable o responsables de las lesiones sufridas por Rosa Bustos de Soto en la noche comprendida entre el 9 al 10 de julio del citado año; lesiones que, a la postre, le causaron la muerte el 20 de los mismos mes y año.

"Por ese tiempo regía el Decreto 1426 de 1.954 que disponía:

"1o. Que por Decreto 1814 de 1.953 se incorporaron las Fuerzas de Policía a las Fuerzas Armadas.

"2o. Que es necesario reglamentar esa incorporación especialmente en lo relativo a la administración de Justicia Penal Militar, decreta:

"Artículo 1o. De todos los delitos que cometan Miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo conocerá la Justicia Penal Militar'.

"Con los documentos que obran a folios 29, 30 y 31 se acredita a cabalidad que el señor José Cenón Gutiérrez Guevara por la época en que sucedieron los hechos que se investigaron por estas diligencias era miembro "de las Fuerzas de Policía en servicio activo".

"Ahora bien:

"En providencia de junio 13 de 1.960 la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con ponencia del Honorable Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez al desatar una colisión de competencias "surgida entre distintas autoridades de la Justicia Penal Militar", analizando el artículo 2o. del decreto 1426 de 1.954, concluyó que la competencia para conocer del proceso que causó la providencia de que vengo hablando, correspondía a la justicia penal ordinaria.

"Dicha jurisprudencia tiene plena vigencia en el caso que nos ocupa, solo con la diferencia de que no se trata de lo preceptuado en el artículo 2o. del

Decreto 1426 de 1.954 sino lo previsto en el artículo 1o. de la misma disposición y en este orden de ideas y siguiendo el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tenemos:

“El fuero penal castrense contemplado en el artículo 1o. del Decreto 1426 de 1.954, con respecto a “los delitos que cometan miembros de las fuerzas de policía en servicio activo”, en la actualidad dejó de existir, pues el actual Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 1958) excluyó de su jurisdicción a los miembros de las fuerzas de policía es decir que el artículo 1o. del Decreto 1426 de 1.954 “rigió desde el día en que fué expedido, hasta el momento en que comenzó la vigencia del Decreto número 0250 de 1.958 -11 de julio”.

“Así las cosas y en desarrollo de lo dispuesto en el citado Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250/58) el artículo 619 ‘dispuso, con respecto a los procesos en curso ‘que por razón de este decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción...’, que se remitiesen inmediatamente (sic) en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal”. Como no se hizo, mejor como no se cumplió lo ordenado en esta norma, que por ser procedimental es de orden público y por ende de extricto cumplimiento, se violó el numeral 1o. del artículo 198 del C. de P. P., el cual por mandato del artículo 201 de la misma obra se actualiza en el recurso extraordinario de casación al tenor del numeral 4o. del artículo 567 ibidem.

“Por manera que las normas de procedimiento (que son las que determinan el fuero) consagradas en el actual Código de Justicia Penal Militar (las cuales son de aplicación inmediata’ a todos los procesos de competencia de la jurisdicción Militar que están en curso, cualquiera que haya sido la fecha de su iniciación, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 153 de 1.887’ (art. 619)’. Disposición que también prescribe que ‘respecto de los procesos en curso ‘que por razón de este decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción....’ que se remitiesen inmediatamente en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador de las Fuerzas Militares, en su concepto de fondo, se opone a la casación del fallo, tanto con fundamento en la causal 2a., como en la 4a. Respecto de esta última, que es la que interesa examinar, pues la 2a. ya se expresó que era improcedente, el señor representante del Ministerio Público estima que los miembros de la Policía Nacional si están amparados por el fuero militar y que, respecto de ellos, es aplicable el Decreto Legislativo 250 de 1.958, sin que obste el Decreto 1705 de 1.960.

CONSIDERA LA CORTE:

1o. Ha sido suficientemente explícita esta Corporación sobre el alcance de las normas reguladoras del fuero castrense, lo mismo para definir el trámite que debe darse a los procesos que se adelanten contra los miembros de la Policía Nacional, que en lo tocante a los hechos cuyo juzgamiento compete a los Tribunales Militares, de acuerdo con el Código de la materia y artículo 170 de la Carta.

2o. De igual manera la Corte en distintas providencias ha determinado el alcance del artículo 40 del Decreto 1705 de 1.960 y, precisamente, por el rei-

terado adoctrinamiento en el particular no vé la necesidad de insistir en una cuestión tan clara como la de que el juzgamiento de los Agentes de la Policía -por delitos comunes u oficiales- es de resorte exclusivo de la jurisdicción ordinaria, máxime cuando la calificación de los procesos ha sido posterior al referido Decreto.

3o. Para abundar en los puntos de vista de la Corporación se inserta aquí lo dicho por ella en auto de 28 de junio de 1.963, reproducido en sentencia de 22 de los corrientes.

“Del hecho de que la Constitución Nacional, Título XVI, establezca que la Policía Nacional es un organismo que forma parte de la ‘fuerza pública’ y que esta sea, por lo tanto, un cuerpo armado, forzosamente no se puede concluir que sea una institución militar y no un organismo de carácter civil, independiente del Ejército Nacional.

“Por el contrario, teniendo en cuenta el carácter de las funciones que debe cumplir la Policía y la forma como actúa ordinariamente y los medios que emplea para cumplir sus fines, los expositores de Derecho Público no han vacilado en reconocer que ésta tiene un carácter civil.

“Asi por ejemplo, el profesor Alvaro Copete Lizarralde, apoyándose en la autorizada opinión de tratadistas como Otto Mayer, Fleiner, Hans Kelsen y Carl J. Friedrich, expone al respecto lo siguiente:

‘El Ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rigidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas. “Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos”’.

‘La policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el ejército no obra nunca por unidades, la policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones.

‘Todos los tratadistas que estudian la noción de policía, están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

‘Aún los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al gobierno y a sus agentes en todos sus grados.

.....

‘Creemos haber demostrado una premisa indispensable para afirmar el carácter eminentemente civil de la policía, a saber: La función de la policía es inherente a las autoridades administrativas. Por esta razón el Presidente es el jefe supremo de la policía, pero así mismo son jefes de la policía en sus respectivos ramos los ministros, los gobernadores y los alcaldes.

‘La atribución 3ª. del artículo 127 del código de régimen político y municipal dá a los gobernadores competencia para “mantener el orden en el departamento y coadyuvar a su mantenimiento en el resto de la República”. Se les enviste, como es obvio, del carácter de jefes de policía dentro del respectivo departamento.

‘El artículo 183 establece, por su parte, que el alcalde, es jefe superior de policía dentro de su respectivo territorio.

‘Si el cuerpo de policía se incorpora a las fuerzas militares, quedaría, como es lógico, dentro de la disciplina militar, sujeta a recibir órdenes solamente de sus respectivos jefes militares. Entonces, para armonizar esta situación con las necesidades administrativas, sería menester convertir a los gobernadores y alcaldes en jefes militares, con el objeto de que pudieran impartir válidamente órdenes a las fuerzas de policía. Esta solución sería en extremo improcedente.

‘Como es claro que de la función policiva no se puede privar a las autoridades administrativas, porque ella es casi su razón de ser, fluye de de manera nítida la inconveniencia, aún más, la imposibilidad de consagrar como norma permanente de la Carta la inclusión del cuerpo de policía en las fuerzas militares’

‘El carácter civil de la policía, y por tanto la competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y agentes, no se puso en duda antes de que, al amparo del prolongado régimen del estado de sitio a que estuvo sometido el país, a partir del 9 de noviembre de 1.949, se expidieran los Decretos Legislativos que incorporaron la Policía Nacional al Ejército y dispusieron que de los procesos en curso contra miembros de la policía debía seguir conociendo la justicia penal castrense.

‘Por esto, cuando se expidió el Decreto 1705 de 1.960, cuyo artículo 40 expresamente le reconoció a la Policía Nacional el carácter de institución civil, que es el que naturalmente le debe corresponder dentro de un régimen de normalidad constitucional, esta Sala estimó lógicamente, como aún lo sigue estimando, que esta disposición tuvo el efecto de desincorporar a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, y que, como consecuencia de este reconocimiento, sus miembros dejaron de seguir amparados por el fuero penal castrense, porque éste, de acuerdo con los términos del artículo 170 de la Constitución Nacional, “solamente es aplicable a los procesos que se adelanten por delitos cometidos por los Militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

‘Por esto, habiendo recobrado la Policía Nacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 40 del Decreto 1705 de 1.960, su carácter de institución civil, mal podían sus miembros seguir considerándose como militares para el solo efecto de ampararse con un fuero que constitucionalmente solo puede comprender a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional” (auto junio 28/63).

4o. Todo lo anterior quiere decir que el recurso prospera por haber recaído la sentencia del *ad quem* en un juicio viciado de nulidad, lo que impone reponer la actuación a partir del auto de 17 de octubre de 1.960 (folio 120 del cuaderno principal), por medio del cual se declaró cerrada la investigación, a efecto de que el proceso pase a conocimiento de la justicia ordinaria.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal-, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA que el proceso se remita, por conducto del Tribunal de origen al Juzgado Superior (repartimiento) del Distrito Judicial de Bogotá, el cual repondrá la actuación, conforme a las normas del procedimiento ordinario a partir del auto de clausura de la investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Humberto Barrera Domínguez.- Samuel Barrientos Restrepo.
Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. ALCANCE DEL FUERO PENAL CASTRENSE

La Corte reitera la doctrina expuesta en providencia del 27 de julio de 1961, relacionada con el juzgamiento de miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares. Infracciones penales consumadas antes de la vigencia del Decreto No. 1705 de 1960.

1. Es obvio que no toda fuerza armada puede ser calificada de militar. Y es claro, igualmente que el Art. 168 de la Constitución Nacional, al reglamentar lo relacionado con la condición "no deliberante" de las Fuerzas Armadas, las comprende a todas; y que el Art. 170 de la misma obra se ocupa de la creación del fuero penal castrense, pero para los militares únicamente.

De lo anterior se desprende, conforme al art. 170 de la Carta, el cual, como se dijo, ha previsto el funcionamiento de Cortes Marciales o de Tribunales Militares únicamente para conocer "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", que el juzgamiento de los Miembros de la Policía Nacional, por infracciones cometidas luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares, o por delitos llevados a cabo antes, pero en relación con los cuales no se ha hecho convocatoria de Consejo Verbal de Guerra, no corresponde a la justicia penal castrense, sino a la ordinaria.

En este sentido se pronunció esta Sala en la providencia de 27 de julio de 1961, doctrina que ha reiterado en numerosas resoluciones proferidas a partir de entonces.

2. Se repite que es de lógica elemental que si la Policía Nacional estuvo sometida al fuero penal militar, porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, al dejar de hacer parte de éstas, para volver a su antiguo y natural carácter de institución civil (como señala el art. 40 del Decreto No. 1705 de 1960), también dejó de estar sujeta a la jurisdicción penal castrense, en cuanto al juzgamiento de sus miembros.

3. El precepto constitucional citado (art. 170) es de aplicación preferencial con respecto a las normas legales que resulten incompatibles con él, de acuerdo con lo que manda el art. 215 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Ante el Comando del Departamento de Policía del Valle cursa el proceso penal seguido contra EDUARDO DE JESUS SILDARRIAGA y otros, por los delitos de "robo común, hurto militar, hurto común y abuso de confianza".

Los hechos tuvieron ocurrencia en los primeros meses del año de 1.959. Y, si bien el 29 de marzo de 1.960 se profirió resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, el Tribunal Superior Militar, mediante proveído de 9 de septiembre del mismo año declaró la nulidad de lo actuado a partir de dicha resolución.

Ahora bien:

El doctor Carlos E. Camacho. E., en su condición de apoderado del señor EDUARDO DE JESUS SILDARRIAGA BENITEZ, solicitó al citado Comando del Departamento de Policía del Valle el envío del proceso a la justicia ordinaria, por estimar que los sindicados no están sometidos al fuero penal castrense.

Esta petición fue negada y, en consecuencia, vino el asunto a esta Sala para que resuelva sobre la colisión de competencias, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

Se fundamenta el proveído que rechaza la petición del señor apoderado de SILDARRIAGA BENITEZ en que la Policía Nacional sigue siendo, sin embargo de lo previsto en el Decreto No. 1705 de 1.960, una fuerza armada; que el artículo 168 de la Constitución Nacional se refiere a la "fuerza armada", para disponer que "no es deliberante"; que las "fuerzas militares" también son fuerzas armadas; que, en consecuencia, cuando el artículo 170 de la Carta alude a los militares para señalar que habrá Cortes Marciales o Tribunales Militares para su juzgamiento, por delitos cometidos "en servicio activo o en relación con el mismo servicio", comprende, asimismo, a las fuerzas de policía, pues éstas y las militares son fuerzas armadas.

Es evidente el sofisma, pues se pretende equiparar la parte con el todo. Es obvio, en efecto, que no toda fuerza armada puede ser calificada de militar. Y es claro, igualmente, que el artículo 168 de la Constitución Nacional reglamenta lo relacionado con la condición "no deliberante" de las fuerzas armadas, en donde quedan comprendidas todas, y que el artículo 170 de la misma obra se ocupa de la creación del fuero penal castrense, para los militares únicamente.

Otra cosa ocurrió cuando las Fuerzas de Policía fueron incorporadas a las Fuerzas Militares, como cuarto componente de estas. Pero el Decreto No. 1705 de 1.960, antes citado, desincorpora a aquéllas de las Fuerzas Militares, pues éstas, ahora, sólo están formadas por el Ejército, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea.

De lo anterior se desprende, conforme al artículo 170 de la Carta, el cual, como se dijo, ha previsto el funcionamiento de Cortes Marciales o de Tribunales Militares únicamente para conocer "de los delitos cometidos por militares en servi-

cio activo y en relación con el mismo servicio", que, el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, por infracciones cometidas luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares, o por delitos llevados a cabo antes pero en relación con los cuales no se ha hecho convocatoria de Consejo Verbal de Guerra, no corresponde a la justicia penal castrense, sino a la ordinaria.

En este sentido se pronunció esta Sala en la providencia de 27 de julio de 1.961, doctrina que ha reiterado en numerosas resoluciones proferidas a partir de entonces.

También se ha expresado en otros proveídos que en cuanto a los delitos cometidos antes de la vigencia del Decreto No. 1705 de 1.960, el fuero penal castrense en el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional se mantiene, si en el proceso correspondiente se ha hecho la convocatoria de Consejo Verbal de Guerra, pues el juez, en tales casos, ha sido ya determinado. No así en los negocios en que dicha resolución no se ha proferido, pues tales procesos se encuentran en estado de sumario.

Se repite que es de lógica elemental que si la Policía Nacional estuvo sometida al fuero penal militar, porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, al dejar de hacer parte de éstas, para volver a su antiguo y natural carácter de institución civil (como señala el art. 40 del Decreto No. 1705 de 1.960), también dejó de estar sujeta a la jurisdicción penal castrense, en cuanto al juzgamiento de sus miembros.

El precepto constitucional citado (art. 170), se insiste, únicamente ha previsto la competencia de la justicia penal militar con relación al conocimiento de "los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio". Y este precepto es de aplicación preferencial con respecto a normas legales que resulten incompatibles con la Carta, de acuerdo con lo que manda el artículo 215 de ésta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, SALA PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito, en el sentido de declarar que el conocimiento del proceso seguido contra EDUARDO DE JESUS SALDARRIAGA BENITEZ y otros, por varios delitos, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria y no a la castrense.

Dése informe de lo resuelto al Comando del Departamento de Policía del Valle (Cali) y ENVIESE el proceso al reparto de los Jueces Superiores de Cali.

Cópiese y Notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial

Simón Montero Torres-. Humberto Barrera Domínguez-. Samuel Barrientos Restrepo-. Gustavo Rendón Gaviria-. Julio Roncallo Acosta-. Primitivo Vergara Crespo-. Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO DE ASESINATO

En tratándose de juicios con intervención del Jurado no es admisible la causal segunda, en orden a debatir los elementos probatorios sobre la responsabilidad del encausado. Diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. Causales 2ª, 1ª. y 7ª. de casación penal.

1. La causal segunda de casación, consagrada por la Ley para impugnar las sentencias que indirectamente han quebrantado la ley por error valorativo de los elementos de juicio, es inepta tratándose de causas criminales con intervención del jurado, pues sabido es que en procesos de esta naturaleza la decisión final de las instancias se apoya en el veredicto, cuando éste, de acuerdo con el criterio del Juez y del Tribunal, no contraría la evidencia de los hechos juzgados.

2. No obstante la sutileza de los planteamientos del señor apoderado en torno a la causal séptima de casación, es del todo evidente que un veredicto afirmativo de la responsabilidad, congruente en un todo con los cargos formulados al acusado en el auto de proceder, jamás puede ser un veredicto contradictorio, inclusive por la ausencia de términos o expresiones que se repelan. En el caso de autos se observa una coordinación lógica entre la vocación a juicio, la cuestión propuesta a los Jurados, el veredicto y la sentencia.

Pretender que hay contradicción en el veredicto por que el Jurado sobreestimó los medios probatorios para afirmar la responsabilidad es un razonamiento sofístico, tendiente a confundir lo contraevidente con lo contradictorio, puesto que el demandante al hacer el cargo a la sentencia a través de la causal séptima lo que quiere es que se acepte por la Corte que hubo contradicción en el veredicto por descansar en pruebas no aptas para la condenación, planteamiento que a la vez desplaza el debate, con toda impropiedad, a la causal segunda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El señor defensor del procesado SEVERO ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE (a. "El Pollo") interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida el veintiuno (21) de marzo de mil novecientos sesenta y uno por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual se condenó al nombrado JIMENEZ AGUIRRE a la pena principal de diez y seis años (16) de presidio y correspondientes sanciones accesorias, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato.

Del mérito del recurso procede la Sala a resolver.

ANTECEDENTES

1o. El hecho delictuoso que determinó este proceso aparece sintéticamente relatado en la providencia del Tribunal que confirmó el llamamiento a juicio, en estos términos:

“En verdad se desconocen los móviles de este atroz crimen. Pero si está demostrado en los autos que cuando el señor Luis Alfredo Tamayo Arboleda, desprevenidamente, cabalgaba por la calle “Arriba” del corregimiento de Altamira, en las afueras de la población, en el camino que conduce al vecino municipio de Urrao, Severo Antonio Jiménez Aguirre (a. “El Pollo”), que se hallaba en la cantina de Joaquín Emilio Caro, siendo más o menos las seis de la mañana del citado dos de diciembre, apuró un trago de aguardiente y le tiró la paga al cantinero, para montarse en una mula que tenía allí, saliendo en pos del desventurado labriego que, pocos instantes después, caía vilmente acribillado de dos certeros disparos de revólver que le hizo el prenombrado Jiménez Aguirre, dejando de existir en el acto.

“Esta versión de los acontecimientos que acoge la Sala sin escrúpulos de ninguna naturaleza, se desprende con meridiana claridad de los testimonios rendidos por los señores Diofanor Emilio Caro Alvarez, Joaquín Emilio Caro Correa, Jorge Velásquez-Mesa y Rosario Correa Urrego, que si bien es cierto que no sabían el nombre del homicida, lo habían oído mentar por su apodo de “El Pollo”, posiblemente muy popular en la región, en donde la violencia política hizo su agosto y no parece haber sido estirpada del todo. 3 vto. 57 y 64 vto. 4 vto. y 59; 5 vto., 58 y 65; 70”.

2o. La vocación a juicio, según los términos de la calificación hecha por el Juzgado Primero Superior (auto de 25 de noviembre de 1.959), formuló el cargo al acusado por el delito de homicidio, advirtiéndose en la parte motiva que el hecho “resulta claramente agravado por la circunstancia que contempla el numeral 5o. del artículo 363 del Código Penal, porque es evidente que el ociso Tamayo fue puesto mediante alevosía en condiciones de inferioridad e indefensión por el procesado, pues con la cautela requerida y sin riesgo alguno para él, accionó su revólver contra su víctima en forma sorpresiva”.

3o. De acuerdo con la fórmula de procesamiento, en la vista pública de la causa cumplida el siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta, al Jurado se le presentó por el Juez del conocimiento, la siguiente cuestión:

“El acusado SEVERO ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE (a. El Pollo) es responsable de haber lesionado con proyectiles de arma de fuego a LUIS ALFREDO TAMAYO ARBOLEDA, a consecuencia de lo cual falleció éste, hecho que ejecutó el acusado con propósito de matar y con alevosía que situó a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, a eso de las seis de la mañana del dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en el sitio o barrio “Calle-Arriba” de la población de Altamira, fracción del Municipio de Betulia?”.

La respuesta del Jurado fue simplemente "Si" (Fl. 140 del Cuad. 1o.).

4o. La sentencia de primer grado acogió el veredicto del Jurado e impuso al responsable la pena de diez y seis (16) años de presidio, como principal, y esa resolución la confirmó el fallo que es materia del recurso de casación (Fls. 141 a 145 y 156 a 163 del cuaderno 1o.).

DEMANDA DE CASACION

La demanda está contenida en el escrito que obra de folios 168 a 189 del mismo cuaderno, y en su forma se ciñe a las exigencias legales.

La acusación contra la sentencia del Tribunal la funda en las casules 1^a, 2^a, y 7^a. de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P. "presentando como principal la causal segunda y como subsidiarias la primera y la séptima".

Causal segunda. Su invocación está precedida en la demanda de un estudio crítico de la prueba testimonial recogida en el curso del proceso, aceptada para efectos del llamamiento a juicio y reconocida por el Jurado como medio idóneo de convicción para el veredicto condenatorio. En su examen el demandante no sólo expone su personal criterio sino que acude a los conceptos de los más connotados tratadistas en materia de pruebas judiciales, para concluir con el siguiente planteamiento:

"Se dejó atrás demostrado cómo la sentencia fue basada en hechos a los cuales se les dio naturaleza de prueba que no tienen, no sólo por cuanto ellos no fueron producidos legalmente, es decir ciñéndose a las normas precisas que el mandato legal les da, sino también porque se pone en boca de testigos declaraciones que no dieron. Es el caso de los reconocimientos al sindicato efectuados con violación flagrante del artículo 371 del C. de P. P. y sobre lo cual la misma Corte Suprema de Justicia ha dicho en casación ya citada, que la falta de las solemnidades prescritas vician la diligencia, le quitan la validez que la Ley le dá. Y es de mayor valor que en el caso sub-judice, porque toda la acusación sale de tales reconocimientos, pues los declarantes antes de actuar en ellos no dicen -porque no lo pueden- que el autor de la muerte de Tamayo hubiese sido SEVERO ANTONIO JIMENEZ, sino un sujeto que dizque apodan "El Pollo", y de cuya identificación, como la narran, imposible es sacar algo de valor legal y que se pueda tener en forma legal para que el juzgador declare la existencia del hecho responsabilidad penal para Jiménez.

"Y si a esta diligencia viciada, sin valor legal alguno, se le suma la actuación del Tribunal Superior, cuando al revisar la sentencia dice que Jorge Velásquez y los Caros, se refieren en su declaración al procesado como la misma persona que hizo los disparos, cuando ello no es cierto, la razón para invocar esta causal es de mayor peso, pues es de esencia que tal causal se aplica cuando en la sentencia se atribuye a los hechos un valor probatorio que no tienen. Y, repito, no podemos olvidar que los hechos así estimados en su prueba, son determinantes de la responsabilidad que se ha querido hacer recaer sobre Jiménez. Luego, sobre hechos no probados, se dictó la sentencia condenatoria, es decir cuando no existe la plena prueba y producida legalmente de que el sindicato es responsable de la infracción penal, lo que es una monstruosa injusticia legal que SS. SS. deben reparar".

Causal primera. Al alegarla el impugnador, como consecuente de la segunda, se limita a decir que "el derecho ha sido mal aplicado al desconocer normas sustantivas de interpretación y valuación de las pruebas, lo mismo que al deducir que no tiene la concurrencia de los elementos indispensables para darla por probada". En su concepto, el fallo "viola tanto la ley adjetiva, al salir de una prueba incompleta, falseada, e ilegal, no plena, como cuando interpreta, con esa misma prueba falsa, los principios de la responsabilidad penal".

Causal séptima. Entiende el impugnador que la sentencia fué dictada sobre un veredicto evidentemente contradictorio, aspecto sobre el cual hace la siguiente lucubración:

"Aclaro: qué diferencia hay entre un veredicto 'evidentemente contradictorio' y otro 'contrario a la evidencia de los hechos?'. Para mí tengo que el primero se refiere a la manifestación del veredicto mismo, es decir, al fallo en su contenido extrínseco o formal; lo segundo dice relación a la inconformidad de lo expresado por el veredicto, con la prueba existente en el informativo. Pero para los efectos de casación cual es la diferencia que impide que un veredicto 'contrario a la evidencia de los hechos' como uno 'evidentemente contradictorio', funden la causal séptima, que no busca sino salvaguardar a la justicia de los yerros naturales en que pueden incurrir el Jurado Popular y los Jueces de instancia? Porqué para mí es mucho más grave para los intereses sociales, cuya protección y tutela están indudablemente encomendados a los administradores de la justicia penal, un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, que maltratan los elementos esenciales de la convivencia social, los postulados rudimentarios de la justicia, y que alarma a la sociedad entera, que un veredicto evidentemente contradictorio, ya que éste no peca sino contra la lógica, o si acaso, contra la sindéresis, sin afectar interés social alguno.

"En el primer caso es donde la más alta autoridad judicial debe atender para enderezar entuertos, que en el último fácilmente es salvable por la mera observación de cualquier empleado subalterno. Y diferente es decir que la soberanía del jurado impide penetrar en su intención, porque el legislador así se la reconoció frente a la instancia en que actúa, pero la casación no es instancia alguna sino un recurso extraordinario, y por ello si es dable pedir que se corrija el error, lo que no traería una violación a esa soberanía del Jurado".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En su respuesta a la demanda de casación el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que el recurso no puede prosperar por ninguna de las causales impetradas.

Anota, con sobrada razón, que tratándose de un juicio con intervención del Jurado, no es admisible la causal segunda, en orden a debatir los elementos probatorios sobre la responsabilidad del encausado, aspecto este que quedó definido en el veredicto en que descansa la sentencia condenatoria.

No siendo admisible dicho planteamiento, por no ajustarse a la técnica del recurso de casación, lógicamente la causal, Primera, alegada como consecuente, tampoco tiene asidero legal, en opinión del colaborador fiscal.

Respecto a la causal séptima ("cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio") el Ministerio Público replica al acu-

sador con la cita de conocidas y no modificadas doctrinas de la Corte sobre el particular, en las cuales la Corporación ha fijado su concepto acerca de la diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente, para concluir "que la causal séptima de casación invocada no tiene la menor cabida en el presente negocio, y debe, por lo tanto no ser aceptada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. Casi resulta superfluo reiterar en este fallo que la causal segunda de casación, consagrada por la ley para impugnar las sentencias que indirectamente han quebrantado la ley por error valorativo de los elementos de juicio, es inepta tratándose de causas criminales con intervención del Jurado, pues sabido es que en procesos de esta naturaleza la decisión final de las instancias se apoya en el veredicto, cuando éste, de acuerdo con el criterio del Juez y del Tribunal, no contraría la evidencia de los hechos juzgados.

2a. Así las cosas, la Sala está relevada de un examen del cargo referido al mérito de la prueba tenida en cuenta por los Jueces de derecho para dictar el auto de proceder, y por los Jueces de conciencia para pronunciar su veredicto, dentro del arbitrio consagrado por el art. 27 de la ley 4a. de 1.943.

3a. Y si no es viable la causal segunda, es obvio que la primera, por lo que antes se anotó, tampoco puede prosperar.

4a. No obstante la sutileza de los planteamientos del señor apoderado en torno a la causal séptima de casación, es del todo evidente que un veredicto afirmativo de la responsabilidad, congruente en un todo con los cargos formulados al acusado en el auto de proceder, jamás puede ser un veredicto contradictorio, inclusive por la ausencia de términos o expresiones que se repelan. En el caso de autos se observa una coordinación lógica entre la vocación a juicio, la cuestión propuesta a los Jurados, el veredicto y la sentencia.

Pretender que hay contradicción en el veredicto porque el Jurado sobreestimó los medios probatorios para afirmar la responsabilidad es un razonamiento sofisticado, tendiente a confundir lo contraevidente con lo contradictorio, puesto que el demandante al hacer el cargo a la sentencia a través de la causal séptima lo que quiere es que se acepte por la Corte que hubo contradicción en el veredicto por descansar en pruebas no aptas para la condenación, planteamiento que a la vez desplaza el debate, con toda impropiedad, a la causal segunda.

Las anteriores breves consideraciones son suficientes para desechar el recurso, conforme a lo ordenado en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con su colaborador 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 referencia y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

SÉNTENCIA EN DESACUERDO CON LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el auto de proceder la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo. Alcance de la causal tercera de casación en los juicios en que interviene el Jurado.

1. Si bien la Corte en repetidas oportunidades ha fijado su criterio sobre el alcance de la causal tercera de casación en los juicios en que interviene el Jurado y a la vez determinado el alcance de la concordancia de la sentencia con el veredicto, también ha tenido ocasión de poner en claro la armonía que deben ofrecer el auto de vocación a juicio, la cuestión que se propone al Jurado, el veredicto mismo y la sentencia definitiva, con el fin de hacer viable la causal aludida en toda su integridad en esa clase de juicios.

Sobre este particular ha dicho la Corte:

".... Ahora bien: en el caso *sub judice* no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la *causal tercera*: en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el *enjuiciamiento*, el *veredicto* y la *sentencia*. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condena o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el Juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

".... No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación que en juicios con intervención del Jurado no pueda presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el Juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que solo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los Jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última ins-

tancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto”.

“... Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas que las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido, autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación”.

En el caso *sub judice*, la anterior doctrina tiene cabal aplicación y con ella puede concluirse: a) Si el pliego de cargos, no solo en la motivación -donde era propio y jurídico- sino en la parte resolutive, abrió el debate respecto de los acusados por el delito de homicidio en complicidad correspondiente, situación procesal que ningún elemento probatorio modificó en el plenario, la decisión final en derecho no podía alterarse, agravándola, la responsabilidad penal del único acusado condenado por los Jueces de conciencia. b) Aunque es cierto, como se desprende de los términos del veredicto, que el Jurado descartó la participación en el delito de los otros dos sindicados, y de manera expresa afirmó que el único autor del hecho lo fue el recurrente, esta determinación en conciencia, ya que es ley del proceso para los absueltos, no afecta el grado de responsabilidad atribuido a Manuel Tiberio Marín en el auto de llamamiento a juicio, aunque parezca repelente hablar de complicidad correlativa después de impartirse absolución a los demás encausados; y c) De esta suerte, en orden a mantener la necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el llamamiento a juicio, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo, en la forma adoctrinada por la Corte, la declaración de responsabilidad, como cuestión de hecho, por el Jurado, debe entenderse como una afirmación simple dentro de los marcos del auto de proceder y de la misma cuestión propuesta con ocasión de la audiencia pública.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, treinta de abril mil de novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte, surtidos los trámites de rigor, a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado MANUEL TIBERIO MARIN, contra la sentencia proferida el treinta (30) de marzo de mil novecientos sesenta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a cuyos términos se referirá este proveído.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen a este proceso los sintetiza así la sentencia de primer grado a folios 182 del cuaderno principal:

"En las horas de la noche del día primero de marzo del corriente año, varios ciudadanos de Cocorná, se reunieron en la casa del señor Luis Giraldo con el fin de tratar asuntos políticos, terminada ella se retiraron y llegaron a la fonda de Inés Posada.

"Cuando se encontraban en la fonda llegaron tres individuos de filiación política contraria a la del primer grupo, y se presentó un pequeño incidente que no tuvo consecuencias de gravedad por la intervención de varios ciudadanos; entonces los que venían de la reunión ocuparon sus puestos en un camión contratado con anterioridad, y los otros se fueron separadamente,

"Llegó el camión a la plaza principal de Cocorná y se oyó un grito ofensivo para los ocupantes del automotor, grito que consistió en "viva el partido conservador, abajo manzanillos hijueputas", como era natural vino la reacción del grupo opuesto, y se manifestó con un viva el partido liberal abajo godos hijueputas".

"Estos antecedentes vinieron a constituir la chispa que sirvió para enardecer los ánimos y los dos bandos opuestos políticamente se atacaron en forma recíproca arrojando piedras, pero se formó un tercer grupo compuesto por seis personas y fijaron el teatro de los acontecimientos en la calle del Hospital y allí resultó lesionado gravemente Arturo Cárdenas quien falleció minutos después, a quien le fue reconocida una herida causada con arma punzante (cuchillo) de cinco centímetros de longitud por cinco centímetros de profundidad, de tres centímetros de longitud por delante del lóbulo de la oreja izquierda en sentido oblicuo hacia abajo y atrás, y de una profundidad de cinco centímetros. Hay sección de la glándula parótida, del músculo esternocleidomastoideo y demás músculos de la región y llega hasta las apófisis laterales del axis y atlas. Hay sección de la yugular izquierda y de la carótida primitiva a nivel del ángulo del maxilar inferior, lado izquierdo..... "Por lo mismo conceptuamos que la muerte fue debida a anemia aguda producida por la sección de estos vasos". (Fl. 11)

"Por la muerte de Cárdenas figuran como sindicados Manuel Tiberio Marín, Pedro Luis Castaño, Julio Ernesto Castaño, Julio Roberto Castaño, Agustín Claver Ribera y Julio Roberto Castaño M."

2o. Clausurada la investigación y oído el parecer fiscal, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante providencia de siete (7) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, calificó el mérito del sumario en estos términos:

"LLAMASE a responder en juicio criminal con la intervención del Jurado a MANUEL TIBERIO MARIN, PEDRO LUIS CASTAÑO y JULIO ERNESTO CASTAÑO, de las condiciones civiles anotadas en la parte motiva, por el delito de HOMICIDIO de que trata el Capítulo 1o. Título XV, Libro 2o. de nuestro Código Penal vigente, en complicidad correlativa, consistente el cargo en haber lesionado con propósito de matar y con arma corto-punzante (cuchillo), a ARTURO CARDENAS GONZALEZ, a consecuencia de lo cual falleció éste momentos después y hecho ocurrido dentro del área urbana de la población de Cocorná en las primeras horas del amanecer del día dos de marzo del corriente año.

"Sobreséese definitivamente en favor de JULIO ROBERTO CASTAÑO, AGUSTIN CLAVER RIVERA y JULIO ROBERTO CASTAÑO M. por los cargos porque han venido respondiendo".

3o. La anterior resolución no fué apelada y con base en ella, sin que al plenario se trajeran nuevos elementos de juicio, se dió vista pública a la causa en los días once y catorce de septiembre del mismo año. A la consideración de los señores Jueces de Conciencia fueron sometidas las cuestiones atinentes a cada uno de los acusados, en iguales términos para todos ellos. La que hace referencia al recurrente dice:

“El acusado, MANUEL TIBERIO MARIN, es responsable de haber lesionado, en complicidad correlativa con Pedro Luis Castaño Castaño y Julio Ernesto Castaño con el propósito de matar y con arma corto-punzante (cuchillo), a ARTURO CARDENAS GONZALEZ, a consecuencia de lo cual falleció éste momentos después, hecho ocurrido dentro del área urbana de la población de Coconá, en las primeras horas del amanecer del día dos de marzo del corriente año?”.

El Jurado en su veredicto afirmó, la responsabilidad de Marín “como único autor” (Fl. 209), y se pronunció negativamente con relación a los restantes enjuiciados (Fls. 210 y 211).

4o. El Juzgado del conocimiento, mediante sentencia de 22 de septiembre del año referido, condenó a Manuel Tiberio Marín, por el delito de homicidio, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio y sanciones accesorias del caso, interpretando que la responsabilidad de dicho procesado tenía que deducirse de acuerdo con los términos del auto de proceder y en consecuencia aplicó los artículos 362 y 385 del C. P.. Los demás encausados recibieron fallo absolutorio (Fls. 220 a 231).

5o. El Tribunal Superior al conocer por apelación del fallo del inferior (sentencia de treinta de marzo de mil novecientos sesenta), lo confirmó con la reforma en cuanto a la penalidad para MANUEL TIBERIO MARIN, quien quedó “condenado, como autor de un delito de homicidio simplemente voluntario (art. 362 del C. P.), a la pena de ocho (8) años de presidio”.

DEMANDA DE CASACION

Obrando como apoderado del recurrente, el doctor Gregorio Quiñonez formuló ante la Corte, en escrito que aparece de folios 12 a 19 del cuaderno número 2, la correspondiente demanda de casación, ceñida en un todo a las prescripciones legales.

En ella, después de una relación de los hechos que fueron materia del juicio, el impugnador formula a la sentencia del ad quem dos cargos, el primero con fundamento en la causal tercera señalada en el art. 567 del C. de P.P. y el segundo con base en la causal cuarta de la misma disposición, para concluir con la petición principal de que “se reponga todo lo actuado en el proceso a que me he referido a partir del sorteo de vocales ya que éstos al ejercer su función violaron las garantías constitucionales de mi poderdante”, y la subsidiaria de “que se invalide el fallo al tenor del literal a) del art. 570 como consecuencia de las causales primera y tercera que también he propuesto”.

Causal tercera. Esta causal, involucrada con la primera, se alega por la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, si bien se trata de un juicio con intervención del Jurado, en los que de ordinario la discordancia suele presentarse es entre la sentencia y el veredicto.

El acusador para fundamentar el motivo de casación parte del principio de que el auto de proceder, según todos sus términos, circunscribió la responsabilidad del recurrente a un delito de homicidio en complicidad correlativa.

“Si a Manuel Tiberio Marin -expresa la demanda- se le dijo en el auto de proceder (sic) por la aplicación de la complicidad correlativa, que no se podía afirmar en una forma rotunda para él la responsabilidad de una autoría como homicida voluntario mal puede condenársele como tal porque se dan por existentes sin que estén probados elementos que integran la tipicidad de esa figura delictiva en una forma carente de lógica y tecnicidad jurídica; Marin no podía ser condenado por cargos que no se le habían formulado; su defensa en esta forma no podía ejercerse satisfactoriamente lo que da motivo a otra causal de casación que más adelante trataré”.

Para el señor apoderado es evidente “que la sentencia del H. Tribunal de Medellín no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder” y por lo mismo “al aplicar la penalidad prevista en el art. 362 del Código Penal con errónea interpretación se hizo una aplicación indebida de la norma citada lo que permite sin mayores esfuerzos dialécticos sostener que por eso es procedente que en forma subsidiaria presente también como causal de casación la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal”.

Causal cuarta. A través de esta el impugnador pretende que hubo en el juicio una nulidad de tipo suprallegal por violación del artículo 26 de la Carta consistente en la extralimitación del Jurado en los términos del veredicto.

Arguye al respecto:

“Ha sostenido la Corte en casación que las nulidades constitucionales decididas por lo dispuesto por el Art. 26 de la Constitución Nacional, aunque no se hallen consagradas en los Arts. 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, deben reconocerse y declararse cuando existan. El defensor de Manuel Tiberio Marin alegó oportunamente nulidad por la mala calificación pero creo que más que todo existe una nulidad de carácter constitucional pues el Jurado al extralimitarse en la apreciación del cargo que en el auto de proceder se formuló estaba actuando en una forma arbitraria y fuera del marco legal. Los señores Jurados conocieron antes de la audiencia, como es natural, el auto de enjuiciamiento donde muy claramente se decía que era imposible afirmar la autoría de los hechos para alguna de las personas llamadas a juicio, sin embargo a pesar de este conocimiento extralimitándose en sus funciones hicieron una afirmación por fuera del marco legal en que debían actuar, por eso, la sentencia de segunda instancia al recoger el veredicto se hace casable ya que recoge una nulidad de carácter constitucional; mal puede en su sentencia el Tribunal condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción cuando el enjuiciado Marin no tuvo oportunidad de defenderse de esta particular situación ya que ella no se le atribuyó en el auto de proceder. No es lo mismo defender a una persona a quien se le dice que no existe prueba de su autoría como homicida que si se le sostiene con previsión del art. 385 que probablemente fue el autor. En realidad hay una diferencia esencial entre la imputación del homicidio simplemente voluntario que exige para su estructuración elementos muy conocidos y la imputación del mismo delito con base en la complicidad correlativa, porque en el primer caso la relación de causalidad se halla demostrada plenamente y en el segundo ese nexo de causalidad es apenas probable, ya que

o que se pretendió según lo ha dicho la Corte con el Art. 385, fue llenar un vacío en la prueba. No es lo mismo el que se llame a juicio a una persona como probable causa de un hecho delictivo que el que se le diga en realidad fue la causa de ese hecho, en el primer caso la defensa se refiere a una mera probabilidad en el segundo caso atiende una autoría plena que como es obvio es más gravosa; la defensa no es una protección graciosa del estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, si fuera facultativo del Jurado ir más allá de los cargos formulados en el auto de proceder toda defensa quedaría al arbitrio del mismo y de nada serviría el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que este se defienda en el auto de llamamiento a juicio”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su respuesta a la demanda se opone a la casación del fallo, alegando que no tienen asidero legal las causales invocadas,

El señor Representante del Ministerio Público se refiere en primer término al cargo de nulidad para sostener que es impertinente el planteamiento en este particular, dado que en momento alguno sufrieron mengua los derechos del recurrente en cuanto a su defensa en juicio, ya que, por el contrario, gozó de todas las garantías procesales en el desarrollo de la causa, sin que sea jurídico admitir que el pronunciamiento del Jurado o su interpretación por el sentenciador entrañen violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

La causal tercera la rechaza la Procuraduría Delegada porque el Jurado al absolver a los Castaños, prescindió de esa ficción legal de la complicidad correlativa y al actuar así no incurrió en desacato alguno de la ley”; entiende el distinguido colaborador que el Jurado simplemente hizo uso de su soberanía y criterio.

Para afianzar su aserto cita en parte la sentencia proferida por esta Corporación el 15 de marzo de 1949, según la cual “el problema de la responsabilidad es individual y esto sirve de base para que el Tribunal de conciencia pueda absolver a unos procesados y condenar a otros”.

Por último, el Ministerio Público aduce los siguientes argumentos, en orden a descartar la causal tercera:

“El Jurado, al hacer uso de su soberana facultad de interpretar la prueba para dictaminar en conciencia, dió muestras de una más clara visión que la del señor Fiscal que actuó en la audiencia y que pidió la absolución de los sindicados en la forma que atrás se ha dejado relatada, porque sin vacilación dijo quien era el verdadero responsable del homicidio. Resolvió, pues, impartir justicia absolviendo a los Castaños y condenando a Marin.

“Y es que no puede admitirse que los cargos imputados al acusado en el auto de proceder sean inmodificables hasta el extremo de que la sentencia tenga necesariamente que condenar en estricta conformidad con ellos. Absolutamente. Si ello fuera así, carecería de objeto alguno el término probatorio dentro del plenario ninguna importancia tendría la intervención del jurado en ciertos negocios que son del conocimiento del Juez Superior”.

Como la causal primera la invoca el demandante subsidiariamente, o mejor, casi de manera tangencial, los argumentos del impugnador son desechados de plano por el Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. Estudiado el texto de la demanda, aunque en ella se aducen las causales tercera y cuarta como principales, y en cierta forma, sin mayores fundamentos, la primera, como secuencia de la que es motivo primordial de impugnación, aparece claro que el ataque al fallo del ad quem deriva de la falta de concordancia entre el auto de proceder y la sentencia.

2a. Es cierto que este importantísimo aspecto de derecho lo examinó a espacio el Tribunal Superior, el que estimó al decidir la causa que de acuerdo con el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, la base del fallo tenía que ser el veredicto y no, exclusivamente, el pliego de cargos, sin dejar de desconocer la importancia de la providencia de calificación.

Entre otras razones, para condenar al recurrente en la forma prevista por el artículo 362 del C. P., sin admitir la complicidad correlativa en la comisión del homicidio, el Tribunal expresó:

“En los procesos de competencia de los Jueces Superiores en que se requiere la intervención del Jurado, es éste quien define o determina la responsabilidad y no el Juez. Por eso la ley 4a. ordena que se le pregunte si N. N. “ES RESPONSABLE” y faculta a esa entidad para que, si no está de acuerdo con el contenido del cuestionario, agregue otras breves explicaciones.

“En el auto de proceder, el Juez de la causa no define responsabilidades. Apenas se contempla en esa providencia una imputación y se establece si existe o no la prueba idónea para residenciarlo en juicio por que se estima que puede ser responsable como autor o partícipe en el delito investigado. Por consiguiente, es al Jurado a quien le corresponde, como ya se vió, resolver en definitiva sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del encausado, bien sea considerándolo como autor o partícipe. Y después, el funcionario de derecho, profiere la sentencia acatando el veredicto o declara contraevidente la decisión de los Jueces Populares si carece de bases probatorias en los autos.

“De todo lo que se ha expuesto se puede concluir lo siguiente: El veredicto del Jurado es demasiado claro. Se rechazó la tesis de la complicidad correlativa, porque las constancias procesales le demostraron que el autor del homicidio fue Manuel Tiberio Marin. Ese delito fue calificado como simplemente voluntario o sea de los que se reprimen conforme a lo estatuido en el artículo 362 del C. P., desde el auto de proceder y afirmada su tipificación con el veredicto, Arbitrariamente o mejor equivocadamente creyó el Juez del conocimiento que el Jurado no podía retirarse de los límites que en relación con las circunstancias en que se cometió el delito, les fijó en la providencia calificadora. Y equivocadamente también procedió al desconocer el veredicto en su significación clara y dictar la sentencia con aplicación de una disposición legal que no era la pertinente, o sea el artículo 385 del C. Penal.

“El Tribunal de conciencia afirmó que Manuel Tiberio Marin había sido quien hirió con propósito de matar y a consecuencia de lo cual falleció, a Ar-

turo Cárdenas. Es decir, reconoció todos los elementos configurantes del delito de homicidio simplemente voluntario, a los cuales se refiere nitidamente el artículo 362 del C. Penal. Y para no dejar duda alguna de que no había procedido mediante las circunstancias de la complicidad correlativa, negó la responsabilidad de los otros procesados y explicó su veredicto con las expresiones "como único autor".

3a. Si bien la Corte en repetidas oportunidades ha fijado su criterio sobre el alcance de la causal tercera de casación en los juicios en que interviene el Jurado y a la vez determinado el alcance de la concordancia de la sentencia con el veredicto, también ha tenido ocasión de poner en claro la armonía que deben ofrecer el auto de vocación a juicio, la cuestión que se propone al Jurado, el veredicto mismo y la sentencia definitiva, con el fin de hacer viable la causal aludida en toda su integridad en esa clase de juicios.

Sobre el particular, en sentencia de diez y siete de abril de mil novecientos sesenta y uno (casación de Marco Antonio Ruiz Cadena. Homicidio), expuso:

".....En los juicios con intervención del jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa.

"De allí por qué, por mandato del artículo 28 de la ley 4a. de 1.943, que derogó el 498 del C. de P. P., 'El cuestionario que el Juez someta al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: el acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica). Porque el auto de proceder es la demanda contra el procesado, y en la motivación, a más de la 'calificación genérica en el hecho que se imputa', deben consignarse 'las circunstancias conocidas que lo especifiquen, (C. de P. P. Art. 431). El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C. P., sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. Por ello el C. de P. P. sólo autoriza al Juez para en la sentencia, cuando se trata de juicios con intervención del Jurado, apreciar y calificar 'las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito', puesto que si de tales se trata están dentro de la órbita de los jueces de hecho.

".....Y están dentro de la órbita del Jurado siempre y cuando las haya consignado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que específicamente agraven la infracción imputada. Dicho en otros términos: el jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su misión juzgadora. Pero sí, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento

to es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a la decisión del Jurado.

“Con toda claridad ha dicho en repetidas ocasiones esta Sala:

“El auto de enjuiciamiento constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda”. (Cas., 15 abril 1.931, XXXVIII, 532).

“Es doctrina sentada por la Corte que en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al hecho punible. De tal suerte que si en aquella pieza no se le imputan al acusado la premeditación o las cualitativas de asesinato, por ejemplo, no pueden tampoco figurar después ni en el cuestionario para los jueces de hecho ni en la sentencia. Claro es que la condenación no estaría entonces en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y que no tendría el acusado las garantías fundamentales de su defensa, puesto que imputándosele determinado cargo para responder dentro del juicio habría la imposibilidad moral de defenderse de otro más grave que no se le formuló, y también la imposibilidad legal y constitucional de condenarlo sin haberlo oído y vencido en juicio en lo relativo a ese mismo cargo más grave” (Cas., 29 de noviembre de 1.933, XLI, bis, 162).

“Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el art. 26 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las normas propias de cada juicio” (Cas., 13 agosto 1.940, L, 532).

“El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así, el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas modificadoras que dentro de determinada especie de delito crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas modificaciones favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo: si en el enjuiciamiento por homicidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional (Código de 1.936) o involuntario (Código de 1.890), la sentencia no podría declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por un homicidio simplemente voluntario (o intencional, como lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación; y que el jurado no sólo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. ¿Podría entonces el juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder que equivale a la demanda formulada por el poder público en contra del reo; y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio”. (Cas., 19 febrero 1.941, LI, 85).

“El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado y es mejor, cuando el juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así. De manera que si no habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cuestionario al jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias. En el caso concreto a que alude el proceso se describieron en el auto de proceder, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo *asesinato*, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumó, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el juzgado que lo profirió formula implícita pero elocuentemente la inculpación de asesinato’. (Cas., 15 septiembre 1.942, LIV, 173).

“Del contenido del art. 431 del C. de P. P., y especialmente de lo que estatuye el numeral 3o. se desprende que el juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio, debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el *nomen juris* que le corresponde a la infracción penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprende naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo es preciso, enunciarlo discriminando con base en las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son: la apropiación de cosa mueble, ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el juez de la instancia llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo si no se ha establecido la existencia de la violencia, pues entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso: el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen, las características circunstancias que lo especifiquen. En efecto, si un homicidio se ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el art. 363 del C. P., que lo transforman en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esas circunstancias en la providencia enjuiciatoria. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el art. 404 del C. P., por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder’ (Cas. 5 novbre. 1.947, LXIV, 156).

“No se puede agravar en la sentencia el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del jurado, apenas fue intencional.

“No puede el juez someter al jurado cuestión tan grave como la premeditación, si fue expresamente excluido de los cargos formulados en el auto de proceder, hubiérase aplicado el antiguo o el nuevo estatuto procesal penal, porque el enjuiciamiento es la base de la sentencia, por ser el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que inicie su defensa. (Casación de 27 de octubre de 1.941, G. J., tomo LVIII, número 2016, pág. 353.).

“El auto de proceder, el veredicto y la sentencia, etapas esenciales del juicio criminal, están entre sí vinculadas en una lógica relación de causa a efecto, en forma tal que la sentencia debe acomodarse al veredicto y éste al auto de proceder, a menos que en el período probatorio se modifique la calificación he-

cha en el auto referido. Y es vínculo éste que varias normas crean y protegen en beneficio de los intereses de la justicia y del procesado; así, el juez no puede presentar al jurado sino los hechos y circunstancias que se hayan comprendido en la calificación del sumario, ni el jurado puede dar decisiones que se opongan a la evidencia de los hechos, ni los falladores pueden aceptar veredictos que contengan semejante oposición. Y es tan grave la omisión de tales deberes, que todas las legislaciones crearon este recurso extraordinario de (Casación) con la finalidad de reintegrar al patrimonio del procesado el derecho de que se le privó -el de defenderse oportunamente de los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder y no de otros- y que la Constitución garantiza, en virtud de la norma, según la cual nadie quede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio. (Casación de Jorge Enrique Yezpe, de 17 de agosto de 1.945, G. J., Tomo LIX, números 2022 a 2024, página 498",

"....Ahora bien: en el caso sub judice no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la causal tercera: en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"....No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación que en juicios con intervención del Jurado no pueda presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el Juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que sólo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel traslado del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

"....Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas de las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, sobretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido, autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación".

4a. En el caso sub-judice, la anterior doctrina tiene cabal aplicación y con ella puede concluirse:

a). Si el pliego de cargos, no sólo en la motivación -donde era propio y jurídico- sino en la parte resolutive, abrió el debate respecto de los acusados por el delito de homicidio en complicidad correspectiva, situación procesal que ningún elemento probatorio modificó en el plenario, la decisión final en derecho no podía alterar, agravándola, la responsabilidad penal del único acusado condenado por los jueces de conciencia.

b). Aunque es cierto, como se desprende de los términos del veredicto, que el Jurado descartó la participación en el delito de los otros dos sindicados, y de manera expresa afirmó que el autor único del hecho lo fué el recurrente, esta determinación en conciencia, que ya es ley del proceso para los absueltos, no afecta el grado de responsabilidad atribuido a Manuel Tiberio Marín en el auto de llamamiento a juicio, aunque parezca repelente hablar de complicidad correlativa después de impartirse absolución a los demás encausados; y

c). De esta suerte, en orden a mantener la necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el llamamiento a juicio, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo, en la forma adoctrinada por la Corte, la declaración de responsabilidad, como cuestión de hecho, por el Jurado, debe entenderse como una afirmación simple dentro de los marcos del auto de proceder y de la misma cuestión propuesta con ocasión de la audiencia pública.

5a. Consecuente con la tesis expuesta la Sala estima que la responsabilidad del acusado Manuel Tiberio Marín debe deducirse de acuerdo con los artículos 362 y 385 del C. P., tal como lo hizo el Juzgado del conocimiento, y en este sentido se casará la sentencia recurrida, dando por demostrada la causal tercera.

6a. En cuanto a la individualización de la pena, teniendo en cuenta que al procesado no se le consideraron en su contra circunstancias de mayor peligrosidad, y en cambio, se le abonaron las que le son favorables, conforme al artículo 38 del mismo estatuto, puede estimarse correcta la hecha por la instancia.

DECISION:

Por 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, INVALIDA parcialmente el fallo recurrido, para en su lugar condenar al procesado Manuel Tiberio Marín, por el cargo a que el juicio se refiere, a la pena principal de CUATRO (4) AÑOS DE PRESIDIO, en vez de OCHO (8). Las sanciones accesorias que entrañen duración quedan reducidas en el mismo término. En lo demás rige la sentencia del Tribunal.

Como el acusado Manuel Tiberio Marín Marín, según consta en el expediente, ha sufrido ya en detención preventiva la pena aquí impuesta, decretase su libertad incondicional, la cual será comunicada telegráficamente a la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, establecimiento donde se encuentra recluso el acusado. En la comunicación se harán las advertencias de rigor.

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

Simón Montero Torres. (Salvando Voto). -Humberto Barrera Domínguez.- Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo., -Pioquinto León L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. SIMON MONTERO TORRES
AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR.

El suscrito se separa, con el debido respeto, del criterio y conclusión, acogidos en el fallo que precede, en orden a las siguientes razones:

a). En la "parte resolutive" del llamamiento a juicio, con arreglo a lo dispuesto en el Inciso del artículo 431 del C. de P. Penal, el delito se determinará conforme a su denominación genérica, sin señalar "la especie a que pertenece", ya que de hacerse, "la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito" (Sent., 25 agosto 1.947, LXIII, 424).

b). "Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables en cuanto al género del delito, de suerte que se ha de condenar o absolver según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente), puedan modificarlo" (Sent., 14 agosto, LXIII, 415).

c). En la "parte motiva" del auto de proceder, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3o. del predicho texto, "es necesario particularizar" el delito en razón de "las características circunstancias que lo especifiquen", las cuales, si fueran inmodificables, "carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales" (Sent., 15 mayo 1.946, LX, 532).

d). En el cuestionario, según lo prescrito en la ley 4a. de 1.943, "debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica" (Sents., 31 agosto 1.955, LXXXI, 254; 10 diciembre 1.955, LXXXI, 881).

e). La pretermisión en el cuestionario de aquellas "circunstancias favorables a los intereses del procesado", reconocidas expresamente en el llamamiento a juicio "atenta contra las bases esenciales del proceso, ya que prácticamente conduce a la violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta, que determina que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio" (Sents., 16 febrero 1.949, LXV, 444; 17 julio 1.951, LXX, 116).

f). La complicidad correlativa, reconocida en el auto de proceder, exige, en esta suerte, ser incluida en el cuestionario, puesto que de omitirse se incurre en "violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta".

g). "La complicidad correlativa en procesos con Jurado, de acuerdo con la doctrina, requiere, además de sus elementos esenciales, que la haya reconocido, el Juez en el auto de proceder y el Jurado en el veredicto (éste en todo caso)", (Sents. 5 julio 1.949, LXVI, 399; 3 septiembre 1.949, LXVI, 657; 11 septiembre 1.951, LXX, 524).

h). "La calificación de la complicidad correlativa, por su contenido y carácter, es privativa del jurado y no de los Jueces de derecho, a los cuales sólo compete la de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad" (Sent., 27 febrero 1.957, LXXXIV, 148).

i). La respuesta del Jurado, respecto de la complicidad correlativa, incluida en el cuestionario, precisamente en atención a que se reconoció en el llamamiento a juicio, no podía subordinarse, sin quebrantar los principios rectores de aquella institución, al previo y tácito entendimiento de que si ella no se limitaba a la simple y escueta ratificación del expresado reconocimiento del auto de proceder, tendría que ser desechada.

j). La doctrina que invoca el fallo, en su aplicación al caso de autos, lleva a desconocer la respuesta del tribunal popular, consignada en términos que fijan la responsabilidad del procesado, no en el carácter de cómplice correlativo, sino en las condiciones de autor, sólo porque no se repara en que, como lo ha sostenido, repetido y recabado la Corte, "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado" (Sents., 16 febrero 1.949, LXV, 444; 17 julio 1.951, LXX, 116).

k). El fallo viola el artículo 499 del C. de P. Penal, en cuanto que de esta norma se desprende que las circunstancias modificadoras de la responsabilidad son de la privativa competencia del Jurado, el cual, de este modo, si las excluye en su veredicto, como ocurrió en el caso de autos con relación a la complicidad correlativa; obliga al juzgador en derecho a prescindir de ellas al pronunciar la sentencia, la que, bajo ningún pretexto ni excusa, puede elaborarse, en obediencia al mandato del artículo 480 de la misma obra, en desacuerdo con la calificación que aquél dé a los hechos, disposición que, al igual que la primera que se indica, resultó también violada.

Fecha: ut supra.

Simón Montero Torres

PROCESO POR HOMICIDIO. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA NULIDAD CONSTITUCIONAL.

Mérito de las pruebas aducidas por el impugnador en la estimación jurídica de la responsabilidad del acusado. Error del acusador en la formulación de la demanda. La nulidad constitucional referida a las garantías del proceso, incide de modo particular en el juicio y no en la averiguación sumaria.

Debe la Corte insistir en que la nulidad supralegal, referida a las garantías fundamentales del proceso, incide de modo particular en el juicio, propiamente dicho, y no en la averiguación sumaria. Y si del derecho de defensa se trata, cabe hablar de nulidad constitucional cuando al acusado, arbitrariamente y contra postulados legalmente reconocidos, se le priva de las facultades propias a ese derecho y de las garantías necesarias para ejercerlo en el juicio.

En el caso a estudio no se contemplan esas hipótesis. Lo ocurrido en el desarrollo de la causa no impidió al acusado y a su defensor debatir con toda amplitud los hechos y los presupuestos de la responsabilidad, y ante el Jurado, sin traba alguna, el señor defensor tuvo ocasión de analizar el recaudo probatorio para ilustrarlo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado BRAULIO VALENCIA, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 18 de octubre de 1.962, mediante la cual fue condenado, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de ocho (8) años de presidio y accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen al proceso los resume la sentencia del ad-quem en estos términos:

"Informan los autos, que en la noche del 24 de diciembre de 1.960, por cuestiones de poca monta, se suscitó una reyerta en la carrera 28 con calle 26 sur

de esta ciudad a eso de las once de la noche del citado día, en la que tomaron parte varias personas, entre ellas los hermanos Miguel y Jesús Humberto Hurtado Pérez, en la cual éste último recibió una grave lesión con arma corto-punzante que le produjo la muerte momentos después en el Hospital de la Hortija, a donde fue conducido de urgencia.

“Por tales hechos el Juzgado del conocimiento al calificar el mérito de la sumaria, en providencia de fecha julio siete de mil novecientos sesenta y uno, llamó a responder en juicio ordinario con intervención del jurado de conciencia al sindicado Braulio Valencia, hijo de Emma Valencia de Plata, soltero, natural de Río Frío (Valle), vecino de Bogotá, de unos diez y nueve años de edad, zapatero de profesión alfabeto y de buenos antecedentes, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Jesús Humberto Hurtado Pérez y como ejecutado dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar conocidos, y sobreseyó definitivamente a favor de Lino Adonal Valencia, determinación ésta que, aun cuando se ordenó su oportuna consulta, no se hizo en la forma ordenada por el artículo 430 de C. de P. P., por cuya razón y por simple economía procesal, se resolverá en providencia separada”.

2o. El acusado BRAULIO VALENCIA fué llamado a responder en juicio, con intervención del Jurado, por el delito de homicidio, en providencia de siete de julio de mil novecientos sesenta y uno, emanada del Juzgado Sexto Superior de este Distrito. De acuerdo con los términos del auto de proceder, compareció en audiencia pública los días dos y tres de agosto de mil novecientos sesenta y dos, oportunidad en que a los Jueces de conciencia les fué sometida la siguiente cuestión:

“El acusado BRAULIO VALENCIA, es responsable SI o NO, de haber causado voluntariamente la muerte a JESUS HUMBERTO HURTADO PEREZ, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo), en la noche del veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos sesenta (1.960), en la comprensión de este Distrito Judicial?”.

3o. El Jurado respondió: “SI ES RESPONSABLE, PERO EN RIÑA IMPREVISTA PROVOCADA POR EL PROCESADO BRAULIO VALENCIA” (folio 128, cuaderno principal).

4o. El Juzgado del conocimiento en desarrollo del veredicto dictó el fallo condenatorio el diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, en el cual impuso al procesado la pena mínima que corresponde al homicidio simplemente voluntario, entendiendo que la agregación hecha por el Jurado “aniquila la atenuación contenida en el art. 384 del C. P.”, sin que sea dado “tildar tal respuesta de contraevidente”.

5o. El Superior confirmó la decisión de la instancia por encontrarla ajustada a derecho, con algunas adiciones en cuanto a las penas accesorias.

DEMANDA DE CASACION

El Doctor Carlos Arturo Gil, quien viene representando al acusado desde la etapa sumarial, formuló, en su calidad de defensor, la demanda de casación, en la cual, después de relacionar los hechos e historiar detalladamente la actuación procesal, impugna la sentencia con apoyo en las causales 4a. y 1a. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El motivo de cargo fundado en la causal cuarta, enderezado a demostrar que la sentencia del Tribunal se produjo en un juicio viciado de nulidad suprallegal, lo hace consistir el demandante en el hecho de no haberse practicado durante la investigación y, posteriormente, dentro del juicio, algunas pruebas consideradas por el impugnador de especial mérito para la debida estimación jurídica de la responsabilidad del acusado.

Las pruebas a que se refiere la demanda eran los careos entre el procesado y dos de los testigos examinados en el sumario; diligencia de igual naturaleza entre varios de los declarantes que ofrecían contradicciones, y reconstrucción de los hechos, las cuales no pudieron llevarse a cabo por circunstancias que aparecen debidamente consignadas en el expediente.

El resumen de la acusación por este aspecto aparece en el libelo así:

"El Derecho de Defensa del procesado fue desconocido desde la etapa del sumario, y lo fue sobre un derecho que es convertido en petición de pruebas y en la obligatoriedad de su práctica, siendo todas esenciales y conducentes. El fin de dichas pruebas pedidas, ordenadas pero no practicadas, era claro y favorable al sindicado: probar que los hechos no habían ocurrido en forma continua, sino en dos partes; que en la primera parte había ocurrido el incidente entre el procesado y Miguel Hurtado Pérez, hermano del occiso; probar que éste se había retirado y había regresado acompañado por la "Cuadrilla" de que se habla en el proceso; que éstos habían atacado con chapas a Valencia y sus dos amigos, por lo cual aquel con el arma de Pedro Rivera Delgado había tenido que hacer frente para defenderse; probar que mientras Miguel Hurtado se le enfrentaba de frente, otros atacaron por detrás a Valencia y lo tumbaron, por lo cual éste desde el suelo esgrimió el cuchillo hiriendo a Jesús Hurtado, con quien Valencia no había tenido altercado o desafío alguno. Entonces, se aclaraba que Valencia no había sido ni promotor ni provocador de riña respecto de Jesús Humberto Hurtado, el occiso, y que, sólo por el regreso de Miguel Hurtado y sus compañeros a buscar pelea a Valencia y sus dos amigos, se produjeron los hechos.

"Está bien lo que sostiene la doctrina en este caso, si aún se negase que al no practicarse dichas pruebas, fue porque no se consideraron esenciales y conducentes, siéndolo en alto grado.

"Pero entrado el período del juicio, se reincidió en la negativa de ese Derecho de Defensa, ya vulnerado gravemente desde el sumario. Ni el juzgado 8o. Penal Municipal, ni la Inspección 9ª. Distrital de Policía, tuvieron a bien cumplir la comisión en respecto a dicho fuero. La constancia secretarial de la Inspección 9ª. fue una clara burla como lo fueron las dejadas por el Juzgado 4o. de l. Criminal en la etapa del sumario.

"El Juzgado 8o. Penal del Municipio sólo se preocupó por efectuar dos careos, y no libró más que una boleta, absteniéndose de agotar los medios de que dispone para hacer cumplir y obedecer las órdenes o decisiones; y como se ha demostrado, no profirió auto alguno ordenando la reconstrucción de los hechos y los demás careos ordenados por el juez comitente.

"Se quedaron sin practicar, pues, pruebas esenciales y más que conducentes a los intereses de la defensa.

“Esta denegación de justicia, por la cual no se cumplió con todos los requisitos del juicio penal, originó la nulidad constitucional, y a través de ella se violó la ley procedimental.

“Fueron violadas particularmente las siguientes disposiciones:

“447 y ss del C. de P. Penal; 457 y ss del mismo, puesto que quedaron afectadas de aplicación inválida, por haberse denegado el derecho de defensa, en la oportunidad en que éste se hizo manifiesto por la petición de práctica de pruebas que no lo fueron por culpa de la misma justicia.

“Responsable de esta causal fue la sentencia de segunda instancia”.

La causal primera, alegada como consecuente de la anterior, esta orientada a demostrar que si la sentencia de segundo grado se produjo en un juicio viciado de nulidad, “no se podía dar aplicación al artículo 362 del C. Penal, pues no se puede condenar a quien no ha sido vencido en un juicio cumplido con el lleno de todas las formalidades legales”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El recurso de casación, según conceptúa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, no puede prosperar porque las causales aducidas no tuvieron demostración ni son atinentes al caso sub-judice.

Respecto a la pretendida nulidad constitucional, consistente en haberse quebrantado en el proceso el derecho de defensa, el colaborador fiscal rechaza el cargo, no sin detallar antes con toda exactitud las diligencias cumplidas en la actuación (sumario y juicio) en orden a allegar las pruebas solicitadas en la instrucción y en la causa, y poner en evidencia que el recurrente, no obstante el memorial presentado el 19 de enero de 1.962, en el cual manifestó “que para el acto de la audiencia pública me reservo el derecho de solicitar que se practiquen las pruebas que no fueron recibidas en el plenario, para ver si de esta manera se subsana la nulidad existente”, se abstuvo de acogerse a los artículos 451 y 473 del C. de P. P..

Dice sobre este particular y para concretar su criterio en torno a la causal cuarta el señor Procurador Delegado:

“Pero ese derecho que el doctor Gil dijo que se reservaba para el momento de la audiencia pública, no fué ejercido por éste, como que durante la celebración del juicio público no insistió en reclamar que se efectuaran las pruebas que en pasadas ocasiones había calificado de trascendentales o decisivas. Se limitó apenas a exponer una serie de razones en pro de su patrocinado, a remarcar la existencia de dos versiones distintas sobre el suceso o hecho en virtud del cual fué encausado Braulio Valencia, y a pedirle al Juri que respondiera la cuestión o pregunta sometida a su consideración, declarando que Valencia había obrado en legítima defensa, o, en el peor de los casos, en legítima defensa excedida.

“Siendo ésta la realidad de las cosas, viene a resultar improcedente hablar ahora ante la H. Corte (como Tribunal que es de casación y no de instancia, que como tal no puede declarar contraevidente o injusto un veredicto), que las pruebas que no se practicaron durante el curso del juicio, son decisivas porque de haberse llevado a cabo, habrían influido en el desenlace de la acción.

“Improcedente sí, porque tal razonamiento en definitiva corresponde a una hábil y sutil manera de reclamar contra la apreciación dada a las pruebas del proceso, apelando a la causal cuarta de casación, que no a la segunda, precisamente por estar expresamente adoctrinado por la jurisprudencia nacional, que este último motivo de impugnación no es viable cuando se trata de un asunto en que —como en el presente— la responsabilidad del reo ha sido cuestión decidida soberanamente por los Jueces de conciencia”.

En cuanto a la causal primera, el Ministerio Público estima que habiendo sido invocada como consecuente, tampoco puede prosperar.

CONSIDERA LA CORTE:

1o. Ante los planteamientos consignados en la demanda sobre nulidad constitucional del juicio estima la Corte que el acusador incurre en error porque en momento alguno el derecho de defensa del acusado sufrió mengua por la circunstancia de no haberse logrado la práctica de algunas de las pruebas en que tenía interés el representante de VALENCIA. En efecto, como con todo acierto lo observa el distinguido colaborador fiscal, el defensor no insistió en esas pruebas, que pudieron ser cumplidas en el curso de la audiencia pública, ni por falta de ellas el Jurado dejó de apreciar los elementos de convicción contradictorios, para en conciencia proferir su veredicto, ya que en el debate público de la causa las partes examinaron todos los aspectos probatorios y sus puntos de discrepancia.

2o. Debe la Corte insistir en que la nulidad suprallegal, referida a las garantías fundamentales del proceso, incide de modo particular en el juicio, propiamente dicho, y no en la averiguación sumaria. Y si del derecho de defensa se trata, cabe hablar de nulidad constitucional cuando al acusado, arbitrariamente y contra postulados legalmente reconocidos, se le priva de las facultades propias a ese derecho y de las garantías necesarias para ejercerlo en el juicio.

En el caso a estudio no se contemplan esas hipótesis. Lo ocurrido en el desarrollo de la causa no impidió al acusado y a su defensor debatir con toda amplitud los hechos y los presupuestos de la responsabilidad, y ante el Jurado, sin traba alguna, el señor defensor tuvo ocasión de analizar el recaudo probatorio para ilustrarlo.

3o. De otra parte, como antes se anotó en esta providencia, el recurrente no insistió en la práctica de las pruebas de que da cuenta en la demanda, no obstante haber anunciado antes del sorteo de Jurados que las solicitaría para la audiencia pública.

En tales condiciones, ninguna base apreciable encuentra la Corte para reconocer la nulidad alegada como motivo de casación.

4o. No prosperando el cargo principal, la misma suerte corre el fundado en la causal primera, que se invocó como consecuente.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por

autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pío Quinto León L., Secretario

LA REVISIÓN, TAL COMO LA CONCIBEN LA LEY Y LA DOCTRINA, NO PUEDE APOYARSE EN ERRORES DE ORDEN JURIDICO.

Eficacia coercitiva y preclusiva de la sentencia. Finalidad de los juicios en cuanto a la certeza y la inmutabilidad de los mismos. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial se ha creado la revisión. Paralelos entre los recursos extraordinarios de casación y de revisión. Cuándo es posible la revisión de procesos concluidos con sentencia ejecutoriada. Concepto de Manzini sobre la autoridad de la cosa juzgada. La facultad de crear nuevas causales de revisión, compete exclusivamente al legislador. Nulidades de orden constitucional.

1. Mediante el pronunciamiento jurisdiccional que se llama sentencia, el Juez declara el derecho en un caso concreto, poniendo fin a la controversia. Y se entiende que aquella entraña lo justo en un momento dado y en relación con el caso decidido, constituyendo la verdad definida en el proceso.

La necesidad de poner término a las controversias con la decisión judicial hizo que las legislaciones atribuyeran a la sentencia una eficacia coercitiva, que hace imperativo su cumplimiento, y otra preclusiva, que prohíbe la repetición del juicio sobre el mismo objeto. Esos atributos encarnan "la autoridad de la cosa juzgada", cuyo fundamento, en último análisis, radica en la necesidad de preservar el orden jurídico establecido por las leyes del Estado.

"Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se modificara o revocara, -ha dicho Manzini- es evidente que dicha finalidad de los juicios no podría conseguirse, y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad", ("Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, pág. 513, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953).

2. Cuando con posterioridad al proceso, el órgano estatal, a través de los medios que la ley prevé, llega al conocimiento de datos suficientes y eficaces para deducir que la verdad real es otra distinta de la declarada en la sentencia, debe prevalecer el supremo interés de la justicia. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial, se ha creado la *revisión*, que la doctrina y los procesalistas modernos, en general, definen como una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada.

3. Las normas que en nuestro Código de Procedimiento Penal disciplinan o regulan el recurso extraordinario de revisión se inspiran en los principios generales expuestos, y, consecuentemente, como lo ha sostenido la Corte en innumerables oportunidades, tienen la finalidad específica de "tutelar

la inocencia del condenado". Por ello para que dicho recurso prospere, es preciso demostrar que el hecho criminoso no existió, o que, habiendo existido, resulta a la postre que el condenado es inocente o irresponsable, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que previno de la imposibilidad del caso primero del art. 571 del C. de P. P. (Sentencia de 25 de mayo de 1.943, T. LV, 649).

4. La Corte ha sido constante en su doctrina al trazar el paralelo entre los recursos extraordinarios de revisión y casación:

"La casación se interpone y sostiene contra la sentencia: es una contienda entre ésta y la ley que se dice mal aplicada. El recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en ese recurso el ataque es más a fondo pues no va simplemente contra la sentencia sino contra todo el proceso. En casación se revisa la sentencia para saber si está de acuerdo con la ley y con los hechos; en el recurso de revisión no se trata simplemente de reponer la sentencia sino el proceso mismo". (Sentencia de 12 de noviembre de 1.943, LVI, 462).

"La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación a errores de derecho". (Sentencia de 29 de enero de 1.945, LVIII, 697).

"El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia *sub-judice* es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada". (Revisión de 7 de junio de 1.955, LXXX, 524).

"El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso"..... "siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario (el de revisión), no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley"..... "Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión..." (Sentencia de 2 de septiembre de 1.957, G. J. T. LXXXVI, 197).

"Como cada causal de revisión tiene su prueba específica, si el demandante no la produce, no puede prosperar la revisión que intente". (Revisión 12 de febrero de 1.958, G. J. T. LXXXVII, 195).

5. La revisión de procesos definitivamente concluidos con sentencia ejecutoriada solo es posible cuando a ello conduzca la concurrencia de

determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en el art. 571 del Código de Procedimiento Penal.

6. El demandante aspira a que la Corte ordene la revisión del proceso porque en éste "no se observaron las formas propias del juicio en cuanto se aplicó una ley que no estaba vigente cuando se hizo la sindicación", violándose así el art. 26 de la Carta.

Insiste esta Sala en que la revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico, ya conduzcan éstos a la violación de la ley penal sustantiva o a la de aquellas normas que rigen el procedimiento, porque ambos eventos, en su orden, están erigidos en causales de casación por los ordinales 1o. y 4o. del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular expresaba inequívocamente la Corte en sentencia de 12 de noviembre de 1.943: "...la cuestión de la nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de los causales, resulta exótica en el de revisión y no está erigida por la ley como causal de este último recurso".

Este es, por otra parte, el criterio que predomina entre los expositores:

"En la revisión los vicios que pueden dar lugar a la anulación de las sentencia han de ponerse de relieve en relación con situaciones facticia- producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende anular, *mientras que jamás puede producirse por vicios o errores de tipo jurídico*". (Fenech: Derecho Procesal Penal, Vol. II, pág. 560, 2a. ed., 1.952).

"Cuando una sentencia penal ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, sus disposiciones deben quedar firmes aunque la sentencia aparezca afectada de errores o irregularidades de forma por violación de normas procesales prescritas bajo pena de nulidad, o de errores de juicio.

"La autoridad de cosa juzgada se presenta, por tanto, bajo este aspecto, como la suprema sanatoria de toda nulidad en que se haya incurrido en el procedimiento". (Manzini, ob. cit. pág. 522).

7. Si la Corte ordenara la revisión de un proceso, definitivamente concluido, fundada en que se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde por modo exclusivo al legislador.

8. Es verdad que las nulidades de tipo supralégal por haberse infringido el art. 26 de la Carta, son el fruto de una elaboración doctrinaria, pero su reconocimiento no entraña la creación de una nueva causal de casación, pues la pertinente está prevista en el ord. 4o. del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

Las garantías consagradas en el art. 26 de la Constitución tienen cabal eficacia a través de la citada causal de casación, y presuponen, para su efectividad, un proceso todavía abierto, no un proceso definitivamente terminado por sentencia ejecutoriada. La presunción de verdad de la cosa juzgada solo puede quebrantarse, en materia criminal, para proteger la inocencia o

irresponsabilidad del condenado. De lo contrario se desvirtuaría la estabilidad de los fallos judiciales, cuya firmeza es inmanente al orden jurídico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, quince de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

En escrito del cuatro de junio de mil novecientos sesenta y tres, el doctor Luis Carlos Pérez pidió a la Corte que, "previos los trámites señalados en los artículos 572 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, decreta la revisión del proceso seguido al señor ALFONSO RODRIGUEZ JIMENEZ, mayor de edad y vecino de este Distrito Especial, como defraudador de la renta nacional de aduanas, y como consecuencia revise también el fallo dictado por el Tribunal Superior de Aduanas, con fecha 1º de agosto de 1.962, fallo que se encuentra ejecutoriado y en el cual la entidad mencionada condenó al señor Rodríguez Jiménez a la pena principal de tres años de prisión y a las accesorias correspondientes".

El doctor Pérez actuó como apoderado de Rodríguez Jiménez. Agotado el trámite propio del asunto, procede esta Sala a decidir.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

Divide el actor su demanda en siete capítulos, cuyo contenido puede enunciarse así:

I. Se formula aquí la petición atrás mencionada.

II. Bajo el título "Fundamentos de Hecho", se enumeran los siguientes:

1º. "El 4 de septiembre de 1.959, el señor Wilson Bohórquez Castillo, capitán del resguardo nacional de aduanas, denunció unas estufas de gas, de procedencia norteamericana, que se anunciaban en el almacén de propiedad del señor Alfonso Rodríguez Jiménez, ubicado en esta ciudad de Bogotá, alegando que esa mercancía era de prohibida importación y que, al ponerse en venta, se indicaba ya su origen indebido".

2º. El 9 de septiembre del mismo año se inició el proceso correspondiente. "La mercancía fue reconocida como de prohibida importación, y por lo mismo, como fraudulenta, el 19 de septiembre (Fl. 16), y los peritos rindieron informe sobre dichas calidades, según se ve al folio 17 de las copias. Posteriormente se dispuso ampliar el dictámen, por auto del 4 de diciembre de 1.959, acto procesal que se cumplió (Fl. 41). Corrido el traslado, el concepto no se objetó y se declaró en firme por auto del 22 de junio de 1.960".

3º. La audiencia, ordenada por auto del 20 de septiembre de 1.960, se cumplió el día 17 de octubre siguiente.

4º. "El sindicado fue sometido a indagatoria el 27 de octubre de 1.959 (Fls. 20 a 31 de las copias), sin que el expediente hubiera seguido la tramitación pro-

pia, pues en lugar de haber abierto a pruebas el asunto dentro de las 48 horas siguientes a la práctica de esta diligencia, como ordena el Decreto 2134 de 1952, vigente entonces y ahora, se avanzó hacia etapas superiores, hasta llegar a la de proferir la decisión de fondo”.

5°. Mediante sentencia del 5 de junio de 1.961, dictada por el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá, fue absuelto el procesado.

6°. En fallo del 1°. de agosto de 1.962 el Tribunal Superior de Aduanas revocó la absolución y condenó a Rodríguez Jiménez a tres años de prisión y otras penas accesorias.

7°. “Como el contrabando fue avaluado en suma inferior a los \$100.000.00 que autorizan el recurso de casación, el fallo condenatorio se declaró en firme, estado en que se encuentra ahora,.....”.

III. En este capítulo, intitulado “Fundamentos de Derecho”, el actor expresa lo siguiente:

“No se basa esta demanda inicial del recurso en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, pues no se configura para al caso de autos ninguna de las causales de revisión previstas en dicho estatuto. Invoco apenas los artículos 572 y siguientes, que indican el trámite y las exigencias materias de la acción, además de los resultados de la misma.

“Como fundamento de la revisión contra el proceso, para que éste se rehaga siguiendo las formalidades específicas que deben adoptarse para investigar, enjuiciar y fallar los procesos por fraude aduanero, presento el artículo 26 de la Constitución Nacional, que establece la imposibilidad del juzgamiento no sometido a la ‘plenitud de las formas propias de cada juicio’.

IV y V. Con especial detenimiento se refiere aquí el actor a las normas procesales que debieron aplicarse en el juicio penal aduanero que se adelantó contra su poderdante, y a las que efectivamente rigieron el proceso, todo con la finalidad de demostrar que en el presente caso se está en presencia de una ostensible violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

No obstante la circunstanciada amplitud con que el tema se trata, es posible reducirlo a las siguientes notas esenciales:

Mediante sentencia del 23 de septiembre de 1.958, la Sala Plena de la Corte declaró inexecutable todos los artículos del Decreto Extraordinario número 700 de 1.954, con excepción de aquéllos respecto de los cuales había sustracción de materia, por haber sido derogados o sustituidos por los Decretos 73 y 188 de 1.958. Esa declaración de inexecutable produjo el efecto de revivir las disposiciones legales que el Decreto 700 había derogado, entre las cuales se encuentran las del Decreto 3134 de 1.952, que determinan el procedimiento aplicable en los juicios por fraude a la renta nacional de aduanas.

El proceso contra Rodríguez Jiménez se inició después de la referida sentencia de inexecutable. A pesar de ello, dicho proceso no se adelantó conforme a los trámites establecidos en el Decreto 3134 de 1.952, sino con arreglo a las normas, ya fenecidas, del Decreto 700 de 1.954.

VI. “Por qué debe ordenarse la revisión con arreglo al artículo 26 de la Carta”. Al amparo de este rubro, el demandante comienza por advertir que no

se trata de aplicar en el presente caso el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, "porque no hay sentencia legalmente ejecutoriada, porque no existe proceso que haya dado base a una providencia de esa naturaleza". Se trata simplemente, en su concepto, de aplicar el artículo 26 de la Constitución, y, en apoyo de esa tesis, alega las siguientes razones:

"PRIMERA. El juicio contra don Alfonso Rodríguez Jiménez, como todos los que se tramiten desobedeciendo la ritualidad procesal, tiene una simple existencia material, representa un agregado de documentos sin valor ninguno. Formalmente no hay proceso, como no hay sentencia, aunque ésta tenga las firmas de todos los magistrados, aunque se haya publicado y prescrito su cumplimiento. Si a pesar de la prohibición imperativa enunciada con la frase NADIE PODRA SER JUZGADO SINO OBSERVANDO LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO, alguien pudo ser juzgado, y más aún, condenado sin observar esa plenitud formal, quiere ello decir que no se puede cumplir ni el juicio ni la sentencia, porque ambos son inconstitucionales.

"SEGUNDA. En estas condiciones, aunque la vista perciba una cosa juzgada desde el punto de vista material, no hay cosa juzgada desde el punto de vista formal, ni mucho menos desde el sustancial. Aquí forma y sustancia se unifican institucionalmente para presentar una entidad propia, opuesta a las entidades procesales arbitrarias o impropias. En otros términos: no existe la suprema preclusión de que hablaba Chiovenda, es decir, no se ha llegado a aquel límite de invulnerabilidad que ampara las decisiones judiciales.

"TERCERA. El derecho de defensa, que es inalienable, destruye una sentencia que sólo representa cosa juzgada en sentido material, pero que en la sustancia normativa carece de todo sustento. El derecho de defensa está por encima de las disposiciones que lo niegan o restrinjan, tanto más por encima de un fallo que no permitió su ejercicio.

"CUARTA. La jurisprudencia de la Corte ha defendido la declaratoria de nulidad de los procesos penales cuando se han tramitado prescindiendo de la plenitud de formas propias, o con prescindencia de las formas que aseguran el derecho de defensa. Esta nulidad, de índole constitucional, y por eso mismo radical o absoluta, no es saneable de ninguna manera, no está, como era obvio, prevista en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Y no podía estarlo porque el legislador no puede partir de la base de que los jueces van a desconocer los mandamientos normativos instituidos en la Carta. Con todo ese desconocimiento u olvido, malicioso o nó, se comprueba frecuentemente, lo que ha dado origen a la nulidad supralegal admitida y explicada por la jurisprudencia.

"Pues bien: he aquí un caso relievante de interpretación analógica, que no de analogía. Tampoco el legislador estaba al alcance de ciertos desvarios judiciales que rematan en fallos no precedidos de procesos regulares. Por eso no incluyó esta suprema arbitrariedad como causal de revisión en el artículo 571 del estatuto de procedimiento. La ley supone que toda sentencia se dicta adecuadamente al caso, previos los requisitos rituales. Pero, como en la nulidad, se presentan situaciones en que no hubo seguimiento de tales requisitos y a pesar de ello sobrevino la condenación. Entonces, hay que abdicar ante esa irregularidad solamente porque el fallo tiene una vida ficticia, prestada por quienes disponen de autoridad para imponerlo?

“QUINTA. La nulidad que se declara dentro del proceso, difiere, sin embargo, de la inexistencia de los actos procesales, que puede declararse fuera del proceso. Si la nulidad obliga a corregir defectos en la forma como se ha manejado la relación entre el Estado y el infractor, la inexistencia del procedimiento niega toda relación de orden punitivo. Si la primera indica que las pretensiones fueron inadecuadas, la segunda muestra que no hubo pretensiones. Si la primera se equipara a la imperfección, la segunda es igual a una no gestación. Aquella se reconoce en el texto legal. Esta se encuentra latente asistiendo a la totalidad de las intervenciones. La primera, si es relativa, está sujeta a circunstancias de modo y tiempo. La segunda es intemporal y no tiene limitaciones circunstanciales.

“Supóngase que el fallo se pronuncie por juez distinto del que tiene atribución para dictarlo, v. gr., el homicidio que sancione un juez municipal o de circuito. Debe cumplirse la condena, así se encuentre ejecutoriada la providencia que la decreta, debido a errores no advertidos por el superior al ratificarla?. En manera alguna, pues la incompetencia de jurisdicción es insalvable. Y es insalvable porque en sí misma entraña omisión de una forma propia del juicio, cual es la que determina el funcionario competente para adelantarle y ponerle fin.

“Supóngase que se inicia el proceso para investigar una acción prescrita, o que se inicia oficiosamente en los asuntos que requieren querrela, y que, por descuidos muy explicables de la conducta humana, sobrevenga la condenación. En este ejemplo tampoco puede cumplirse el fallo, porque el juez carecía de jurisdicción para conocer del asunto. Si usó jurisdicción que no tenía, se salió de las formas propias del juicio, conforme al artículo 26 de la Carta, y violó por eso este mandato.

“SEXTA. Las causales del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal tienen su fundamento en el artículo 26 de la Constitución. No es injurídico, sino que se va al fondo de derecho, el acto que busca el origen mismo del procedimiento.

“SEPTIMA. En consecuencia, la causal suprema de revisión es el citado artículo 26 de la Carta. Se trata de aplicarlo, porque, aún en el caso de que el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal fue incompatible con aquel, debe aplicarse el precepto constitucional, según el artículo 215 de la misma Carta.

“Además, si algún formalismo jurídico ampara un proceso y una sentencia dictados contra el texto normativo, habría que aplicar el mismo artículo 215, que representa la garantía máxima de obediencia de la Constitución, la sanción máxima contra las disposiciones que tiendan a burlarla o que efectivamente la burlen.

“OCTAVA. El juicio, con plenitud de formas, no solo mira al derecho de defensa individual, sino que entraña acatamiento a las disposiciones constitucionales y por lo tanto a la fuente de la sociabilidad y la justicia. El interesado puede renunciar al procedimiento predeterminado para juzgarlo, sin que por ello se sanee jurídicamente la actuación correspondiente.

“NOVENA. Entre los requisitos para dictar sentencia condenatoria figura el de que la prueba sea legalmente producida. La legalidad se refiere, a su vez, a la forma de recepción y al agotamiento ordenado del trámite procesal.

“El cumplimiento de la forma de recepción significa que la prueba no puede ser estimada si no se ha autorizado antes y si para producirla no se han seguido estrictamente los ritos procesales.

“El cumplimiento del orden procesal significa que la prueba debe aducirse sin eliminar etapas ni pretermitir actuaciones.

“Esto es lo que exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal; precepto que, a su turno, deriva su autoridad del artículo 26 de la Carta.

“Las pruebas producidas fuera de las formas propias, están contra la Constitución, no pueden ser tenidas en cuenta, no existen.

“Pues bien: si el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal instituye causales de revisión de procesos en los cuales la prueba fue legalmente aportada, cómo no va a prosperar el recurso extraordinario de procesos donde no hubo etapa probatoria, esto es, procesos sin pruebas?

“DECIMA. El artículo 571 del Código de Procedimiento Penal tutela la inocencia, de los condenados. La revisión con fundamento en el artículo 26 de la Carta tutela un bien de más fondo: la justicia, la administración de ésta, su credibilidad para el pueblo. La revisión no implica necesariamente que el nuevo juicio vaya a rematar en fallo absolutorio. Se trata de hacer cumplir, mediante dicho recurso, el artículo 26 de la Carta.

“UNDECIMA. Este artículo 26 se refiere a los actos que se imputen, y en el concepto de actos ingresan las infracciones al Código Penal, la violación de las leyes civiles y administrativas, las contravenciones de policía y los hechos que de alguna manera atacan los principios del derecho penal administrativo, rama esta que engloba el derecho penal disciplinario y el derecho penal fiscal. Dentro de este grupo están clasificados los autos (sic) por fraude a la renta nacional de aduanas, es decir, los actos que perjudican la percepción de los tributos por mercancías que se introduzcan al país o que se exporten de él.

“En consecuencia, la garantía constitucional de que todos los actos que promueven los mecanismos jurisdiccionales o de policía, sigan las formas especificadas para su juzgamiento, comprende también el que ahora someto al estudio de la H. Corte”.

VII. Se enumera en este último aparte los documentos acompañados a la demanda.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El extenso alegato del Ministerio Público, representado en este caso por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, se refiere en primer término a la controversia jurídica librada en las instancias, para destacar cómo el tema que ahora de nuevo se suscita ante la Corte, a propósito de la revisión impetrada, fue ya ampliamente debatido dentro del ámbito del proceso original. Pertenecen a esa metódica reseña los párrafos siguientes:

“Todo lo anterior, o, mejor, el resumen que se acaba de hacer de los incidentes procesales que se presentaron con motivo de la notificación de la sentencia de segunda instancia condenatoria del señor Alfonso Rodríguez Jiménez, hace ver que lo que es motivo o lo que constituye el fundamento del recurso de

revisión que ahora se tramita, fué ya debatido y resuelto ya ante el Tribunal fallador. No es tema nuevo lo que ahora es planteado en la demanda a que este alegato alude.

“El Tribunal dijo, en síntesis: el fallo del primero de agosto de 1.962, es válido y está ejecutoriado. Ese mismo fallo ejecutoriado no es susceptible del recurso extraordinario de casación, por prohibición expresa del artículo 19 del Decreto 0188 de 1.958.

“La defensa dijo: el fallo carece de validez porque el proceso en que fué pronunciado está afectado de nulidad constitucional. La defensa se opuso principalmente a su cumplimiento, y como no consiguió éxito en tal empeño, interpuso la casación. Negada ésta recurrió de hecho. Concedido este recurso y ventilado ante la H. Corte, ésta, a su turno, no aceptó las razones expuestas por el apoderado doctor Luis Carlos Pérez en su escrito del folio 32 y siguientes del cuaderno 2º, porque consideró, como lo había hecho el ad-quem, que el recurso de casación, de acuerdo con el citado artículo del Decreto 0188 de 1.958, no es viable en asuntos como el presente. Por lo mismo en su auto de febrero 7 del año en curso, resolvió declarar ‘bien denegado el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, en el proceso contra Alfonso Rodríguez Jiménez; a que se hizo referencia’ (Fl. 84, cuad. 2º).”

Con todo detenimiento examina después el Procurador los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. A continuación expone las enseñanzas de tratadistas extranjeros y de la jurisprudencia nacional en torno al recurso de revisión, presupuestos en los cuales se apoya para concluir que como el recurrente, de modo enfático, advierte que su pretensión de que se revise el proceso no se funda en ninguna de las causales específicamente señaladas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, la petición, por improcedente, debe negarse.

“Porque, en definitiva, —afirma— el señor demandante en su escrito desborda los límites señalados por la ley al reglamentar el recurso de revisión, y en su plausible y meritorio esfuerzo por aliviar la carga de culpabilidad que agobia a su representado, inutilmente intenta crear un nuevo recurso, un medio de impugnación distinto al de la revisión de que dá cuenta el referido Código”. Y agrega:

“En efecto: denunciar un quebrantamiento de forma, una nulidad de carácter constitucional con ocasión de la interposición del recurso de revisión, viene a ser cosa sencillamente extemporánea y antitécnica, jurídicamente hablando. E inconsecuente o contradictorio es proponer la revisión de la causa seguida al señor Rodríguez Jiménez cuando de la sentencia condenatoria que al término de ésta ha sido pronunciada, se afirma que no es válida, que es nula, de nulidad constitucional, y que, por lo mismo, no ha causado ejecutoria. Desacertado es también aspirar a que prospere la demanda hecha, si para sustentarla se comienza por alegar que no existe cosa juzgada desde ningún aspecto”.

Apoyado en el criterio de Manzini y Jiménez Asenjo, diserta luego sobre la autoridad de la cosa juzgada, destacando su doble validez: *Actio iudicati* (fuerza positiva, coercitiva); y *Exceptio rei iudicatae* (fuerza negativa, prohibitiva, preclusiva).

Ponen término al amplio alegato del Ministerio Público los siguientes conceptos, que importa reproducir de manera textual, porque a través de ellos su autor recoge y compendia su pensamiento sobre el tema debatido:

“Examinados desde otro ángulo los planteamientos hechos en la demanda, resulta que la cuestión fundamental que es propuesta, bien puede quedar reducida a inquirir si la H. Corte tiene o no competencia, como Tribunal de revisión, para declarar la existencia de un quebrantamiento de forma, y decretar, por ende, la nulidad de lo actuado, enervando así el cumplimiento de un fallo condenatorio que, como el del *ad-quem*, está ejecutoriado.

“El interrogante se resuelve así:

“Es competente la H. Corte para conocer y admitir, si fuere el caso, una causal de nulidad derivada de la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, únicamente por la vía o el procedimiento propio del recurso extraordinario de casación. Es lógico que por el indicado trámite procesal, aquella Corporación pueda llegar al reconocimiento de esa clase de quebrantamiento de forma (casación formal), precisamente porque la casación supone que el proceso todavía no ha terminado, puesto que la sentencia con la cual se pretende darle término, aún no ha causado ejecutoria. Entonces, resulta obvio que la H. Corte, como Juez competente y por advertir que existe una causa de nulidad de carácter supra-legal, invalide lo actuado desde que se presentó la causa y ordene la reposición del proceso para que se subsane el defecto.

“Pero si la sentencia que le pone fin al proceso ha causado ejecutoria, ha hecho tránsito a autoridad de cosa juzgada y, por lo mismo, ha adquirido la fuerza ejecutiva y preclusiva propia de la cosa juzgada, es más que obvio, elemental, reconocer que el proceso ha concluido y que el Tribunal de revisión carece de competencia para declarar la existencia de una nulidad constitucional. Ya las etapas del proceso han sido todas cumplidas y la alegación de un supuesto quebrantamiento de forma no podrá atenderse ni aún por la vía del recurso de casación, por no ser tiempo hábil. Tampoco podrá decidir la Corte acerca de ese vicio o defecto del procedimiento adelantado, por el camino de la revisión, porque ninguno de los motivos taxativamente enumerados que dan lugar a ésta tiene nada que ver con nulidades de ninguna clase.

“Por otra parte, vale agregar que ordenar la revisión de un proceso no es lo mismo que disponer que se rehaga. No es propio de la naturaleza o de la esencia de la revisión el rehacimiento de la causa en el sentido de que se proceda a remediar vicios procesales. La orden de revisión se explica cuando se llega por la H. Corte a la conclusión procesal de que el condenado es inocente o de que median graves indicios de su irresponsabilidad. En cambio, la orden de reposición o rehacimiento de un proceso afectado de nulidad, no tiene por motivo la consideración de que existen pruebas que establecen que está libre de culpa el acusado o que inducen a conjeturar la irresponsabilidad de éste, sino que tiene origen en una violación de las garantías procesales.

“De todo lo cual se sigue que la finalidad del recurso extraordinario de revisión no se compadece con la resolución judicial de reponer un proceso nulo.

“Pero hay más: la prueba de que la revisión nada tiene que ver con la reposición de un proceso inválido, está también en el hecho de que cuando se incurre en nulidad que es forzoso subsanar, no resulta incompatible que el Juez o Tribunal que conozca del asunto sea el mismo a quien corresponda atender a la enmienda dispuesta, al paso que al disponer que se revise una causa criminal, si media legalmente la imposibilidad de parte del Juzgado o Tribunal que profirió el fallo condenatorio para revisar la misma causa.

“Por lo demás, rehacer un proceso no es cosa posible de disponer una vez que la sentencia condenatoria que le pone fin, ha quedado en firme. Lo es solamente antes, con lo cual se concluye que el Juez a que se refiere el artículo 200 del C. de P. P. no será nunca la H. Corte cuando actúa como Tribunal de revisión.

“En consecuencia, no es del resorte de la H. Corte, en tratándose de un medio de impugnación como el propuesto, decidir acerca de la existencia de una violación del artículo 26 de la Constitución Nacional”.

ALEGATO DEL RECURRENTE

Con oportunidad del traslado previsto en el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, el actor insiste, bajo la forma de una réplica al concepto del Procurador, en sostener la tesis fundamental de la demanda. Sin embargo, del mencionado alegato conviene transcribir los párrafos siguientes, ya que ellos encierran, con toda precisión, el criterio con que el demandante enfoca la cuestión planteada:

“El hecho del cual ha partido la presente acción es bien sencillo, pero sobre él nada se encuentra en la vista del señor Procurador: los funcionarios aduaneros de segunda instancia, en un proceso de contrabando al fisco nacional, aplicaron el Decreto 700 de 1.954, que había sido declarado inexecutable por la Corte, dejando de lado el decreto 3134 de 1.952, cuyo artículo 16 indica el trámite a que tenía que seguirse (sic) la actividad investigativa y condenatoria. En estas condiciones, don Alfonso Rodríguez Jiménez, fue conminado a tres años de prisión y a las penas accesorias consiguientes, violando el artículo 26 de la Carta, porque se aplicó una ley que no estaba vigente cuando se hizo la sindicación,

“No es más. Tal es el núcleo y la extensión del problema: un ciudadano condenado en contra del precepto constitucional. Para dar solución al asunto, es imprescindible comenzar por admitir esta verdad que está plenamente probada no sólo a través de las copias con que acompañé la demanda, sino con el expediente original exigido por la Corte al Juzgado Superior de Aduanas. A la Sala Penal se le ha propuesto el caso más clamoroso de inconstitucionalidad, y ese caso aparece rotundo, sin desfiguraciones, con una prueba plena. Los funcionarios aduaneros de segunda instancia crearon un procedimiento a su amaño, revivieron normas muertas, negaron el derecho de defensa, desviaron la ruta trazada seriamente por la ley. De buena o de mala fe, su decisión se produjo siguiendo un ámbito extraordinario, fuera del común, y por eso mismo, aberrante y sin paragón en la historia de las arbitrariedades”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Mediante el pronunciamiento jurisdiccional que se llama sentencia, el Juez declara el derecho en un caso concreto, poniendo fin a la controversia. Y se entiende que aquella entraña lo justo en un momento dado y en relación con el caso decidido, constituyendo la verdad definida en el proceso.

La necesidad de poner término a las controversias con la decisión judicial hizo que las legislaciones atribuyeran a la sentencia una eficacia coercitiva, que hace imperativo su cumplimiento, y otra preclusiva, que prohíbe la repetición

del juicio sobre el mismo objeto. Esos atributos encarnan "la autoridad de la cosa juzgada", cuyo fundamento, en último análisis, radica en la necesidad de preservar el orden jurídico establecido por las leyes del Estado.

"Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se modificara o revocara, -ha dicho Manzini- es evidente que dicha finalidad de los juicios no podría conseguirse, y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad". (Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, pág. 513. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.953).

2. Sin embargo, cuando con posterioridad al proceso, el órgano estatal, a través de los medios que la ley prevé, llega al conocimiento de datos suficientes y eficaces para deducir que la verdad real es otra distinta de la declarada en la sentencia, debe prevalecer el supremo interés de la justicia. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial, se ha creado la revisión, que la doctrina y los procesalistas modernos, en general, definen como una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada.

3. Las normas que en nuestro Código de Procedimiento Penal disciplinan o regulan el recurso extraordinario de revisión se inspiran en los principios generales expuestos, y, consecuentemente, como lo ha sostenido la Corte en innumerables oportunidades, tienen la finalidad específica de "tutelar la inocencia del condenado". Por ello, para que dicho recurso prospere, es preciso demostrar que el hecho criminoso no existió, o que, habiendo existido, resulta a la postre que el condenado es inocente o irresponsable, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que previno de la imposibilidad del caso 1º. del artículo 571 del C. de P. P. (Sentencia de 25 de mayo de 1.943, T. LV, 649).

4. La Corte ha sido constante en su doctrina al trazar el paralelo entre los recursos extraordinarios de revisión y casación:

"La casación se interpone y sostiene contra la sentencia: es una contienda entre ésta y la ley que se dice mal aplicada. El recurso de revisión no tiene por objeto confrotar la sentencia con la ley; en ese recurso el ataque es más a fondo, pues no va simplemente contra la sentencia sino contra todo el proceso. En casación se revisa la sentencia para saber si está de acuerdo con la ley y con los hechos; en el recurso de revisión no se trata simplemente de reponer la sentencia sino el proceso mismo". (Sentencia de 12 de noviembre de 1.943, LVI, 462).

"La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación a errores de derecho". (Sentencia de 29 de enero de 1.945, LVIII, 697).

"El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia sub-judice es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada". (Revisión de 7 de junio de 1.955, LXXX, 524).

"El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso"..... "siendo la

cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario, (el de revisión) no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la Ley”..... “Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión.....” (Sentencia de 2 de septiembre de 1957, G. J. T. LXXXVI, 197).

“Como cada causal de revisión tiene su prueba específica, si el demandante no la produce, no puede prosperar la revisión que intente”. (Revisión, 12 de febrero de 1958 G. J. T. LXXXVII, 195).

5. La abundante doctrina recordada permite deducir con absoluta claridad, que la revisión de procesos definitivamente concluidos con sentencia ejecutoriada sólo es posible cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

6. Ya se ha visto, sin embargo, que en el presente caso el demandante no se funda en ninguna de las razones o motivos contemplados en la disposición citada. Y con toda lealtad así lo declara. Pero aspira a que la Corte ordene la revisión del proceso porque en éste “no se observaron las normas propias del juicio, en cuanto se aplicó una ley que no estaba vigente cuando se hizo la sindicación”, violándose así el artículo 26 de la Carta.

Insiste esta Sala en que la revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico, ya conduzcan éstos a la violación de la ley penal sustantiva o a la de aquellas normas que rigen el procedimiento, porque ambos eventos, en su orden, están erigidos en causales de casación por los ordinales 1o. y 4o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular expresaba inequívocamente la Corte en sentencia del 12 de noviembre de 1943, ya citada: “..... la cuestión de la nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de las causales, resulta exótica en el de revisión y no está erigida por la ley como causal de este último recurso”.

Este es, por otra parte, el criterio que predomina entre los expositores:

“En la revisión los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia han de ponerse de relieve en relación con situaciones facticias producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende anular, mientras que jamás puede producirse por vicios o errores de tipo Jurídico”. (Fenech: Derecho Procesal Penal, Vol. II, pág. 560, 2a. Ed. 1952).

“Cuando una sentencia penal ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, sus disposiciones deben quedar firmes aunque la sentencia aparezca afectada de errores o irregularidades de forma por violación de normas procesales prescritas bajo pena de nulidad, o de errores de juicio.

“La autoridad de cosa juzgada se presenta, por tanto, bajo este aspecto, como la suprema sanatoria de toda nulidad en que se haya incurrido en el procedimiento”. (Manzini, op. cit., pág. 522).

7. Si la Corte ordenara la revisión de este proceso, definitivamente concluido, fundada en que, como observa el actor, se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde por modo exclusivo al legislador.

8. Es verdad que las nulidades de tipo supralegal, por haberse infringido el artículo 26 de la Carta, son el fruto de una elaboración doctrinaria, pero su reconocimiento no entraña la creación de una nueva causal de casación, pues la pertinente está prevista en el ordinal 4o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

9. Las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución tienen cabal eficacia a través de la citada causal de casación, y presuponen, para su efectividad, un proceso todavía abierto, no un proceso definitivamente terminado por sentencia ejecutoriada. La presunción de verdad de la cosa juzgada sólo puede quebrantarse, en materia criminal, para proteger la inocencia o irresponsabilidad del condenado. De lo contrario se desvirtuaría la estabilidad de los fallos judiciales, cuya firmeza es immanente al orden jurídico.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGA LA REVISION del proceso que se siguió contra el señor Alfonso Rodríguez Jiménez, por el delito de contrabando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del Tribunal Superior de Aduanas, al juzgado de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. PRETENDIDA NULIDAD LEGAL (ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO). INTERPRETACION DEL VEREDICTO.

Motivos de impugnación sin asidero legal. No es propio promover un debate de índole probatorio, a través de la causal 4a, atinente a cuestiones de hecho. Términos del veredicto. Circunstancia específica de atenuación señalada en el art. 28 del C. de P. Los jueces populares deben ser claros al calificar una conducta penal sometida a su juicio.

1. No es propio, a través de la causal 4a., promover un debate probatorio, atinente a cuestiones de hecho, susceptibles de examen en casación solo con base en la causal 2a., no aducida en la demanda y no admisible cuando se trata de juicios con intervención del jurado, como repetida e insistentemente lo ha dicho la Corte.

2. No aparece que la sentencia impugnada esté en desacuerdo con los términos del veredicto del jurado porque la agregación hecha por éste a la afirmación de responsabilidad carece del contenido que corresponde a la circunstancia específica de atenuación señalada en el artículo 28 del C. P. Y carece de ese contenido, no sólo porque el jurado omitió referirse expresamente al *estado de ira*, sustituyéndolo por el de *indignación*, sino porque para nada aludió al motivo determinante de dicho estado, que tendría que ser, para la aplicación del artículo 28, *la provocación grave e injusta*.

3. Aunque los jueces de conciencia no sean requeridos por la ley a usar términos, palabras o expresiones sacramentales, de todos modos las que empleen para calificar una determinada conducta penal sometida a su juicio, deben revelar inequívocamente y con claridad la calificación, que permita al juez de derecho la aplicación específica de normas penales pertinentes.

En el caso que se decide, el mismo jurado ratificó su veredicto expresando que sólo había querido reconocer "una simple ira o cólera", ratificación esta que pone más de bulto que no aceptó la circunstancia de que trata el artículo 28.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir de fondo el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado SERVULO CAYIEDES ESQUIVEL, contra la senten-

cia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 14 de agosto de 1.963, mediante la cual se le condenó, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de 8 años de presidio, más las correspondientes accesorias.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen a este proceso y que tuvieron cumplimiento en la noche del 16 de noviembre de 1.958, los sintetiza así el fallo recurrido:

“...Un grupo de individuos integrado entre otros por Rafael Torres Lozano, Milciades Caviedes Esquivel, y Sérvulo Caviedes Esquivel, estaban libando licor en la fonda del señor José María Heredia sita a corta distancia de la casa de la familia Sánchez Rivas. Dos trabajadores de Ismael Rivas de nombres Luis Alberto Villarreal y Guillermo Guzmán llegaron a la fonda de Heredia y entre los mencionados trabajadores y Sérvulo Caviedes, se suscitó un fuerte disgusto matizado de injurias, insultos y desafíos; los prementados Villarreal y Guzmán se fueron para la casa de Ismael Rivas esquivando una posible riña; momentos después y cuando los trabajadores Villarreal y Guzmán se disponían a comer en la cocina de la casa de Rivas, llegó Sérvulo Caviedes y rastrillando una peinilla se avalanzó contra Villarreal y Guzmán a darles plan; Guzmán logró refugiarse en una de las piezas de la casa; en cambio Villarreal salió corriendo esquivando la persecución de Sérvulo Caviedes y yendo en la mitad del patio, escucho unos disparos a consecuencia de los cuales fué herida y resulto muerta la señora Nohelia Sánchez de Rivas, quien se encontraba en esos momento en la cocina de la casa”.

2o. Perfeccionada la investigación, luego de oír el concepto del Ministerio Público y subsanar la nulidad decretada por el Tribunal, el Juzgado Tercero Superior en providencia de 25 de junio de 1.961, dispuso abrir causa criminal “y por los trámites en que interviene el Jurado Popular contra Sérvulo Caviedes Esquivel..., en su calidad de único autor material en el delito de homicidio simplemente intencional cometido en la persona de Nohelia Sánchez de Rivas que define y sanciona el Capítulo I, Título XV, Libro II del C. P., llevado al cabo del modo, en el lugar, fecha y hora indicados en la parte motiva de esta providencia y en las circunstancias dichas”. (folios 171 a 177 del cuaderno principal).

3o. La mencionada resolución fué confirmada por el *ad quem* el 4 de abril de 1.962, haciendo notar el Tribunal que el hecho imputado a Caviedes Esquivel ofrece las características de un homicidio simplemente intencional, sin la atenuación prevista en el artículo 28 del C. P.

4o. Con ocasión de la vista pública de la causa, al jurado le fué propuesta la correspondiente cuestión, de acuerdo con los términos del auto de proceder, y el veredicto proferido fué de este tenor: “Si es responsable, pero en estado de indignación”. (folios 236 del cuaderno principal).

5o. En desarrollo del veredicto el Juzgado del conocimiento dictó la sentencia de instancia, en la que se impuso al acusado la pena mínima prevista en el artículo 362 del C. P., “ya que en su contra no aparecen comprobadas circunstancias de mayor peligrosidad, en cambio si las de menor peligrosidad, como son su buena conducta anterior y la embriaguez voluntaria en que se encontraba en el momento de cometer el delito”. (folios 249 del cuaderno principal).

6o. La anterior resolución la confirmó el *ad quem* en el fallo que ahora es materia del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACION

Dentro del término legal, el doctor Ernesto Lucena Bonilla, obrando como apoderado de Sérvulo Caviedes, formuló la demanda destinada a sustentar el recurso, en escrito que obra de folios 13 a 23 del cuaderno No. 3.

El libelo, que cumple todas las condiciones formales, aparte de contener una relación de los hechos y la reseña de la actuación procesal, fundamenta la impugnación del fallo en las causales 4a., 3a. y 1a. señaladas en el artículo 567 del C. de P. P., con la advertencia de que la última se invoca subsidiariamente o como consecuente de la 3a.

Causal 4a. "La sentencia dictada y acusada-expresa la demanda- es violatoria de la ley procedimental, porque, se dictó en un juicio viciado de nulidad, consistente, tal nulidad, en que, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, causal de que trata el numeral 8o. del artículo 198 de C. de P. P. aplicable a toda clase de juicios penales".

La demostración del cargo la intenta el señor apoderado razonando que a Caviedes se le juzgó "por un delito simplemente intencional, cuando, en rigor, de lo que se trata, es de un HOMICIDIO CULPOSO y nada más".

La apreciación sobre la modalidad de la infracción quiere deducirla el impugnador del contenido de la confesión del acusado y, en consecuencia, de no estar probado en el expediente "EL DOLO POSITIVO O DETERMINADO DEL HOMICIDIO, ni siquiera el DOLO EVENTUAL, ya que, Sérvulo, hizo disparos a 'la loca', sin dirigirlos contra determinada persona, y es un hecho demostrado que la señora Nohelia, estaba en la cocina, y ella seguro salió de allí, al solar, cuando Sérvulo hacía en forma maquinal disparos al aire, o hacia abajo, como él dice, habiendo recibido uno de tales disparos la expresada señora".

Causal 3a. Sostiene el acusador que en el caso de autos la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, y abona para explicar su aserto estas consideraciones:

"El jurado al responder el cuestionario propuesto, contestó así: "SI ES RESPONSABLE PERO EN ESTADO DE INDIGNACION" y pedida aclaración, agregó, que "ESE ESTADO DE INDIGNACION LO CONSIDERABAN ELLOS, COMO UNA SIMPLE IRA O COLERA".

"Cuando un jurado popular responde que un agente activo de un delito obró en estado de indignación, y luego aclara, que ese estado significa un estado de IRA O COLERA, es porque, encontró bases ciertas, para deducir ese estado psíquico en la persona actuante en el delito. Y si dijo que era IRA O COLERA son los autos, los que determinan si esa ira o cólera fue justificada y fue intensa

"Volvemos aquí, a la confesión de Caviedes, hecha en el careo con su hermano Milciades, y allí, él nos afirma, categóricamente, que fué víctima de un ultraje al honor de la madre, ultraje, que es el que siempre provoca en el ofendido, un estado de ira o cólera, que es justo e intenso en todas las ocasiones."

“Considero, que, una calificación como la que hizo el “juris” en este caso, no puede quedar sin efecto legal o jurídico, ya que, la adición, es clara, al afirmar una IRA O COLERA, que según los autos, fue provocada e justa (sic) e intensa, es decir, que aplicando la literalidad del artículo 28 del C. Penal, se trató de una IRA INTENSA CAUSADA POR GRAVE E INJUSTA PROVOCACION, porque, el procesado, en su confesión, que es y tiene que ser indivisible, nos ha dicho, que lo injuriaron en el honor de la madre, y así aparece, que esa injuria, causa una IRA INTENSA y que fue causada por grave e injusta provocación de aquellos trabajadores que se refirieron en la tienda y posteriormente a Caviedes en esos términos injuriosos”.

“.....”

“Volviendo al caso de Caviedes, encuentro, precisamente, por lo acabado de exponer, que, la sentencia acusada, no se amolda o no concuerda con el veredicto, porque, la respuesta del jurado, fue reconocer la atenuante de que trata el art. 28 del C. Penal, y el fallador, la desechó y condenó por homicidio simplemente voluntario, desconociendo la atenuante a que tiene derecho el Sr. Caviedes, al regular la pena aplicable”

“Con la citada atenuante, Caviedes tenía derecho a una rebaja, o sea, que en lugar de los OCHO AÑOS a que fue condenado, como homicidio simplemente intencional, tenía y tiene derecho, a que se le reconozca la rebaja del artículo 28 del C. Penal, para que así la pena quede rebajada a TREINTA Y DOS MESES DE PRESIDIO en lugar de aquellos OCHO AÑOS.

“Por ello al violar la sentencia del Tribunal, que confirmó la de primera instancia el artículo 28 del C. P. ese incurrió en la causal 3a. del artículo 567 del C. de P. Penal, porque, se dictó una sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado”.

Causal 1a. Como ya se anotó, la violación de la ley penal sustantiva se hace depender del motivo previsto en el ordinal tercero del artículo 567 del C. de P. P., entendiéndolo el impugnador que se “violó el artículo 28 del C. Penal, al no aplicarlo, ya que el procesado, tenía derecho a esa rebaja, por la atenuante reconocida por el jurado popular al responder al cuestionario”. En esta forma, la demanda persigue que la Corte “entre, como consecuencia a reformar el fallo y determinar la pena que en realidad le corresponde a Caviedes, según la respuesta del tribunal del pueblo”.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Para oponerse a la invalidación del fallo el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal refuta los planteamientos del demandante en la siguiente forma, siguiendo el orden de las causales alegadas:

Respecto a la pretendida nulidad legal (error en la denominación jurídica del delito) atinadamente observa que no por tratarse de un delito aberrante (art. 14 del C. P.) la conducta del acusado fué simplemente culposa, pues es un hecho evidente que la acción del agente al disparar el arma iba dirigida contra un tercero, pero obró intencional o voluntariamente.

Así las cosas mal puede hablarse de homicidio a título de culpa, problema este que las instancias examinaron a espacio al calificar de fondo el proceso y al proferir las sentencias de primero y segundo grado.

En cuanto a la causal tercera, el colaborador fiscal arguye que la demanda carece de fundamento apreciable ya que el jurado, a quien las partes ilustraron sobre la circunstancia aminorante del estado de ira causado por grave e injusta provocación, desatendió el pedimento en este particular para consignar en el veredicto, simplemente, que el acusado había obrado en estado de indignación, término que aclararon expresando que lo consideraban como una simple ira o cólera.

Sobre el particular conviene transcribir el concepto de la Procuraduría, en lo pertinente:

“Y no se diga que la respuesta que durante el juicio público dió el jurado, se debió a que las partes no supieron ilustrar el criterio popular.

“No, porque en el curso del debate público, no sólo de parte del defensor del procesado sino de cuenta del Ministerio Público se trata a espacio sobre el problema.

“En efecto, dijo el señor Fiscal:

“Podría plantearse la ira o el intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, pero esta atenuante no tiene ningún respaldo procesal porque el altercado suscitado en la fonda de Heredia entre el encausado y Villarreal ya había pasado cuando se sucedieron los hechos y por consiguiente el encausado no obró en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. Obró en estado de ira, pero esta únicamente sirve para graduar la pena y no como atenuante de la responsabilidad, ya que la ira sola no conlleva ninguna atenuante’.

“Y expuso el señor abogado defensor:

“Si existe alguna responsabilidad para Sérvulo Caviedes Esquivel, y en caso de no aceptarse que obró en legítima defensa de su vida o del honor, ésta se encuentra encajada dentro del estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación de que fué víctima por parte del trabajador Villarreal..... Para terminar solicitó del Jurado que al contestar el cuestionario, lo hicieran diciendo:..... y como subsidiaria, que respondieran: ‘Si es responsable, pero en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación y en riña imprevista’”.

“Siendo ello así, el veredicto, en el cual se habla de un estado de indignación, en vez de la ira de que le habló el Ministerio Público o de la ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, de que les trató el señor defensor, dió lugar a que el señor Fiscal, con un verdadero celo por que quedara claramente expresado el fallo de hecho, obtuvo que se reanudara el juicio público a fin de que aclararan los jueces de conciencia su veredicto.

“En efecto:

“El señor Juez reanudó la audiencia y leyó el veredicto. Concluido lo cual, y estando presente el señor Fiscal, solicitó del Jurado que aclarara el veredicto en el sentido de expresar que si ese estado de indignación, lo consideraban ellos como un estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, y los señores Miembros del Jurado, respondieron: ‘Que ese estado de indignación lo consideraban ellos, como una simple ira o cólera’”.

“Así las cosas, la interpretación que el señor demandante le dá al fallo en conciencia, no es de recibo, ya que ‘el efecto legal y jurídico’ del mismo fallo fue debida y sanamente reconocido y aplicado por los falladores de una y otra instancia. Lo propio ocurrió al proferirse la sentencia de una y otra instancia”.

Acordé con el criterio expuesto en torno a la causal 3a, el distinguido colaborador Fiscal estima que no es de recibo la causal 1a., invocada sólo como consecuente de aquella.

CONSIDERA LA CORTE

1o. Para desatar el recurso de casación en el presente caso en forma negativa, bien podría estarse la Corte a las razones expuestas por el Ministerio Público en su concepto de fondo, pues bien claro resulta que los motivos de impugnación alegados por el demandante no tienen asidero legal.

En efecto, el juicio no adolece de vicio constitutivo de nulidad, y menos aparece que las instancias al calificar el proceso hubieran incurrido en error al denominar jurídicamente la infracción.

2o. No es propio, a través de la causal 4a., promover un debate de índole probatorio, atinente a cuestiones de hecho, susceptibles de examen en casación sólo con base en la causal 2a., no aducida en la demanda y no admisible cuando se trata de juicios con intervención del jurado, como repetida e insistentemente lo ha dicho la Corte.

3o. No aparece que la sentencia impugnada esté en desacuerdo con los términos del veredicto del jurado porque la agregación hecha por éste a la afirmación de responsabilidad carece del contenido que corresponde a la circunstancia específica de atenuación señalada en el artículo 28 del C. P.. Y carece de ese contenido, no sólo porque el jurado omitió referirse expresamente al estado de ira, sustituyéndolo por el de indignación, sino porque para nada aludió al motivo determinante de dicho estado, que tendría que ser, para la aplicación del artículo 28, la provocación grave e injusta.

4o. Por lo demás, aunque los jueces de conciencia no sean requeridos por la ley a usar términos, palabras o expresiones sacramentales, de todos modos las que empleen para calificar una determinada conducta penal sometida a su juicio, deben revelar inequívocamente y con claridad la calificación, que permita al juez de derecho la aplicación específica de normas penales pertinentes.

En el caso que se decide, el mismo jurado ratificó su veredicto expresando que sólo había querido reconocer “una simple ira o cólera” (folio 240), ratificación esta que pone más de bulto que no aceptó la circunstancia de que trata el artículo 28.

5o. Lo anterior indica que no pueden prosperar las causales 4a. y 3a. invocadas como principales, como tampoco la 1a., cuyo éxito aparece condicionado a la 3a.

Se procederá, por tanto, de acuerdo con el artículo 569 del C. de P. P. a desechar el recurso interpuesto.

. 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, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., - Srío.-

HOMICIDIO. INTERPRETACION CORRECTA DEL VEREDICTO.

El auto de proceder, el veredicto y la sentencia forman un todo, en el cual ésta no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Motivos de exención de responsabilidad, de justificación o de atenuación que el Jurado afirme y que el Juez debe aceptar o rechazar. Necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes. Veredictos que en apariencia son contradictorios. Existencia jurídica del delito en la legislación colombiana. Reconocimiento de la realidad procesal por el Tribunal Popular. No siendo contradictorio el veredicto al Juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo. Causales 7a. y 3a. de casación.

1. Para interpretar correctamente un veredicto, debe estarse, no a la respuesta en sí misma considerada, con prescindencia del proceso, sino a aquélla, pero en armonía con las demostraciones hechas dentro del juicio.

El auto de proceder -se ha afirmado- traduce el hecho delictuoso investigado y señala al mismo tiempo las circunstancias que pueden modificar la responsabilidad, en la forma en que deben ser expuestas al Jurado, cuando se trata de juicios con la intervención de éste. El Tribunal de conciencia, a su vez, al dar su respuesta, está en la obligación de acomodarse a la evidencia procesal, para que aquél no aparezca injusto o contraevidente. De no ser así el veredicto no merecerá el acatamiento del Juez de derecho, el que puede hacer uso de la facultad que le confiere el art. 537 del C. de P. P. La sentencia, finalmente, tendrá que acomodarse a las previsiones del auto de proceder, en casos no sometidos al Jurado, o al veredicto, cuando ha actuado el Juez de hecho. De donde se desprende que auto de proceder, veredicto y sentencia forman un todo, en el que ésta no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Por tal razón se dice que el veredicto no puede estudiarse aisladamente, sino de acuerdo con las demostraciones procesales que el auto vocatorio consagró, y que la sentencia ha de estar en armonía con aquellas premisas.

Solo así será posible determinar exactamente qué fue lo que quiso decir el Jurado, cuándo su apreciación es errónea por oponerse a la evidencia procesal y cuándo el veredicto es contradictorio, pues obrando contra toda lógica, aquel cuerpo negó y afirmó al mismo tiempo la cuestión que fue sometida a su prudente arbitrio.

Es así como el legislador quiere que se acepten por el Juez los motivos de exención de responsabilidad, o de justificación o de atenuación que el Jurado afirme, siempre que ellos tengan algún anclaje o asidero dentro de las páginas del expediente. O en caso contrario, que tales circunstancias

aminorantes, de inimputabilidad o de irresponsabilidad, se desechen, y que el veredicto que las afirma se rechace, por oponerse a la evidencia procesal o por ir claramente contra la justicia que debe presidir las decisiones judiciales.

Siguiendo este criterio, dijo esta Corporación alguna vez, que afirmada por el Jurado la defensa de la vida, en quien dió muerte a un hombre, es al Juez a quien corresponde decir si esa defensa es legal o legítima, esto es, si ella se acomoda a las previsiones del legislador, para que pueda ser aceptada como una causa de justificación positiva del hecho, y si tales previsiones corresponden a la verdad procesal. Esto, porque la ley no habló en ningún momento de defensa *legítima*, y mencionó solamente la necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes, en el numeral 2o. del art. 25 del C. P.

En el caso de veredictos que, en su apariencia, son contradictorios, debe seguirse la misma regla, pues se sabrá así si el Jurado, en forma por demás torpe, quiso afirmar y negar a la vez un hecho, o si por el contrario, los términos en que redactó su respuesta, son claros en su verdadero entendimiento, como que vierten, al campo externo, una opinión seria sacada de las probanzas y alegaciones reunidas dentro del proceso penal.

Baste pensar que, por lo general, los miembros del Jurado son personas serias y conscientes, capaces de distinguir entre lo bueno y lo malo, conocedores de lo que favorece el orden social y de lo que lo destruye, aunque no tengan la plena capacidad de discernimiento jurídico, que la da, y no siempre, la dedicación al estudio de las leyes y al examen de su contenido espiritual y humano.

2. Es evidente que el hombre, al obrar en defensa de su vida o de su integridad física amenazada, lo hace con plena conciencia de su obrar y con plena previsión del resultado. En otros términos: el que se defiende, conoce el hecho que se ejecuta, prevé los resultados que de él pueden desprenderse, y no obstante, quiere ese hecho y quiere esos resultados. Es decir, en el campo externo, en la apariencia, comete una de aquellas actividades previstas como infracciones de la ley penal. El acto -se ha dicho- tiene la "apariencia del delito pero no la sustancia".

"La condición que da solo apariencia de delito, pero que excluye la sustancia delictiva, consta de dos manifestaciones psíquicas: una negativa, por falta de intención (no haber procedido contra el derecho), y positiva la otra, con intención, pero legítima (haber actuado con arreglo al derecho)".

Se tiene así la exención de responsabilidad, o justificación negativa o causa de inimputabilidad del hecho, porque no se actuó contra derecho, y la justificación propia o positiva porque el agente obró conforme a derecho.

De otro lado, para que el delito tenga existencia jurídica, en la legislación colombiana, es preciso que su autor sea imputable física y psíquicamente, de acuerdo con la normación del art. 11 del Código Penal, esto es, que de él pueda predicarse esa acción como de su causa física y psíquica.

Así, pues, que quien da muerte a otro hombre, con el ánimo o intención homicida comete, al menos, en el campo externo, un homicidio y debe responder de su obrar. En el caso de autos, el reo dió muerte a uno y causó lesiones a

otro y ésto con el propósito de cometer ambos delitos. Luego, podía señalárselo como autor responsable de homicidio y lesiones. Solo que al explicar su conducta en juicio, demostró que al cometer aquellos hechos, se había visto en la necesidad de defender su vida actual e injustamente amenazada, por quienes a la postre resultaron ofendidos.

Aquella alegada situación de necesidad de defensa correspondía a un ataque a la integridad física, actual e injusto, y la reacción, injusta en apariencia, fue vista como proporcionada subjetivamente a la agresión.

3. Cuando el Jurado que no es técnico en la ciencia del derecho, dijo que el procesado "sí es responsable", afirmó paladinamente la existencia de un hecho -muerte y lesiones- cometido con intención plena, y al agregar "pero en legítima defensa de su vida", señaló la circunstancia justificativa en que aquel hecho, imputable al sindicado, se había cumplido. En estos términos, se reconoció la realidad procesal: la apariencia del delito, pero no la sustancia del mismo.

Y no se diga, en este caso, que el Juri, en su respuesta afirmó la responsabilidad y, al mismo tiempo, la negó, porque en realidad, lo que hizo aquél fue afirmar la imputabilidad psico-física del procesado, como autor de homicidio y lesiones, y señalar luego que, al cumplir su acción, había actuado secundum jus, esto es, en defensa de un derecho que la ley protege.

4. Al aceptar que el veredicto del Tribunal Popular afirmó la imputabilidad psico-física del procesado en la consumación de los hechos delictuosos, e indicó, al mismo tiempo, la justificación de ellos, por haber obrado el agente en defensa de su vida, mal podría decirse que la sentencia absolutoria no está en consonancia con la respuesta del Jurado. Por el contrario, no siendo contradictorio el veredicto, al Juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo, como en realidad lo hizo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, doce de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Contra la sentencia de 11 de septiembre de 1963, absolutoria, de José Orozco o José de la Cruz López y proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, interpuso casación el señor Fiscal de aquella Corporación.

El recurso fue sustanciado y es el momento de decidir.

HECHOS:

El 29 de mayo de 1960, en las horas de la tarde, se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes, en la casa denominada la "Yaguala", en el corregimiento de "El Salado", en el Municipio de Cúcuta, Tomás Hernández y Gustavo o Cristóbal Ramírez. La venta de licor era atendida por José Orozco o José de la Cruz López.

Hernández y Ramírez, a las seis de la tarde, siguieron hacia la finca en don de trabajaban. En la carretera, se encontraron con Orozco o López. Se desarrolló allí un corto combate, del cual resultó muerto Ramírez y lesionado Hernández.

Adelantó la investigación el Inspector de "El Salado", y posteriormente, correspondió su conocimiento al Juez Tercero Superior de Cúcuta, el que ordenó la detención del sindicado y dictó luego auto de proceder contra Orozco o López apartándose así del concepto de su colaborador Fiscal, que reclamaba un sobreseimiento definitivo.

Revisado el enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Cúcuta, fue confirmado.

El juicio siguió su curso. El 8 de marzo de 1.963, se celebró la audiencia pública. Dos cuestiones fueron propuestas al Jurado. La primera sobre la responsabilidad de Orozco o López, por la muerte de Ramírez. La segunda sobre las lesiones causadas por el mismo a Hernández.

El Tribunal popular contestó aquellas preguntas:

"SI ES RESPONSABLE, PERO EN LEGITIMA DEFENSA DE SU VIDA".

Aceptó el Juez el veredicto, como absolutorio, y con base en él, dictó sentencia el 18 de marzo de 1.963, la que fue confirmada por el Tribunal el 11 de septiembre del mismo año.

Contra ésta se interpuso el recurso de casación, que ahora se resuelve.

LA DEMANDA:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta, en escrito de 18 de febrero de este año, formaliza su demanda de casación, acogiendo para ello a los términos legales.

Dos causales son invocadas, así:

La séptima de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P., por haberse dictado la sentencia "sobre un veredicto evidentemente contradictorio". En los siguientes términos se sustenta:

"Facilmente se observa que los veredictos están formados por dos proposiciones: 'Si es responsable' la primera, 'pero en legítima defensa de su vida' la segunda. En la primera se afirma en forma indubitable la responsabilidad del acusado en el homicidio simplemente voluntario en Gustavo o Cristóbal Ramírez y en las lesiones personales en Tomás Hernández; y en la segunda se niega la responsabilidad, se niega lo que se había afirmado ya, porque se reconoce que ejecutó los hechos en legítima defensa de su vida. Esto significa que se está en presencia de extremos opuestos que no pueden coexistir en un solo acto ni concurrir hacia un mismo sujeto.

"Se encuentran los veredictos en pugna con el principio de contradicción, porque sus términos implican la afirmación y la negación de la responsabilidad del procesado José Orozco o José de la Cruz López, destruyéndose mutuamente, no pudiendo sobre ellos recaer sentencia, ya que no existen veredictos en que basarla.

“No hay duda que los veredictos analizados son claramente contradictorios, porque envuelven afirmación y negación a la vez de la responsabilidad, siendo imposible conciliar sus proposiciones, pues mutuamente se destruyen”.

La segunda causal invocada es “la tercera señalada en el Art. 567 del C. de P. P.”, “cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado”.

“Es un hecho incontrovertible -son palabras de la demanda- que el Jurado quiso condenar y expresamente condenó al procesado José Orozco o José de la Cruz López por los delitos de homicidio en Gustavo o Cristóbal Ramírez y lesiones personales en Tomás Hernández, porque en forma clara y expresa consignó en la primera parte de los veredictos que era responsable; pero como juzgara que los hechos se habían cometido en circunstancias diversas a las indicadas en los cuestionarios, así lo expresó al agregar ‘pero en legítima defensa de su vida’. Conciliando las dos proposiciones de los veredictos se concluye que el jurado consideró responsable al acusado por haberse excedido en los límites impuestos por la ley para la legítima defensa”.

“...Así las cosas el Tribunal al confirmar el fallo del señor Juez del conocimiento incurrió en desacuerdo con los veredictos, porque él absolvió y ellos son condenatorios. Pugna, en consecuencia, el fallo recurrido con el ordenamiento procesal que da al Jurado la facultad de decidir la responsabilidad del acusado”.

“No cabe ninguna duda -agrega el señor Fiscal recurrente- que cuando el Jurado afirma la responsabilidad, como en el presente caso, está indicando que el procesado debe sufrir la pena correspondiente a su actividad delictuosa, y estaría en desacuerdo con el veredicto la sentencia absolutoria.

“Si el Jurado, se repite, afirma la responsabilidad del acusado en la primera proposición del veredicto y reconoce una causal de justificación en la segunda proposición, y ellas se pueden conciliar, está desplazando el delito hacia la figura prevista en el artículo 27 del C. P”.

Dos peticiones hace el demandante. De acuerdo con la primera, la Corte debe declarar “contradictorios los veredictos emitidos en la presente causa” y devolver el proceso “por conducto del Tribunal Superior de Cúcuta, al Juzgado Tercero Superior, para que se convoque a nuevo Jurado”. Y en armonía con la segunda, es el caso de invalidar la sentencia absolutoria proferida y dictar, en su reemplazo, el fallo condenatorio correspondiente.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con base en el artículo 30. del Decreto N^o. 1154 de 1.954, “considera que no hay lugar a su intervención, por lo mismo, se abstiene de ejercitar la facultad de que trata el artículo antes citado”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Causal séptima. “Artículo 567. Hay lugar a casación:

“7^o. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio”.

Trátase, por consiguiente, de saber si el veredicto proferido en esta causa es "evidentemente contradictorio", en forma tal que sus términos sean inconciliables entre sí, porque se excluyen o porque el uno afirma lo que el otro niega o viceversa.

El doble veredicto dictado por el Jurado que intervino en el juicio, es de este tenor: "SI ES RESPONSABLE, PERO EN LEGITIMA DEFENSA DE SU VIDA".

Según el señor Fiscal del Tribunal, los términos en que aparece concebida esta respuesta "Implican la afirmación y la negación de la responsabilidad del procesado", "siendo imposible conciliar sus proposiciones, pues mutuamente se destruyen".

Para interpretar correctamente un veredicto, debe estarse, no a la respuesta en sí misma considerada, con prescindencia del proceso, sino a aquélla pero en armonía con las demostraciones hechas dentro del juicio.

El auto de proceder -se ha afirmado- traduce el hecho delictuoso investigado y señala al mismo tiempo las circunstancias que pueden modificar la responsabilidad, en la forma en que deben ser expuestas al Jurado, cuando se trata de juicios con la intervención de éste. El Tribunal de conciencia, a su vez, al dar su respuesta, está en la obligación de acomodarse a la evidencia procesal, para que aquél no aparezca injusto o contraevidente. De no ser así el veredicto no merecerá el acatamiento del juez de derecho, el que puede hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 537 del C. de P. P. La sentencia, finalmente, tendrá que acomodarse a las previsiones del auto de proceder, en casos no sometidos al Jurado, o al veredicto, cuando ha actuado el juez de hecho. De donde se desprende que auto de proceder, veredicto y sentencia forman un todo, en el que ésta no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Por tal razón se dice que el veredicto no puede estudiarse aisladamente, sino de acuerdo con las demostraciones procesales que el auto vocatorio consagró, y que la sentencia ha de estar en armonía con aquellas premisas.

Sólo así será posible determinar exactamente qué fue lo que quiso decir el Jurado, cuándo su apreciación es errónea por oponerse a la evidencia procesal y cuándo el veredicto es contradictorio, pues obrando contra toda lógica, aquel cuerpo negó y afirmó al mismo tiempo la cuestión que fue sometida a su prudente arbitrio.

Es así como el legislador quiere que se acepten por el Juez los motivos de exención de responsabilidad, o de justificación o de atenuación que el Jurado afirme, siempre que ellos tengan algún anclaje o asidero dentro de las páginas del expediente. O en caso contrario, que tales circunstancias aminorantes, de inimputabilidad o de irresponsabilidad, se desechen, y que el veredicto que las afirma se rechace, por oponerse a la evidencia procesal o por ir claramente contra la Justicia que debe presidir las decisiones judiciales.

Siguiendo este criterio, dijo esta Corporación alguna vez, que afirmada por el Jurado la defensa de la vida, en quien dió muerte a un hombre, es al Juez a quien corresponde decir si esa defensa es legal o legítima, esto es, si ella se acomoda a las previsiones del legislador, para que pueda ser aceptada como una causa de justificación positiva del hecho, y si tales previsiones corresponden a la verdad procesal. Esto, porque la ley no habló en ningún momento de defensa legítima, y mencionó solamente la necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes, en el numeral 2o. del artículo 25 del C. P.

En el caso de veredictos que, en su apariencia, son contradictorios, debe seguirse la misma regla, pues se sabrá así si el Jurado, en forma por demás torpe, quiso afirmar y negar a la vez un hecho, o si por el contrario, los términos en que redactó su respuesta, son claros en su verdadero entendimiento, como que vierten, al campo externo, una opinión seria sacada de las probanzas y alegaciones reunidas dentro del proceso penal.

Baste pensar que, por lo general, los miembros del Jurado son personas serias y conscientes, capaces de distinguir entre lo bueno y lo malo, concedores de lo que favorece el orden social y de lo que lo destruye, aunque no tengan la plena capacidad de discernimiento jurídico, que la da, y no siempre, la dedicación al estudio de las leyes y al examen de su contenido espiritual y humano.

Aplicando este criterio al caso controvertido, se tiene:

Los hechos se cumplieron en lugar solitario y en horas de la tarde. No hubo testigos presenciales. El Juez de la primera instancia considera como tal a Hernández, uno de los ofendidos, cuyo dicho merece credibilidad en cuanto señala a la persona de su heridor, pero no en cuanto a las circunstancias en que el hecho se produjo.

El sindicado, Orozco o López, alega, en su indagatoria, haber obrado en defensa de su vida, al actuar contra dos sujetos que se fueron sobre él, con ánimo de eliminarlo, al parecer. Fue así como dió muerte a Ramírez e hirió a Hernández.

Tales los hechos y tales las pruebas que se exhibieron ante el Jurado y que determinaron la doble respuesta de que Orozco o López si era responsable de haber dado muerte y de haber herido, si bien lo hizo para defender su vida.

Es evidente que el hombre, al obrar en defensa de su vida o de su integridad física amenazada, lo hace con plena conciencia de su obrar y con plena previsión del resultado. O en otros términos: el que se defiende, conoce el hecho que se ejecuta, prevé los resultados que de él pueden desprenderse, y no obstante, quiere ese hecho y quiere esos resultados. Es decir, en el campo externo, en la apariencia, comete una de aquellas actividades previstas como infracciones de la ley penal. El acto se ha dicho tiene la "apariencia del delito pero no la sustancia".

"La condición que da sólo apariencia de delito, pero que excluye la sustancia delictiva, consta de dos manifestaciones psíquicas: una negativa, por falta de intención (no haber procedido contra el derecho), y positiva la otra, con intención, pero legítima (haber actuado con arreglo al derecho)".

Se tiene así la exención de responsabilidad, o justificación negativa o causa de inimputabilidad del hecho, porque no se actuó contra derecho, y la justificación propia o positiva porque el agente obró conforme a derecho.

De otro lado, para que el delito tenga existencia jurídica, en la legislación colombiana, es preciso que su autor sea imputable física y psíquicamente, de acuerdo con la normación del artículo 11 del Código Penal, esto es, que de él pueda predicarse esa acción como de su causa física y psíquica.

Así, pues, que quien da muerte a otro hombre, con el ánimo o intención homicida, comete, al menos, en el campo externo, un homicidio y debe responder de su obrar. Tal lo acontecido aquí: Orozco dió muerte a Ramírez y causó lesión

nes a Hernández, y ello con el propósito de matar al uno y lesionar al otro. Luego, podía señalársele como autor responsable de homicidio y de lesiones. Sólo que, al explicar su conducta en juicio, demostró que al cometer aquellos hechos, se había visto en la necesidad de defender su vida, actual e injustamente amenazada, por quienes a la postre resultaron ofendidos.

Aquella alegada situación de necesidad de defensa, correspondía a un ataque a la integridad física, actual e injusto, y la reacción, injusta en apariencia, fue vista como proporcionada subjetivamente a la agresión.

De esta suerte, cuando el Jurado que, como se indicó antes, no es técnico en la ciencia del derecho, dijo que Orozco "sí es responsable", afirmó paladinamente la existencia de un hecho -muerte y lesiones- cometido con intención plena, y al agregar "pero en legítima defensa de su vida", señaló la circunstancia justificativa en que aquel hecho, imputable al sindicado, se había cumplido. En estos términos, se reconoció la realidad procesal: la apariencia del delito, pero no la sustancia del mismo.

Y no se diga, en este caso, que el Juri, en su respuesta afirmó la responsabilidad y al mismo tiempo, la negó, porque, en realidad, lo que hizo aquél fue afirmar la imputabilidad psico-física del nombrado Orozco López, como autor de homicidio y lesiones, y señalar luego que, al cumplir su acción, había actuado secundum jus, esto es, en defensa de un derecho que la ley protege.

En los anteriores conceptos, deja explicado la Corte el fundamento que la asiste para aceptar el veredicto, y rechazar la tacha que a él se opone.

Por consiguiente, la sentencia no ha sido pronunciada sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

No se ha demostrado la causal 7a. de casación.

Causal tercera. "Artículo 567. Hay lugar a casación:

"3o. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Pues bien: al aceptar que el veredicto del Tribunal popular afirmó la imputabilidad psico-física de José Orozco o José de la Cruz López, en la muerte de Ramírez y en las lesiones a Hernández, e indicó, al mismo tiempo, la justificación del hecho, por haber obrado el agente en defensa de su vida, mal podría decirse que la sentencia absolutoria no está en consonancia con la respuesta del Jurado. Por el contrario, no siendo contradictorio el veredicto, como se indicó atrás, al juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo, como en realidad lo hizo.

No es admisible, por consiguiente, la causal tercera de casación que se ha alegado.

Por 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pío Quinto León L. , Secretario

RÉCUSACION EN MATERIA PENAL. HIPÓTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE AL RESOLVERLA. MOTIVO A QUE SE REFIERE LA CAUSAL 1a. DEL ART. 73 DEL C. DE P. P. LIBERTAD PROVISIONAL, CUANDO COMPETE A LA CORTE DECRETARLA.

1. En presencia de una recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, puede presentarse una de estas dos hipótesis: a) que aquél acepte como ciertos los hechos en que la recusación se funda; b) que, por el contrario, los rechace. Si lo primero ocurre, lo que en el fondo se configura es un impedimento manifestado a instancia de parte interesada, y entonces corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararlo fundado, si están de acuerdo con el recusado, o, en el caso contrario, enviar el negocio a la Corte, para que ésta decida, todo conforme a los arts. 77 y 74 del C. de P. P. Y se dice que en esta primera hipótesis el incidente se resuelve con anuencia de los restantes Magistrados de la Sala respectiva, porque como el citado estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es preciso aplicar el art. 442 del C. J., en armonía con el 7o. de aquella obra. Pero si acontece lo segundo, vale decir, si el recusado niega fundamento a la causal inhibitoria que se invoca no puede recurrirse a estas dos disposiciones, porque el art. 77 del Código de Procedimiento Penal expresa imperativamente que si aquél “no los aceptare (los hechos en que la recusación se funda) *enviará el proceso al superior*, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado” (Subraya la Sala).

Tal es el criterio que la Corte ha venido sustentando a partir de la providencia de fecha 4 de agosto de 1.958, publicada en el Tomo LXXXVIII, Nos. 2198 a 2201 de la Gaceta Judicial, pág. 749.

2. Constituye motivo de recusación, conforme a la causal 1a del art 73 del C. de P. P., “Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso”. Pero ese interés, ya sea de orden moral o material, requiere el requisito indispensable de la actualidad, como inequívocamente surge del infinitivo *tener* con que se inicia la norma transcrita.

3. No procede resolver la solicitud sobre “el beneficio de libertad mediante caución de conformidad con lo dispuesto por el art. 411 del C. de P. P.”, por las siguientes razones:

a) El proceso ha subido a la Corte, exclusivamente, para dirimir un incidente de recusación, asunto que, por mandato expreso de la ley, se decide de *plano*, lo que indica que la Sala carece de jurisdicción para un pronunciamiento en el particular.

b) La libertad provisional por pena cumplida, autorizada por el art. 411, solo compete a la Corte decretarla cuando conoce del recurso extraordinario de casación o cuando actúa como Tribunal de instancia en forma ordinaria, y en el primer evento esa facultad la ejerce ateniéndose a una sanción concretamente individualizada en el fallo recurrido.

c) En el negocio a estudio, una resolución como la demandada sería ilegítima, pues tratándose de un sumario (estado en que se encuentra el proceso), la estimación hipotética de la pena imponible es asunto privativo de las instancias. Toda intromisión de la Corte en este sentido entrañaría una calificación de los hechos materia del cargo, que le restaría autonomía al Tribunal en su cometido de revisar el auto de enjuiciamiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, doce de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El doctor Raúl Arias López, apoderado de la parte civil en el proceso que por falsedad en documentos y estafa se adelanta contra Jerala Kronfly y otros, en memorial del dieciseis de abril último recusó al doctor Demófilo Candela Moriones, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

Invoca el recusante la causal 1a. del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, cuya motivación puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) "Por propia confesión hecha por el H. Magistrado Ponente doctor Demófilo Candela en este proceso, para ante la H. Corte Suprema de Justicia, como consta de autos, el doctor Demófilo Candela es cuñado del doctor Fabio Humberto Campo, abogado que ha sido apoderado del principal sindicado en este proceso, señor Jerala Kronfly, sindicado quien es al mismo tiempo presunto heredero del testamento que la parte civil ha tachado de falso y que ha dado origen a este proceso";

b) El doctor Fabio Humberto Campo tiene "un interés permanente en los resultados del proceso que se sigue contra el señor Jerala Kronfly y se beneficiará económicamente y en forma considerable, de resultarle favorable al señor Jerala Kronfly un fallo de la justicia penal";

c) Ese interés se patentiza en la escritura pública No. 645 de 5 de abril de 1.956, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Pereira, en la cual consta un contrato de servicios profesionales entre Jerala Kronfly y otros con los abogados Fabio Humberto Campo, Félix Angel Vallejo y Germán Cruz Perdomo. Y agréga el recusante: "En dicha escritura se estipulan las condiciones en que esos profesionales atenderán la causa del sindicado Jerala Kronfly en el proceso del cual conoce actualmente el doctor Demófilo Candela como Magistrado, así como en el juicio civil que se adelanta relacionado con la sucesión de don Pedro Iza, iniciado con base en el testamento que la Parte Civil ha tachado de falso. Consta en la misma escritura la forma como se cubrirán los honorarios a los profesionales Campo, Vallejo y Cruz Perdomo y la época del pago, que no es otra que la resultante de la terminación del juicio de sucesión con base en el tes-

tamento tachado de falso y que ha dado origen al proceso penal contra el señor Jerala Kronfly y otro. Tíete, pues, el doctor Fabio Humberto Campo, actualmente y para el futuro, un interés patrimonial considerable en que se declare válido el testamento que la Parte Civil ha denunciado como falso, interés que cristalizará en provecho económico en favor del doctor Fabio Humberto Campo en el evento de ser absuelto el sindicado Jerala Kronfly en el proceso en el cual actúa el doctor Demófilo Candela como Magistrado Ponente”.

El señor apoderado de la parte civil acompañó al memorial de recusación copia auténtica de la escritura pública número 645 de 5 de abril de 1.956, debidamente registrada.

Mediante providencia del 25 de abril último el doctor Demófilo Candela resolvió no aceptar los hechos en que la recusación se funda, y ordenó enviar el expediente respectivo a la Corte, “para lo de su cargo”. Pertenecen a ese proveído, entre otros, los siguientes apartes:

“Es cierto que el doctor Fabio Humberto Campo, quien fuera apoderado del sindicado Jerala Kronfly Iza, suscribió la escritura pública número 645 de 5 de abril de 1.956, otorgada en la Notaria Tercera del Circuito de Pereira y que por medio de ese instrumento público se estipularon tanto los honorarios que cobraría por sus gestiones profesionales como la forma y época del pago respectivo.

“Es cierto, además, que el doctor Fabio Humberto Campo es cuñado del Magistrado Ponente, pues que éste está casado legalmente con la señora Olga Campo, hermana legítima del doctor Fabio Humberto Campo, manifestación que, como consta a la H. Corte Suprema de Justicia, hice en su oportunidad sin que ninguna de las partes lo hubiera siquiera insinuado.

“Es cierto también que tanto el Tribunal Superior de Cali, en Sala Dual integrada por los HH. Magistrados Antonio Moreno Mosquera y Luis Enrique Romero Soto, declaró infundado el impedimento que manifesté desde el 16 de enero de 1.961 cuando el negocio pasó a mi Despacho para resolver el recurso de apelación que se interpuso contra el auto de proceder.

“Es cierto que la H. Corte, en providencia del 11 de febrero del mismo año de 1.961, que aparece a Fl. 2 del Cuaderno 13, confirma la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por medio de la cual declara infundado el impedimento que manifesté, aduciendo que el doctor Fabio Humberto Campo no era apoderado ni defensor de ninguno de los procesados y por lo tanto ni él como profesional, ni yo como su familiar, teníamos interés moral o patrimonial en los resultados finales de la investigación.

Es cierto que posteriormente el señor apoderado de la parte civil, por intermedio del Ministerio de Justicia, promovió un incidente aduciendo que la mora en el fallo podría ser imputable al Magistrado Ponente, y es verdad que la H. Corte Suprema de Justicia, en decisión de 30 de noviembre de 1.963 declaró que la mora no era imputable al Magistrado Ponente.

“Examinada exhaustivamente mi conducta por la H. Corte Suprema de Justicia en esas dos oportunidades, se procedía por la Sala de Decisión al estudio del negocio cuando nuevamente se insiste por el señor apoderado de la parte civil a enervar la acción mediante la recusación.

“Cuando manifestè mi impedimento y la H.-Corte Suprema de Justicia lo declaró infundado, confirmando así la providencia del Tribunal, ya el doctor Campo no era apoderado ni defensor del sindicato Jerala Kronfly Iza, porque éste había designado su defensor al doctor Luis Zafra con mucha antelación a mi manifestación.

“Tampoco tenía el doctor Fabio Humberto Campo interés patrimonial ‘actualmente y para el futuro’ -como ahora lo proclama el señor apoderado de la parte civil- en la declaración que se haga por la justicia en relación con el testamento que la Parte Civil ha denunciado como falso, porque el citado profesional había cedido sin reserva alguna la cuota que le hubiera podido corresponder en el evento del éxito de sus puntos de vista.

“Así lo proclama la escritura pública número 594 de 8 de marzo de 1.960 otorgada en la Notaría Sexta del Circuito de Bogotá y debidamente registrada, en la cual después de referirse sus cláusulas a las otras pactadas en la escritura pública que sirve de fundamento al señor apoderado de la Parte Civil para formular su recusación, dice textualmente:

‘TERCERO: Que por medio de este público instrumento el compareciente CAMPO M., traspasas -sic- todos sus derechos, sin reserva de ninguna naturaleza y en las condiciones antes expresadas y consignadas en la escritura seis-cientos cuarenta y cinco (645) ya citada, al doctor EDUARDO KRONFLY KRONFLY’.

“Los términos del instrumento público por el cual el doctor Fabio Humberto Campo transfiere todos sus derechos que le correspondan o puedan corresponder, son de meridiana claridad y no dejan al Magistrado Ponente la más leve duda sobre la rectitud de su conducta y sobre las razones que tiene para rechazar la recusación formulada por el señor apoderado de la parte civil, doctor Raúl Arias López, abogado sustituto del doctor Jorge Gutiérrez Anzola, apoderado principal.

“No existe, pues, fundamento para la recusación propuesta por el señor apoderado de la parte civil porque el doctor Fabio Humberto Campo -cuñado de Magistrado Ponente- no es desde hace varios años procurador judicial del sindicato señor Jerala Kronfly, ni de ningún otro de los sindicatos, ni tiene interés patrimonial, también desde hace varios años, dependiente de los resultados de la investigación penal que contra el mencionado sindicato y otros se adelanta, ni de ninguna acción civil que se haya intentado o se intente en el futuro”.

SE CONSIDERA:

1o. Como el señor apoderado de la parte civil, en escrito del 21 de mayo último, visible a folios 96 y 97 del cuaderno número 13, ha manifestado su conformidad con respecto al procedimiento adoptado por el Magistrado sustanciador, doctor Demófilo Candela, en el sentido de que éste no debió enviar el negocio directamente a la Corte para la decisión del incidente, importa hacer sobre particular algunas observaciones.

En presencia de una recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, puede presentarse una de estas dos hipótesis: a) Que aquél acepte como ciertos los hechos en que la recusación se funda; b) Que

por el contrario, los rechace. Si lo primero ocurre, lo que en el fondo se configura es un impedimento manifestado a instancia de parte interesada, y entonces corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararlo fundado, si están de acuerdo con el recusado, o, en el caso contrario, enviar el negocio a la Corte, para que ésta decida, todo conforme a los artículos 77 y 74 del C. de P. P. Y se dice que en esta primera hipótesis el incidente se resuelve con anuencia de los restantes magistrados de la Sala respectiva, porque como el citado estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es preciso aplicar el artículo 442 del C. J. en armonía con el 7º. de aquella obra. Pero si acontece lo segundo, vale decir, si el recusado niega fundamento a la causal inhibitoria que se invoca, no puede recurrirse a estas dos disposiciones, porque el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal expresa imperativamente que si aquél “no los aceptare (los hechos en que la recusación se funda) enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado”. (Subraya la Sala).

Tal es el criterio que la Corte ha venido sustentando a partir de la providencia de fecha 4 de agosto de 1.958, publicada en el Tomo LXXXVIII, números 2198 a 2201 de la Gaceta Judicial, pág. 749.

2º. Ciertamente, constituye motivo de recusación, conforme a la causal 1ª. del artículo 73 del C. de P. P., “Tener el juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso”. Pero ése interés, ya sea de orden moral o material, requiere el requisito indispensable de la actualidad, como inequívocamente surge del infinitivo tener con que se inicia la norma transcrita.

En el presente caso es indudable que el doctor Fabio Humberto Campo tuvo interés en el desenlace de este proceso, pero esa vinculación pretérita desapareció con la cesión de derechos a que se refiere la escritura número 594 de 8 de marzo de 1.960, instrumento público cuya copia auténtica, debidamente registrada, aparece de folios 82 a 84 del cuaderno número 13 del expediente. En tales circunstancias, como lo sostiene el Magistrado recusado, la recusación propuesta carece de todo fundamento legal y moral.

3º. Aprovechando la llegada de este proceso a la Corte, el doctor Julio Romero Soto, defensor del señor Jerala Kronfly, ha formulado la solicitud de que se le conceda a su poderdante “el beneficio de libertad mediante caución de conformidad con lo dispuesto por el art. 411 del C. de P. P.” (Fls. 1 a 6, cd. 14).

No procede resolver la referida solicitud sobre libertad provisional, por las siguientes razones:

a). El proceso de la referencia ha subido a la Corte, exclusivamente, para dirimir un incidente de recusación, asunto que, por mandato expreso de la ley, se decide de plano, lo que indica que la Sala carece de jurisdicción para un pronunciamiento en el particular.

b). La libertad provisional por pena cumplida, autorizada por el artículo 411, solo compete a la Corte decretarla cuando conoce del recurso extraordinario de casación o cuando actúa como Tribunal de instancia en forma ordinaria, y en el primer evento esa facultad la ejerce ateniéndose a una sanción concretamente individualizada en el fallo recurrido.

c). En el negocio a estudio, una resolución como la demandada sería ilegítima, pues tratándose de un sumario (estado en que se encuentra el proceso),

la estimación hipotética de la pena imponible es asunto privativo de las instancias. Toda intromisión de la Corte en este sentido entrañaría una calificación de los hechos materia del cargo, que le restaría autonomía al Tribunal en su cometido de revisar el auto de enjuiciamiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. Es infundada la recusación a que expresamente se refiere la parte motiva de esta providencia;

2o. No hay lugar a proveer sobre la solicitud de libertad provisional del procesado Jerala Kronfly, formulada por su defensor, doctor Julio Romero Soto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Cali. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

HOMICIDIO COMETIDO EN RIÑA. ANALISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Tacha a la sentencia del ad-quem con fundamento en que el ilícito se cometió en riña imprevista. Cuándo pueden ser viables la circunstancia prevista en el art. 28 del C. P. y la aminorante del art. 384 de la misma obra. Causales 2a. y 1a. de casación.

Si el juzgador de segunda instancia, al darle credibilidad a las versiones de los testigos, concluyó en que la procesada no cometió el delito dentro de una riña imprevista, ni tampoco en estado de ira causada por grave e injusta provocación, es obvio que no incurrió en error y mucho menos en un yerro protuberante o manifiesto, único que da lugar a que prospere la causal segunda de casación.

De lo aseverado por los deponentes se desprende que la procesada no fue provocada, sino, antes bien, provocó con ultrajes de palabra. En estas condiciones, no puede ser viable la circunstancia atenuante prevista en el art. 28 del C. P., pues ella exige, naturalmente, que el agente del delito haya sido provocado de manera grave e injusta y haber obrado en estado de ira o de intenso dolor. Tampoco la aminorante del art. 384 de la misma obra, porque ésta requiere que la riña sea imprevista para el autor del homicidio o de las lesiones personales, vale decir que resulte casual, que a ella se entre sin querer, sin haber buscado la pelea, sin que aparezca una intervención maliciosa del infractor en la iniciación y desarrollo de la contienda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 28 de agosto de 1.963, por la cual le fué impuesta a SOFIA SANCHEZ DIAZ la pena principal de ocho (8) años de presidio como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pablo Pérez Criollo.

Conoció en primera instancia, mediante el procedimiento señalado en el decreto No. 0012 de 1.959, el Juzgado 120 de Instrucción Criminal, habiéndole sido señalada a la recurrente una sanción privativa de la libertad de cuatro años de presidio.

HECHOS:

El señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

En el barrio de tolerancia de la población de Chaparral (Tolima), sitio bo-rascoso como todas las zonas o conglomerados de tal naturaleza, comenzó, a eso de las dos de la madrugada del lunes 29 de febrero de 1.960, en la cantina y postibulo de propiedad de Gerardo o Gerardino Lozano y de su concubina Yolanda Gómez ("La Chata"), una fenomenal trifulca, en la que tomaron parte principal, entre otros, como protagonistas, de un lado, Pedro A. Cedeño Cubillos, quien posteriormente, resultó levemente herido Pablo Pérez Criollo, quien, a la postre, resultó muerto, y Luis Medina Salazar. Del otro lado actuaron, principalmente también, diversas mujeres que hacían parte del postibulo, entre ellas Ninfa Cuéllar Méndez, autora de la herida inferida a Cedeño Cubillos, Sofía Díaz, ya mencionada, Vitalina Sánchez y Gladys Reyes. La refriega se debió a que a la citada cantina de Lozano llegaron Cedeño Cubillos, Pérez Criollo y Medina Salazar, dueños también de otras cantinas similares dentro del mismo barrio, acompañados de dos mujeres, parece que hermanas entre sí y pertenecientes a otro establecimiento de los contornos, llamadas Virginia Díaz y Saturia N. Esta presencia de competidoras en el lugar, no fué bien vista por las residentes, quienes, comenzaron con Vitalina Sánchez a la cabeza y como promotora, a hostilizar a las recién llegadas mujeres visitantes. Para evitar incidentes Medina Salazar y Virginia abandonaron el lugar y se dirigieron a la inmediata cantina de propiedad de Ester Mendoza. Igual cosa hicieron Cedeño Cubillos y Saturia. Así, pues, en el local de Lozano sólo permaneció Pérez Criollo. Las nombradas Ninfa y Vitalina y a corta distancia Gladys, siguieron a aquellos hasta el vecino establecimiento de la Mendoza y al llegar allí procedieron a provocar la trifulca, en tal forma que Medina Salazar discutió con Ninfa y abofeteó a Gladys y Vitalina, saliéndose para la calle donde continuó la pelea. Tal hecho dió ocasión a que Cedeño Cubillos, que se había retirado por un momento, se les aproximara nuevamente con el ánimo de calmar a los pendencieros, siendo rechazado rudamente por las tres mujeres mencionadas. A su vez, Sofía Sánchez Díaz, quien desde la cantina de Lozano se dió cuenta de la situación, salió de allí armada con un asiento y se mezcló en la riña con el propósito de respaldar a sus compañeras. Fué así como recibió un puntapié u otros golpes de Cedeño Cubillos, momento que aprovechó Ninfa para herirlo con arma punzante en la región glútea. Pero también, del local de Lozano salió al campo de la lucha Pérez Criollo e intervino, más de palabra que de obra, en defensa de su amigo Cedeño Cubillos, debido a lo cual se le enfrentó Sofía en forma que ésta, le asestó, cerca de la tetilla izquierda una puñalada que poco después le produjo la muerte. Sofía huyó hacia el sitio de donde había salido, perseguida por Pérez Criollo quien de paso pudo arrancar un trozo de guadua de una cerca contigua, a fin de golpear a su heridura, pero sin lograr penetrar al local debido a que Yolanda Gómez se lo impidió. Retrocedió y cayó en los espasmos de la agonía. Téngase también en cuenta que en la riña en cuestión intervinieron otros elementos vinculados a los anteriores citados, tales como Carlos Posada, cantinero de Lozano, que defendió a sus compañeras de establecimiento y atacó también a Cedeño Cubillos; y que todos los protagonistas se hallaban en estado de embriaguez más o menos avanzada, especialmente las cuatro mujeres tantas veces nombradas".

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA
DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado de la recurrente SOFIA SANCHEZ DIAZ doctor Rómulo Perdomo Medina, invoca las causales segunda y primera de casación, esta última como consecuencia de aquélla.

Los cargos propuestos son los siguientes:

a) Causal segunda:

1o. Que “en la sentencia acusada, por errada apreciación de los hechos, se le desconoció a SOFIA SANCHEZ DIAZ la circunstancia modificadora de su responsabilidad penal, de haber cometido el homicidio durante una riña imprevista para ella”.

Anota, como demostración de esta falta a la sentencia del *ad quem*, que si bien se reconoce que el ilícito se cometió durante una riña, “por error en la apreciación de los hechos no se reconoce que esa riña fue imprevista....” para la procesada....”, como resulta de la indagatoria de ésta y de lo que afirman los declarantes Alberto Medina Salazar (f. 16 v), Jose Jesús Castañeda (f. 40), Ninfa Cuéllar Méndez (f. 31) y Herminda Saavedra (f. 47).

Observa el actor que de “los anteriores testimonios y la indagatoria de la procesada se demuestra plenamente que SOFIA SANCHEZ DIAZ se vió envuelta en una riña imprevista, en virtud de los ataques que contra élla dirigió Pedro Cedeño. Como lo dice el testigo Alberto Medina Salazar, testigo presencial de los hechos y a quien el Tribunal Superior de Ibagué, lo mismo que el juez 120 de Instrucción Criminal, le dá la más amplia credibilidad, Pablo Pérez Criollo intervino en la riña cuando Cedeño le estaba pegando a SOFIA, y ésta, como reacción a dichos ataques, lo único que hacía era ultrajarlo de palabra. En los autos está demostrado que el occiso intervino en la riña con la creencia que la persona que estaba peleando con CEDEÑO era VITALIA SANCHEZ, mujer que junto con GLADYS REYES la inició y provocó. Esta confusión está plenamente probada en el expediente, y ella explica por qué PABLO PEREZ intervino violentamente contra SOFIA SANCHEZ DIAZ, quien en su indagatoria al referirse a PEREZ dijo: “Prácticamente éramos bien amigos, yo conozco la esposa a quien no le cumplía con sus obligaciones pues tenía otra mujer; conmigo estuvo en actos sexuales en alguna ocasión; una vez me hizo una repisa y me cobró seis pesos y sólo le di dos pesos”. Respecto a la confusión que sufrió PABLO PEREZ en relación con la persona con quien riñó existen éstos entre otros”, los testimonios de FANNY HERNANDEZ (folio 2), ARMANDO RUIZ (folio 4), PEDRO A. CEDEÑO (folio 8), VIRGINIA DIAZ (folio 16) y ALBERTO MEDINA (folio 130 vuelto)”.

Concluye el actor expresando que “Sofía Sánchez Díaz no podía prever que Pablo Pérez Criollo la fuera a confundir con VITALIA SANCHEZ. Con lo antes dicho, queda demostrado que SOFIA no entró de manera voluntaria y con ánimo pugnaz, a la riña que sucedió el veintinueve de febrero de mil novecientos sesenta en la zona de tolerancia de Chaparral, sino que se vió envuelta en ella por la actividad de PEDRO CEDEÑO y que PABLO PEREZ la atacó en esos momentos por una confusión imposible de prever por parte de la procesada. En síntesis la riña entre SOFIA y PABLO se suscitó por un hecho fortuito imposible a todas luces de prever, como fué la confusión entre VITALIA y SOFIA que sufrió PABLO la noche de su muerte.”

2o. Que el Tribunal Superior de Ibagué, al no tomar en cuenta en su integro... la confesión de la procesada Sofía Sánchez, sin embargo de resultar corroborada por otras pruebas, le desconoció el estado de ira "provocada por la injusta y grave agresión de que fué víctima por parte de Pedro Cedeño y en la cual...entró a participar Pablo Pérez Criollo, por haberla confundido como se dijo antes con Vitalia. Hasta la saciedad está probado en el expediente que la puñalada que le dió a Pablo fue en reacción a los graves e injustos ataques de que fue víctima".

b). Causal primera:

Dice el demandante que como consecuencia de la errada apreciación de los hechos, el ad quem dejó de aplicar el precepto contenido en el art. 384 del C. P., o el que trae el art. 28 de la misma obra.

En la respuesta a la demanda, el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal estima que el fallo recurrido no debe ser casado, por cuanto los cargos propuestos por el actor a través de las causales segunda y primera del art. 567 del C. de P. P., no fueron probados.

Concluye, así, el señor Agente del Ministerio Público, luego de un detenido examen de los testimonios citados en la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se toma en cuenta lo siguiente:

I CAUSAL SEGUNDA.

Como observa el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, el ad quem no incurrió en error manifiesto en la estimación de las pruebas, al negar la pertinencia de las circunstancias de atenuación previstas en los artículos 28 y 384 del Código Penal.

Tanto en el fallo recurrido, como en la demanda de casación, se examinan los testimonios de Jesús Castañeda, Ninfa Cuéllar, Alberto Medina Salazar, Herminia Saavedra y Pedro Antonio Cedeño.

De acuerdo con la versión que dan estos declarantes, si bien se tiene que Jesús Castañeda y Ninfa Cuéllar aseveran que la recurrente Sofía Sánchez Díaz intervino en la riña luego de que Pedro Cedeño "le pegó...unas patadas" y "sin que aquélla estuviera peleando", bien se desprende que antes del cambio de agresiones de obra, de las cuales resultó lesionado Cedeño y muerto Pablo Pérez Criollo, tanto la Sánchez Díaz, como Gladys Reyes, Vitalina Sánchez y Ninfa Cuéllar ultrajaron de palabra a los nombrados Cedeño y Pérez Criollo con la expresión de "godos hijos de puta".

Dicen, en efecto, los demás testigos:

a). Pedro Antonio Cedeño: "Nos estábamos tomando las cervezas cuando llegó Gladys Reyes y se dirigió hacia la mesa donde se encontraba Luis y Virginia y ahí les dijo unas palabras que no pude darme cuenta qué sería. Seguramente por lo que Gladys les dijo a Luis y Virginia, éste se paró de donde estaba sentado, salió hacia la puerta donde estaba Gladys y le pegó una palmada. Yo al ver eso, salí a ver qué pasaba, con el fin de intervenir, cuando en esos momentos llegaron

Sofía Sánchez, Vitalina Sánchez y Ninfa Cuéllar. Sofía traía un asiento y cuando estuvo cerca de mí, me lo lanzó, el cual recibí en el brazo derecho. Esto me causó rabia y le dije que por qué motivo me pegaba a mí, que solamente buscaba evitar una pelea; entonces me ultrajó de palabras y por eso le pegué unas palmadas....”, (f. 8 y ss).

b). Alberto Medina Salazar: “En esos momentos que se desarrollaban estos hechos, salió Pedro Cedeño de la cantina de Gerardo Lozano y dijo que dejaran esa discusión, que todas las mujeres eran compañeras. Entonces Vitalina Sánchez, Sofía que acababa de hacerse presente ahí afuera, Gladys Reyes y Ninfa Cuéllar le respondieron que no jodiera, godo hijo de puta, parranda de godos. Entonces Pedro le pegó una patada a Sofía ‘La Chapuza’; cuando le pegó la patada a Sofía ‘La Chapuza’, Ninfa se fué por detrás y le pegó una puñalada a Pedro Cedeño, en las nalgas. En esos momentos salió de la cantina de Yolanda Gómez, la misma de Gerardo Lozano, el finado Pablo Pérez y le dijo a Sofía ‘La Chapuza’ que no tratara de ‘godo’ a Pedro, que él no lo era; el único conservador que había allí era él -Pablo-, y enseguida sacó Sofía el cuchillo que tenía en la mano y le mandó la puñalada de revés, pegándosela en el pecho, al lado izquierdo, debajo de la tetilla....” (f. 17 v.).

c). Herminda Saavedra: “Abri una puerta de la cantina y salí a la calle y me dirigí hacia la cantina de Esther Mendoza y me quedé parada afuera, en toda la esquina, por la puerta donde habían entrado Vitalina y Ninfa, quienes habían entrado allí a pararles el bonché a dos muchachas que habían (sic) con Pedro Cedeño y Luis “Barba Guecha”, pero ellos no les pararon bolas. Viendo yo esto, me regresé a mi cantina, y me acosté. Habrían pasados unos cinco o diez minutos de haberme acostado, cuando oí otra vez en la calle que Sofía, la que le dicen ‘La Chapuza’ les decía al finado Pablo Pérez y a Pedro Cedeño que eran unos godos hijueputas. Entonces yo me levanté nuevamente, salí a la puerta a mirar lo que ocurría en la calle, casi al frente de mi cantina. Entonces vi que Pedro Cedeño le dió unas patadas a Sofía ‘La Chapuza’ y en ese momento, de por detrás, se le acercó Ninfa Cuéllar, con un cuchillo en la mano y le mandó a Cedeño una puñalada, la cual se la pegó en una nalga.....Entonces Ninfa pensó entrar a la cantina de Gerardo, pero él sacó la pata y con ella le dió, prohibiéndole la entrada y se me perdió de vista. Ahí afuera solamente quedaba Sofía ‘La Chapuza’, enfrentándosele al finado Pablo Pérez y a Pedro Cedeño, al igual que los ultrajaba de godos hijos de puta. Entonces el finado Pablo, al oír eso, le dijo a ‘La Chapuza’ Sofía que le dijera godo a él, pero no a Pedro; entonces ‘La Chapuza’....le mandó la mano al pecho y le dijo ‘quítese usted de ahí, no venga a joder’ y vi que con motivo de ese golpe en el pecho le quedó la camisa con un roto pequeño.....”, (fs.47 y 47 v.).

Si el juzgador de segunda instancia, al darle credibilidad a las versiones, antes transcritas, concluyó en que la procesada Sofía Sánchez Díaz no cometió el delito dentro de una riña imprevista, ni tampoco en estado de ira causada por grave e injusta provocación, es obvio que no incurrió en error y mucho menos en un yerro protuberante o manifiesto, único que dá lugar a que prospere la causal segunda de casación.

De lo aseverado por Pedro Antonio Cedeño, Alberto Medina Salazar y Herminda Saavedra, se desprende que Sofía Sánchez Díaz no fue provocada, sino, antes bien, provocó con ultrajes de palabra tanto a Cedeño como a Pérez Criollo.

En estas condiciones, no puede ser viable la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal, pues ella exige, naturalmente, que el agente del delito haya sido provocado de manera grave e injusta y haber obrado en estado de ira o de intenso dolor. Tampoco la aminorante del artículo 384 de la misma obra, porque ésta requiere que la riña sea imprevista para el autor del homicidio o de las lesiones personales, vale decir que resulte casual, que a ella se entre sin querer, sin haber buscado la pelea, sin que aparezca una intervención maliciosa del infractor en la iniciación y desarrollo de la contienda.

No está, pues, probada la causal segunda de casación.

II. CAUSAL PRIMERA.

Al no prosperar la causal segunda de casación, es obvio que la primera tampoco resulta pertinente puesto, que fue apoyada en los resultados de aquella.

No cabe, por tanto, invalidar la sentencia impugnada.

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 lo. Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito.

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

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

PROCESO POR FALSIFICACION DE MONEDAS

Error manifiesto del *ad quem* en la estimación de las pruebas traídas al proceso. El elemento "a sabiendas" a que se refiere el ord. 4o. del art. 214 del C. P. Comprobación del cuerpo del delito. Cuando se configura la infracción que define el art. 217 del C. P.

1. Siendo el elemento "a sabiendas" una condición subjetiva típica de la conducta que sanciona el ord. 4o. del art. 214 del Código Penal, es obvio que el *ad quem* al señalarlo para reprimir al reo, sin que aquel elemento del cuerpo del delito estuviera comprobado, incurrió en violación de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

Recuérdese que el art. 273 del Código de Procedimiento Penal dispone que "cuando la ley penal exija que un hecho, para ser delito, se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo de delito". Y téngase en cuenta, asimismo, que el art. 272 de la misma obra indica que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito".

Sin que la conducta humana, de acción u omisión, coincida exhaustivamente con una definición penal, no puede afirmarse la existencia del cuerpo del delito. Y éste, de conformidad con el art. 203 del Código últimamente citado, debe estar comprobado plenamente para que pueda proferirse sentencia condenatoria, a más de que, en iguales condiciones, resulte demostrada la responsabilidad del procesado.

2. No se configura la infracción que define el art. 217 del Código Penal, pues en este precepto se requiere que el agente se haya enterado de la falsedad o de la alteración de la moneda que ponga en circulación, luego de haberla recibido de buena fe.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, dieciseis de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 14 de septiembre de 1963, por la

cual, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Superior de la misma ciudad, impone al procesado LEONEL LONDOÑO DÁVILA la pena principal de seis años de presidio como responsable del delito de falsificación de monedas.

El señor apoderado del recurrente, doctor Iván López Botero, aduce las causales segunda y primera de casación, esta última como consecuencia de aquella.

HECHOS:

Por estar ceñida a la realidad del informativo y por cuanto, asimismo, es el apoyo tomado en cuenta en la sentencia impugnada para condenar a Londoño Dávila, la Sala acoge la síntesis que de lo ocurrido hace el demandante, a saber:

“Este informe.....”, el rendido por el Departamento Administrativo de Seguridad en Neiva el 4 de Julio de 1.962....., “relata un hecho que se dice fue presenciado por el Agente 1985 el 30 de junio....” anterior.... “en el bar denominado ‘Patio Pelado’, cuando el procesado Leonel Londoño Dávila compró un paquete de cigarrillos, marca “Hidalgos”, pagando al dueño del establecimiento y denunciante, Víctor Tobar Vanegas, con un billete de diez pesos (\$10.00) que fue rechazado como falso por el vendedor y capturado instantáneamente junto con el comprador y procesado por el agente secreto 1985, quien, ocasionalmente, se encontraba en el establecimiento..... De la misma manera, el comunicado 638 refiere la versión oída a Víctor Tobar Vanegas sobre anteriores actos de circulación o expedición de moneda falsa ocurridos en los diferentes establecimientos de cantina de propiedad de Tobar durante los días anteriores al hecho, y agrega que ‘una vez encontrándose en esta repartición, se acercaron las personas ya mencionadas.....’ -Sandalio Tobar, Circuncisión Zapata, Julio Tobar y Víctor Tobar-..... ‘a reconocer el sujeto, siendo reconocido que era el mismo que le había pagado sus cuentas con billetes falsos’.....”.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El demandante fundamenta los motivos de casación alegados, así:

a). Causal segunda: Dice que “es cierto que el Decreto 1717 de 18 de julio de 1.960 permite la formulación de esos informes que, bajo juramento, rinden los agentes secretos adscritos al Departamento Administrativo de Seguridad, pero el artículo 65 de la disposición citada establece que dichos informes son de la libre apreciación del Juez o fallador. Siendo esto así, mal puede otorgárseles una aceptación probatoria que repugna con todas las normas procesales, que destruye la jerarquía de los medios de prueba y los principios fundamentales de la estimación legal. En el caso de autos, el informe secreto, de antemano viciado de sospecha cuando aparece firmado bajo la gravedad del juramento por el agente 2329, quien no presenció los hechos que refiere como personalmente intervenidos por él, incurriendo en falsedad y perjurio, sólo puede aceptarse en el hecho básico de haber asistido cuando Leonel Londoño Dávila pagaba con un billete de diez pesos el paquete de cigarrillos que le compraba a Víctor Tobar Vanegas. Todos los demás datos del informe están recogidos al azar, de versiones extrañas y carecen de asidero probatorio en otros medios dentro del proceso”.

Agrega que aún aceptando “el hecho de que Londoño Dávila trató de pagar con un billete de diez pesos falsos el paquete de cigarrillos que le compraba a Victor Tobar.....”, ello sólo no acredita la existencia del delito de circulación de moneda falsa, puesto que es necesario que se compruebe “el factor ‘a sabiendas’, que por ministerio del artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, debe aparecer plenamente demostrado. El imputado negó en su injurada tener conocimiento de la falsedad del billete decomisado. Rápidamente habló de haberlo recibido, media hora antes, de manos de un vendedor ambulante y pidió se le facilitara localizar e identificar a quien le había entregado dicho billete. Estas afirmaciones del imputado, referidas en el controvertible informe 638, desmienten el elemento ‘a sabiendas’ y han debido ser sometidas a verificación por parte del agente secreto 1985. El dicho del imputado, afirmando la buena fé con que recibió el billete y con la que lo daba a la circulación, le restan toda fuerza a la presunción de conocimiento de la falsedad que rige para los poseedores de moneda falsa, al tenor del inciso 2º. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. No existiendo la plena demostración del elemento ‘a sabiendas’, constitutivo del delito de falsificación de moneda, hay que reconocer la errónea apreciación hecha por el Tribunal de instancia, sobre los hechos que se tuvieron en cuenta como integrantes de la infracción”.

Anota, igualmente, que “el informe sólo ha demostrado la existencia de un billete falso en manos de Leonel Londoño Dávila, cuando hacía uso de él para comprar un paquete de cigarrillos.....”, pero que “ese único hecho, sin estar demostrado el elemento a sabiendas y sin que se haya desvirtuado la buena fé invocada por el procesado.....”, no comprueba la existencia del delito por el que se le condenó.

Expresa, asimismo, que el referido informe “adolece de vicios fundamentales en lo que hace relación a su legalidad, en cuanto a la recepción, que no fué previamente ordenada, ni ratificado bajo juramento, ante autoridad competente, ni se observaron los ritos procesales a que están sometidos otros medios de prueba, como la inspección ocular, la pericia o el testimonio. Bien podríamos decir que el comunicado de los agentes secretos constituye un principio de prueba, al cual no ha debido otorgársele el mérito incontrovertible e incontrovertido que le atribuyó el fallador en la sentencia de 14 de septiembre de 1.963”.

Observa el impugnante, por último, que “avanzando en el examen de los elementos que hacen posible la transformación de las pruebas semiplenas o incompletas en pruebas plenas, debe buscarse la ‘coexistencia’ o relación necesaria entre las pruebas incompletas y el hecho de que trata de probarse. En el caso sub-judice, veremos cómo el informe 638 de los agentes del servicio secreto y la declaración del denunciante VICTOR TOBAR ofrecen una identidad absoluta, se refieren al mismo hecho y están redactadas bajo las mismas apreciaciones, contribuyendo a que no formen dos pruebas separadamente sino una sola pieza que no ofrece relación con ningún otro hecho acreditado en el proceso. La ausencia de esa coexistencia hace imposible la valoración de esas dos exposiciones para assimilarlas, sumándolas, a una plena prueba. Ni siquiera existe un indicio que sirva para completarlas. El testimonio o declaración del supuesto ofendido VICTOR TOBAR VANEGAS refiere los mismos hechos del informe detectivesco, y además, agrega circunstancias ocurridas con posterioridad al hecho imputado a LEONEL LONDOÑO DAVILA lo que sugiere, con mucha objetividad, la íntima relación existente entre el denunciante y el agente secreto 1985, quien, desde la noche mis-

ma de los hechos materia de investigación aparecen en buena relación personal, lo cual se deduce de la circunstancia de saber VICTOR TOBAR que se trataba de un agente secreto y, lo que es más significativo, conocer el número de identidad, (el 1985) dentro del servicio secreto. Posteriormente, VICTOR TOBAR aparece concurriendo a los calabozos del Departamento Administrativo de Seguridad y llevando a su empleada y cantinera Circuncisión Zapata a una mal llamada diligencia de reconocimiento y que, en el fondo, no fue sino un señalamiento que VICTOR TOBAR le hizo a la Zapata de LEONEL LONDOÑO DAVILA para convertir ese hecho irregular e inadmisiblemente procesalmente en una prueba contra el procesado.

“De todo lo cual se concluye que los elementos probatorios estimados en la sentencia de segundo grado acusada en casación ofrecen mucha fragilidad y solo han podido fundar condenación contra mi representado por una errónea interpretación de los hechos y una errónea apreciación de los medios probatorios, lo cual pone al Tribunal de instancia en una manifiesta violación del artículo 203 del Código de P. Penal que exige plenitud probatoria para el cuerpo del delito y la responsabilidad, lo mismo que la legalidad en la producción de los medios probatorios. Igualmente hay que considerar violados los artículos 205, 206 y 207 íbidem”.

b). Causal primera: Manifiesta el señor apoderado del recurrente que el adquem aplicó indebidamente el numeral 4o. del artículo 214 del Código Penal, puesto que ninguna demostración tuvo el elemento “a sabiendas” que dicho precepto exige. Añade que “si en la sentencia acusada se tuvo en cuenta como prueba la llamada confesión del imputado, cuando admite haberle entregado a Victor Tobar Vanegas un billete de diez pesos para el pago de un paquete de cigarrillos ‘Hidalgos’, la aceptación de este hecho evaluada como confesión por el fallador de instancia ha debido ser aceptada, también, en lo favorable, cuando refiere de quien recibió dicho billete, el tiempo en que lo recibió y la buena fé con que lo hizo y el ánimo resuelto de salir en búsqueda de quien se lo dio para identificarlo y ponerlo en manos de las autoridades. Si las afirmaciones del procesado hechas en su declaración se estimaron como prueba de responsabilidad, el Tribunal ha incurrido en una errónea aplicación de la ley penal, al desestimar la buena fé invocada, cuando concomitantemente no existe prueba de lo contrario, y haber encuadrado el hecho sub-judice dentro del artículo 217 del Código Penal, única disposición que sería hipotéticamente aplicable”.

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal es de opinión que la sentencia objeto del recurso debe ser invalidada, a fin de que la Sala profiera la que deba reemplazarla.

Dice el señor Agente del Ministerio Público:

“Juzga este Ministerio Público que la instrucción del proceso que se comenta fue simplemente deficiente, y que aún se le negaron por parte de las autoridades oportunidades para su defensa al procesado Londoño. En todo instante éste manifestó que el billete con el cual pagara a Tobar el valor de los cigarrillos le había sido dado por un vendedor ambulante, que si se le proporcionaba la ocasión, estaba dispuesto a identificar. No parece ser simplemente una coartada la propuesta de Londoño para exculparse ante el investigador: estando comprobado que su llegada a Neiva fue el 30 de junio, que no se hospedó en ningún hotel, que llevaba una relativamente exigua cantidad de dinero, es factible

que hubiera necesitado hacer algunas compras elementales, y que para tal efecto hubiera cambiado alguno de los billetes que llevaba.

“El aserto de Londoño de que ignoraba que el billete que entregaba a Tobar fuera falso, permanece en pie: ningún elemento probatorio lo ha desvirtuado. De toda la investigación y proceso solamente emerge el hecho que el mismo Londoño afirmara: haber pagado con el billete a Tobar; pero, el ánimo de hacer circular moneda falsa, la intención de hacerla pasar como legítima, sabiendo que era alterada o falsificada no se hace ostensible, de manera alguna.

“Concretamente opina este Ministerio Público que los cargos formulados a la sentencia con base en la causal segunda, son aptamente demostrados y que, en consecuencia, la H. Corte debe proceder, de acuerdo con el art. 570, aparte a), a invalidar el fallo enjuiciado y dictar el que deba reemplazarlo.

“La causal primera, también invocada por el impugnador como subsidiaria debe admitirse como próspera”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ciertamente, como lo anota el demandante, el *ad quem* incurrió en manifiesto error en la estimación de los deficientes elementos de juicio traídos al proceso, pues de ellos no se desprende que Leonel Londoño Dávila haya cometido el delito de falsificación de monedas porque fue condenado.

Se tiene, en efecto:

a) Tanto el informe aludido por el demandante y tomado en el fallo impugnado como prueba fundamental del cuerpo del delito y de la responsabilidad del sindicado, así como la declaración rendida por Víctor Tobar Vanegas, no demuestran nada más de lo que el mismo recurrente, Leonel Londoño Dávila, confiesa: Que entregó a aquél un billete de diez pesos, calificado de falso por el Gerente del Banco de la República de Neiva, para pagar una cajetilla de cigarrillos que compró.

Ni de dicho informe, ni de lo que expone Tobar Vanegas y mucho menos de lo que asevera Londoño Dávila, se deduce que entregó ese billete de diez pesos “a sabiendas” de que era falso.

Antes bien: El procesado insistió en que tal billete lo había recibido de un vendedor ambulante hacía cerca de una hora, persona a quien ofreció, si se le daban las facilidades del caso, reconocer y entregar a las autoridades, las que no le fueron concedidas. Tiene razón, por este último aspecto, el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal cuando anota que la averiguación no solamente fue deficiente, sino que impidió la defensa del sindicado.

El testigo Tobar Vanegas, como cuestión que asegura constarle directamente, dice que “el sujeto que ha expresado llamarse Leonel Londoño Dávila. . . se presentó a comprarme un paquete de ‘Hidalgos’ y para pagármelo me pasó un billete de diez pesos falso; yo, al recibirlo, noté que era falso y como en ese momento se encontraba ahí el agente secreto No. 1895, lo hice capturar.....”.

Lo demás que refiere este declarante, anota haberlo escuchado de sus empleados Circuncisión Zapata, Julio Tobar y Sandalio Tobar, cuyas aseveraciones tienen como base un supuesto reconocimiento del mismo Londoño Dávila, hecho por estos últimos y según el cual es la persona que también les hizo entrega de billetes falsos en días anteriores.

b) En las oficinas del Departamento Administrativo de Seguridad de Neiva, según se dice en el mismo informe de que se ha hecho referencia, los citados Circuncisión Zapata, Julio Tobar y Sandalio Tobar, al serles presentado el señor Londoño Dávila, manifestaron que era la misma persona que en los días 28 y 29 del mismo junio les había entregado, respectivamente, un billete de cien pesos, uno de diez y otro de veinte, todos falsos.

Pero, como observa el señor Agente del Ministerio Público, "tales reconocimientos, procesalmente, no existen, pues se limitaron a la concurrencia de estos personajes a las oficinas del 'DAS', para afirmar ante el agente rendidor del informe y capturante de Londoño, que se trataba del sujeto que les había hecho pagos con moneda falsificada". Y, de otra parte, resulta comprobado, con los testimonios de Roberto Ortiz, Gilberto Grajales, Gustavo Henao y Jesús María Castaño, que el procesado Londoño Dávila no pudo haber sido el individuo que entregó billetes falsos a la Zapata y a Julio y Sandalio Tobar, porque aquél no se encontraba en Neiva en los días 28 y 29 de junio, pues, como lo asevera en la indagatoria y aquellos declarantes -Ortiz, Grajales, Henao y Castaño- concretamente lo ratifican, sólo el día 30 de junio llegó a esa ciudad.

c). En la respuesta de la demanda, refiriéndose el señor Procurador 26. Delegado en lo Penal "al excesivo valor que el Tribunal le dió a las afirmaciones hechas por los agentes de la seguridad, informe que, ni siquiera, sufrió el trámite de ratificación", dice lo siguiente:

"La actitud de dichos agentes es bastante sospechosa, primeramente por cuanto el distinguido con el número 1985 parecía tener una cierta amistad con el denunciante Víctor Tobar; y, en lo que respecta al otro defectivo, que aparece identificado con el número 2329, éste rindió el comentado informe, bajo juramento, sin haber sido testigo presencial de los hechos, ni haber intervenido personalmente en ellos. Este Ministerio Público acoge como evidente los hechos que quedan sintetizados, y hace la acotación de que, en realidad, la investigación fue parcialmente adelantada, orientada en su totalidad por el dicho de los agentes, que, como se dijo, no resiste un análisis frío y sereno. Desde sus inicios, al procesado se le increparon situaciones en las que no pudo estar comprometido: el haber hecho circular moneda falsa en diferentes establecimiento de la ciudad de Neiva, aprovechando la realización de fiestas patronales. En su indagatoria manifiesta haber llegado el día 30 de junio, y posteriormente se comprueba mediante los testimonios de varias personas que, evidentemente, ello fué así. Son estas personas las siguientes: Roberto Ortiz, Gilberto Grajales, Gustavo Henao y Jesús María Castaño. Mediante sus testimonios -no rectificadas ni destruidos- se evidenció procesalmente que Londoño Dávila no podía encontrarse en la ciudad de Neiva los días 28 y 29 de junio de 1.962, y que, por lo tanto, los cargos que le hicieron Circuncisión Zapata, Sandalio Tobar y otro, de haber entregado en su establecimiento billetes falsos, no resisten el menor análisis; puede, además, anotarse que Sandalio Tobar y otro de los acusadores de Londoño no comparecieron ante las autoridades a rendir testimonio, ni a reconocerlo, por cuanto al ser buscados por ellas, no fueron hallados en la ciudad".

Como se dijo, pues, en la sentencia recurrida se cae en el manifiesto error de estimar como probado el elemento "a sabiendas", que el ordinal 4o. del artículo 214 del Código Penal exige.

Está, pues, probada la causal segunda de casación que invoca el demandante
Ahora bien:

Siendo el elemento "a sabiendas" una condición subjetiva típica de la conducta que sanciona el citado ordinal 4o. del artículo 214 del Código Penal, es obvio que el *ad quem*, al señalarlo para reprimir al recurrente Londoño Dávila, sin que aquel elemento del cuerpo del delito estuviera comprobado, incurrió en violación de la ley penal, por indebida aplicación de la misma.

Recuérdese que el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal dispone que "cuando la ley penal exija que un hecho, para ser delito, se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo de delito". Y tengase en cuenta, asimismo, que el artículo 272 de la misma obra indica que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito".

Sin que la conducta humana, de acción u omisión, coincida exhaustivamente con una definición penal, no puede afirmarse la existencia del cuerpo del delito. Y éste, de conformidad con el artículo 203 del código últimamente citado, debe estar comprobado plenamente para que pueda proferirse sentencia condenatoria, a más de que, en iguales condiciones, resulte demostrada la responsabilidad del procesado.

De otra parte, tampoco se configura la infracción que define el artículo 217, pues en este precepto se requiere, igualmente, que el agente se haya enterado de la falsedad o de la alteración de la moneda que ponga en circulación, luego de haberla recibido de buena fé.

Corresponde, por tanto, invalidar la sentencia impugnada, para absolver, en su lugar, al procesado LEONEL LONDOÑO DAVILA, en favor de quien habrá de ordenarse su libertad inmediata, si no estuviere detenido por otra infracción penal, en proceso diferente.

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 la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de que se ha hecho mérito y en su lugar ABSUELVE al Sindicato LEONEL LONDOÑO DAVILA del delito de falsificación de moneda, por el cual le había sido impuesta la pena de seis años de presidio, más las sanciones accesorias pertinentes.

TELEGRAFICAMENTE ordénese la libertad inmediata e incondicional del nombrado Londoño Dávila, al señor Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, siempre que no exista orden de encarcelación preventiva por otro delito.

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

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Amadeo Rey, Srío. Encargado.

DELITOS DE HOMICIDIO (ASESINATOS) COMETIDOS EN COMPLICIDAD CORRELATIVA

Sevicia y alevosía. La indigencia y la falta de ilustración sólo pueden obrar como circunstancias de menor peligrosidad cuando hayan influido en la consumación del delito. Homicidios llamados "ad lasciviam". La sevicia no repugna a la complicidad correlativa, ni ésta a la alevosía. La figura del delito continuado no es procedente en tratándose del homicidio. Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Interpretación y aplicación de los Arts. 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del C. P. Causales 2a. y 1a. de casación penal.

1. La sevicia, a más de haber sido reconocida por el Jurado, circunstancia que la hace irrefutable en la esfera de la causal 2a., no repugna a la complicidad correlativa, puesto que nada impide que a una persona se le cause la muerte, dentro de las condiciones que esa figura supone, recurriendo, como en el caso de autos, a esa "crueldad excesiva" que constituye la razón de aquella.

2. La sevicia no pierde su carácter de modalidad que hace que el homicidio tome la denominación de asesinato sólo porque en el veredicto en que se haya acogido también aparezca reconocida la alevosía, ya que una y otra, con arreglo a los ordinales 5o. y 7o. del artículo 363 del C. Penal, tienen asignados esos específicos alcances, y la verdad es que la concurrencia de ambas, como en el caso de autos, en la consumación del delito mismo, reiterado en iguales condiciones, hace necesario su consideración conjunta para la intensificación de la pena, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal.

3. La indigencia y la falta de ilustración a que se refieren las dos demandas solo pueden obrar, como circunstancia de menor peligrosidad, cuando hayan influido en la consumación del delito, situación que no se contempla en el presente caso, precisamente porque el más ignaro conoce y sabe que la muerte de un semejante es el más grave y nocivo atentado contra las exigencias de la vida social.

4. Quedó atrás sentado que los delitos en examen no eran políticos ni de inspiración política y ahora cabe agregar, respecto de que "por errada interpretación de los hechos", se acogió en el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad, la prevista en el ord. 3o. del art. 37 del C. Penal, que si bien es cierto que en el fallo de primer grado se procedió del modo indicado, también lo es que en el de segunda se prescindió de ella, para en su lugar señalar los delitos como muy graves "por la falta de motivos", planteándolos como cometidos al decir de los clásicos, por el "solo impulso de perversidad" y, por ende, dentro de los llamados homicidios "ad lasciviam".

5. En el examen de la causal segunda se observó que la sevicia "no repugna a la complicidad correlativa", lo que es evidente, ya que nada impide que el homicidio cometido en las condiciones propias de ella se lleve a cabo, como en el caso de autos, en medio de una orgía de sangre y de crueldad, hecho que lo acredita el número de cuchilladas que recibió cada una de las víctimas y, en particular, la circunstancia de que una de ellas exhibió, como algo inaudito, e inexplicable, "seis heridas" causadas "con arma corto-punzante", en sus órganos genitales.

La complicidad correlativa tampoco excluye la alevosía, puesto que nada se opone a que la consumación de un homicidio, en los términos de esa figura, mediante el obrar conjunto de varios sujetos, cada uno en función de actos en sí mismo eficaces para producirlo, guiados por el común propósito de conseguirlo y en condiciones que aunque se sabe que uno de ellos es el autor, resulta imposible identificarlo, también se lleve a cabo "a traición", en ataque "por la espalda", aprovechando la noche "en pareja oscuro y solitario", tomando a la víctima "desprevenida" y "desarmada", factores que concurrieron en la muerte de las dos víctimas y que como es obvio, integran esa alevosía, la cual significa, en esencia, "cautela para asegurar la comisión de un delito contra la persona, sin riesgos del delincuente".

6. La figura del delito continuado, de acuerdo con la doctrina universalmente aceptada, no es procedente en torno de aquellos eventos criminosos "en los que la acción lesiva tiene por objeto al individuo en su inmediata personalidad", como en el homicidio, donde "la violación del derecho se agota con el acto de la muerte".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpusieron los procesados LUIS ALBERTO VERGARA CASTRO y JESUS ALCIDES RENDON CAMACHO contra la sentencia del 29 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali los condenó, como responsables en complicidad correlativa, de los delitos de homicidio, ambos en la denominación de asesinato, consumados en Joel Cerón y Carlos Rivera, a la pena de "VEINTE (20) AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION.

La noche del 9 de febrero de 1.958 salieron de la población de Restrepo, en el Departamento del Valle, con el propósito de "asaltar" la casa de Víctor Manuel López, situada en la fracción rural de AGUALINDA, comprensión de aquel Municipio, LUIS ALBERTO VERGARA CASTRO, JESUS ALCIDES RENDON CAMACHO, Azarías Cárdenas Aguirre, Gildardo Augusto Plaza y otros dos individuos cuya identidad no logró establecerse, sujetos que, al tropezar en el camino, ya en los confines de la citada fracción rural, con Joel Cerón y Carlos

Rivera, quienes después de haber estado en el pueblo, "tomando cerveza", regresaban al lugar de su trabajo, en la hacienda "La Suiza", de esos mismos contornos, les dieron muerte, al primero por medio de 17 cuchilladas, y al segundo, de 16, y luego, como si nada hubiera pasado, continuaron hacia la casa de López, donde éste, en actitud valerosa, supo defenderse y rechazar el "asalto" de que lo hicieron objeto, alcanzando a herir, de un disparo de escopeta, a RENDONCAMACHO.

En razón de estas muertes, entendidas como integrantes del doble delito de homicidio, en la expresa denominación de asesinato, ya que una y otra se consumaron con "ALEVOSIA" y "SEVICIA", el Juzgado 2o. Superior de Cali, conforme a auto del 12 de enero de 1.959, llamó a juicio, en el carácter de "COAUTORES", a los predichos Vergara Castro, Rendón Camacho, Cárdenas Aguirre, juzgado en contumacia, y Plaza, respecto del que, comprobada su muerte, acaecida, en actos violentos, con posterioridad a los referidos sucesos, se declaró extinguida la acción penal y, en cambio, sobreseyó, de manera temporal, con relación a los sujetos no identificados, determinaciones que el Tribunal mediante providencia del 21 de julio del mismo año, confirmó sin observación alguna.

El Juzgado elaboró, dentro de los términos y especificaciones de ese auto de proceder, los cuestionarios, en número de dos para cada uno de los tres procesados, y el Jurado respondió a ellos por medio de la frase, acordada como veredicto unánime, "SI ES RESPONSABLE EN COMPLICIDAD CORRELATIVA", veredicto que, acogido, dió lugar a que, en sentencia del 25 de marzo del año pasado, los predichos Vergara Castro, Rendón Camacho y Cárdenas Aguirre fueran condenados a la pena principal de veinticuatro años de presidio, pena que el Tribunal, en fallo del 29 de agosto, redujo a VEINTE.

LAS DEMANDAS:

Los recurrentes, en sus respectivas demandas, presentadas con arreglo a las exigencias legales, invocan varias de las causales de casación previstas en el artículo 567 del C. de P. Penal.

CAUSAL 2a. Con apoyo en esta causal, en la demanda de Vergara Castro, se formulan al fallo acusado los siguientes cargos:

1o. No se tuvieron en cuenta, respecto de la sevicia, que lo delitos se consumaron "sin el concurso" de Vergara Castro, ni que, de aceptarse su intervención, "no estando individualizada la responsabilidad" de los procesados y, por ende, sin "saber qué grado de participación" tuvo cada uno de ellos, resulta contrario a cualquier "valoración probatoria" sostener que obró en aquellas condiciones, ni que esa sevicia, ante el hecho de que la alevosia, de cuyo calificadora de los homicidios, aparece en los cuestionarios de primera, sólo cabía "tomarla como circunstancia de mayor peligrosidad".

2o. Tampoco se tuvo en cuenta, en su carácter de circunstancia de menor peligrosidad, la referida en el ordinal 1o. del artículo 38 del C. Penal, respecto de "la buena conducta anterior" de Vergara, a pesar de estar "suficientemente demostrada", ni la del ordinal 2o. del mismo texto, en torno "a haber obrado por motivos nobles y altruistas", los que fueron de índole política, que "es el más sublime y legítimo de los móviles".

3o. En el fallo, "por errónea apreciación", se le dió al ataque a la casa de López "un valor probatorio que no tiene" y de este modo, sin consideración a hecho alguno distinto, de allí se dedujo, en el objetivo de entender, como demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el ordinal 9o. del artículo 37 del C. Penal, el "acuerdo de voluntades entre los criminales".

4o. No se tuvo en cuenta, para la configuración de la circunstancia de menor peligrosidad a que se refiere el ordinal 3o. del artículo 38 del C. Penal, que Vergara Castro actuó determinado por "el temor" de que los otros sujetos acusados "le hicieran algún daño a sus padres", hecho que "tiene pleno respaldo" en las afirmaciones de su indagatoria.

5o. No se tomó en cuenta, en los fines de la circunstancia de menor peligrosidad a que se contrae el ordinal 11o. del artículo 38 del C. Penal, a pesar de estar debidamente comprobado, que Vergara Castro "carece por completo de ilustración".

En la demanda de Rendón Camacho se formulan al fallo acusado, con fundamento en la misma causal 2^a., los siguientes cargos:

a). Se "desconoció la buena conducta anterior" del procesado, la que está debidamente comprobada y constituye, según el ordinal 1o. del artículo 38 del C. Penal, circunstancia de menor peligrosidad.

b). No se tuvo en cuenta que Rendón Camacho, como aparece demostrado obró determinado por "la pasión política", que es, "motivo noble" y configura, por lo tanto, la circunstancia de menor peligrosidad consagrada en el ordinal 2o. del artículo 38 del C. Penal.

c). No se apreció que Rendón Camacho, según aparece de su "libre y espontánea confesión", actuó en estado de embriaguez, hecho que acredita la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el ordinal 5o. del predicho artículo 38 del C. Penal.

d). Rendón Camacho hizo, respecto de los hechos investigados, "libre y espontánea confesión", lo que constituye "una circunstancia de menor peligrosidad", cuya valoración se pretermitió.

e). No se tuvo en cuenta, con relación a Rendón Camacho, la circunstancia de menor peligrosidad de que informa el ordinal 11o. del citado texto, no obstante estar demostrada, ya que aparece que "solamente tuvo mes y medio de estudios elementales".

f). En la sentencia, "por errónea interpretación de los hechos", se apreció, como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del procesado, la prevista en el ordinal 3o. del artículo 37 del C. Penal, cuando está demostrado que su obrar obedeció a "la pasión política", que corresponde a "motivos nobles y altruistas".

g). Se tomó, como circunstancia de mayor peligrosidad en contra de Rendón Camacho, la prevista en el ordinal 9o. del artículo 37 del C. Penal, a pesar de que el "expediente prueba" que "los siete criminales" solo tuvieron "una participación instantánea y coincidental" que excluye el "concierto previo".

RESPUESTA:

I. El aserto en torno a que los delitos se consumaron "sin el concurso" de Vergara Castro, se encuentra en oposición con el veredicto del jurado, que es el fundamento, no discutible a través de la causal 2a., del fallo impugnado.

II. La sevicia, a más de haber sido reconocida por el Jurado, circunstancia que la hace irrefutable en la esfera de la citada causal 2a. no repugna a la complicidad correlativa, puesto que nada impide que a una persona se le cause la muerte, dentro de las condiciones que esa figura supone, recurriendo, como en el caso de autos, a esa "crueldad excesiva" que constituye la razón de aquella.

III. La sevicia no pierde su carácter de modalidad que hace que el homicidio tome la denominación de asesinato sólo porque, en el veredicto en que se haya acogido también aparezca reconocida la alevosía, ya que una y otra, con arreglo a los ordinales 5o. y 7o. del artículo 363 del C. Penal, tienen asignados esos específicos alcances, y la verdad es que la concurrencia de ambas, como en el caso de autos, en la consumación del mismo delito, reiterado en iguales condiciones, hace necesario su consideración conjunta para la intensificación de la pena, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del C. Penal.

IV. En el fallo acusado, contra lo que se pretende en las dos demandas, se tuvieron en cuenta los buenos antecedentes de los procesados, ya que sobre el particular allí se dijo, a efecto de reducir, precisamente en consideración a ello, la pena impuesta en la sentencia de primer grado: "no tienen malos antecedentes, es decir, obra en su favor la circunstancia de menor peligrosidad consistente en la buena conducta anterior.

V. Desde luego, no puede ser delito político, ni inspirado en móviles políticos, como se sostiene en las demandas, el bárbaro destrozo de dos jóvenes y modestos campesinos, a quienes ni siquiera se conocía, como que esa era la situación de Cerón y Rivera, respecto de sus victimarios, según resulta de los asertos de los mismos Vergara Castro y Rendón Camacho, sorprendidos a altas horas de la noche, en paraje solitario, y, de esta suerte, en circunstancias que ni siquiera hacían posible una simple identificación física.

VI. El concierto previo de los procesados, con relación a los delitos en examen, indispensable para que puedan configurarse la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 9o. del artículo 37 del C. Penal, se estimó acreditado, sin incurrir en ninguna errónea apreciación probatoria, no sólo en consideración al ataque a la casa de López sino, igualmente, a que los acusados salieron de Restrepo, con intención criminosa, en grupo compacto, a que todos ellos, de consuno, al tropezar con Cerón y Rivera, los acometieron, y a que, por último, Rendón Camacho informa de ese concierto, cuando dice que al advertir la presencia de aquellos y oír la voz de uno de los del grupo, la del que portaba "guarniel", que es uno de los no identificados, en el sentido de que había que matarlos, todos obraron de conformidad, y los tomaron a cuchilladas hasta causarles la muerte asación, que, como es obvio, no deja duda en torno a la existencia del expresado acuerdo, el cual puede darse sin la necesidad de un cambio de palabras al respecto, a través de actos simultáneos y conjuntos, enderezados a conseguir el mismo resultado, y surgir con inmediata antelación al delito.

VII. En su indagatoria, Vergara Castro sostuvo ser ajeno a los delitos del proceso, explicando que la noche en que ellos ocurrieron se recogió, a hora relativamente temprana, en casa de su hermano Gonzalo y luego, en ampliación de la misma, ya enterado de que éste lo desmentía y de que Rendón Camacho le formulaba graves cargos, resolvió cambiar de versión para aceptar que viajó con el grupo de homicidas, no sin prevenir que ello había obedecido a la amenaza de Cárdenas, en el sentido de que si no iba "le hacía daño a mis padres", aunque la verdad era que no había participado en los hechos, limitándose a ser un simple testigo de su consumación, versión que, además de rectificar la anterior y descalificarse de ese modo, en cuanto excluye a su autor de cualquier intervención en torno a las muertes comentadas, choca con el acervo probatorio en que se basó el enjuiciamiento de Vergara y que fué, sin modificación alguna, el mismo que tuvo a su consideración el Jurado para emitir su veredicto y entonces no era posible acoger de ella, en acto que habría resultado arbitrario esa alusión al temor, a efecto de dar cabida, dentro de la sentencia acusada, a la circunstancia de menor peligrosidad de que irata el ordinal 3o. del artículo 38 del C. Penal.

VIII. La indigencia y la falta de ilustración a que se refieren las dos demandas sólo pueden obrar, como circunstancia de menor peligrosidad, cuando hayan influido en la consumación del delito, situación que no se contempla en el presente caso, precisamente por que el más ignaro conoce y sabe que la muerte de un semejante es el más grave y nocivo atentado contra las exigencias de la vida social.

IX. No aparece prueba en torno a que Rendón Camacho hubiera actuado en estado de embriaguez, cuestión de la que ni siquiera habla el expresado sujeto, quien se limita a consignar que el día de los sucesos había bebido cerveza.

X. En torno a Rendón Camacho comenzaron a recaer sospechas desde el propio momento en que se conoció la muerte de Cerón y Rivera, las que, al ofrecerse con el carácter de extrema gravedad, dieron lugar a que la policía lo capturara, lo que quiere decir que en su caso no es dable sostener que se presentó "voluntariamente a las autoridades", condición que, con la de la confesión, es indispensable para que se configure la circunstancia de menor peligrosidad a que se contrae el ordinal 9o. del artículo 38 del C. Penal.

XI. Quedó atrás sentado que los delitos en examen no eran políticos ni de inspiración política y ahora cabe agregar, como respuesta directa al cargo que se formula, dentro de la demanda de Rendón Camacho, respecto de que, "por errada interpretación de lo hechos", se acogió contra éste, en el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad, la prevista en el ordinal 3o. del artículo 37 del C. Penal, que si bien es cierto que en el fallo de primer grado se procedió del modo indicado, también lo es que en el de segunda se prescindió de ella, para en su lugar señalar los delitos como muy graves "por la falta de motivos", planteándolos como cometidos, al decir de los clásicos, por el "sólo impulso de perversidad brutal" y, por ende, dentro de los llamados homicidios "ad lasciviam".

CAUSAL 3a. Es en la demanda de Rendón Camacho donde se invoca esta causal, a cuyo amparo se sostiene que el fallo impugnado se dictó en "desacuerdo con el veredicto del Jurado", puesto que la complicidad correlativa que allí se reconoce excluye las "agravantes de asesinato consignadas en los cuestionarios", referidos a SEVICIA y a ALEVOSIA, veredicto que, de esta suerte, quedó "reducida a un homicidio voluntario", acordado conforme a "la aminorante consagrada en el

artículo 385 del C. Penal", por cuya razón era necesario adecuar la sentencia a esta situación, prescindiendo de las modalidades en cuestión.

RESPUESTA:

En el examen de la causal 2^a. se observó que la sevicia "no repugna a la complicidad correlativa", lo que es evidente, ya que nada impide que el homicidio cometido en las condiciones propias de ella se lleve a cabo, como en el caso de Cerón y Rivera, en medio de una orgía de sangre y de crueldad, hecho que lo acredita el número de cuchilladas que recibió cada una de las víctimas y, en particular, la circunstancia de que una de ellas exhibió, como algo inaudito, e inexplicable, "seis heridas", causadas "con arma cotto-punzante", en sus órganos genitales.

La complicidad correlativa tampoco excluye la alevosía, puesto que nada se opone a que la consumación de un homicidio, en los términos de esa figura, mediante el obrar conjunto de varios sujetos, cada uno en función de actos en sí mismo eficaces para producirlo, guiados por el común propósito de conseguirlo y en condiciones que aunque se sabe que uno de ellos es el autor, resulta imposible identificarlo, también se lleve a cabo "a traición", en ataque "por la espalda", aprovechando la noche, "en paraje oscuro y solitario", tomando a la víctima "desprevenida" y "desarmada", factores que concurrieron en la muerte de Rivera y Cerón" y que, como es obvio, integran esa alevosía, la cual significa, en esencia, "cautela para asegurar la comisión de un delito contra la persona, sin riesgos del delincuente".

CAUSAL 1^a. En la demanda de Vergara Castro, al amparo de esta causal, se formulan al fallo acusado los cargos que en seguida se reseñan:

1^o. Allí, por "indebida aplicación", se violó el artículo 33 del C. Penal, en fuerza de que las muertes de Cerón y Rivera se consideraron como constitutivas de dos homicidios en concurso, no obstante que ellas, por haber sido "el producto de una sola determinación criminal", apenas podían configurar "un homicidio continuado", circunstancia que, como es racional, hacía inoperante aquella disposición, la cual, sin embargo, se aplicó.

2^o. El Tribunal, al hacer "uso de la facultad que al fallador otorga el artículo 36 del C. Penal", sin duda alguna, "se excedió", ya que dejó de "tomar en cuenta los motivos de menor peligrosidad analizados" dentro de la causal 2^a., omisión que determinó su "errónea interpretación" y, además, que no se siguiera "la pauta que a los juzgadores de derecho le señala el artículo 39" de la citada obra.

En la demanda de Rendón Camacho, con apoyo en la misma causal 1^a., se pretende que en el fallo se violaron los artículos 33, 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del C. Penal, tesis para cuya demostración se hacen estos cargos:

a). Las expresadas muertes, en cuanto "ambas, fueron el producto de una sola determinación criminal", no podían llevar a considerar "dos delitos distintos de homicidio", sino uno sólo en el carácter de continuado, donde no era posible aplicar "la acumulación jurídica prevista en el artículo 33 del C. Penal".

b). Aunque en el fallo se invoca el artículo 36 del mencionado estatuto, la realidad es que no se dice cuales son "los factores indicados" allí "que se encuentren debidamente acreditados" y entonces esa norma resultó violada.

c). El artículo 37 de la misma obra resultó violado en sus ordinales 3º. y 9º., ya que las circunstancias de mayor peligrosidad a que ellos se refieren "carecen de respaldo procesal".

d). Se violaron los ordinales 1o., 2o., 5o., 9o. y 11o del artículo 38 del C. Penal, en fuerza de que no se tuvieron en cuenta, a efecto de reducir la pena, las circunstancias de menor peligrosidad a que ellos se contraen.

e). Se "incurrió en indebida aplicación del artículo 39 del C. Penal" al hacer la graduación de la pena, lo que se debió al hecho de "haber desconocido en la sentencia" las circunstancias de menor peligrosidad que concurren a favor del procesado y a que, en cambio, se le imputaron las de mayor peligrosidad, "previstas en los ordinales 3o. y 9o. del artículo 37" ibídem.

f). El Jurado, en "el reconocimiento de la complicidad correlativa", determinó "la negación de las circunstancias de asesinato" y, por lo tanto, no cabía aplicar el artículo 363 del C. Penal.

g). Teniendo en cuenta "la complicidad correlativa", y "la rebaja" que ella implica, así como el hecho de que los dos homicidios, "para los efectos de la pena", estaban "unificados ante el derecho", en razón de ser "producto de una sola determinación criminosa", la sanción, con arreglo al artículo 385 del C. Penal, "interpretada debidamente la ley", no podía ser sino "la de cuatro años de presidio".

RESPUESTA:

I. La figura del delito continuado, de acuerdo con la doctrina universalmente aceptada, no es procedente en torno de aquellos eventos criminosos "en los que la acción lesiva tiene por objeto al individuo en su inmediata personalidad", como en el homicidio, donde la "violación del derecho se agota con el acto de la muerte".

II. En el fallo se tuvieron en cuenta los antecedentes de los procesados, a efecto de configurar a favor de ellos la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el ordinal 1o. del artículo 38 del C. Penal.

III. sin duda alguna, dentro de la sentencia acusada, se aplicó en debida forma el artículo 36 de la obra citada, particularmente en cuanto a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, que fueron debidamente apreciadas para luego determinar la pena sin llegar al máximo ni dejarla en el mínimo, habida consideración a lo dispuesto en el artículo 39 del mismo estatuto, el cual recibió adecuada interpretación.

IV. El fallo del Tribunal, que es el que rige y fué impugnado, prescindió de la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 3o. del artículo 37 de la obra en cuestión y, en esa suerte, sólo apreció la del ordinal 9o., que aparece plenamente comprobada.

V. Las circunstancias de menor peligrosidad a que se contraen los ordinales 2o., 5o., 9o. y 11o. del artículo 39 del C. Penal no están acreditadas en el proceso y, por lo mismo, no podían considerarse con relación a ninguno de los acusados.

VI. Los homicidios en que incurrieron Vergara y Rendón, teniendo en cuenta las condiciones en que se llevaron a cabo y, en particular, el veredicto del Ju-

rado, toman "la denominación de asesinato", y entonces era necesario aplicar el artículo 363 del C. Penal, en concordancia con el 33 de la misma obra, en razón de que esos delitos debían ser considerados en concurso material.

VII. El veredicto del jurado, en cuanto reconoció la complicidad correlativa, obligaba la aplicación del artículo 385 del C. Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación de que fué objeto el fallo de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Humberto Barrera Domínguez. -Samuel Barrientos Restrepo.-
Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.-
Pioquiato León L., Secretario.

DELITO DE ROBO. ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS. INIDONEIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS ALLEGADOS AL PROCESO. ANALISIS DE LOS FUNDAMENTOS LEGALES Y JURIDICOS DE LA CAUSAL 2a. CAUSAL 5a.

1. La sola convicción moral que las instancias hayan podido formarse para su decisión condenatoria en cuanto al acusado, no es suficiente de acuerdo con las normas de procedimiento que regulan los presupuestos probatorios, lo que permite concluir, obviamente, que al testimonio se le atribuyó un valor incriminatorio que no tiene, lo que da viabilidad a la causal 2a. de casación.

Consecuente con lo anterior la Corte halla fundada la causal 2a. la que al prosperar da lugar a proceder de acuerdo con lo ordenado en el ord. a) del art. 570 del C. de P. P., sustituyendo el fallo condenatorio al recurrente con la decisión absolutoria.

2. En cuanto a la causal 5a. invocada por el apoderado, la Corte no precisa hacer examen alguno de fondo, dado que prospera el cargo principal contra la sentencia, pero observa que carece de fundamento la aludida causal, ya que el fallo en su contenido y motivación no quebranta las normas procesales a que alude el acusador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, diez y ocho de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Contra la sentencia proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 27 de noviembre de 1.962, que condenó, entre otros, a NESTOR TREJOS MARIN y LUIS ALFONSO GRAJALES VANEGAS, a la pena principal de 8 años de presidio y correspondientes accesorias, como responsables del delito de robo, interpusieron dichos acusados el recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito hay lugar a decidir de fondo respecto del segundo, ya que el primero no formuló, por conducto de apoderado, la demanda del caso.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Dieron origen al proceso los hechos expuestos por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

“Siendo aproximadamente las nueve y media de la noche del sábado 24 de mayo de 1.958, irrumpieron sorpresivamente en el Club nocturno llamado ‘La Florida’ y situado en las afueras de la ciudad de Medellín, establecimiento de propiedad de la señora Anne María Rasthez y administrado y dirigido por ella misma, una banda compuesta por siete sujetos aproximadamente. Revólver en mano alguno de ellos, así como con pañuelos que les cubrían la cara, otros de los mismos, amedrantaron a la citada señora, a los empleados del Club y a los clientes que allí se hallaban en esos momentos, los cuales no eran muchos debido a lo avanzado de la hora. Los asaltantes exigieron de los asaltados la entrega de todo lo que llevaban consigo, como dinero, prendas, joyas, etc. etc., y uniendo a la palabra la acción, procedieron a requisar a sus víctimas, hecho lo cual una y otra fueron encerradas en una de las piezas del local. Mientras, todo esto ocurría, llegaron al establecimiento el doctor Heli Mejía Gómez, acompañado de una dama, y un choter de taxi, el señor Jairo Vásquez Villada, éste con su carro de servicio. Estos entraron a formar parte del grupo asaltado, habiendo por ello corrido la misma suerte. Parte de los asaltantes se dedicaron a vigilar y amenazar a las víctimas, en tanto que otros procedieron a dismantelar con violencia el local, a romper la caja de madera donde se depositaba el valor de las ventas, y a apoderarse de los licores y cigarrillos existentes. Al entrar en las habitaciones ocupadas por la propietaria y sus familiares, se apoderaron de ropas, joyas, una máquina de retratar, una pistola para pintura automática, un revólver de pequeño calibre y de otros elementos o enseres. Todo lo robado lo iban depositando en un automóvil, marca ‘Studebaquer’, color verde, modelo de 1.952, de cuatro puertas, en el cual habían llegado y en el cual regresaron luego de haber utilizado el aparato telefónico del establecimiento y desinflado las llantas de los carros estacionados en el lugar. Y no está por demás advertir que con el carro en mención (que luego, al ser capturado por la Policía, se descubrió que era robado) se han realizado otros atracos en Medellín, y que en poder de algunos de los sindicados se encontraron diversos objetos de los robados, y que todos y cada uno de los ladrones, aunque capturados en diversos lugares del país, residían en la mentada ciudad en el día del atraco que se deja relatado.

“Por lo que respecta a Luis Alfonso Grajales Vanegas, o Pedro Vicente Morales alias ‘Irentón’ se observa que éste fué capturado en la ciudad de Bogotá, en el momento que pretendía cambiar en uno de los Bancos de la misma una serie de cheques que habían sido hurtados días antes. Esta captura ocurrió el día 12 de septiembre de 1.958 y la primera vez que su nombre aparece en esta investigación, es, según folio 135 del proceso, el 10 de octubre del mismo año, en que el Servicio de Inteligencia Colombiano, Seccional de Antioquia, lo señala como miembro de la banda de maleantes que actuó en este proceso. Así también ese mismo día 10 de octubre empezó a rendir declaración Evelia García de Alvarez, siendo esta prueba pieza principal de convicción no sólo en cuanto respecta a Grajales Vanegas, sino también en lo que dice relación con los demás complicados en el presente negocio”.

2o. Cumplida la investigación y surtidos los trámites consignados en el Decreto Legislativo 0014 de 1.955, el Juzgado 4o. Superior del Distrito Judicial de Medellín dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 1.961 (fls. 441 a 477 del cuaderno principal), cuya parte resolutive, en lo que interesa, dispuso:

“1o.) Se condena a los procesados CARLOS ALBERTO MEJIA CALLEJAS ó LUIS ENRIQUE ZAPATA MOLINA (a. El Rolo), NESTOR TREJOS MARIN,

MANUEL JOSE SANCHEZ LANCHEROS O FRANCISCO OTERO JIMENEZ O CARLOS ALFONSO MARTINEZ, y a LUIS ALFONSO GRAJALES VANEGAS O PEDRO VICENTE MORALES, de las notas civiles conocidas, a purgar en el establecimiento carcelario que el Gobierno designe, la pena de SEIS AÑOS de presidio cada uno”.

3o. El Tribunal, al conocer por apelación y consulta del fallo de instancia y después de haber ordenado y practicado algunas pruebas, en uso de la atribución contenida en el artículo 63 del Decreto 0014, resolvió:

“CONFIRMA la sentencia precitada, con la reforma de que los condenados en lugar de seis años de presidio a que se refiere el fallo revisado, purgarán ocho (8 años). Con respecto a Oscar Luke Peláez SE DECLARA EXTINGUIDA LA ACCION PENAL, y se ordena el cese de todo procedimiento. Se ordena sacar copia de lo pertinente para investigar lo relativo a EVELIA GARCIA, esto es, para averiguar los posibles delitos en que haya podido incurrir con su actuación en el proceso”.

DEMANDA DE CASACION.

Como antes se expresó, sólo el recurrente Grajales Vanegas sustentó el recurso por intermedio de apoderado, que lo es el doctor José Domingo Vélez y quien en el extenso y prolijo escrito que obra de ffs. 10 a 55 del cuaderno número dos hace la impugnación de la sentencia del *ad quem* en debida forma, de acuerdo con los Preceptos que regulan la casación en materia penal.

Expresa el demandante, a manera de introducción, que invoca “las causas 2a. y 5a. del art. 567 del C. de P. Penal y en consecuencia dos son los cargos que se formularán adelante, en capítulos separados contra la referida sentencia: 1) Ser la sentencia violatoria de la ley, porque por errada interpretación o apreciación de los hechos, en ella se les atribuyó a unos un valor probatorio que no tienen, a otros se les ha negado el que si tienen y otros no se han tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso; 2) Porque en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados”.

Antes de plantear y sustentar los motivos de acusación, el señor apoderado, en el capítulo de la demanda que denomina “BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS” (ffs. 11 a 24), a más de un relato de éstos, rastrea por sobre todos los medios probatorios allegados al proceso a efecto de señalar, con sentido crítico, su valor o significado respecto de Grajales Vanegas, tarea que luego repite al hacer el estudio de la causal segunda de casación.

Los motivos de impugnación se estudiarán en su orden.

Causal segunda. Por tres aspectos enfocó el demandante esta causal, a saber:

“a) Hechos a los cuales se les ha atribuido un valor probatorio que no tienen”.

Toca este punto de modo esencial con el mérito que el Tribunal sentenciador atribuyó a la declaración de Evelia García de Alvarez, en la cual, según el demandante, tuvo apoyo la condenación de Grajales, aserto que trata de demostrar citando los párrafos del fallo alusivos a ese testimonio y los pertinentes de la sentencia de primer grado. Analiza posteriormente la personalidad de la testigo y sus

atestaciones a lo largo del proceso para concluir sobre la inidoneidad de la prueba acriminativa, de su poderdante.

En razón de la complejidad probatoria del caso y del discriminado estudio que el demandante hace de los autos, la Sala en parte considerativa de este fallo se ocupará a espacio de los fundamentos de la impugnación y de su mérito frente a la causal segunda por el aspecto reseñado.

“b) Hechos a los que se les ha negado el valor probatorio que sí tienen”.

Se refiere la demanda a la no estimación en la sentencia recurrida de la indagatoria de Grajales; la ausencia de reconocimientos de este acusado y a las rectificaciones de la testigo Evelia García.

Destaca, por lo que a la indagatoria toca, la prevención con que fué recibida, la arbitrariedad en el desarrollo del sumario y las preguntas capciosas que se le formularon dando el investigador por ciertos hechos no establecidos para procurar una confesión del acusado. De otra parte, anota el señor apoderado que la negativa de Grajales en cuanto a la participación en el delito, la elevó el fallador a indicio de responsabilidad, no sin dar por cierto que Grajales había sido reconocido en fotografías por algunos declarantes.

Insiste el demandante en que el Tribunal erró en materia grave al no apreciar el resultado negativo de la diligencia de reconocimiento del procesado por la testigo García, en rueda de presos, hecho del que dan cuenta los autos y que el *ad quem* desestimó fundado en averiada personalidad moral de la García. Del mismo modo recalca en el no reconocimiento por parte del doctor Helí Mejía Gómez, el testigo más calificado en el proceso.

Alude, por fin, a “las últimas manifestaciones de Evelia García” que para el Tribunal no merecen credibilidad alguna, hasta el punto de aseverar “que por ellas ha incurrido en falso testimonio, y no por las primeras”, para poner de presente la ilógica y antitécnica evaluación de la prueba, pues si por sus precarias condiciones éticas, por su ignorancia y por sus hábitos viciosos, resulta ser indigna de crédito la testigo, razón hay para desechar sus exposiciones integralmente, o mejor, para no atribuirle mérito a la prueba.

Concreta su pensamiento el demandante, así:

“Que Evelia García incurre en contradicciones, es un hecho. Pero esto no implica, en manera alguna, como lo estima erradamente el Tribunal, que sea su primera declaración la que tiene valor para condenar a Alfonso Grajales y que sean sus últimas manifestaciones las que conllevan el delito de falso testimonio. Existiendo la sospecha de este delito, pero no habiéndose investigado ni fallado al respecto, la única vía posible es DESECHAR el testimonio de Evelia porque no merece credibilidad, es aceptar que en su dicho inculminatorio contra un Alfonso Grajales, ‘el frentón’, no se dan los requisitos que exigen los artículos 203 y ss. del C. de P. Penal sobre la plena prueba.

“Las dudas que surgen por las contradicciones de Evelia García no pueden ser resueltas contra el acusado Grajales sino a su favor, porque así lo manda la ley en el art. 204 del C. de P. Penal, de acuerdo con el principio ‘in dubio pro reo’ que desde los tiempos de Trajano marca la pauta de la prudencia y de la equidad en la administración de justicia. Porque en caso de duda es preferible absolver a un responsable que condenar a un inocente.

“Por ello, frente a esa norma legal del art. 204, la sentencia recurrida vio la ley, al estimar o apreciar erradamente las últimas manifestaciones de Evelia García cuando resuelve la duda en contra de Alfonso Grajales y no a favor de éste”.

“(c) Hechos acreditados en el proceso y que no han sido tomados en cuenta”.

“Podrían resumirse estos hechos -dice el impugnador- en uno solo, que resulta a través de los seiscientos y pico de folios del expediente: que excluida la mención del nombre de Alfonso Grajales por Evelia García y por el As. S. No. 1262 en su informe de fl. 135, es decir, del día en que fué capturada Evelia, NADIE absolutamente lo mencionara con relación a la banda de Mejía Callejas o de Sánchez Lancheros o con relación a las amistades de Evelia, o con relación al atraco de la Florida, y esto en diligencias que han durado cuatro años largos”.

Reseña en este particular el señor apoderado los informes y declaraciones donde se mencionan los integrantes de la banda comprometida en el atraco para demostrar que el nombre de Grajales no figura.

Causal quinta. Se invoca por el demandante arguyendo que la sentencia del Tribunal no está ceñida a las pautas señaladas por el artículo 159 del C. de P. P., cuyo cumplimiento los jueces no pueden eludir porque conforman un mandato legal, cuya inobservancia da lugar, precisamente al recurso de casación.

OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, opuesto en su concepto a la invalidación del fallo, replica los planteamientos de hecho y de derecho del demandante afines a la causal segunda y descarta la quinta por ausencia de motivos valederos.

Como en verdad el peso de la acusación contra la sentencia del Tribunal descansa sobre la causal segunda es a ésta a la que con más empeño se refiere la respuesta de la Procuraduría Delegada. De sus argumentos recoge la Sala, como principales, los siguientes, así no los comparta para la decisión del recurso:

“.....Es así como ocurre que de Evelia García de Alvarez habla (el demandante) como si fuese y estuviese comprobado en el expediente, una delincuente de la misma clase de los sujetos de la banda que ella describe y de la cual se la considera una probable encubridora. Es verdad, sí, que contra la misma Evelia se ha pronunciado el fallador en este proceso, como una posible encubridora y, aún, falsaría en algunas de sus aseveraciones, pero también lo es que en el resto de su testimonio el Juzgador le reconoce al testimonio rendido un valor positivo de veracidad y convencimiento, tanto que lo acepta como columna principal de la condena de todos los procesados, incluyendo entre ellos a Grajales Vanegas.

“Y esto es lógico en cuanto al último, pues la testigo en mención no se retractó de las afirmaciones o declaraciones que hizo con relación a Grajales. Que se negara a reconocerlo cuando le fue puesto de presente y luego de haber transcurrido un lapso bastante largo a partir del día de los acontecimientos, no implica retractación de lo por ella afirmado, sino, tal vez, simplemente, una fase de sus actividades de encubridora, ya que bien sabía, para esta época, que la prueba recaudada en contra de Grajales Vanegas era más débil que la existente contra los otros miembros de la banda por ella citados.

“No hay tampoco base para sostener que la testigo sea una viciosa adicta al uso de la marihuana. La carta de la cual se pretende deducir tal condición por las frases que allí aparecen, fue explicada en su primera declaración, donde niega, además en forma enfática y repetida, que ella, personalmente, haga uso de tal clase de estupefaciente. (fl. 143).

“No es evidente que ella confundiera a Pablo Emilio Ruiz con Grajales Vanegas, a quienes describe en sus declaraciones (fls. 145 y 146), simplemente porque de aquél diga que es ‘frentón’ y de éste afirmó que lo apodan ‘El Frentón’.

“No se vé, igualmente, cuál pudiera ser el interés de Evelia García de Alvarez para comprometer a Grajales Vanegas como componente de la banda de atracadores y asaltantes; como no hay prueba alguna de que los Agentes del Servicio Secreto tuviesen ese mismo interés o de que hubiesen influenciado a la testigo para que incluyera al mismo reo en la lista por ella descrita.

“Lo que ocurre es que el señor demandante contrapone su propio y personal criterio y sus particulares conclusiones a las propias de los falladores de este complicado proceso.

“Es cierto que el dicho de Evelia García de Alvarez no es un modelo o ejemplo de testimonio, por sus relativas condiciones de posible encubridora; pero ello no quiere decir que haya faltado a la verdad al declarar, y este factor es el que, prevalentemente, se ha tenido en cuenta por el fallador para sacar conclusiones que efectivamente dedujo en contra del acusado recurrente y de los demás comprometidos en el delito juzgado.

“Si negara su valor en lo referente al procesado recurrente acabado de nombrar, habría también que negárselo para los demás comprometidos, lo cual sería ilógico.

“Para el fallador, en este caso, la declaración de Evelia García de Alvarez, único testigo que acusa o señala a Grajales Vanegas, ha tenido el valor que la siguiente doctrina de H. Corte establece para el caso:

“... ‘La libre convicción del Juez dice el procesalista Vannini- no debe entenderse en el modo sentimental de ‘una voz’ del espíritu que tranquiliza la conciencia del Juez mismo, sino como libre y lógica apreciación de efectivos elementos de prueba, aunque ésta consistiera en la exclusiva pero sería confesión del procesado, en las solas declaraciones del querellante o en la de un solo testigo’....”.

“Y es que el testimonio de Evelia García de Alvarez tiene por sí mismo un gran valor que depende de la circunstancia de sus contactos y relaciones con los miembros de la banda que cometió el robo. Tal circunstancia precisamente dió ocasión a que la justicia llegara a esclarecer el delito y descubriera quiénes fueron los autores del asalto al club ‘La Florida’.

“Con ello el H. Tribunal y por lo que atañe a Grajales Vanegas, no hizo otra cosa que darle una prudente aplicación a la facultad que al fallador le confiere el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de ‘apreciar razonadamente, la credibilidad del testigo teniendo presente las condiciones personales y sociales de quien declara, que, en este caso, eran las precisas y únicas condiciones para haber adquirido la testigo en cuestión un completo conocimiento de los autores de los hechos investigados....”.

Por lo que respecta a la causal quinta, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima, en síntesis, que no prospera en el caso sub iudice porque la sola omisión en la sentencia de algunas de las fórmulas rituales indicadas en el artículo 159 del C. de P. P., como los "Resultandos" y "Considerandos", no afectan su validez, si por otra parte el fallador, al motivar su decisión, se ha cuidado de expresar los hechos que estima probados y analizado los elementos de juicio aptos para afirmar o negar la responsabilidad del encausado o encausados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La gravedad misma del presente negocio, la complejidad de los puntos que deben ser estudiados y examinados como presupuestos de la causal segunda de casación y el difícil problema probatorio planteado a fondo en la demanda, son cuestiones que necesariamente exigen de la Sala un análisis ponderado y extenso de muchos de los aspectos del proceso y de los fundamentos legales y jurídicos de dicha causal.

En el debido orden, precisa considerar:

1o. Fundamentos del fallo recurrido.

La sentencia del Tribunal al concretar la prueba de cargo contra el recurrente y hacer su estimación para condenarlo como coautor del delito de robo, expresa:

"Evelia García vió en su casa el día de los hechos, por ahí a las siete de la noche, es decir, unas dos horas antes de estos, a Luis Alfonso Grajales Vanegas, Trejos y Luke, y observó que con éstos, quienes aparecían de mucho afán, salió 'El Frentón' a quien en su declaración de octubre de 1.958 dijo que conocía desde antes del atraço, le arrebató un paquetico en que llevaba un poncho, prenda que sirvió de antifaz a uno de los ladrones, según los testigos, o, al menos, uno de ellos. Habla, entonces, cuando aún no había declarado Arturo Zapata del negocio de cheques robados que, con éste, tenía 'El Frentón'. Muy luego de decir que 'Mechas' había estado en su casa el día de los hechos, aclara en el sentido de que quien estuvo en esa oportunidad fué 'El Frentón'. Al decir quiénes intervinieron y mencionar a 'El Frentón', hace memoria y grega de inmediato ".....que ahora que me acuerdo se llama Alfonso Grajales. . .". Le oyó a Mejía, cuando repartía, que 'la parte del Frentón, de Gildardo y de Pablo Ruiz ya se había arreglado'. Da, por último, la filiación de Grajales, a quien le calcula 38 años de edad, y él dijo en la injudada que tenía 37.

"Arturo Zapata, sujeto de tantos y tan malos antecedentes, quien parece haya sido uno de los que dejaron el carro de Mejía después del robo en Itagüí a que antes se aludió, y a quien también como se vió, refiérese Evelia al hablar de 'El Frentón', contesta, al preguntársele si conoce a Alfonso Grajales, apodado 'El Frentón': ".....A ese sí lo conozco, como no", para luego, siempre refiriéndose a 'El Frentón', explicar que las relaciones con él las había tenido cuando le mandaba, por ahí en mil novecientos cincuenta y dos, los vestidos para que se los arreglara, pues que Alfonso tenía una Lavandería en Guayaquil y que viajaron juntos a Bogotá donde se alojaron en casa de un amigo de Grajales, y éste, al preguntársele a fl. 210 si conoce a Arturo Zapata Ruiz, dice que no lo conoce, para más adelante, al insistirse en otra pregunta por el conocimiento de Zapata Ruiz aquí en Medellín, contradecirse al contestar: ".....Conozco a un señor Arturo Zapata que iba a

comer al restaurante de vez en cuando no con frecuencia', y para en seguida, al ser interrogado por su amistad con Zapata Ruiz -no Zapata únicamente-, decir que 'con ese señor no he tenido ninguna relación, que iba a comer algunas veces, nada más', lo cual dicho sea desde luego, lleva a la Sala a considerar que está mintiendo, pues se recuerdan sus antecedentes y se atiende a que él confiesa haber sido detenido por unos cheques, dando así credibilidad; no sólo a Evelia García, cuando al hablar por primera vez de 'El Frentón' agrega, como para explicar quién es éste, 'porque según cree él ('El Frentón') trabaja con Arturo Zapata en robar con unos cheques por todas partes' (a fl. 211, in fine, puede verse que rehusó decir dónde se había encontrado esos cheques), sino también a Arturo Zapata, en lo que dice respecto al conocimiento de Grajales Vanegas como individuo a quien llaman 'El Frentón', y en cuanto al viaje que juntos hicieron a la capital en 1.958, y haberse alojado en una misma casa, pues fué precisamente en Bogotá donde lo cogieron cuando iba a cambiar los cheques (fl. 211).

"Además, a fl. 155 se puede ver quién ha sido Grajales Vanegas, y él mismo lo dice al dar cuenta de sus antecedentes y de su amistad con talhures, en su injurada.

"En una pregunta que a fl. 211 se le hace, afirmase que él había sido reconocido en una de las fotografías del Sic. como el que según testigos presentose al asalto disfrazado con un poncho, mas, a decir verdad, nada se ha podido encontrar en los autos en tal sentido; a fl. 262 se solicitan sus antecedentes con el apodo de 'El Frentón' y en el respectivo informe dicese que también ha usado el nombre de 'Pedro Vicente Morales'.

"Grajales y su defensor han venido sosteniendo que falta el reconocimiento, y lograda esta prueba por parte de Evelia, no lo reconoció y dijo que el individuo a quien ella se había referido en su declaración como 'El Fretón', lo ha visto en la calle. Desde septiembre de 1.960, como puede verse a fl. 407, viene él solicitando que se le reconozca, lo cual acredita las razones que da en su último memorial al respecto. Pero su interés en que se practicara el reconocimiento no convence de su inocencia como él se lo imagina. También Trejos Marin ilustró con tal prueba, quizás en la creencia de que como se había cubierto parcialmente el rostro, no se le reconocería y ya se ha podido ver en la nueva declaración del Dr. Helí Mejía la contra-producción del reconocimiento, pues el destacado penalista supo dar buenas razones sobre la identificación de Trejos.

"Es verdad que ahora Evelia no lo reconoció, pero hay algunas razones para creer que, por amenazas o por cualquier otro motivo, no está diciendo la verdad, y son las siguientes contradicciones en que ambos incurren:

"Había dicho él, en su injurada, ante las afirmaciones que se le hicieron de que Evelia lo conocía, que no la conocía siquiera, pero no que ella no lo conocía a él, y en el memorial de fl. 409 ya, dejando ver desde luego la posibilidad de que se hubiera comunicado y puesto de acuerdo con ella, declaró que ni lo conoce ni él la conoce, y que supo que fue sobornada para que dijera que él había participado en el ilícito (por qué no comprobó ese soborno?). Luego, al mes, escribe a un amigo para que haga algo aquí en favor suyo y se refiere a Evelia 'la mujer de taxímetro', dando con tales términos a entender -si se atiende al castellano- no sólo que la conoce, sino también que el destinatario de su carta conoce, al menos a 'Taxímetro'. A fl. 26, después de decir que no ha participado en asaltos, atracos, ni hurtos, y que hasta ese día, como si fuera poco, no tenía sino una sentencia por el delito de chantaje y la que estaba pagando por ésta,

insiste en que no ha tenido relaciones con la García ni tampoco -contra lo que dicen ésta y Zapata, y se encuentra probado- con los hampones que figuran en el expediente. A fl. 534, ya en Medellín, en marzo de este año, solicitó, extra-juicio y, dígame bien, sin dar la dirección de la residencia de Evelia, una declaración, para que ésta diga 'si me conoce y generales de la ley', y para que si 'por conocerlo es, el mismo individuo a que ella se refirió' al deponer en relación con el atraco de La Florida, preguntas a las cuales la testigo dijo, bajo juramento, que lo conocía desde hacía mucho tiempo, y que, por ese conocimiento, podía asegurar que el interrogante 'no es el mismo individuo a quien yo me referí' en el proceso por el robo de que fue víctima el club La Florida, pues que el sujeto a que allí se refirió se lo ha encontrado varias veces en la calle, no sabe dónde vive y la ha amenazado. Qué se puede pensar entonces, si quien procede de tal modo, recibe tal prueba y la envía al Juzgado que está conociendo del negocio, después de haber negado no solamente que Evelia lo conocía sino también conocerla él a ella?. Y no será posible entonces decir que si pudo haber algún motivo especial, que bien pudieron ser las amenazas de que habla, mas no de ese ser imaginario que parece ser el que dice haber visto en la calle, sino del que está en la cárcel, e interesada para que salga quien la puede seguir ayudando en sus turbios negocios de marihuana, etc., si ella, muy francamente, después de todo lo que se ha dicho para demostrar la responsabilidad de Grajales como coautor del ilícito, cuando comparece nuevamente a reconocer a quien tan interesado estaba en que ella lo reconociera, como ahora en su último memorial lo enfatiza, y, haciendo sólo dos meses que había declarado todo lo contrario (fls. 534 y vto.) a solicitud de Luis Alfonso Grajales, contesta: '.....No lo conozco, conozco a un Alfonso, que le dicen 'El Frentón' y que está en la calle actualmente y estuvo detenido. No le dicen por el apellido de Grajalés.....', respuesta a la pregunta que el funcionario, de seguro sorprendido por la contradicción en que acababa de incurrir al decir con la ligereza que en la diligencia se tuvo la precaución de anotar, que en la fila no estaba Luis Alfonso Grajales Vanegas?.

"No sobra agregar aquí (para que se vea que todo confluye a aceptar la primera declaración, de Evelia es la que vale, y tiene mucho valor para condenarlo, como también para que se vea la posibilidad de haber incurrido ella en dos delitos de falso testimonio, el 24 de marzo y el 29 de mayo de este año), que Evelia luego de haber dicho en la respuesta antes transcrita que 'al Alfonso que ella conoce como 'El Frentón'; no le dicen por el apellido de Grajales..', y habiendo acabado de reconocer la primera declaración, rendida en 1.958, y con la advertencia del inteligente funcionario de que entonces había dicho que conocía desde hacía mucho tiempo a Luis Alfonso Grajales Vanegas, al ser interrogada por el Luis Alfonso Grajales Vanegas a que allí se refirió, contesta que a un '...Alfonso Grajales..' (no un Alfonso simplemente) que vivía en su casa 'cuando vivió también allí 'el Rolo 'Mejía' y que le decían -véase la clara contradicción.- Alfonso Vanegas, Alfonso Grajales, 'El Frentón', y todos esos nombres'.....".

Lo transcrito del fallo del ad quem es lo más fundamental y allí se concentran las consideraciones de hecho y de derecho para dar por probada la participación del recurrente en el delito.

En la sentencia de primer grado el Juez de la causa, por su parte, hizo respecto del mismo acusado y de su responsabilidad estas apreciaciones:

"Por su parte, Luis Alfonso González (sic) a quien apodan 'El Frentón', aunque acepta en su indagatoria que estaba en Medellín por el mes de mayo del

año pasado y que solamente se dedicaba a su negocio en un Restaurante, niega toda participación suya en los hechos investigados y afirma que solamente vino a conocer a Carlos Alberto Mejía 'El Rolo', en la Cárcel Modelo de Bogotá (fls. 210 y 211).

"Con todo, Evelia García lo señala entre los sujetos que tomaron parte en el ilícito y afirma que unas dos horas antes de los hechos, este sindicado llegó a su casa, conversó con Mejía Callejas y portaba consigo un paquete que ella tuvo oportunidad de observar y vió que allí llevaba un poncho. Esta circunstancia no sobra destacarla ya que uno de los asaltantes, de acuerdo con los testimonios de las personas que presenciaron los hechos y de quienes resultaron como ofendidas, se cubría el rostro con un poncho. Así demostrada la vinculación de Grajales Vanegas con Mejía Callejas de quien no queda la menor duda actuó como jefe de la cuadrilla en aquella noche y teniendo en cuenta la circunstancia anotada frente a la aseveración de la García, obra en contra de tal inculpinado, indicio grave de su responsabilidad por los cargos que se le hacen.

"La declaración de Evelia García no es insular en el proceso ya que su dicho está comprobado por otras pruebas que demuestran que ella está diciendo la verdad.

"Así lo que afirma al decir que Carlos Mejía Callejas tomó parte en el asalto está corroborado por el reconocimiento del carro hecho por varios de los testigos; por los reconocimientos en rueda de presos, y por el decomiso de objetos robados en poder del sindicado.

"Lo que dice respecto a Oscar Luque y Néstor Trejos está corroborado por la posesión de objetos robados.

"Lo que afirma respecto a José Sánchez Lancheros está corroborado por la posesión de objetos robados y por las afirmaciones de Carlos Alberto Mejía Callejas.

"Lo que afirma respecto a Luis Alfonso Grajales (a, El Frentón) está corroborado por las afirmaciones de fls. 131 y 133 vto., donde Bertulfo E. Ortiz e Inés Sosa afirman que entre los atracadores del Club La Florida había uno vestido con un poncho. Es muy significativo el hecho de que Luis Alfonso Grajales hubiera ido con un poncho envuelto en papeles al lugar donde se encontraban quienes instantes después iban a cometer el delito; que quiso evitar que Evelia se diera cuenta qué había dentro del paquete; que después hubiera uno en el asalto tapado con un poncho; y que posteriormente Carlos Alberto Mejía Callejas dijera que la parte 'del frentón' ya se arregló.

"La declaración de Evelia García llega a mostrar aún más su carácter de evidencia y certeza cuando a fls. 144 vto. y 145 fte. y vto. describe los objetos que vió en manos de los sindicados, que vienen a ser exactamente algunos de los descritos por los ofendidos".

2o. Análisis de la prueba de cargo.

Ya se ha visto que para los sentenciadores, según lo transcrito, la demostración procesal de que Grajales participó en el delito descanza, primordialmente, en el testimonio de Evelia García, mujer esta que se convirtió en el eje central de la investigación, no sólo por su trato y relaciones con algunos de los sindi-

cados, sino por estar en cierta forma ligada a sus actividades ilícitas, aparentemente como encubridora, y ser su residencia antro propicio de antisociales.

Aunque el robo ocurrió en la noche del 24 de mayo de 1.958 y aunque desde el 31 de los mismos, agentes del Servicio de Inteligencia Colombiano establecieron "estrecha vigilancia tendiente a la identificación y localización de elementos que según nuestras informaciones habían participado en la comisión de tal delito y que frecuentaban dicha residencia.....", según dice el informe de fls. 4 y vto., referente a la casa de la testigo García, situada en la calle 78 No. 50-B-31 (Medellín), la declarante sólo rindió su primera exposición el 10 de octubre siguiente (fl. 136), en la que se la sometió a un minucioso interrogatorio sobre diversos hechos, cuando ya su esposo -José Enrique Alvarez- también había sido interrogado (fl. 121). Es de anotar, como lo hace el demandante, que en esa misma fecha, por primera vez (fl. 135) aparece en un informe de agentes del Das el nombre de Alfonso Grajales (a. El Frentón) entre "los sujetos que hacen parte en las atracos y acostumbran ir a la citada residencia" (la de la García).

La deponente consignó sus declaraciones en tres diligencias sucesivas. En la primera se refirió, principalmente, a sus antecedentes y relaciones de orden personal con algunos de los procesados; en la segunda hizo el reconocimiento, del automóvil utilizado para la comisión del delito, vehículo que se dice era de propiedad del acusado Mejía Callejas, y en la tercera, ya de modo más concreto detalla algunos hechos atinentes al delito y a sus autores, comprometiendo al recurrente.

De lo depuesto por la García interesa transcribir algunos apartes:

"Yo tengo conocimiento de algunas cosas: Lo del asunto de la Florida me pude dar cuenta cuando él estaba empacando una cosa grande y entonces él me dijo 'que a callar, había unas botellas de trago fino ahí y entonces le dije yo a Carlos: 'Carlos por Dios qué es esto?', y entonces él me dijo que 'Cuidadito a callar', 'porque o si no te mato'. Esa noche principió a decir mire cómo mueren los sapos y entonces le metió un disparo al bombillo; estaban empaçando en unas cajas de cartón y ensunchándolas; menos el radio y el trago, el radic y el trago lo vendieron aquí. Un Detective estuvo allá cuando eso y yo me pude dar cuenta que era un detective porque Carlos decía 'Hombre que se dieran cuenta que estuvo aquí un detective viendo esto', refiriéndose a los objetos que estaban empacando y sé que el radio y el trago lo vendieron en Medellín por conducto de un Augusto y que es muy conocido en el Sic. Ese mismo Detective cuando cogieron a Trejos y lo llevaron a la permanencia él fué y lo sacó y Trejos no perdió si no (sic) el revólver y una plata que eran como trescientos pesos. Eso lo supe porque los oí conversando en la pieza por la noche. Ahí llegó Carlos y Luque muy asustados y entonces cogieron el teléfono y localizaron a Augusto y entonces Augusto le avisó al Detective y el Detective vive por la América eso lo supe oyéndolos. Eso fue antes o pocos días antes del atraco a la Florida. Yo ví a CARLOS empacando fué al otro día del atraco a La Florida. El mismo día del atraco a la Florida, llegó a la casa el sujeto que llaman el frentón, según yo ví en la prensa que hasta el hombre usa gafas, creo que fué por unos cheques, porque según creo él trabaja con Arturo Zapata en robar con unos cheques por todas partes. Llegó el frentón y llevaba un paquetico en la mano y lo puso en la sala y le dije yo qué es esto y cogí el paquete y ahí mismo me lo arrebató y siempre pude ver que era un poncho. El frentón estuvo por ahí como a las siete de la noche y cuando llegó el frentón

estaba CARLOS, LUQUE, TREJOS en el cuarto de CARLOS. Ellos estaban afeitados y salieron, hasta el otro día que llegaron. Yo no me di cuenta a qué horas regresarían esa noche, porque uno, según me dijeron se entró por el tejado y le abrió la puerta a los otros y seguramente fué cuando entraron las cosas. Los objetos que empacaron y enzuncharon los despacharon a HERNAN MAYA a Bogotá, yo me di cuenta que los objetos los habían mandado a donde MAYA porque oí a CARLOS que dijo: 'las cositas se las (sic) mandó a Maya a Bogotá'. Yo sospeché que las cosas que estaban empacando eran 'del atraco a la Florida' porque ya JUDITH me había leído 'la noticia'.

“.....”

“PREGUNTADA: Usted sabe quiénes intervinieron en el asalto a la Florida? CONTESTO: CARLOS ALBERTO MEJIA OSCAR LUQUE, NESTOR TREJOS, 'EL FRENTON' que ahora que me acuerdo se llama ALFONSO GRAJALES, GILDARDO BUSTAMANTE el que llaman 'mechas' el que mataron los del Sic. o sea PABLO RUIZ y no sé de más. PREGUNTADA: Y cómo supo que ellos eran los que habían intervenido en ese asunto? CONTESTO: Yo supe eso porque yo los oí conversando en el cuarto le oí yo a CARLOS que dijo: 'la parte del frentón de Gildardo y de Pablo Ruiz ya se arregló, eso se lo estaba diciendo a LUQUE me parece. También vi como un botellón con una cosa como larga larga, que es como para pintar al duco y por eso fué que tuvieron un disgusto, no supe porqué, pero creo que el disgusto fué porque el muchachón el que murió quería quedarse con eso. Carlos se dió cuenta de que seguramente yo estaba oyendo y fué cuando salió y dijo que viera como morían los sapos y luego hizo un disparo”.

“.....”

“PREGUNTADA: En síntesis nuevamente sírvase decir cuáles fueron los que intervinieron en el asalto a la Florida, de que usted tenga conocimiento? CONTESTO: CARLOS MEJIA CALLEJAS, alias el rolo, NESTOR TREJOS MARIN, OSCAR LUQUE PELAEZ, GILDARDO BUSTAMANTE al que apodan el "Mechas" ARTURO ZAPATA que sé que está detenido, ALFONSO GRAJALES ese que llaman el 'frentón', el que mataron los detectives que es PABLO RUIZ y yo no sé de más”. (folios 144, 145 y 148 v).

Al surtirse la segunda instancia, el Tribunal, con base en el artículo 63 del Decreto 0014, ordenó la práctica de algunas pruebas, lo que hizo por providencia de 22 de marzo de 1.962. Aparte de la declaración extrajudicial rendida por la testigo Evelia García (folio 534), ésta fue de nuevo examinada por la Inspección Segunda Departamental General de Policía el 29 de mayo de 1.962, oportunidad en la cual expuso, no sin antes, dentro de la misma diligencia aseverar que el individuo a quien denominó el 'frentón' no estaba en la fila formada para su reconocimiento por la oficina instructora:

“..... PREGUNTADA EN LA OFICINA: Sírvase decir, bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar, si conoce usted al señor Luis Alfonso Grajales Vanegas, caso afirmativo, dónde lo conoció, qué relaciones o negocios tiene o ha tenido con el mencionado? CONTESTO: No lo conozco, conozco a un Alfonso, que le dicen el frentón y que está en la calle actualmente y estuvo detenido. No le dicen por el apellido de Grajales. PREGUNTADA. Sírvase decir si usted dió la declaración que se le pone de presente y si la firma que allí aparece y que reza 'Elvia García de A.', es la suya, la misma que

usa en todos los actos públicos y privados (se le leyó íntegramente el texto de la declaración aludida, que obra a fl. 534 vto. de este expediente). CONTESTO: Esa declaración sí la rendí yo y esa es, la firma, la que uso en todos mis actos públicos y privados (se refiere a la declaración rendida ante la Inspección Quinta Mpal. de Pcia. de Medellín el 22 de marzo del presente año.) PREGUNTADA: Usted dice en la mencionada declaración, que se le acaba de leer de nuevo, que conoce personal y directamente a Luis Alfonso Grajales Vanegas, desde hace mucho tiempo. Sirvase decir a cuál Luis Alfonso Grajales Vanegas se refirió?. CONTESTO: A un Alfonso Grajales que vivió en mi casa cuando vivió también allí el Rolo Mejía y que me lo he encontrado en la calle y que me ha amenazado, a él le decían Alfonso Vanegas, Alfonso Grajales, 'El Frentón' y todos esos nombres. PREGUNTADA: Usted dice o dijo en la citada declaración rendida ante la Inspección Quinta que Luis Alfonso Grajales Vanegas, quien pedía esa declaración de usted y a quien usted conoce personal y directamente desde hace mucho tiempo, no es el mismo Alfonso Vanegas (El Frentón) a quien se refirió en las declaraciones que rindió dentro del negocio penal a raíz del robo al Club La Florida. Díganos entonces, cuál es el Luis Alfonso Grajales Vanegas, a quien usted se refirió en las anteriores declaraciones sobre el robo mencionado?. CONTESTO: Es que yo no conozco sino al frentón nada más, el que está en la calle; según una cita que me llevaron a la casa como que hay otro Alfonso Grajales Vanegas detenido pero a éste no lo conozco. PREGUNTADA: Entonces usted no conoce a Luis Alfonso Grajales Vanegas, que según noticias tiene, como lo acaba de decir, está detenido, cómo hace para decir, si no lo conoce, que ese no es el 'Frentón'?. CONTESTO: Es que yo no conozco al que dicen que está detenido. PREGUNTADA: A solicitud de quién rindió usted la declaración en la Inspección Quinta y qué quiso decir cuando declaró que conocía a Luis Alfonso Grajales Vanegas, personalmente y desde hacía mucho tiempo?. CONTESTO: No sé a solicitud de quién, a mí me llamaron allá a rendir esa declaración, me preguntaron por ese Alfonso que yo me he encontrado en la calle".

3o. Si, como se vé, la prueba de cargo contra el recurrente Luis Alfonso Grajales descansa de modo exclusivo sobre el testimonio de la mujer Evelia García, difícilmente podrían darse por probados los hechos aducidos como indicios en contra del acusado. En efecto, no puede darse por cierto, frente al artículo 203 del C. de P. P., que Grajales haya estado en la casa de la testigo el día del atraco; tampoco que haya participado en la comisión del delito y que por dicha participación hubiera recibido parte de los efectos robados.

Más exactamente, con esa sola testificación contradicha y proveniente de persona que aparece vinculada a la empresa criminal como encubridora, con antecedentes que hacen sospechosa por varios aspectos su deposición, entre ellos ser traficante de marihuana o afecta a este estupefaciente, en manera alguna habría lugar a afirmar que dicho testimonio constituye indicio necesario, dentro de las exigencias impuestas por el artículo 218 del C. de P. P., en armonía con el 223 ibidem. A la postre, más que un indicio contra el acusado, el testimonio de la García funda una sospecha, tal vez un indicio grave, que jamás haría plena prueba conforme a derecho.

4o. En tales circunstancias, la sola convicción moral que las instancias hayan podido formarse para su decisión condenatoria en cuanto el acusado Grajales, no es suficiente de acuerdo con las normas de procedimiento que regulan

los presupuestos probatorios, lo que permite concluir, obviamente, que al susodicho testimonio se le atribuyó un valor incriminatorio que no tiene, lo que dá viabilidad a la causal 2a. de casación.

5o. Consecuente con lo anterior la Corte halla fundada la causal 2a. la que al prosperar dá lugar a proceder de acuerdo con lo ordenado en el ordinal a) del artículo 570 del C. de P. P., sustituyendo el fallo condenatorio al recurrente con la decisión absolutoria.

6o. En cuanto a la causal 5a. invocada también por el señor apoderado la Corte no precisa hacer examen alguno de fondo, dado que prospera el cargo principal contra la sentencia, pero observa que carece de fundamento la aludida causal ya que el fallo en su contenido y motivación no quebranta las normas procesales a que alude el acusador.

7o. Respecto a Néstor Trejos Marín, en cuyo favor no se formuló demanda de casación se declarará desierto el recurso.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal-, oído el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. INVALIDAR la sentencia recurrida en relación con el acusado LUIS ALFONSO GRAJALES VANEGAS, para en su lugar ABSOLVERLO por el delito de robo imputado en este proceso;

2o. Como el procesado Grajales Vanegas está, detenido por esta causa, telegráficamente dése orden de libertad al señor Director de la Carcel del Distrito Judicial de Medellín; y

3o. Declárase DESIERTO el recurso de casación interpuesto en este mismo proceso en relación con NESTOR TREJOS MARÍN a quien se condena en costas.

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

Simón Montero Torres.- Samuel Barrientos Restrepo.- Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez.- Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Crespo.- José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DELITO DE ESTAFA

Proceso rituado conforme a las normas del Decreto 0014 de 1.955. Maniobras engañosas para inducir en error a la víctima. Causales 4a., 1a. y 2a. de casación. Supuestos vicios de nulidad procesal de orden constitucional y legal.

1. La nulidad constitucional de que da cuenta el demandante y para cuya sustentación hace expresa cita de los arts. 143 y 26 de la Carta, 92 del C. de P. P. y 64 del Decreto 0014 de 1.955, carece en absoluto de todo fundamento porque en manera alguna el representante del Ministerio Público -no obligado a intervenir en juicios de esta naturaleza- debe, de modo expreso, manifestar su voluntad de no intervenir, la que tácitamente resulta de su abstención, no obstante haber recibido las notificaciones del caso.

2. La nulidad constitucional, que ha sido elaborada por la doctrina en desarrollo del art. 26, mira especialmente a mantener en pleno ejercicio las garantías de la persona humana, su natural derecho de defensa y la legalidad del juicio, procurando evitar que se quebranten normas tutelares del sujeto pasivo de la acción penal.

3. Respecto a la nulidad que se hace consistir en que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, la impugnación del fallo es también infundada. En los procesos por delitos contra la propiedad que se tramitan conforme al Decreto 0014, la calificación que a los hechos se dé en el auto de detención es una calificación de orden provisional, como ocurre en el procedimiento ordinario. Los jueces del conocimiento, en primera o segunda instancia, de acuerdo con ese especial trámite, tienen plena autonomía para en la sentencia hacer la calificación definitiva del delito, y no es pertinente hablar de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, sin mediar auto de proceder, refiriéndola a la sentencia porque todo debate sobre la naturaleza del delito en esta oportunidad y dentro de los límites del Decreto 0014 tendría que apoyarse y alcanzar su demostración solo a través de la causal segunda como principal y primera como consecuente.

4. La indebida aplicación de los ordinales primero y noveno del art. 37 del C. P., cargo que debió apoyar el recurrente en la causal segunda, realmente no tuvo ocurrencia. El citado ordinal primero nada tiene que ver con el art. 3o. del Decreto 0014 de 1.955, pues las normas de éste, tratándose de delitos, tienen aplicación sólo para el trámite a que deben ceñirse los procesos. Y en cuanto al ordinal noveno del citado art. 37, su aplicación fue jurídica, así no hayan resultado condenadas otras personas en el proceso, cuestión ésta que se explica en el fallo recurrido y con las razones que atinadamente trae en su vista el señor representante del Ministerio Público. El

modus operandi en la comisión del ilícito, la tréta urdida para llevarlo a cabo, están indicando la complicidad de otras personas distintas al acusado, previamente concertada, para el cabal logro del propósito criminal.

5. La causal segunda invocada tampoco tiene asidero legal y se la formula con los mismos razonamientos aducidos en torno a la causal cuarta, es decir, tratando de demostrar que hubo error en la denominación jurídica del delito. Si el cargo no prospera por motivo de nulidad, mucho menos puede prosperar alegando error del *ad quem* en la apreciación de los hechos de que trata el proceso, pues, para el éxito de la causal segunda habría sido del todo indispensable evidenciar que los elementos de juicio tomados en cuenta por las instancias no establecían el reato sancionado por ellas sino el que afirma el impugnador se cometió por su poderdante, empeño para el cual no aporta consideraciones valederas y atinentes a la naturaleza del motivo invocado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte, surtidos los trámites de rigor, a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 1.962 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condenó a ARMANDO AMAYA BLANCO o BENJAMIN AMAYA BLANCO o PEDRO CASTIBLANCO o PEDRO BLANCO (A. "El Llanero"), como responsable del delito de estafa, a las penas principales de cuarenta meses de prisión y multa de \$ 33,33, aparte de las correspondientes sanciones accesorias.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1o.) Dieron origen a este juicio sumario (rituado conforme a las normas del decreto 0014 de 1.955) los hechos que aparecen resumidos en la sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá, en estos términos:

"El 1o. de marzo de mil novecientos sesenta y dos se presentó en Guatemala un sujeto que dejó llamarse Armando Amaya en compañía de otro de nombre Pedro Moreno y manifestaron que estaban buscando en compra unas esmeraldas que el primero deseaba comprar y para el efecto se entrevistaron con Pedro Ruiz Mesa el cual les informó que podría ayudárselas a conseguir en Bogotá; entonces se trasladaron a esta ciudad en donde Ruiz Mesa recibió de Juan Aragón unas en comisión por valor de \$40.000,00; Amaya se hizo pasar ante este como hombre de mucho dinero y de mucha honorabilidad; Ruiz lo citó a la Caja Colombiana de Ahorros en donde tenía las piedras en una cajilla y en donde las vio el falso comprador; pero le dijo que debía llevarlas al Hotel Granada, apartamento 406 para que las viera un hermano suyo que era ingeniero y sabía de joyas para que le diera el visto bueno; Ruiz se las llevó, las tomó el hermano y dijo que se las iba a mostrar a su señora, detrás salió Armando y Ruiz

se quedó esperando que volvieran y allí estuviera todavía si no se le informara que habían desaparecido”.

2o.) De acuerdo con las modalidades de los hechos reseñados, desde la instrucción, para efectos del auto de detención preventiva, el cargo fué considerado como delito de estafa, modalidad que las instancias mantuvieron al proferir los correspondientes fallos. Esta calificación jurídica es la acertada, dado que el fraude se consumó por parte de sus ejecutores con el empleo de maniobras engañosas que indujeron en error a la víctima.

3o.) El juzgador de primer grado impuso al acusado Amaya, Castiblanco o Blanco la pena privativa de la libertad de cuatro años de prisión, ateniéndose al art. 408 del Código Penal y Decreto 2184 de 1951, previa consideración de que “no tiene derecho a la aplicación de los mínimos contemplados en la citada disposición penal por ser un sujeto que ha revelado índice de mayor peligrosidad”. Con este criterio tuvo en cuenta el juzgado una pena base de tres años, intensificada en uno más, en razón de lo dispuesto en el artículo 410.

4o.) El ad quem modificó la penalidad principal en la forma anteriormente expuesta, teniendo en cuenta las mismas disposiciones penales y cargando de manera específica como circunstancias de mayor peligrosidad, las previstas en los ordinales 1o. y 9o. del artículo 37.

DEMANDA DE CASACION

Con poder especialmente conferido para el efecto formuló la correspondiente demanda de casación el doctor Fernando Pardo Quintana, en el escrito que obra de folios 10 a 15 del cuaderno de la Corte, ceñido a las exigencias formales del recurso. Previa la relación de los hechos, se ocupa de la impugnación del fallo del Tribunal alegando las causales cuarta, primera y segunda, de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P.

Causal cuarta. Son dos los cargos que se formulan al fallo por supuestos vicios de nulidad en la actuación procesal, el primero de orden constitucional, y el segundo por nulidad legal:

La nulidad constitucional la concreta el impugnador en estos términos:

“El señor Juez 4º. Superior de Bogotá, por auto de 30 de julio de 1962 (folio 164 primer cuaderno) ordenó correr el traslado del proceso a las partes, para los fines determinados en el art. 63 del Estatuto conocido, por el término de 5 días. Como el Fiscal del Juzgado 4º. Superior NO HABIA MANIFESTADO SU VOLUNTAD DE NO INTERVENIR, debió correrle el traslado al Ministerio Público, omisión de entidad en este juicio, que conduce al nacimiento de un vicio de nulidad de orden constitucional por incumplimiento o quebrantamiento de las formalidades propias para el juzgamiento de mi poderdante.

“El Ministerio es una parte en el proceso penal que tiene el privilegio procesal de que los traslados para él no se surten en la Mesa de la Secretaría, lo que implica en consecuencia que se violó el art. 26 de la Constitución Nacional al omitirse el traslado al Ministerio Público que no había manifestado su voluntad de no intervenir en el proceso, violándose los arts. 92 y 95 del C. P. P. que señalan formalidades esenciales en el juzgamiento para el ejercicio de la

acción penal que corresponde al Ministerio Público, y que no fue renunciada, repite, la intervención suya en este proceso”.

La nulidad legal la ubica el señor apoderado en la causal octava del artículo 198 del C. de P. P. “error relativo a la denominación jurídica de la infracción”, por cuanto, en su opinión, el cargo resultante al acusado es el de abuso de confianza y no el de estafa. La nulidad se generó en el auto de detención preventiva que “en esta clase de juicios, tiene su equivalencia jurídica y procesal, al enjuiciamiento penal en el procedimiento ordinario, y por esa razón jurídica, hay apertura a pruebas para que el acusado pueda ejercer el derecho de su defensa”.

Causal primera. Por dos aspectos entiende el acusador que hubo en la sentencia violación de la ley penal sustantiva, a saber:

1º. Porque se aplicó erradamente el artículo 408 del C. P., que define y sanciona el delito de estafa, en lugar del 412, referido, para iguales efectos, al abuso de confianza. Este planteamiento viene a ser obligada secuencia del cargo de nulidad legal ya enunciada.

2º. “La sentencia recurrida aplicó indebidamente los numerales primero y noveno del art. 37 del C. P.”. Este cargo lo expone la demanda en estos términos:

“En el proceso no hay constancia alguna de sentencias condenatorias proferidas contra mi poderdante con anterioridad a este proceso violándose el Art. 3o. del Decreto-ley No. 0014 de 1955, que es la norma que rige para la agravación penal en esta clase de procesos.

“Dice el numeral 9o. del Art. 37 del C. P. ‘El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada’. Por este aspecto formuló acusación así: En el proceso no se profirió sentencia condenatoria contra persona alguna por complicidad en el delito que se le imputó a mi mandante. Es más se profirió sentencia absolutoria en favor de Luis Hernando Moreno Morales, que fué confirmada por el fallo recurrido, luego resulta que se aplicó indebidamente el art. 37, numeral 9o. que no era de aplicación por no darse esa situación jurídica en el proceso, conforme las sentencias de primera y segunda instancia. Y aplicó indebidamente el Art. 410 del C. P. ya que para la graduación de la pena debió tenerse el art. 414 ibidem.

“Y como consecuencia, por las razones expuestas, igualmente, el fallo recurrido aplicó indebidamente el Art. 39 del C. P.”.

Causal segunda. A través de ésta el impugnador se limita a insistir en su planteamiento de que hubo error en la denominación jurídica del ilícito, afirmando que incurrió el sentenciador en “falsa interpretación u apreciación de los hechos investigados” y que “no se le dió el exacto valor jurídico y probatorio como elemento configurativo del delito de abuso de confianza” a esos mismos hechos, ya que “las joyas fueron entregadas por su dueño para su estudio, para su observación, para los fines de una negociación que se frustró porque se adquirió un aprovechamiento ilícito para configurarse el abuso de confianza”.

DICTAMEN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con generosa extensión el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina en su respuesta los cargos hechos por el demandante a la sentencia

recurrída, a efecto de demostrar que la acusación carece de todo fundamento y que, por tanto, el recurso de casación no puede en manera alguna prosperar. En las consideraciones que habrá de hacer la Sala en esta providencia recogerá, por ser jurídicamente apreciables, los principales argumentos de la Procuraduría Delegada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. La nulidad constitucional de que dá cuenta el demandante y para cuya sustentación hace expresa cita de los artículos 143 y 26 de la Carta, 92 del C. de P. P. y 64 del Decreto 0014 de 1.955, carece en absoluto de todo fundamento porque en manera alguna el representante del Ministerio Público -no obligado a intervenir en juicios de esta naturaleza- debe, de modo expreso, manifestar su voluntad de no intervenir, la que tácitamente resulta de su abstención, no obstante haber recibido las notificaciones del caso.

2a. De otra parte, la nulidad constitucional, que ha sido elaborada por la doctrina en desarrollo del artículo 26, mira especialmente a mantener en pleno ejercicio las garantías de la persona humana, su natural derecho de defensa y la legalidad del juicio, procurando evitar que se quebranten normas tutelares del sujeto pasivo de la acción penal. Ninguna hipótesis en este sentido cabría insinuar en el caso sub iudice por lo que es motivo de cargo en este punto de la demanda.

3a. Respecto a la nulidad que se hace consistir en que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, la impugnación del fallo es también infundada. En los procesos por delitos contra la propiedad que se tramitan conforme al Decreto 0014, la calificación que a los hechos se dé en el auto de detención es una calificación de orden provisional, como ocurre en el procedimiento ordinario. Los jueces del conocimiento, en primera o segunda instancia, de acuerdo con ese especial trámite, tienen plena autonomía para en la sentencia hacer la calificación definitiva del delito, y no es pertinente hablar de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, sin mediar auto de proceder, refiriéndola a la sentencia porque todo debate sobre la naturaleza del delito en esta oportunidad y dentro de los límites del Decreto 0014, tendría que apoyarse y alcanzar su demostración sólo a través de la causal segunda, como principal, y primera, como consecuente.

Tiene razón el distinguido colaborador Fiscal cuando advierte "que si, según el demandante, se trata en este caso de un error 'conforme los hechos investigados', por 'una errada interpretación de la realidad procesal' y porque 'se dió una equivocada apreciación jurídica a los hechos', la cuestión planteada no podía ser materia de la causal cuarta de casación, sino de la segunda que versa, como bien se sabe, sobre la errada interpretación o apreciación de los hechos".

4a. Respecto de los cargos que tienen que ver con la causal primera, nada hay que considerar en lo que dice a la violación o indebida aplicación de los artículos 408, 410 y 412 del C. P., ya que lo dicho en la demanda para sustentar la impugnación se refiere al mismo planteamiento hecho en torno a la nulidad de tipo legal.

La indebida aplicación de los ordinales primero y noveno del artículo 37 del C. P., cargo que debió apoyar el recurrente en la causal segunda, realmente no tuvo ocurrencia. El citado ordinal primero nada tiene que ver con el artículo 3º.

del Decreto 0014, pues las normas de éste, tratándose de delitos, tienen aplicación sólo para el trámite a que deben ceñirse los procesos. Y en cuanto al ordinal noveno del citado artículo 37, su aplicación fué jurídica, así no hayan resultado condenadas otras personas en el proceso, cuestión esta que se explica en el fallo recurrido y con las razones que atinadamente trae en su vista el señor Representante del Ministerio Público. El modus operandi en la comisión del ilícito, la freta urdida para llevarlo a cabo, están indicando la complicidad de otras personas distintas al acusado, previamente concertada, para el cabal logro del propósito criminal.

Acerca de la invocación de la causal primera por los aspectos señalados, el colaborador fiscal expresa:

“En cuanto al primer punto cabe decir que el demandante pierde de vista lo sostenido por él mismo en su demanda, que, por lo demás es lo legal, esto es, que la aplicación del Decreto Legislativo número 0014 en el presente caso se debe a lo ordenado por el artículo 81 del mismo estatuto, el cual, ‘para los delitos contra la propiedad, de que conozca la justicia ordinaria’, extiende el procedimiento especial, configurado en el Capítulo Quinto de dicho Decreto, al juzgamiento de los estados de especial peligrosidad.

“Así, pues, que siendo única y exclusivamente aplicable al delito investigado en este caso y por la justicia ordinaria, el procedimiento especial de juzgamiento, no puede tener aplicación alguna el artículo 3º. del mismo Decreto, que considera violado el demandante.

“Se encierra un sofisma en lo que se refiere a la presentación del segundo punto, porque si fué cierto que fué absuelto el procesado Luis Hernando Moreno Morales, que podía ser uno de los cómplices de Amaya Blanco, es evidente que quedaba el otro: aquel que presentó como su hermano ingeniero en la entrevista del Hotel Granada y quien, una vez que tuvo en sus manos las esmeraldas, desapareció con ellas y más detrás el actor principal, Amaya Blanco.

“Pero como éste negó rotundamente, durante todo el curso del proceso, las actuaciones que le fueron imputadas, desde su viaje a Guateque hasta lo manifestado a los detectives que lo capturaron, no hubo forma de capturar a dicho compinche, o de emplazarlo, nombrarle defensor, etc. etc.; pues de él no se supo ni siquiera su nombre.

“En todo esto parece que hubo una deficiente investigación, porque no se insistió en la pista del Hotel Granada, a fin de determinar quienes habían sido alojados en el apartamento número 406, el día de los hechos, (fl. 11, cuad. 1o.).

“Así las cosas, bien puede afirmarse que no hubo una errada interpretación de las causales de mayor peligrosidad, ya que no deben confundirse ‘los antecedentes de depravación y libertinaje’ con la ‘mala conducta anterior’, definida en la causal segunda de mayor peligrosidad ni con la reincidencia misma, comprobables estas dos últimas con las sentencias condenatorias impuestas al procesado”.

5a. La causal segunda, última invocada por el señor apoderado, tampoco tiene asidero legal y se la formula con los mismos razonamientos aducidos en torno a la causal cuarta, es decir, tratando de demostrar que hubo error en la denominación jurídica del delito. Si el cargo no prospera por motivo de nulidad, mucho menos puede prosperar alegando error del *ad-quem* en la apreciación de los hechos de que trata el proceso, pues, para el éxito de la causal segunda habría sido del todo indispensable evidenciar que los elementos de juicio tomados

en cuenta por las instancias no establecían el reato sancionado por ellas sino el que afirma el impugnador se cometió por su poderdante, empeño para el cual no aporta consideraciones valederas y atinentes a la naturaleza del motivo invocado.

6a. Todo lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que el recurso no prospera y que procede desecharlo, como lo previene el artículo 569 del C. de P. P.

DECISION:

En consecuencia, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con la opinión fiscal, 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.

Cópiase, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Símón Montero Torres.- Humberto Barrera Domínguez.- Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. CAUSALES 3a. y 4a. DE CASACION PENAL

Acusación de la sentencia por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, por violación de la ley procedimental y por presunta nulidad constitucional. Técnica deficiente de la demanda. Motivos a que se refiere el ord. 3o del art. 567 del C. de P. P. Interpretación del ord. 5o. del art. 363 del Código Penal.

“Hay lugar a casación -dice el art. 567 del C. de P. P.: 3a. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

Son dos las situaciones relacionadas en la disposición que se deja transcrita:

1a. Desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder; y

2a. Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

Según ello, en juicios ordinarios, en los que no ha existido la intervención del Jurado, es posible, desde luego, alegar el primer motivo para demandar la casación de una sentencia. Pero cuando el proceso se ha ventilado ante los Jueces Superiores y con intervención del Jurado, “no es atinado proponer el primer motivo de la causal tercera del art. 567 del C. de P. P., porque el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia y el auto de proceder sino entre el veredicto y el mencionado auto”, o bien entre la sentencia y el veredicto del Jurado, que es el segundo motivo de la causal tercera.

Los hechos narrados en el auto de proceder y las conclusiones que de ellos se derivan, en juicio ante el Jurado son apreciados por éste, que es, a la postre, el que viene a afirmar la responsabilidad del acusado y a señalar las circunstancias en que el delito se produjo. Si el veredicto se aparta fundamentalmente de las demostraciones procesales y peca así contra la lógica, el Juez puede hacer uso de la facultad que le concede el art. 537 del C. de P. P. En cambio, si es la sentencia la que se aparta del veredicto, contra ella cabe alegar el segundo motivo de impugnación que señala la causal 3a. del art. 567 del mismo estatuto. Y si, en el proceso no actuó el Jurado, es lícito, entonces sí, alegar como causal de casación la contradicción entre el auto de proceder y el fallo respectivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Portente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo)

VISTOS:

Contra la sentencia de 12 de septiembre de 1.963, por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a Luis Antonio Reyes Rodríguez a la pena principal de quince (15) años de presidio y accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio, recurrió en casación el defensor del procesado.

Sustanciado el recurso, es el momento de decidir.

HECHOS:

Conviene, para mejor comprensión de la situación jurídica planteada, hacer la relación de los hechos de que da cuenta este expediente. Estos fueron narrados por el testigo Isaac Silva, en los siguientes términos:

“Estando yo con la señora María Gómez Cedeño, en la casa de Cándida Tole, bajaron por el camino real abajo, Víctor Tafur y Luis Reyes, quienes no pasaron por la puerta del camino, sino que se metieron a una mata de guadua, en el mismo momento subió de a caballo un señor a quien no conocí, y éste traía en el anca del caballo a Eduardo Cubillos, y los mencionados Tafur y Reyes salieron al encuentro de los que digo, que iban de a caballo y éstos pararon la bestia y bajaron al señor Eduardo Cubillos del anca de la bestia, pero éste se les escapó y salió corriendo para la planada y como en la mitad de ella, le agarraron por la falda de la camisa, y éste se les escapó por segunda vez, entonces los perseguidores Tafur y Reyes, lo siguieron haciéndole atajo en el camino de ir para la Soledad y allí nuevamente lo cogieron debajo de un higuerón grande, y fue entonces cuando yo oí que le estaban dando machete como quien le estaba dando a una piedra, seguido de esto, yo y la señora María Gómez, oímos una voz que dijo: ¡hay me mató! y fue cuando se silenció todo y no oímos más nada....”

Hechas las investigaciones correspondientes, demostrado el cuerpo objetivo o material del delito y la responsabilidad penal de Luis Antonio Reyes, Víctor Manuel Tafur y Heliodoro Venegas, como autores de los hechos narrados, el señor Juez Superior de Neiva, por auto de 15 de enero de 1.962, llamó a juicio, ante Jurado, a los mencionados individuos.

El Tribunal popular afirmó su responsabilidad, al cumplirse la audiencia pública, el 12 de febrero de 1.963.

Con base en el veredicto, el mismo Juzgado Superior de Neiva dictó la sentencia de 25 de febrero de 1.963, en la que condenó a Luis Antonio Reyes Rodríguez a quince años de presidio y sanciones accesorias de rigor. Este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 12 de septiembre de 1.963.

DEMANDA DE CASACION

El defensor de Luis Antonio Reyes Rodríguez, en breve escrito, demandó en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva. En aquél.

después de un corto recuento de los antecedentes del juicio penal, pues no existe narración de los hechos, se presentan dos causales de casación contra el fallo, en estos términos:

“Acusó la sentencia recurrida por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y ser también violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. Es decir: aduzco contra la sentencia recurrida las causales tercera y cuarta contempladas en el artículo 567 del C. de P. P.”.

Luego, se hace la sustentación de las mencionadas causales, y se termina la demanda con estas palabras:

Dejo en estos términos sustentado el recurso de casación propuesto por mí como defensor de Luis Antonio Reyes en este juicio”.

Como en realidad no se señalaron las disposiciones violadas por el Tribunal, tampoco se indicó cuál era la decisión que debía tomar la Corte, frente a la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Neiva.

Fue esto lo que hizo decir al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, lo siguiente:

“Comenta este Ministerio Público que la demanda que se responde no es propiamente, ejemplar en su género: no existe un régimen lógico-jurídico que discrimine y discorra sobre cada uno de los cargos enunciados y que logre, evidentemente, su demostración. Las acusaciones al fallo se formulan con meros asertos axiomáticos sin preocupación por hallarles una vía de justificación acomodada al raciocinio de derecho. No obstante el Despacho responde a los cargos así:

Al 1o. “No hay ambigüedad alguna en la forma cómo fue llamado Reyes a juicio tal como se desprende de la lectura cuidadosa de los anteriores párrafos; en ningún momento se quiso (sic) contemplar su situación en forma distinta a la que previene el art. 363 del C. P. en su ordinal 5o.”.

“Ninguna discrepancia existe entre los cargos formulados y el auto de vocación a juicio y la sentencia”.

“El pensamiento del Juzgado al llamar a juicio a Reyes en el sentido de colocar el homicidio que se le incriminaba dentro de la circunstancia de asesinato prevista por el art. 363 del C. P. en su ordinal 5o., es meridianamente claro”.

Como consecuencia de lo anterior pide el señor Procurador que se deseché la causal tercera de casación.

Al 2o. “En lo que refiere a las acusaciones basamentadas en la causal 4a. y que proponen una presunta nulidad supralegal por violación del art. 26 de la Constitución los cargos resultan inanes a través de estas simples consideraciones:

“Demostrado como quedó que la formulación de cargos al procesado en el auto de llamamiento a juicio se extendió a considerar el homicidio que perpetrara en Cubillos Garzón caracterizado por la modalidad de asesinato contenida en el numeral 5o. del art. 363 C. de P., el cuestionario que se propuso al Jurado, y que éste en su momento resolvió, fue absolutamente consonante con los cargos incluidos en el auto de vocación a juicio. No se halla, pues, ninguna vie-

lación a las garantías de defensa que consagra el art. 26 de la Carta. Dentro de este orden de ideas la causal 4a. invocada tampoco puede considerarse como justificada por el demandante”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

A pesar de la insuficiencia de la demanda de casación, la Corte contestará los cargos hechos contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, siguiendo así la insinuación del señor Agente del Ministerio Público.

Causal tercera. “Hay lugar a casación -dice el art. 567 del C. de P. P.- : 3o. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

Son dos las situaciones relacionadas en la disposición que se deja trascrita:

1a. Desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder; y

2a. Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

Según ello, en juicios ordinarios, en los que no ha existido la intervención del Jurado, es posible, desde luego, alegar el primer motivo para demandar la casación de una sentencia. Pero cuando el proceso se ha ventilado ante los jueces superiores y con intervención del Jurado, “no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3a. del art. 567 del C. de P. P., porque el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia y el auto de proceder sino entre el veredicto y el mencionado auto”, o bien entre la sentencia y el veredicto del Jurado, que es el segundo motivo de la causal tercera.

Los hechos narrados en el auto de proceder y las conclusiones que de ellos se derivan, en juicio ante Jurado, son apreciados por éste, que es, a la postre, el que viene a afirmar la responsabilidad del acusado y a señalar las circunstancias en que el delito se produjo. Si el veredicto se aparta fundamentalmente de las demostraciones procesales y peca así contra la lógica, el Juez puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 537 del C. de P. P. En cambio, si es la sentencia la que se aparta del veredicto, contra ella cabe alegar el segundo motivo de impugnación que señala la causal 3a. del artículo 567 del mismo estatuto. Y si en el proceso no actuó el Jurado, es lícito, entonces sí, alegar como causal de casación la contradicción entre el auto de proceder y el fallo respectivo.

Por este aspecto, pues, fue mal planteada la causal 3a. de casación. Fuera de, que, en el auto de proceder, se aceptó como circunstancia calificadora del homicidio cometido por Reyes Rodríguez la señalada en el numeral 5o. del artículo 363 del C. P., circunstancia que fue afirmada por el Jurado. Por lo cual la sentencia que acogió esta veredicción, está perfectamente acomodada a los términos legales, y la sanción impuesta corresponde exactamente al delito cometido y a la personalidad del agente.

La Corte ha dicho, en jurisprudencia citada por el señor Procurador Delegado, que “el precepto del ordinal 5o. (del art. 363 del C. P.) es general al considerar una de las modalidades específicas de asesinato puesto que la radica en ‘cualquier circunstancia’ que traduzca el aprovechamiento de las condiciones de indefensión o inferioridad del ofendido para darle la muerte. Por lo cual la insidia,

la asechanza, la alevosía o el envenenamiento no son sino ejemplos de los modos perversos y desleales como se puede matar a una persona. Y agrega la misma Corte: en síntesis, conforme al precepto mismo, hay asesinato, no solo cuando el delincuente pone a la víctima en incapacidad de defenderse mediante previas maquinaciones o ardides, sino igualmente cuando la sorprende indefensa sin antelado despliegue de maniobras, y aprovecha esa situación para realizar el homicidio”.

No prospera, en consecuencia, la causal 3a. invocada contra el fallo del Tribunal Superior de Neiva.

Causal cuarta. “Hay lugar a casación: 4o. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad”.

Para sustentar esta causal, se dice en la demanda de casación, lo que sigue:

“Ahora bien: como se dijo al invocar la causal tercera invocada, en el auto de proceder no se le cargó a Luis Antonio Reyes ninguna actividad definida, realizada por él para poner en condiciones de indefensión a Eduardo Cubillos, actividad que constituyera la circunstancia de la asechanza sino antes bien se dijo que no importaba, para considerar que se había valido de condiciones de inferioridad de la víctima, que no hubiera hecho nada para colocarla en tales determinadas circunstancias. Entonces lo que se adujo contra Reyes fue el numeral quinto del artículo 363 del mismo código. Por consiguiente al cambiar el cargo del numeral séptimo del artículo 37 del C. Penal por el cargo más grave y de consecuencias penales mucho más gravosas, se incurrió en violación del artículo 26 de la Carta, que dispone como garantía para el enjuiciado, que se le juzgue observando las formas propias de cada juicio. Garantía ésta que mira al derecho esencial y sustantivo de defensa.

“La sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad constitucional y por tanto la causal cuarta de casación debe prosperar contra ella por ser violatoria de la ley procedimental, por la razón anotada”.

SE RESPONDE:

En el auto de proceder de 15 de enero de 1.962, el señor Juez Superior de Neiva llamó a juicio a Luis Antonio Reyes Rodríguez, por el delito de homicidio. En la parte motiva de la mencionada providencia, se hicieron estas consideraciones:

“Veamos ahora qué norma violaron con su proceder, y en efecto el art. 363 del C. P., dice: “El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere. . . 5o. Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento; . . .”.

“La jurisprudencia ha comentado este numeral del art. 363, así: ‘Para que el homicidio tome la denominación de asesinato en el evento previsto en el numeral 5o. del art. 363, no es necesario que a ese estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios o elementos adecuados pa-

ra repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por falta de sentido moral, o por el poco o ningún riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentre la víctima; y esta la razón para que la ley repete estos hechos como de excepcional gravedad y los reprima como asesinato. Lo esencial en estos casos, es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se haya colocado el sujeto pasivo del delito (Corte Suprema, sent. marzo 5 de 1.957, tomo LXII, pág. 769).

“Si hemos aceptado los testimonios de Isaac Silva y María del Carmen Cedeño como pruebas, no queda duda de que los victimarios en el presente caso pusieron a la víctima en condiciones de no poderse defender, sino huyendo, y a pesar de esto fue perseguida. Y también fue cogida la víctima de sorpresa cuando iba en el anca de un caballo con una persona que no se pudo descubrir quién fuera, y se dice que de sorpresa porque los homicidas buscaron la manera de esconderse en una mata de guadua, desviándose del camino por donde iban”.

En los términos anteriores, se situó el homicidio, dentro de la previsión del numeral 5o. del artículo 363 del C. P., de donde se ve que se trata aquí de un asesinato, ya que el hecho se cometió “poniendo a la víctima en estado de indefensión mediante asechanza”, tal como se preguntó al Jurado.

No existe, pues, ninguna discrepancia entre el auto de proceder y la cuestión sometida al Jurado y afirmada por éste. Ni la hay tampoco entre el veredicto y la Sentencia. Esta, a la postre, vino a ser la consecuencia necesaria de aquellas premisas.

No prospera, por consiguiente, la causal cuarta, ya que al procesado se rodeó de todas las garantías legales y se le dió la oportunidad para destruir los cargos que se le hicieron.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Samuel Barrientos Restrepo.- Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez.- Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario

DELITOS DE HOMICIDIO AGRAVADO Y LESIONES PERSONALES

Ordinales 4o., 2o. y 1o. del art. 567 del C. de P.P. Observaciones sobre la técnica de casación. Tacha de nulidad constitucional. Alcances jurídicos de la inexecutable. Cuando la Corte actúa como tribunal de casación hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque este recurso extraordinario no es una tercera instancia. No es la mismo esbozar un cargo que demostrarlo.

1. Para responder a la tacha de nulidad que el actor plantea al amparo de la causal cuarta, importa observar que los hechos delictivos a que se contrae el proceso ocurrieron el día 20 de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, y que los fallos de primera y segunda instancia fueron pronunciados con fecha 7 de abril de 1.960 y 17 de febrero de 1.961, respectivamente.

La Corte -Sala Plena- profirió la sentencia a que alude el demandante el 24 de junio de 1.961 (Diario Oficial No. 30.582). En consecuencia, mal podía el Tribunal dejar de aplicar al caso sub-judice normas del Decreto Legislativo número 12, de 4 de junio de 1.959, vigente al tiempo de proferir su fallo, puesto que sólo posteriormente fueron declaradas inexecutable por la citada sentencia del 24 de julio de 1.961.

Ha sido abundante la doctrina de la Corte con respecto a los alcances jurídicos de la inexecutable. Con notable propiedad, por ejemplo, se dijo sobre el particular en fallo de 5 de agosto de 1.955: "La decisión sobre inexecutable no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía: 'La decisión de inexecutable 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'" (Corte Plena, junio 30 de 1.955. Citas indicadas allí). 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 inexecutable ha producido regularmente mientras estuvo en vigor". (G. J. Tomo LXXX, 266).

De lo anterior fácilmente se concluye que la declaración de inexecutable a que se contrae la memorada sentencia del 24 de julio de 1.961 constituye fundamento de la causal de nulidad prevista en el ordinal 1o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (Incompetencia de jurisdicción), sólo cuando con posterioridad a dicho fallo, los Jueces de Instrucción Criminal, en razón de la facultad que les confería el Decreto Legislativo número 12 de 1.959, hayan proferido sentencia en procesos penales. Este

es, por lo demás, el criterio que esta Sala de la Corte ha reiterado sobre el particular en diferentes oportunidades, entre ellas, en fallo del 14 de marzo de 1.962. (Casación de Germán Zapata García).

2. En innumerables ocasiones ha expresado esta Sala que a la Corte, cuando actúa como Tribunal de casación, hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque el recurso extraordinario de que aquí se trata no es una tercera instancia, sino, en esencia, una acción enderezada a desvirtuar un fallo que se presume jurídico. Por tanto, cuando el recurrente invoca la causal segunda, tiene la obligación de examinar a fondo la prueba, a fin de establecer que el Tribunal incurrió en un yerro extremo, que lo llevó a dar por demostrado un hecho que no sucedió, o a negar la realidad del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que plenamente se halla acreditado en el proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante fallo del diecisiete de febrero de mil novecientos sesenta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán condenó, entre otros procesados, a JULIAN GALEANO, ERNESTO PEREZ CERON, MARCELINO TROCHEZ VITONAS y MANUEL ZAPATA RUIZ (a. "Capitán Metralla"). A los dos primeros se les impuso la pena principal de ocho (8) años de presidio; a los dos restantes, en su orden, la de diez (10) y veinticuatro (24) años de igual pena, más las accesorias de rigor para todos y, en especial, a Zapata Ruiz, la de relegación a una colonia agrícola penal, por un tiempo no menor de seis (6) años, como responsables, según el grado y calidad que la misma sentencia determina, de varios delitos de homicidio agravado y lesiones personales perpetrados el día 20 de julio de 1.959, en la Sección de López, Corregimiento de Tacueyó, Distrito de Toribío, Resguardo de Indígenas del mismo nombre.

Contra el fallo aludido interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación tanto los procesados Galeano, Pérez Cerón, Trochez Vitonás y Zapata Ruiz como el defensor de los tres primeros, recurso que éste sustentó mediante escrito visible de folios 31 a 34 del cuaderno número 4. No ocurrió lo mismo con respecto al procesado Zapata Ruiz, como se desprende del informe secretarial que obra al folio 49 vto. del cuaderno citado.

ANTECEDENTES

La sentencia recurrida narra en los siguientes términos los hechos que dieron lugar a la formación del proceso:

"Refieren los autos que Gonzalo Ramírez (a. Venganza), comandante de una banda de forajidos que sembró la violencia en diversas regiones del norte del Cauca, fraguó el plan del asalto y asesinato de los indios de apellido Yatacué, en la sección de López, Corregimiento de Tacueyó, Distrito de Toribío, con el pretexto de que los indígenas mencionados eran conservadores e integra-

ban una organización al mando de David Velasco. De conformidad con el plan elaborado por Venganza, los procesados Zapata, Arenás y Serna se encaminaron a la casa de Julián Galeano, quien vivía con su familia en la casa de la finca 'La Romelia', liberal y hombre de confianza, según los infractores, y el 19 de julio de 1.959, se les dió allí comida y alojamiento. Los bandoleros le preguntaron a Galeano por las habitaciones de los 'pajaros' que tenía Saulo Medina en su finca del Distrito de Toribío, y por los indígenas de apellidos Yatacué, a quienes no conocían siquiera. Galeano les dió los datos que pedían y señaló las casas de los Yatacué, situadas en la vereda del otro lado, denominada Aguas Blancas. También les indicó la ubicación de la finca de Saulo Medina, y les advirtió que el mayordomo de Medina era un hombre que no le hacía mal a nadie.

"En la mañana del día 20 de julio de 1.959, los bandoleros salieron de la casa de Galeano con el objeto de cumplir sus designios delictuosos. A eso de las diez de la mañana se encontraron los tres forajidos con Ernesto Pérez Cerón, conocido de ellos, y le preguntaron también sobre el paradero de los 'pájaros conservadores' que tenía Saulo Medina y luego le inquirieron por las casas de los indígenas Yatacué. Pérez Cerón les indicó las casas de estos últimos y antes de despedirse le entregó a Metralla más de cuarenta cartuchos de bala 'U' y además les regaló diez pesos que recibió Metralla.

"Prosiguiendo el camino que los llevaría al lugar de sus propósitos criminales, los maleantes cogieron a cuatro indios que estaban en faenas agrícolas, los amarraron y con ellos se dirigieron hacia las casas de los indígenas Yatacué.

"En casa de Patricio Yatacué se habían congregado desde las horas de la mañana del día 20 de julio de 1.959 numerosos indígenas con sus mujeres para entregarse a labores de rocería, en una minga que terminó a eso de las tres de la tarde, hora en que todos regresaron a la casa de Patricio Yatacué para recibir la comida. En eso estaban cuando algunos alcanzaron a divisar a tres individuos desconocidos que avanzaban hacia la casa y en un principio creyeron que se trataba de unos celadores. Pero ya más cerca pudieron percatarse de que estaban armados y de que conducían a varios indígenas amarrados, y por ellos y por las prendas de vestir que llevaban, algunos de los que estaban en la casa comprendieron que se trataba de malhechores, e inmediatamente Celio Yatacué y Marcelino Tróchez emprendieron la huida, pero los desconocidos dispararon sobre ellos y los lesionaron con las armas de fuego; Celio recibió un balazo en la región lumbar y Marcelino otro en el muslo derecho. Entonces Marcelino Tróchez Vitonás admitió a los atemorizados indígenas que no corrieran y que se quedaran porque era peor. Los desconocidos soltaron a los indígenas que traían amarrados al llegar a la casa. Inmediatamente los asaltantes armados ordenaron salir a quienes se encontraban allí, los hicieron formar y uno a uno les quitaron las peñillas y demás instrumentos de labranza, preguntaron por la filiación política, contestando todos en principio que eran liberales, pero al insistir sobre el mismo tema, Tróchez se identificó como liberal, y después preguntaron por los de apellido Yatacué. Ante el silencio, los malhechores solicitaron a los indígenas sus papeles de identificación, y los carnets liberales y acto seguido les exigieron una contribución dizque para comprar parque. Todos dieron lo que llevaban. Metralla llamó a Marcelino Tróchez Vitonás, quien se había identificado como liberal, y en su compañía se fue hacia el interior, en donde conversaron y dice Metralla:

“..... Después de que Marcelino Tróchez nos dió los nombres de los indígenas yo me puse a leer la lista y les exigí a los indios que aquellos a quienes nombrara pasaran a un lado a formar en fila y así fue como fueron pasando uno por uno, formando fila, a medida que yo los iba nombrando; antes, cuando nosotros estábamos hablando con Marcelino sobre la lista de los godos, dos de los indígenas salieron corriendo y Marcelino nos dijo esos que van corriendo son godos y entonces “medio beso” (Arenas) y el “Loco” les dispararon y una vez que estuvieron formados en fila los siete indígenas, entonces yo llamé un muchacho indio que estaba en el convite y le dije que los amarrara con un lazo que estaba en el patio; una vez que estuvieron amarrados, entonces yo les dí la orden a los indios que siguieran para arriba, a un montículo, y medio beso siguió adelante mientras yo iba detrás de la fila india; el Loco mientras tanto se quedó cuidando al resto de indígenas en la casa de Patricio Yatacué; luego que ya estuvieron los siete indios en el montículo de arriba de la casa los colocamos en la misma fila y empezamos a dispararles, medio beso y yo; “Medio Beso” utilizó la carabina cargada con bala “u” y yo usé mi revólver calibre 38 corto; los disparos que mi compañero y yo les hicimos a los indios se los hicimos hacia la cabeza y los indios se iban doblando y gritaban. Una vez que los indios quedaron muertos nos regresamos por un lado de la casa y ya salió a nuestro encuentro el loco y yo le dije que cogiera una bestia; el loco cogió la bestia y salió uno de los indios y nos dió espontáneamente dos bestias más ensilladas, luego salimos con las bestias y paramos en la casa de Marcelino Tróchez, quien nos acompañó hasta la casa de él; entonces Marcelino Tróchez le ordenó a una señora que había allí que nos tibarán unos huevos; entonces medio beso subió a una casa que queda entre la de Marcelino Tróchez y la de Patricio Yatacué a conseguir un freno que no lo había; luego Marcelino Tróchez nos regaló dos gallinas y nosotros nos despedimos y emprendimos la marcha con dirección a la casa de Julián Galeano y allí llegamos y estaban tres mujeres y dos trabajadores, pues Julián estaba en el pueblo, y nos sirvieron comida pero no nos quisieron dar posada porque de pronto venía la policía y nos agarraban allí y entonces también se comprometían ellos, es decir las mujeres nos dijeron eso; visto que no nos dieron posada nos fuimos a dormir al monte, una vez que nos comimos las gallinas que nos había regalado Marcelino Tróchez y que nos prepararon las mujeres que estaban en la casa de Julián Galeano..... (fls. 153 vto. y 154)’.

“Las víctimas de los malhechores y que perdieron la vida fueron los indígenas Luis Yatacué, Javier Yatacué, Patricio Yatacué, Evangelista Yatacué Molina, Evaristo Ascúe y Carlos Mensa. Resultaron heridos Celio Yatacué y Marcelino Tróchez”.

La sentencia de segundo grado modificó la situación de los procesados Galeano, Pérez Cerón y Tróchez Vitonás, quienes en la primera instancia del proceso, rituado conforme a las normas del Decreto Legislativo número 12 de 1.959, fueron condenados por el Juzgado Ciento Sesenta y Siete de Instrucción Criminal, mediante fallo del siete de abril de mil novecientos sesenta, a la pena principal de quince (15) años de presidio cada uno. (fls. 373 a 406 del Cd.1o.).

LA DEMANDA

Fuè presentada por el doctor Jorge Hurtado C., a nombre de los procesados Julián Galeano, Ernesto Pérez Cerón y Marcelino Tróchez Vitonás. En ella se

impugna la sentencia recurrida con fundamento en las causales de casación previstas en los ordinales 4o., 2o. y 1o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Importa observar de una vez que antes de referirse el actor a los diferentes motivos de impugnación, alude a los hechos materia de la controversia en los siguientes términos:

“Los hechos han sido analizados por el Juzgado 167 de Instrucción Criminal, por el H. Tribunal Superior, desde distintos ángulos; en una forma por el Juzgado de Instrucción Criminal y por la mayoría del Tribunal; y, por la otra el señor Fiscal del Tribunal y el Honorable Magistrado Dr. Julián Delgado Paredes. Me remito a lo allí descrito para evitar un recuento innecesario”.

Causal cuarta. La acusación, con apoyo en esta causal, se construye, en esencia, sobre el concepto de que los Jueces de Instrucción Criminal “carecen de los atributos de jurisdicción y competencia para administrar justicia”, razón por la cual el proceso quedó afectado de nulidad a partir del momento en que el Juez 167 de Instrucción profirió el fallo de primera instancia. Dice el actor sobre el particular:

“El procedimiento aplicado al presente proceso fue el del Decreto 0012 de 1959. La H. Corte Suprema declaró inexecutable varios de sus artículos, especialmente el que atribuye a los Jueces de Instrucción Criminal de la República facultad de juzgar, con violación clara de la Constitución y de la ley, ya que dichos funcionarios no pueden considerarse en sentido estricto como de la rama jurisdiccional del poder público y por tanto, carecen de los atributos de jurisdicción y competencia para administrar justicia”.

Y fundado en tal razonamiento considera el demandante que la Corte debe devolver “el proceso para que se dicte sentencia por quien legalmente le corresponda, anulado desde la sentencia de primer grado, inclusive”.

Causal segunda. Al amparo de dicha causal, cuyo texto transcribe, el impugnador se limita a afirmar que “la sentencia del Tribunal por errada apreciación de los hechos” considera a sus representados “como ‘cómplices necesarios’, como lo había considerado el inferior”, sin “el menor estudio sobre las formas de participación en el delito,.... especialmente del Sr. Julián Galeano”. “Cómo puede confundirse -pregunta luego- la acción de un hombre como Julián Galeano vinculado a la tierra, en más de quince años de acción continua, que vivía con su familia del trabajo honrado, como cómplice necesario de los vulgares asesinos que sembraron el terror en esa zona?”. Y agrega:

“Se desoyó por completo la voz del Ministerio Público quien -en forma que honra a la justicia- en largo y bien documentado estudio analiza los actos de Galeano, para concluir que: ‘Es en realidad pueril decir que esos actos constituyen auxilio o cooperación suficiente. De todas maneras se impone una afirmación categórica, Galeano no conocía, pues no hay pruebas para aseverarlo, los designios delictuosos de los tres bandoleros. Entonces precisa descartarlo como cómplice’. A esta voz se sumó la voz honorable del Magistrado Julián Delgado Paredes. En la misma forma se trató por los funcionarios aludidos la situación jurídica de Ernesto Pérez Cerón y la de Marcalino Tróchez, para poner al último, en el caso típico de ‘insuperable coacción ajena’, caso enunciado en el ordinal 1o. del art. 23 del C. Penal, como causal de inimputabilidad, en vista de las espe-

cialísimas circunstancias en que le tocó obrar a este sujeto. La falta de un verdadero estudio sobre los hechos y las pruebas que sirvieron de base al fallo del Tribunal, en la sentencia que se revisa, fué la circunstancia que llevó a éste a considerar a mis representados como cómplices necesarios; siendo, por otra parte, elementos constitutivos de la infracción que se pretende juzgar, estimo que el Tribunal violó la causal enunciada”.

Concluye el demandante expresando que si la Corte considera fundada esta causal, debe invalidar el fallo acusado y dictar “el que deba reemplazarlo”.

Causal primera. Se sustenta así: “El fundamento de esta causal no es otro que una consecuencia de la anterior. Si la situación jurídica bien por mala interpretación de los hechos o de las pruebas se les aplicó una pena que no correspondía a la realidad procesal, vale decir que se violó por parte del Tribunal la causal mencionada. En consecuencia la Corte invalidará el fallo dictando el correspondiente (sic) en justicia”.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Al dar respuesta a la demanda, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal formula importantes observaciones sobre la exigente técnica del recurso extraordinario de casación, conceptos que, en verdad, constituyen un fiel trasunto de lo expuesto sobre la materia por la Corte. Y, confrontando la doctrina con el contenido de la demanda, el distinguido colaborador demuestra que el libelo no se cife a las condiciones señaladas en el artículo 531 del C. de P. C., aplicable a la casación penal.

La crítica del Procurador se orienta a destacar la palmaria omisión de los hechos que, en sentir del recurrente, fueron equivocadamente apreciados o interpretados en la sentencia acusada. En torno a tan ostensible deficiencia dice el Representante del Ministerio Público:

“Así las cosas, cabe afirmar que es indudable que el señor abogado recurrente no expresa por cuál de las versiones se decide, cuál acepta o adopta para presentarla a la H. Corte como base de discusión; desde cual ‘ángulo’ se sitúa al plantear la controversia en torno a la sentencia que acusa y para fundamentar y demostrar o comprobar la crítica o críticas que formula al fallo, especialmente en lo que tiene que ver con la causal segunda de casación.

“Esta falta de resumen de los hechos que puedan ser motivo de la discusión o controversia que se intenta plantear, es tanto más grave cuanto que precisamente entre las causales invocadas figura la segunda. Y el incumplimiento de que se habla no puede pasarse por alto en el presente caso, porque el recurrente sin preámbulo mayor y sin puntualizar previamente cuándo, como y donde ocurrieron los hechos a que se contrae el proceso, procede a señalar los motivos de impugnación (Causales 2a., 1a. y 4a. del art. 567 del C. de P. P.) que, en su parecer, existen para solicitar la invalidación del fallo acusado, con todo lo cual resulta que la H. Corte no se encuentra en condiciones de captar en su integridad el problema o problemas que el Dr. Hurtado C. pretendió en forma poco experta someter a su estudio.

“Fundar el recurso de casación es no sólo aducir razones que tiendan a demostrar que con la sentencia cuyo rompimiento se reclama, se ha incurrido en

un vicio o error al juzgar los hechos de autos o al tramitar el procesamiento (ius indicando vel ius procedendo), sino que igualmente es preciso cumplir con el deber inicialmente señalado por el art. 531 de la ley de procedimiento civil y que estriba en relacionar los hechos objetos de la controversia, para poder con base en ellos darle entidad y pertinencia a las consideraciones de puro derecho que, en opinión del recurrente, justifiquen la invalidación pretendida”.

Concluye la Procuraduría Delegada solicitando a la Corte “que declare DESIERTO el recurso de casación en lo que respecta al recurrente Zapata Ruiz y lo DESECHE por lo que hace a los acusados Galeano, Pérez Cerón y Tróchez Vitonás”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Causal cuarta. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Para responder a la tacha de nulidad constitucional que el actor plantea al amparo de esta causal importa observar que los hechos delictuosos a que se contrae el proceso ocurrieron el día 20 de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, y que los fallos de primera y segunda instancia fueron pronunciados con fechas 7 de abril de 1.960 y 17 de febrero de 1.961, respectivamente.

La Corte -Sala Plena- profirió la sentencia a que alude el demandante el 24 de julio de 1.961 (Diario Oficial No. 30.582). En consecuencia, mal podía el Tribunal dejar de aplicar al caso sub-judice normas del Decreto Legislativo número 12, de 4 de Junio de 1.959, vigente al tiempo de proferir su fallo, puesto que sólo posteriormente fueron declaradas inexecutable por la citada sentencia del 24 de Julio de 1.961.

Ha sido abundante la doctrina de la Corte con respecto a los alcances jurídicos de la inexecutable. Con notable propiedad, por ejemplo, se dijo sobre el particular en fallo de 5 de agosto de 1.955: “La decisión sobre inexecutable no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía: ‘La decisión de inexecutable 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”. (Corte Plena, Junio 30 de 1.955. Citas indicadas allí). 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 inexecutable ha producido regularmente mientras estuvo en vigor”. (G. J. Tomo LXXX, 266).

De lo anterior fácilmente se concluye que la declaración de inexecutable a que se contrae la memorada sentencia del 24 de julio de 1.961 constituye fundamento de la causal de nulidad prevista en el ordinal 1o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (Incompetencia de jurisdicción), sólo cuando con posterioridad a dicho fallo, los jueces de Instrucción Criminal, en razón de la facultad que les confería el Decreto Legislativo número 12 de 1.959, hayan proferido sentencia en procesos penales. Este es, por lo demás el criterio que esta Sala de la Corte ha reiterado sobre el particular en diferentes oportunidades, entre ellas, en fallo del 14 de marzo de 1.962. (Casación de Germán Zapata García).

No prospera, en consecuencia, el cargo formulado con fundamento en la causal cuarta.

Causal segunda. Errada interpretación o apreciación de los hechos.

En innumerables ocasiones ha expresado esta Sala que a la Corte, cuando actúa como tribunal de casación, hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque el recurso extraordinario de que aquí se trata no es una tercera instancia, sino, en esencia, una acción enderezada a desvirtuar un fallo que se presume jurídico. Por tanto, cuando el recurrente invoca la causal segunda, tiene la obligación de examinar a fondo la prueba, a fin de establecer que el Tribunal incurrió en un yerro extremo, que lo llevó a dar por demostrado un hecho que no sucedió, o a negar la realidad del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que plenamente se halla acreditado en el proceso.

En el presente caso, como atrás pudo apreciarse, el demandante se limitó a omitir opiniones generales, propias de un alegato de instancia, sin intentar siquiera demostrar cuáles fueron las pruebas que se interpretaron equivocadamente en el fallo recurrido. Y ese vacío -se repite- no lo puede llenar la Corte en casación, porque ello conduciría a destruir las características fundamentales de este recurso extraordinario. No es lo mismo esbozar un cargo que demostrarlo. La acusación ha sido tan deficientemente planteada que, como lo observa el Procurador, ni siquiera brinda a la Corte los presupuestos necesarios para estudiar los temas sugeridos.

Causal primera. No prosperando la causal segunda, la misma suerte está reservada a la causal primera, invocada como consecuente.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de que se ha hecho mérito en cuanto concierne a los procesados Julián Galeano, Ernesto Pérez Cerón y Marcelino Tróchez Vitonás, y lo declara DESIERTO en relación con el acusado Manuel Zapata Ruiz (a. "Capitán Metralla"), a quien condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Poyayán. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Samuel Barrientos Restrepo.- Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez.- Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Creopo.- Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. LA CORTE REITERA SU DOCTRINA ACERCA DEL ALCANCE DE LA CAUSAL TERCERA DE CASACION PENAL EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. NECESARIA CORRESPONDENCIA ENTRE EL AUTO DE VOCACION A JUICIO, EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, treinta de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esa Corporación el 26 de marzo de 1.963, mediante la cual se condenó a JOSE DE JESUS LOPEZ MARIN, por el delito de homicidio, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio y accesorias pertinentes.

Del mérito del recurso procede la Corte a decidir.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen al proceso los resume la providencia calificadora del Juzgado Cuarto Superior del aludido Distrito, en estos términos:

"En la ciudad de Puerto Berrio, Higinio Martínez Arroyave era propietario de un establecimiento de sastrería, y había contratado a José de Jesús López Marín para que se lo cuidara por las noches. Unos ocho días antes de ocurrir los hechos que ocasionaron la presente investigación Martínez tuvo un altercado con un extraño y pidió la colaboración de López Marín, pero como éste se negara quedó resentido con él y en el transcurso de los ocho días siguientes se dio a humillarlo y tratarlo de "flojo". A lo anterior cooperaba Olinta Elvira de la Rosa, la querida de Martínez Arroyave. La noche de los hechos se encontraron en el Bar 'Embajador' de Puerto Berrio, Martínez Arroyave y López Marín, y como el primero empezara de nuevo con sus humillaciones y malos tratos, el segundo le decía que no lo humillara en esa forma. A lo anterior se sumó el hecho de que Higinio Martínez le dijo a López Marín que le desocupara la pieza en la Sastrería que ya no lo necesitaba, y como este último era supremamente pobre y, además, manco de un brazo, le decía que no le echara en esa forma. Las humillaciones eran de tal naturaleza que un extraño se llenó de ira y cogiendo una botella se dirigió a Higinio Martínez Arroyave diciéndole que no humillara en esa forma un inválido. En un momento determinado de la discusión se pararon de la mesa y José de Jesús López Marín sacó un pequeño cuchillo y causó una herida a Hi-

ginio Martínez Arroyave, la cual le produjo la muerte en contados instantes. Lo anterior tuvo su ocurrencia entre las once y las doce de la noche del día diez y seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho”.

2o. En el auto de proceder dictado por el Juez de instancia (fls. 77 a 93) -en la motivación- se hizo expreso reconocimiento de haber obrado el agente del delito, sin propósito de matar y sí con el de ocasionar una lesión personal. De otra parte aceptó el Juzgado la aminorante específica del artículo 28 del C. P.

3o. El Tribunal, al conocer por apelación del vocatorio a juicio, lo confirmó “con la única REFORMA ya anotada en la parte motiva de este proveído, de que el procesado José de Jesús López Marín al cometer el hecho que se le imputa, no obró en las circunstancias del art. 28 del Código Penal, es decir, en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación”. El carácter ultraintencional del homicidio, en cambio, lo aceptó el ad - quem.

4o. Celebrada la vista pública en la causa, a la cuestión propuesta al Jurado, éste contestó: “Sí, con propósito de matar” (fl. 148), acogiendo en esta forma la petición del señor Fiscal del Juzgado, no obstante que el debate versó sobre la especie delictuosa de que trata el artículo 365 del C. P.

5o. El fallo de primera instancia (12 de noviembre de 1961) condenó al acusado atendiendo a los términos del veredicto, el que concretó la responsabilidad de López Marín como autor de homicidio común o intencional, de acuerdo con el artículo 362 del C. P., no obstante habersele llamado a juicio por homicidio ultraintencional.

6o. El Tribunal Superior, por razón de los términos del llamamiento a juicio, modificó la sentencia del inferior para deducir la responsabilidad penal al acusado, con aplicación del artículo 365 del C. P., por estimar que los jueces de hecho no podían sobrepasar con el veredicto la modalidad del cargo especificante debatido.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente -Fiscal Tercero del Tribunal- presentó como demanda de casación el escrito que obra de folios 6 a 9 del cuaderno de la Corte y para fundamentar el recurso invoca, previa una síntesis de los hechos y de la actuación procesal, la causal tercera del artículo 567 del C. de P. P., por no estar, en su opinión, la sentencia del ad - quem, de acuerdo con el veredicto del Jurado.

Su argumentación aparece condensada así:

“Es evidente el desacuerdo entre la sentencia del Tribunal Superior de Medellín y el veredicto del Jurado, pues éste con la frase: ‘Sí, con propósito de matar’, situó la responsabilidad del procesado en el campo del Homicidio intencional, en tanto que la sentencia la colocó en el Art. 365, en concordancia con el 362, ibídem.

“La claridad de la cuestión me releva de extender más este escrito, en el cual consigno respetuosamente la demanda de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión en lo Penal, impetrando que, previos los trámites propios de este recurso extraordinario y ajustándolos a lo prescrito por el Art. 570, literal a) del C. de P. P., invalideis el fallo motivo del recurso y dicteis el que deba reemplazarlo”.

La demanda del señor Fiscal no fué ampliada por el señor Procurador Primero Delegado en le Penal, quien se abstuvo de hacer uso de la facultad conferida por el artículo 3o. del Decreto Legislativo 1154 de 1.954.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. En el caso sub-judice se plantea con la demanda de casación un problema de orden jurídico procesal, ya en varias ocasiones examinado por la Corte y respecto del cual ha tenido oportunidad de fijar con exactitud el alcance de la causal tercera en toda su extensión, es decir, cuando el fallo acusado no se acuerda con el llamamiento a juicio o con el veredicto del jurado, y determinar las facultades que la ley otorga a los jueces de hecho para definir la responsabilidad de un acusado, dentro de los marcos del procesamiento.

2a. En estas circunstancias, para decidir el recurso, la Corte se remite a lo ya expuesto en otras causas semejantes, y en particular a lo que expresó en sentencias de 17 de abril de 1.961 y 30 de abril de 1.964, en su orden:

".... En los juicios con intervención del jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa.

"De allí por qué, por mandato del artículo 28 de la ley 4a. de 1.943, que derogó el 498 del C. de P. P., 'El cuestionario que el Juez someta al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: el acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica'. Porque el auto de proceder es la demanda contra el procesado, y en la motivación, a más de la 'calificación genérica del hecho que se imputa', deben consignarse 'las circunstancias conocidas que lo especifiquen' (C. de P. P. Art. 431). El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C. P., sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. Por ello el C. de P. P. sólo autoriza al Juez para en la sentencia, cuando se trata de juicios con intervención del Jurado, apreciar y calificar 'las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito', puesto que si de tales se trata están dentro de la órbita de los jueces de hecho.

".... Y están dentro de la órbita del Jurado siempre y cuando las haya consignado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que específicamente agraven la infracción imputada. Dicho en otros términos: el Jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su

misión juzgadora. Pero sí, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a la decisión del Jurado". (Casación. Homicidio. Sentencia abril 17 de 1.961. Causa contra Marco Antonio Ruiz Cadena).

".....Ahora bien: en el caso sub-judice no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la causal tercera: en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

".....No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación que en juicios con intervención del Jurado no puede presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que sólo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

".....Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas de las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación".

"...De esta suerte, en orden a mantener la necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el llamamiento a juicio, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo, en la forma adoctrinada por la Corte, la declaración de responsabilidad, como cuestión de hecho, por el Jurado, debe entenderse como una afirmación simple dentro de los marcos del auto de proceder y de la misma cuestión propuesta con ocasión de la audiencia pública".

3ª. En la causa que se examina, de acuerdo con la doctrina que se deja expuesta, no prospera la causal de casación aducida por el representante del Ministerio Público, pues la sentencia del ad-quem se ajusta a derecho y es fiel trasunto del debate procesal, tomando como base el llamamiento a juicio, máxime si se considera que durante el plenario en nada se modificó el recaudo probatorio tenido en cuenta para dictar el auto de proceder.

4ª. Se procederá, en consecuencia, de acuerdo con lo ordenado por el art. 569 del C. de P. P.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - (Salvando Voto) Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. SIMON MONTERO TORRES
AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR.

El suscrito, se separa, con el debido respeto, del criterio y conclusión, acogidos en el fallo que precede, en orden a las siguientes razones:

a). En la "parte resolutive" del llamamiento a juicio, con arreglo a lo dispuesto en el Inciso del artículo 431 del C. de P. Penal, el delito se determinará conforme a su denominación genérica, sin señalar "la especie a que pertenezca".

b). "Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables en cuanto al género del delito, de suerte que se ha de condenar o absolver según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente) puedan modificarlo".

c). En la "parte motiva" del auto de proceder, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3o. del predicho texto "es necesario particularizar" el delito en razón de "las características circunstancias que lo especifiquen", las cuales, si fueran inmodificables, "carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales".

d). En el cuestionario, según lo prescrito en la Ley 4a. de 1.943, "debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica".

e). La pretermisión en el cuestionario de "circunstancias favorables a los intereses del procesado", reconocidas en el llamamiento a juicio, "atenta contra las bases esenciales del proceso" y conduce "a la violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta".

f). El carácter preterintencional del delito, reconocido en el auto de proceder, exige, en esta suerte, ser incluido en el cuestionario, puesto que de omitirse se incurre en "violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta".

g). La respuesta del Jurado, respecto del carácter preterintencional del delito, incluido en el cuestionario, en atención a que se reconoció en el llamamiento a juicio, no podía subordinarse, sin quebrantar los principios rectores de aquella institución, al previo y tácito entendimiento de que si ella no se limitaba a la simple ratificación de ese reconocimiento, tendría que ser desechada.

h). La doctrina que invoca el fallo, en su aplicación al caso de autos, lleva a desconocer la respuesta del Tribunal Popular, en fuerza de que no se repara en que, como lo ha sostenido, repelido y recavado la Corte, "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder sino el veredicto del Jurado".

i). El fallo viola el artículo 499 del C. de P. Penal, en cuanto que de esta norma se desprende que las circunstancias modificadoras de la responsabilidad son de la privativa competencia del Jurado, el cual, de este modo, si las excluye en su veredicto, como ocurrió en el caso de autos con relación a la preterintencionalidad, obliga al juzgador en derecho a prescindir de ellas al pronunciar la sentencia, la que, bajo ningún pretexto ni excusa, puede elaborarse, en obediencia al mandato del artículo 480 de la misma obra, en desacuerdo con la calificación que aquél dá a los hechos, disposición que, al igual que la primera que se indica, resultó también violada.

Fecha: ut supra

Simón Montero Torres

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de Jurisprudencia en
materia laboral, a cargo del en-
tonces Relator doctor LUIS IG-
NACIO SEGURA A.

REMUNERACION DE DESCANSOS LEGALES. TECNICA DE CASACION.

1. Cuando el salario pactado es variable, la determinación en juicio de lo debido al trabajador, por concepto de descansos legales, reposa en el presupuesto de que se acredite el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio. 2. Técnica del recurso de casación referida a la prueba del error de hecho.

Afirma la demanda inicial que el salario convenido por las partes fue una comisión sobre las ventas que realizara el empleado, tipo de asignación variable, como lo anota la sentencia y lo admite el recurrente. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, "es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados"; conforme al principio del artículo 176 del C. S. T., respecto de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como lo dispone el artículo 177-2, ibídem.

Presupuesto del derecho en referencia es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios. Para la demostración de ese hecho, la prueba aportada al proceso fue el dictamen pericial. La pericia relaciona mes por mes las comisiones pagadas al trabajador y las causadas durante la vigencia del contrato de trabajo, y, a la vez, el sueldo promedio mensual devengado por el demandante. En opinión del recurrente habría servido ese dato para deducir de él el salario semanal, por lo cual incurrió el fallador en error de hecho por no haberle dado al dictamen el mérito suficiente, con la consecuencia de que, por tal motivo, quebrantó los textos legales que relaciona.

Observa la Sala que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, especie de salario variable. Para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que en todas las semanas aquélla fue uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable para colocarla en el campo del salario por unidad de tiempo. Si se opta por señalar cifras distintas en las cuatro semanas del mes hasta integrar la cifra que para la mensualidad indica el peritazgo, el procedimiento se basaría en simples hipótesis, en oposición al contenido de la prueba, o en otros términos, en simples conjeturas.

Ahora bien: en todo proceso contencioso domina el principio de que la decisión debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de ma-

nera plena y completa según la ley, por alguno de los medios probatorios que ella señala, como lo enseña la norma del artículo 593 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral.

De lo expuesto se concluye que fue correcta la estimación, que del dictamen pericial hace la sentencia y que, por tanto, no incurrió en los errores de juicio que el cargo le atribuye.

2. No basta en casación singularizar las pruebas mal apreciadas o inestimadas por la sentencia para sostener que ésta incurrió en errores de hecho, sino que es preciso demostrar cuáles fueron ellos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, ocho de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Mario Galvis contra "Encyclopedia Británica Limitada".

- I -

ANTECEDENTES.

Mario Galvis le prestó servicios personales dependientes a la Enciclopedia, según contrato de trabajo consignado por escrito, en el cual se estipuló un período de prueba de dos meses, vencido el cual su duración sería por término indefinido. La empresa le impuso al demandante una jornada de 8 horas al día y 48 a la semana. El salario pactado fue una comisión sobre las ventas, que el patrono debía pagarle al empleado los días viernes de cada semana. La sede de trabajo fue la ciudad de Bogotá, pero el demandante, autorizado por el Gerente de la sociedad, realizó ventas en el Departamento del Huila y en las Intendencias del Meta y Caquetá, sin recibir viáticos de aquella. La relación de trabajo comenzó a desarrollarse el 19 de septiembre de 1.957 y terminó, por voluntad del empleado, el 18 de mayo de 1.959. A la expiración del contrato la empresa le liquidó y pagó al demandante sus comisiones, excluyendo el valor de los descansos en domingos y demás días festivos, e igualmente los viáticos.

Con fundamento en los hechos expuestos, suplica el actor que la sociedad sea condenada a pagarle: remuneración por descansos en domingos y festivos, reajustes de primas de servicio, cesantía, vacaciones e indemnización moratoria.

En apoyo de las pretensiones cita los art. 127, 130 y concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda desconoce el derecho invocado en ésta. En cuanto a los hechos, los niega, exigiendo su prueba. Como excepciones perentorias propuso las de pago y cobro de lo no debido.

- II -

LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primera, dictado por el Juzgado 4o. del Trabajo de Bogotá con fecha 17 de octubre de 1.960, absolvió a la sociedad de todos los cargos, y le impone las costas al demandante.

El de segunda, decisorio del recurso de apelación interpuesto por el actor, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 29 de noviembre de 1.960, confirmó el de primer grado, sin costas.

Contra la providencia anterior interpuso la parte vencida el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad, fue admitido por élla el recurso, que se halla debidamente preparado.

-III-

LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Para negar el derecho al pago de los descansos legales, expuso éstas razones:

Cuando no se trata de salario fijo, como en los casos de remuneración por tarea, a destajo o por unidad de obra, el salario computable es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados, como lo dispone el art. 176 del C.S.T. En atención a que en el presente caso el demandante devengaba un salario variable que se liquidaba y pagaba semanalmente, para que prosperaran las peticiones de la demanda ha debido probarse lo devengado por el actor semana por semana, a efecto de hacer la liquidación y condena correspondientes. El dictamen pericial no aportó este dato indispensable para que las peticiones prosperaran, sino que se limitó a determinar el promedio mensual devengado por el actor, y no en la forma antes expuesta. Y como las súplicas sobre remuneración de los descansos no prosperan, están también destinadas al fracaso las que se basan en ellas, o sea las relativas al reajuste de cesantía, primas de servicio y vacaciones. La anotada deficiencia probatoria impide el éxito de las acciones ejercitadas por el actor.

-IV-

LA DEMANDA DE CASACION.

Formula un solo cargo con fundamento en la causal primera de casación, en el cual acusa violación indirecta de los art. 127, 172, 173, 174, 176, 192, 249 y 306 del C.S.T., a causa de error de hecho manifiesto en los autos.

El Tribunal incurrió en tal error -dice la acusación- al no darle mérito suficiente a la inspección ocular y al dictamen pericial, en donde, por falta de una operación aritmética, fácil de realizar, se obtiene el valor que hubiera podido corresponderle al demandante por descanso en domingos y festivos. El recurrente hace las operaciones del caso y fija cuál es, según ellas, el valor de las obligaciones.

En el aparte que el alegato denomina "Pruebas mal apreciadas", relaciona las que detalla la sentencia de primer grado, que, según afirma el cargo, tuvo en cuenta el Tribunal. Son ellas todas las producidas ante el Juzgado del conocimiento (testimoniales, documentales, las confesiones provocadas de las partes, la de inspección judicial y el dictamen pericial).

En seguida, discurre el acusador así:

A consecuencia del error de hecho en la estimación de las pruebas aportadas al juicio, la sentencia incurrió en violación indirecta de las normas legales antes citadas. A continuación dá a conocer su contenido, y agrega: como el patrono se abstuvo de pagar los salarios en dominicales y festivos, procede, como consecuen-

cia lógica, el reajuste de las vacaciones, la cesantía y primas de servicio, de acuerdo con las normas legales que consagran los correspondientes derechos.

De su lado, sostiene el opositor que en la estimación del dictamen no incurrió la sentencia en el error de hecho de que habla el cargo, porque del peritazgo se corrió traslado sin que el actor hubiera formulado reparo alguno; que no podían los falladores de instancia complementar el dictamen practicando una serie de operaciones aritméticas de la incumbencia del experto, pues de lo contrario la pericia sería innecesaria.

Con referencia a las pruebas que el acusador estima mal apreciadas,, el alegato de réplica anota que no demuestra su equivocada valoración, pues se limita, a afirmar, sin argumentos, la existencia del error de hecho.

Concluye la exposición con la súplica de que se mantenga la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Afirma la demanda inicial que el salario convenido por las partes fue una comisión sobre las ventas que realizara el empleado, tipo de asignación variable, como lo anota la sentencia y lo admite el recurrente. Cuando el salario assume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, "es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados", conforme al precepto del art. 176 del C.S.T., respecto de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como lo dispone el art. 177-2 ibídem.

2. Presupuesto del derecho en referencia es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios. Para la demostración de ese hecho, la prueba aportada al proceso fue el dictamen pericial (fls. 86 a 90). La pericia relaciona mes por mes las comisiones pagadas al trabajador y las causadas durante la vigencia del contrato de trabajo, y, a la vez, el sueldo promedio mensual devengado por el demandante. En opinión del recurrente habría servido ese dato para deducir de él el salario semanal, por lo cual incurrió el fallador en error de hecho por no haberle dado al dictamen el mérito suficiente, con la consecuencia de que, por tal motivo, quebrantó los textos legales que relaciona.

3. Observa la Sala que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, especie de salario variable. Para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que en todas las semanas aquélla fue uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable para colocarla en el campo del salario por unidad de tiempo. Si se opta por señalar cifras distintas en las cuatro semanas del mes hasta integrar la cifra que para la mensualidad indica el peritazgo, el procedimiento se basaría en simples hipótesis, en oposición al contenido de la prueba, o en otros términos, en simples conjeturas.

Ahora bien: en todo proceso contencioso domina el principio de que la decisión debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena

y completa según la ley, por alguno de los medios probatorios que ella señala, como lo enseña la norma del art. 593 del C. J., aplicable al proceso laboral.

De lo expuesto se concluye que fue correcta la estimación que del dictamen pericial hace la sentencia y que, por tanto, no incurrió en los errores de juicio que el cargo le atribuye.

4. La acusación se limita a expresar que el *ad-quem* apreció con desacierto el material probatorio aportado al juicio, sin acreditar qué hechos demuestra contrarios a la tesis sostenida por aquél. No basta en casación singularizar las pruebas mal apreciadas o inestimadas por la sentencia para sostener que ésta incurrió en errores de hecho, sino demostrar cuales fueron ellos. Por lo demás, observa la Sala que el único elemento de juicio acerca del salario es el de que dá cuenta el dictamen pericial, que se refiere, como se advirtió y lo acepta el impugnador, al promedio del sueldo mensual devengado por el demandante, no al promedio semanal.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida 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 Zubirfa C. - Luis Fernando Paredes. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIO VARIABLE Y LIQUIDACIÓN DEL DESCANSO EN DOMINGOS Y DÍAS FESTIVOS. SALARIO A BASE DE SUELDO Y SALARIO VARIABLE. LA SALA REAFIRMA SUS ANTERIORES DOCTRINAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, nueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Octavio Valencia Rivas, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la Sociedad denominada Sears Roebuck de Bogotá S. A., representada por su gerente, para que, previos los trámites de rigor, fuera condenada a pagarle la remuneración de descanso en domingos y festivos, el salario por trabajo en horas extras, reajuste de cesantía, de primas de servicios y de vacaciones, reajuste de salarios, la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales demandadas, y por las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho, el apoderado del actor dijo que éste prestó sus servicios a la Sociedad demandada, en el cargo de vendedor, desde el 5 de julio de 1.954 hasta el 25 de octubre de 1.958; que la demandada le pagó al trabajador, a título de salario, el 50/o de las ventas diarias que efectuara, de acuerdo con liquidación que se hacía semanalmente. Que, por tanto, el salario del trabajador era variable, y que arrojaba aproximadamente, un promedio de \$ 26-66 diarios; que el demandante trabajó todos los días ordinarios de la semana, desde las 9½ a. m. hasta las 7½ p. m., con un descanso intermedio de media hora para tomar el almuerzo. Que la empresa al hacer la liquidación semanal para pagarle su salario, no computó el valor de los descansos legales que le correspondían, suma que le adeuda hasta la fecha; que al liquidarle y pagarle el auxilio de cesantía, primas de servicios y vacaciones, tampoco tuvo en cuenta el salario real devengado por el trabajador, pues no incluyó la remuneración de domingos y festivos, ni el valor de las horas extras de trabajo nocturno; que la demandada no le pagó el valor del recargo por el trabajo ejecutado en horas extras nocturnas; que tampoco le ha pagado los salarios y reajustes de prestaciones que reclama en la demanda.

Como fundamentos de derecho invocó los arts. 172 a 177, 160, 168, 249, 253, 306, 189, 65 y concordantes del C.S.T. y el Decreto 118 de 1.957.

La demandada, por medio de apoderado, en la respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de las súplicas que formula. En cuanto a los hechos, acepta unos, niega otros y exige la prueba de los demás. Propuso las excepciones perentorias de prescripción y pago.

La relación de primer grado terminó por sentencia del 6 de septiembre de 1.961, proferida por el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá. Por medio

de ella condena a la Sociedad demandada a pagar al demandante la suma de \$ 217.20 por concepto de reajuste de prima de servicios; \$ 1.193.71 por aumento de salarios (numeral primero); absuelve a la demandada de las demás peticiones de la demanda (numeral segundo) y declara probadas parcialmente las excepciones de pago y prescripción (numeral tercero) y condena a la demandada al pago del 50o/o de las costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. El Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, resolvió el recurso de alzada, mediante fallo de fecha 10 de octubre de 1.961. La sentencia de segundo grado revoca la del Juzgado, y, en su lugar, condena a la demandada a pagar al actor la suma de \$ 473.03, por concepto de reajuste de primas de servicio; \$ 1.607.46 por dominicales y \$ 440.40 por descanso en festivos (literal a- del punto primero). Absuelve a la Sociedad de las demás peticiones formuladas en la demanda (literal b- del mismo punto) y declara probada parcialmente la excepción de prescripción (literal c- del punto primero). Condena a la demandada a pagar el 70o/o de las costas de primera instancia (numeral segundo). No hace condenación de costas en el recurso (numeral tercero).

El apoderado de la Sociedad demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado en debida forma, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada.

No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO.

Alcance de la impugnación. Aspira a que la Corte case parcialmente el fallo recurrido "en cuanto condenó a Sears Roebuck de Bogotá S. A. a pagar a Octavio Valencia Rivas varias sumas de dinero por concepto de reajuste de primas de servicios, dominicales y festivos; revoque la sentencia de primera instancia, y absuelva en cambio a la Entidad demandada de todas las peticiones formuladas por el actor".

Con base en la causal primera del artículo 87 del C.S.T., fórmula dos cargos, que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Acusa violación indirecta de la ley, por aplicación indebida y como consecuencia de evidentes errores de hecho, cometidos por el sentenciador al apreciar equivocadamente unas pruebas y desestimar otras. Señala como normas violadas el art. 176 del C.S.T. por haberlo aplicado indebidamente y los arts. 22, numeral segundo, 57 obligación 4, 127, 132, 133, 172, 173, 174 y 177 del mismo estatuto por haberlos dejado de aplicar.

Como pruebas mal apreciadas señala: el contrato de trabajo (fl. 12) y el dictamen pericial que obra al folio 62.

Como pruebas no apreciadas indica la liquidación de prestaciones sociales que obra al folio 14.

Para demostrar el cargo, dice el acusador, que en el contrato de trabajo firmado entre las partes, se estipuló como remuneración para el trabajador un sueldo mensual correspondiente al 5% de las ventas que realizara personalmente de zapatos para hombre y del 7% en ventas de zapatos para mujer y niños.

Agrega que no hay duda de que conforme al art. 132 del C.S.T., las partes estaban en completa libertad para convenir la forma de remuneración y que es indiscutible que ésta constituye salario, ya que según el art. 127 del mismo estatuto, por tal se entiende no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que reciba el trabajador como retribución de sus servicios, como porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades. Además, el art. 22, numeral 2, denomina salario a cualquier forma de remuneración y el 133 llama jornal al salario estipulado por días y sueldo al estipulado por períodos mayores. Por tanto, si el actor tenía asignada una remuneración mensual, no estaba obligado el patrono a pagarle por separado el valor del descanso en domingos y feriados, porque según lo ordenado por el art. 174, numeral 2, en todo sueldo se entiende comprendido el pago de los descansos en esos días.

Manifiesta que según la cláusula tercera del contrato de trabajo las partes convinieron que el patrono anticiparía al trabajador, semanalmente, la suma de \$55.00 dentro de la cual quedaban incluidos los descansos legales. Si el contrato de trabajo se hubiera apreciado en debida forma, otra hubiera sido la decisión del Tribunal, puesto que habiéndose estipulado la remuneración del actor por períodos mayores de un día y habiéndosele calificado como sueldo, no ha debido aplicarse al caso el art. 176, sino el 174, numeral 2, en concordancia con las demás disposiciones citadas en el cargo, aunque la remuneración mensual sea variable, pues la ley no prohíbe la estipulación de sueldos variables. Cuando el Código establece que en todo sueldo se entiende comprendido el pago de los descansos en días domingos y festivos, no determina si el sueldo ha de ser variable o no, y donde la ley no distingue, no le es permitido distinguir al intérprete, menos aún cuando hay de por medio una disposición clara que deja a voluntad de los contratantes el fijar como sueldo o como jornal el salario que retribuye un servicio personal (art. 133 del C.S.T.).

Que el dictamen pericial que obra al folio 62 también fue deficientemente valorado por el Tribunal, pues el perito solamente constató el tiempo de servicio del actor y dictaminó acerca de los promedios de su salario, por días, semanas, meses, semestres, etc., y con base en dichas cantidades no podría liquidarse el descanso dominical y el de los días festivos que ordenan pagar los art. 173 y 176 del C.S.T., si de otro lado no aparecen los días trabajados en cada semana, y demostrada la obligación del trabajador de prestar sus servicios en todos los días laborables. Como en realidad no se acreditó la verdad de tales circunstancias, la Empresa ha debido ser exonerada de pagar el valor del descanso en los días domingos y festivos.

Respecto al documento en que consta la liquidación de prestaciones sociales firmada por el trabajador y que el recurrente señala como dejada de apreciar por el Tribunal, dice que en él se contiene una declaración sin reservas de la parte demandante, que liberta a la demandada de las obligaciones nacidas del vínculo laboral que existió entre ellos.

Si el Tribunal concluye la acusación- valora correctamente las pruebas, habría concluido que las partes estipularon un sueldo mensual correspondiente a un porcentaje sobre ventas, garantizado con un anticipo para los casos en que nada vendiera; que la estipulación fue voluntaria, sin lesionar el salario mínimo legal; que la Sociedad cumplió la obligación de pagar al trabajador sus salarios en la forma, lugar y períodos convenidos previamente; que Sears cubrió oportunamente el valor de las prestaciones que correspondían al demandante; y que de la ins-

pección ocular no podía deducirse si el actor trabajó todos los días en cada semana, por lo que no podía recibir aplicación el art. 176.

LA CORTE CONSIDERA:

El contrato de trabajo celebrado entre las partes contendientes en este juicio, y que obra al folio 12 del cuaderno principal, en las cláusulas relativas al salario, dice lo siguiente:

“Segunda. Por los servicios que preste el trabajador, de acuerdo con las cláusulas anteriores, el patrono le reconocerá un sueldo mensual formado así: una comisión del cinco por ciento y siete por ciento sobre las ventas que el trabajador realice personalmente de artículos de las Divisiones arriba mencionadas, dejándose de común acuerdo la siguiente salvedad: el tanto por ciento citado podrá rebajarse hasta el... cuando se hagan rebajas especiales para acelerar la venta de los artículos de las divisiones referidas, por periodos breves que no podrán pasar en cada ocasión de una semana, debiendo dar de ello el patrono aviso al trabajador. Se aclara que ganará el 5% en ventas de zapatos de hombre y 7% en ventas de zapatos para mujer y de niño”.

“Tercera. Los pagos se efectuarán por semanas vencidas; pero como no siempre es posible realizar inmediatamente la liquidación de comisiones, queda establecido que el patrono anticipará al trabajador, a buena cuenta de comisiones semanales, la suma de cincuenta y cinco pesos (\$55), entre la cual quedan comprendidos los días de descanso, domingos y días feriados legales, y si al efectuar las liquidaciones semanales ocurre que las comisiones del trabajador no han alcanzado el nivel de los anticipos semanales, tendrá éste que compensarlo con comisiones de semanas subsiguientes en las cuales tal nivel sea sobrepasado”.

Afirma el Tribunal en su sentencia que al tenor de las cláusulas contractuales lo convenido por las partes fue una comisión del 5% sobre las ventas realizadas por el trabajador, comisión que podía aumentarse al 7% en el caso de venta de zapatos para mujer y niño. Deduce del contrato que el salario fue variable, y que, por tanto, debe darse aplicación al art. 176 del C.S.T. para determinar la remuneración correspondiente a los descansos en dominicales y días festivos. Agrega que, respecto a la manera como se deben liquidar los dominicales de aquellos trabajadores que no devengan salario fijo, sino variable; el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones en que se han debatido casos iguales al actual, por lo que se remite a lo dicho en la sentencia que dictó el juicio de Jaime Castellanos Morris contra la entidad que ahora se demanda.

Por su parte el recurrente no discute que la retribución estipulada entre las partes, sea un tipo de salario variable. Todo su razonamiento está enderezado a establecer su diferencia de criterio con el fallo del ad-quem, respecto al significado que debe atribuirse a la palabra sueldo. Dice que la dicción es genérica, por lo que comprende cualquier estipulación sobre salario, aunque este sea variable, y que no puede limitarse la aplicación de ese concepto, como lo hace el Tribunal, únicamente a la retribución por unidad de tiempo o salario fijo.

Con referencia a las cláusulas contractuales que contienen la estipulación sobre salario, se aprecia que el razonamiento del recurrente se limita a expresar su opinión acerca del significado que ofrecen, sin referirse a lo que sobre ellas expone el Tribunal, y sin indicar y precisar en forma concreta cuál fué el error

de hecho en que incurrió el sentenciador. Así planteada la acusación, es inadmisibles, pues no se conforma a las reglas legales que estructuran el recurso extraordinario. Además, debe anotarse que los argumentos que el cargo aduce respecto a la forma como fue convenido el salario entre las partes, no tocan propiamente una cuestión de hecho, sino que se refieren a cuestiones de naturaleza jurídica, que serán examinadas al estudiar el segundo cargo, que presenta el recurrente. Es preciso, pues, rechazar el reparo de que el sentenciador haya apreciado equivocadamente el contrato de trabajo.

El dictamen pericial demuestra que el trabajador prestó sus servicios a la Sociedad demandada desde el 5 de julio de 1.954 hasta el 24 de octubre de 1.958, y que trabajó, dentro de ese período un tiempo continuo de cuatro años, tres meses y veinte días. Esto permite deducir, sin duda alguna, que el trabajador prestó sus servicios durante las jornadas ordinarias de todos los días laborables de cada semana. Es decir, aparecen demostrados extremos contrarios a los que afirma la acusación. Conforme al precepto del art. 176 del C.S.T., es cuestión fundamental que para obtener el salario computable para efectos de la remuneración del descanso dominical, debe establecerse el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior. El tribunal al efectuar la liquidación de los dominicales, da por establecido, mediante el dictamen pericial, el monto de lo que el trabajador devengó por semana. Este concepto fundamental de la decisión no lo toca el recurrente; ni siquiera insinúa, por este aspecto, equivocada o errónea estimación de esa prueba por parte del Tribunal, ni menos trata de demostrar el posible error. De esta manera, aún aceptando que no fuese acertado el criterio valorativo de las pruebas, en la forma que señala el cargo, no por ello sería viable la acusación, ya que quedaría como soporte de la sentencia el concepto fundamental que se deja enunciado.

La declaración contenida en la liquidación de prestaciones, que obra al folio 14 del cuaderno principal, hecha por el demandante, en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito. El cargo no prospera.

Segundo cargo:

Lo propone como subsidiario del primero. Acusa la sentencia de violar la ley por interpretación errónea del art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22, numeral 2; 57, obligación 4; 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo estatuto.

Dice el recurrente, que el fallador interpretó erróneamente las normas al sostener que como la remuneración era variable, no operaba el art. 174 sino el 176, el cual señala el salario para el pago del descanso dominical.

En demostración del cargo manifiesta el acusador, que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre el salario; que el Código del Trabajo no prohíbe que la remuneración se fije en atención al tiempo servido y al trabajo realizado, ni que la remuneración se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes estipular como

suelo un salario variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada, sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que la refuerzan, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2 y 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios entre sí, solo se aplican cuando se estipula el salario por días, es decir un jornal, bien sea fijo o variable que a esa conclusión se llega también, si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1; que la errónea convicción del Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales y reajuste de primas de servicios.

SE CONSIDERA:

Al estudiar el primer cargo, se vió que en el análisis que la sentencia hace de las cláusulas relativas al salario, se dice que el convenido por las partes fue variable y que, en tal virtud, en el caso de autos, debe tenerse en cuenta el artículo 176 del C.S.T., respecto a la manera como debe liquidarse el valor de los descansos legales.

La Corte estima acertado el juicio del Tribunal. Al efecto, acerca de la cuestión jurídica que plantea el cargo, esta Sala ya tuvo oportunidad, en asunto igual al presente, de exponer las razones en que apoya su criterio. Ellas están consignadas en el fallo que decidió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que en segunda instancia definió el juicio seguido por Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.", de fecha 30 de enero de 1.964. En esa oportunidad, se expuso lo que a continuación se transcribe:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe des"

tacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

“Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

“Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

“El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

“No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

“No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cual es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución

“No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a “los salarios variables estipulados por días”. Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso I del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

“El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo

sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

“Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

“La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señala determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

“Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador”.

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Laboral, de fecha 10 de octubre de 1.961. 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.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS.
SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE.

Diferente régimen legal para determinar lo debido por descansos legales según que se haya pactado sueldo u otra forma distinta de pago. Cómputo de los descansos cuando la remuneración del trabajo no es fija sino variable. Reafirma la Sala sus doctrinas sobre estas materias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, nueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Fernando Abondano F., promovió juicio ordinario contra la Sociedad Anónima denominada "Sears Roebuck de Colombia" para que con audiencia de su representante y previos los trámites de rigor, fuera condenada al pago del reajuste de la cesantía y primas de servicios, remuneración de los descansos legales y de trabajo en horas extras, e indemnización por mora.

En sus fundamentos de hecho, se afirma en la demanda que Fernando Abondano F. trabajó, en Bogotá, como vendedor al servicio de la demandada, desde el 26 de julio 1.954 hasta el 15 de febrero de 1.959; que el salario convenido por las partes fue el 5% sobre el valor de las ventas que efectuara el trabajador, suma que semanalmente se le liquidaba y pagaba; que en caso de que no realizara ninguna venta, el patrono le hacía anticipos para descontárselos del valor del porcentaje que le correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario devengado fue siempre variable; que laboró en cada semana más de cuarenta y ocho horas; que en el pago que la Sociedad le hizo al empleado del auxilio de cesantía y primas de servicios, no incluyó el valor de la remuneración correspondiente a domingos y festivos, deuda que no le ha cancelado, como tampoco el valor de las horas extras trabajadas; que el trabajador prestó sus servicios a la Sociedad todos los días laborables de las semanas.

En derecho, las pretensiones se apoyan en los arts. 22, 23, 24, 47, 127, 132, 161, 168, 172, 173, 174, 176, 177, 249, 253, 306 y 65 del C.S.T.; art. 20. del Decreto 243 de 1.951; artículos 593 y ss. del C. J.; y los arts. 2, 5, 20, 25, 36, 42, 55, 74 y concordantes, del C. P. L.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de la acción. En cuanto a los hechos, negó la mayor parte de ellos, aceptó el tercero y, de los otros, dijo atenerse a lo que se demuestre en el juicio. Como excepciones perentorias, propuso las de pago, compensación y prescripción.

Decidió el litigio en primera instancia el Juez Séptimo Laboral del Círculo de Bogotá, mediante sentencia de fecha 6 de octubre de 1.961. La providencia condena a la Sociedad a pagar al demandante las sumas de \$5.777.65 por concepto de dominicales; \$1.947.59, por concepto de festivos; \$509.00 por reajuste de cesantía; \$725.90 por concepto de reajuste de primas de servicios (literales a-, b-, c- y d- del Punto Primero); absuelve a la sociedad de los demás cargos de la demanda (Punto Tercero); condena a la misma al pago del 70% de las costas (Numeral Cuarto); y declara probada la excepción de prescripción, por el tiempo anterior al 31 de marzo de 1.957. (Numeral Primero).

El apoderado de la Sociedad interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 26 de octubre de 1.961, resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes el fallo apelado. La misma providencia condeno en costas de la instancia a la parte apelante.

La parte vencida interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado se pasa a decidir, teniendo en cuenta la demanda presentada y el correspondiente escrito de réplica.

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, revoque la del Juzgado y absuelva a la parte demandada de todos los cargos formulados en la demanda inicial. Invoca la causal primera de casación, y con fundamento en ella formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de violar el art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22, numeral 2; 57, obligación 4; 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo estatuto, por errónea interpretación.

En desarrollo del cargo, dice el recurrente que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre el salario; que el Código del Trabajo no prohíbe que el salario sea en atención al tiempo servido y al trabajo realizado, y que la remuneración se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes estipular como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su artículo 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que la refuerzan, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2, 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, solo se aplican cuando se estipula el salario por días, fijo o variable; que esta conclusión se llega también si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1o; que la errónea convicción del Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales, reajuste de cesantía y primas de servicio.

Segundo cargo.

Lo presenta como subsidiario del primero. Acusa como violados, por aplicación indebida, los arts. 173 y 177 del C.S.T. a consecuencia de ostensibles errores de hecho al apreciar equivocadamente algunas pruebas y desestimar otras.

Consisten los errores, en dar por demostrados, sin estarlo, que el actor se obligó a laborar todos los días de la semana, y que su remuneración dependía solamente del resultado obtenido por él y no constituía sueldo.

Como pruebas mal estimadas por la sentencia, cita el contrato de trabajo (fl. 27), la inspección ocular (fls. 44 y 45) y la liquidación de prestaciones sociales (fl. 2).

Sostiene el recurrente que, según aparece del contrato, las partes estipularon, a título de salario, un sueldo mensual correspondiente a un determinado porcentaje sobre las ventas que realizara personalmente el trabajador, para lo cual hicieron uso de la facultad que les otorga el art. 122 del C.S.T.; que, según el art. 127 ibídem, la referida remuneración constituye salario, aparte de que, conforme al art. 22-2 de la misma obra, salario es cualquier forma de remuneración, que el art. 133 del mismo código llama jornal si se estipula por días y sueldo cuando se pacta por periodos mayores; que si el actor tenía asignada una remuneración mensual, el patrono no estaba en la obligación de pagarle por separado los descansos legales, porque los comprende el artículo 174 numeral 2 del estatuto laboral; que, además, como lo dice la cláusula tercera del contrato el pago anticipado de la suma de \$76.15 semanales, incluía el de los descansos legales.

En cuanto a la inspección ocular, alega el recurrente que con base en las sumas pagadas al actor, a buena cuenta de comisiones, de que da cuenta la inspección, no podía liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173 en relación con el 176 del C.S.T., porque de ella no aparecen los días trabajados en cada semana, ni demuestra la obligación del trabajador de prestar sus servicios en todos los días laborables de la indicada unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser liberada del pago de la deuda, por el expresado concepto.

Respecto al documento en que consta la liquidación de prestaciones sociales que obra al folio 2, que aparece firmado por el trabajador, dice que en él se declara sin reservas por el actor, que recibió de la sociedad no solo las prestaciones sociales sino los sueldos cuando se produjeron. Que esta prueba contradice la declaración del Tribunal de que la remuneración de Abondano no constituía sueldo.

Como prueba no apreciada, señala la confesión provocada del demandante, especialmente las respuestas dadas a las preguntas tercera, cuarta y quinta, en donde afirma ser cierto que por el trabajo que le tocaba desarrollar, mes por mes, Sears convino en pagarle una remuneración correspondiente al 5% sobre las ventas que haya efectuado; que la Sociedad no le exigía la venta de una determinada cantidad de artículos sino que atendiera cumplidamente su respectiva sección; que la jornada de trabajo diario se cumplía durante el tiempo en que el almacén permanecía abierto al público, de lo que concluye que la remuneración del demandante fue acordada teniendo en cuenta el tiempo de servicios.

Luego agrega: Si el juzgador de segunda instancia hubiera apreciado y valorado en su verdadero significado las pruebas mencionadas en el cargo, habría

concluido que entre las partes se pactó un sueldo correspondiente a un porcentaje sobre las ventas efectuadas por el trabajador, garantizado por una remuneración fija para los casos en que nada vendiera; que el salario se estipuló voluntariamente, sin lesionar el mínimo legal; que la Sociedad cumplió su obligación de pagar a Abondano la remuneración dentro de los períodos convenidos; y que, de la inspección ocular, no podía deducirse cuáles fueron los días trabajados por el demandante en cada una de las semanas, por lo que no podían aplicarse los artículos que se señalan como violadas.

REPLICA DE LA OPOSICION.

Se acoge, para refutar el primer cargo, a las razones expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, en juicio similar al presente, y en el cual se controvertía el mismo problema jurídico que se debate en este negocio. Transcribe, en lo pertinente, apartes de la sentencia a que se refiere, sin precisar la fecha del fallo, ni las partes del juicio.

Con relación al segundo cargo, dice que las pruebas de que hace mérito el acusador no demuestran los errores que alega. Refiriéndose al contrato de trabajo, dice que no fue mal apreciada la cláusula relativa al salario, porque lo pactado en ella no fue un sueldo sino una remuneración variable; que tampoco fue mal apreciada la diligencia de inspección ocular, pues ella demuestra no solo la obligación del demandante de trabajar los días laborables de la semana, sino la prestación real del servicio, a excepción de los domingos y festivos. Que la no apreciación de la confesión del demandante ninguna incidencia tiene sobre la resolución del problema debatido, porque en el juicio aparece plenamente comprobado que aquél devengó salario variable.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El contrato de trabajo (fl. 15) dice en su cláusula segunda, que las partes han convenido en retribuir los servicios del trabajador pagándole un sueldo mensual equivalente a un 4% sobre las ventas. La cláusula tercera estipula que los pagos se harían por semanas vencidas, anticipándole el patrono al trabajador, a buena cuenta de comisiones semanales la suma \$76.15, dentro de la cual quedarían comprendidos los días de descanso (domingos y feriados), con la advertencia de que si al efectuar las liquidaciones no alcanzaba al nivel de los anticipos, el empleado debería pagar la diferencia con el valor de las comisiones devengadas en las semanas subsiguientes "en las cuales tal nivel sea sobrepasado".

En el análisis que la sentencia hace de las cláusulas relativas del salario, dice que el convenido por las partes fue variable y que, en tal virtud, en el caso de autos no puede tener aplicación el inciso segundo del art. 174 del C.S.T., sino el 176 de la misma obra. Dice que cuando el art. 133 denomina jornal al salario estipulado por días y sueldo al estipulado por períodos mayores, se está refiriendo al salario estipulado por unidad de tiempo y no en sus otras modalidades, entre las cuales se encuentra la de comisiones sobre ventas, en cuyo caso cualquiera que sea el período de pago, el salario no debe calificarse como sueldo.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, esta Sala de la Corte, en asunto igual al presente, expuso lo que a continuación se transcribe:

“6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

“7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de ‘sueldo’ o ‘jornal’, debe respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

“8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

“Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 *ibidem* le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

“Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

“El segundo salario variable no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

“No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento *a pari* o de analogía.

“No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

“No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a ‘los salarios variables estipulados por días’. Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1- del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

“El nombrado art. 174 contempla dos aspectos de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

“Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

“La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

“Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador”.

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen.

Con relación al segundo cargo, observa la Sala:

No estimó la sentencia con desacierto el contrato de trabajo en las cláusulas relativas al salario, pues lo que ellas demuestran no es el hecho de que lo convenido por las partes hubiera sido un sueldo mensual, sino una remuneración variable. Se dijo en el estudio del primer cargo que es inexacto llamar sueldo a la comisión, y a lo allí expuesto se remite la Corte.

La inspección ocular demuestra que durante el tiempo del contrato fue continuo el trabajo del demandante y el pago semanal de las comisiones devenga-

das, mas nó el de los descansos legales, es decir, hechos contrarios a los que afirma la acusación.

La declaración contenida en el documento sobre liquidación de prestaciones, que obra al folio 2 del cuaderno principal, hecha por el demandante, en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito. Además, debe anotarse para rechazar la glosa que se examina, que parte de una hipótesis inexacta, la de que el salario pactado lo fue a base de un sueldo mensual, lo cual no es cierto, pues a la asignación estipulada fue la de comisión sobre ventas, que constituye salario variable como se expresó al estudiar ese punto.

Respecto a la prueba de confesión no apreciada, el recurrente sostiene que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la respuesta dada por el trabajador a la tercera pregunta del pliego de posiciones, lo mismo que las respuestas a las preguntas 4a. y 5a., habría llegado a la conclusión de que la remuneración acordada para el demandante, tuvo en cuenta el factor tiempo de servicio. Observa la Sala que la significación que la sentencia le asigna al convenio sobre salario, para lo cual tuvo en cuenta el contrato escrito celebrado entre las partes, es la de que lo estipulado fue una remuneración a base de porcentaje. Esto mismo es lo que acepta el demandante al absolver posiciones, y dar respuesta a la pregunta tercera. Por tanto, si este hecho se acredita por el propio contrato, ninguna consecuencia puede tener la circunstancia de que el fallador no hubiera estimado la confesión del demandante. La circunstancia de haber aceptado éste un horario determinado en la prestación del servicio, tampoco conduce a demostrar que el salario dependía no solo del trabajo ejecutado por él sino del tiempo que debía emplear en el almacén. Por lo demás, no es el horario factor determinante del salario a comisión, sino el rendimiento del trabajador.

El cargo no prospera.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 26 de octubre de 1.961.

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.

DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. COMO SE LIQUIDAN CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. REAJUSTE DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. INDEMNIZACION MORATORIA. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, trece de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Oscar Botero, por medio de apoderado, promovió juicio contra la Sociedad denominada Sears Roebuck de Colombia S. A., para que, previos los trámites de rigor, fuera condenada al pago de las sumas que le adeuda por concepto del reajuste de cesantía y primas de servicios, remuneración de los descansos legales y de trabajos en horas extras, indemnización por mora y costas del juicio.

Dijo su apoderado, en los hechos de la demanda, que Botero prestó sus servicios a la Sociedad, como vendedor, desde el 6 de abril de 1.955 hasta el 22 de noviembre de 1.959, fecha en que se retiró, por renuncia que le fue aceptada; que el salario convenido por las partes fue el 5^o/_o sobre el valor de las ventas que efectuara semanalmente el trabajador; que la Sociedad le liquidó y pagó cada semana el valor del porcentaje que le correspondía como remuneración y cuando en alguna semana no efectuaba ventas, le anticipaba una suma para descontársela del valor que le correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario devengado fue variable; que al liquidarle y pagarle la Sociedad el auxilio de cesantía y las primas de servicios, no incluyó el valor correspondiente a la remuneración en domingos y festivos, deuda que no le ha cancelado, como tampoco el valor de las horas extras trabajadas; que durante la vigencia del contrato, Oscar Botero se obligó a trabajar todos los días laborables de la semana, y si en algunas no lo hizo, se debió a la disposición de la Empresa.

En derecho, las pretensiones se fundan en los arts. 22, 23, 24, 47, 132, 161, 172, 173, 176, 177, 249, 306, y 65 del C.S.T.; art. 2o. del Decreto 243 de 1.951; art. 593 y siguientes del C. J.; art. 2, 5, 20, 25, 36, 42, 55, 74 y concordantes del C. P. L.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación contractual y que el trabajador no laboró en dominicales y festivos; negó los hechos 7, 8 y 9; respecto a los hechos 2, 4, 5 y 6, dijo que debían ser demostrados y que se atenia a lo que resultara probado en el juicio. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación y prescripción.

La relación de primer grado terminó por sentencia de fecha 20 de abril de 1.961, proferida por el Juez Tercero del Trabajo de Bogotá. Por medio de

élla, condena a la Sociedad a pagar al demandante (ordinal primero) lo siguiente: a) \$5.246.28 por dominicales; b) \$1.471.76 por concepto de festivos; c) \$613.53 por reajuste de prima; y, d) \$767.02 por reajuste de cesantía. Absuelve a la Sociedad de los demás cargos formulados en su contra (numeral 2), y la condena a pagar el 60% de costas (numeral 3).

El Tribunal Superior, de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 12 de mayo de 1.961, resolvió el recurso de alzada interpuesto por ambas partes contra el fallo del Juzgado a quo. La resolución de segundo grado, (numeral 1) modifica el punto primero del fallo apelado, en el sentido de condenar a la Sociedad a pagar al demandante lo siguiente: a) \$5.370.89 por remuneración de dominicales; b) \$1.603.96 por concepto de festivos; c) \$779.23 por reajuste de primas de servicio; d) \$1.092.95 por reajuste de cesantía. Declara parcialmente probada la excepción de prescripción (numeral 2). Confirma los numerales 2 y 3 de la sentencia apelada (numeral 3). No condena en costas en la instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Tramitado aquí en debida forma, se pasa a decidir.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Alcance de la impugnación. Aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto condena a la Sociedad al pago de la remuneración de descansos en domingos y feriados, reajuste de cesantía y primas de servicio, revoque la de primer grado y, en su lugar, absuelva al patrono de todos los cargos de la demanda inicial.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula dos cargos que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de violar el art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22, numeral 2; 57, obligación 4; 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo estatuto, por errónea interpretación.

En desarrollo del cargo, dice el recurrente que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre salario; que el Código del Trabajo no prohíbe que el salario sea en atención al tiempo servido y al trabajo realizado, y que la remuneración se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes estipular como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada, sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que la refuerzan, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2, 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, solo se aplican cuando se estipula el salario por días, fijo o variable; que a esta conclusión se llega también si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1o.; que la errónea convicción del

Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales, reajuste de cesantía y primas de servicios.

Segundo cargo.

Lo presenta como subsidiario del primero. Acusa como violados, de manera indirecta y por aplicación indebida, los arts. 22-2; 57, obligación 4; 127, 132, 133, 172, 173, 174, 176-6, 177 del C.S.T. a consecuencia de ostensibles errores de hecho al apreciar equivocadamente algunas pruebas y desestimar otras.

Consisten los errores, en dar por demostrado, sin estarlo, que el actor se obligó a laborar todos los días de la semana, y que su remuneración dependía solamente del resultado obtenido por él y no constituía sueldo.

Como pruebas mal estimadas por la sentencia, cita el contrato de trabajo (fl. 20), la inspección ocular (fls. 44 a 53) y la liquidación de prestaciones sociales (fl. 2).

Sostiene el recurrente que, según aparece del contrato, las partes estipularon, a título de salario, un sueldo mensual correspondiente al 5^o/o sobre las ventas que realizara personalmente el trabajador, para lo cual hicieron uso de la facultad que les otorga el art. 132 del C.S.T.; que, según el art. 127 ibidem, la referida remuneración constituye salario, aparte de que, conforme al art. 22-2 de la misma obra, salario es cualquier forma de remuneración, que el art. 133 del mismo Código llama jornal si se estipula por días y sueldo cuando se pacta por períodos mayores; que si el actor tenía asignada una remuneración mensual, el patrono no estaba en la obligación de pagarle por separado los descansos legales, porque los comprende el artículo 174 numeral 2 del estatuto laboral; que, además, como lo dice la cláusula tercera del contrato, el pago anticipado de la suma de \$ 76.15 semanales, incluía el de los descansos legales.

En cuanto a la inspección ocular, alega el recurrente que con base en las sumas pagadas al actor, a buena cuenta de comisiones, de que da cuenta la inspección, no podía liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173 en relación con el 176 del C.S.T., porque de ella no aparecen los días trabajados en cada semana, ni demuestra la obligación del trabajador de prestar sus servicios en todos los días laborables de la indicada unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser liberada del pago de la deuda, por el expresado concepto.

Como pruebas no apreciadas, indica: El documento en que consta la liquidación de prestaciones sociales que obra al folio 2, que aparece firmado por el trabajador, dice que en él se declara sin reservas por el actor, que recibió de la Sociedad no solo las prestaciones sociales sino los sueldos cuando se produjeron. Que esta prueba contradice la declaración del Tribunal de que la remuneración de Botero no constituía sueldo.

La confesión provocada del demandante, especialmente las respuestas dadas a las preguntas tercera y cuarta, en donde afirma ser cierto que Sears convino con él en pagarle una remuneración correspondiente al 5^o/o sobre las ventas que efectuara, por el trabajo que le tocaba desarrollar mes por mes; que la Sociedad no le exigía la venta de una determinada cantidad de artículos sino que atendiera cumplidamente su respectiva sección.

Luego agrega: Si el juzgador de segunda instancia hubiera apreciado y valorado en su verdadero significado las pruebas mencionadas en el cargo, habría concluido que entre las partes se pactó un sueldo correspondiente a un porcentaje sobre las ventas efectuadas por el trabajador, garantizado por una remuneración fija para los casos en que nada vendiera; que el salario se estipuló voluntariamente, sin lesionar el mínimo legal; que la Sociedad cumplió su obligación de pagar a Botero la remuneración dentro de los periodos convenidos; y que, de la inspección ocular, no podía deducirse cuáles fueron los días trabajados por el demandante en cada una de las semanas, por lo que no podían aplicarse los arts. que se señalan como violados.

REPLICA DE LA OPOSICIÓN.

Se acoge, para refutar el primer cargo, a las razones expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, en juicio similar al presente, y en el cual se controvertía el mismo problema jurídico que se debate en este negocio. Transcribe, en lo pertinente, apartes de la sentencia a que se refiere, que afirma fue proferida dentro del juicio promovido por Antonio de la Hoz contra la misma sociedad demandada.

Con relación al segundo cargo, dice que las pruebas de que hace mérito el acusador no demuestran los errores que alega. Refiriéndose al contrato de trabajo, dice que no fue mal apreciada la cláusula relativa al salario, porque lo pactado en ella no fue un sueldo sino una remuneración variable; que tampoco fue mal apreciada la diligencia de inspección ocular, pues ella demuestra no solo la obligación del demandante de trabajar los días laborables de la semana, sino la prestación real del servicio, a excepción de los domingos y festivos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El contrato de trabajo (fl. 20) dice en su cláusula segunda, que las partes han convenido en retribuir los servicios del trabajador pagándole un sueldo mensual equivalente a un 5% sobre las ventas. La cláusula tercera estipula que los pagos se harían por semanas vencidas, anticipándole el patrono al trabajador, a buena cuenta de comisiones semanales la suma de \$76.15, dentro de la cual quedarían comprendidos los días de descanso (domingos y feriados), con la advertencia de que si al efectuar las liquidaciones no alcanzaba al nivel de los anticipos, el empleado debería pagar la diferencia con el valor de las comisiones devengadas en las semanas subsiguientes "en las cuales tal nivel sea sobrepasado".

En el análisis que la sentencia hace de las cláusulas relativas del salario, dice que el convenido por las partes fue variable y que, en tal virtud, en el caso de autos no puede tener aplicación el inciso segundo del art. 174 del C.S.T., sino el 176 de la misma obra, y agrega que sobre la forma como deben retribuirse los dominicales de los empleados que no reciben salario fijo sino variable, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, y se remite por tanto, a la providencia del 24 de noviembre de 1960 proferida en el juicio seguido por Jaime Castellanos Morris contra la misma sociedad que es parte en la presente controversia.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, esta Sala de la Corte, en asunto igual al presente, expuso lo que a continuación se transcribe:

“6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

“7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de ‘sueldo’ o ‘jornal’, debe respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

“8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

“Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 *ibidem* le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

“Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por periodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 132, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

“El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

“No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento *a pari* o de analogía.

“No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

“No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a ‘los salarios variables estipulados por días’. Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1- del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

“El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

“Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

“La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quinceñas o meses).

“Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador”. (Sentencia de 30 de enero de 1.964. Juicio seguido por Fabio Duque contra “Sears Roebuck S. A.”).

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen.

Con relación al segundo cargo, observa la Sala:

No estimó la sentencia con desacierto el contrato de trabajo en las cláusulas relativas al salario, pues lo que ellas demuestran no es el hecho de que lo convenido por las partes hubiera sido un sueldo mensual, sino una remuneración variable. Se dijo en el estudio del primer cargo que es inexacto llamar sueldo a la comisión, y a lo allí expuesto se remite la Corte.

La inspección ocular demuestra que durante el tiempo del contrato fue continuo el trabajo del demandante y el pago semanal de las comisiones devenidas, mas nó el de los descansos legales, es decir, hechos contrarios a los que afirma la acusación.

La declaración contenida en el documento sobre liquidación de prestaciones, que obra al folio 12 del cuaderno principal, hecha por el demandante, en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito.

Respecto a la prueba de confesión no apreciada, el recurrente sostiene que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la respuesta dada por el trabajador a las preguntas tercera y cuarta del pliego de posiciones, habria llegado a la conclusión de que la remuneración acordada para el demandante, tuvo en cuenta el factor tiempo de servicio. Observa la sala que la significación que la sentencia le asigna al convenio sobre salario, para lo cual tuvo en cuenta el contrato escrito celebrado entre las partes, es la de que lo estipulado fue una remuneración a base de porcentaje. Esto mismo es lo que acepta el demandante al absolver posiciones, y dar respuesta a la pregunta tercera. Por tanto, si este hecho se acredita por el propio contrato, ninguna consecuencia puede tener la circunstancia de que el fallador no hubiera estimado la confesión del demandante. No prospera el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE.

Alcance de la impugnación. Aspira a que se case parcialmente el fallo del ad-quem, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia se modifique la sentencia del Juzgado y se condene a la demandada a pagar al demandante el valor de la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T., equivalente a la suma de \$36.33 diarios, por cada día de retardo, a partir del 23 de noviembre de 1.959 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidas.

Con base en la causal 1a. prevista en el art. 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula un solo cargo.

Acusa la sentencia de violar, por vía indirecta, los numerales 1o. y 2o. del art. 65 del C.S.T., que dejó de aplicar, debiendo hacerlo, en concordancia con el art. 1624 del Código Civil, a causa de evidentes errores de hecho al estimar unas pruebas y desestimar otras.

Pruebas mal apreciadas.

Señala como erróneamente apreciado el contrato de trabajo, en su cláusula segunda, documento visible al folio 6 del expediente.

Para sustentar el cargo, por este primer aspecto, dice el recurrente que el Tribunal consideró que la Sociedad demandada no obró de mala fe al no incluir en la liquidación de cesantía y primas el valor del descanso dominical, en atención a

la forma como se redactó la cláusula segunda del contrato, por lo cual no consideró procedente imponer la sanción por mora, confirmando en esto la decisión del a-quo.

Se debe observar -agrega- que el fallo proferido por el Tribunal admite que es ambigua la cláusula contractual que contiene la estipulación sobre salario, como quiera que ofrece más de una interpretación, pues denomina sueldo mensual lo que en realidad es salario variable semanal. Pues bien, frente a la ambigüedad de esa estipulación contractual, debió aplicarse lo dispuesto en el inciso segundo del art. 1624 del Código Civil, interpretando la cláusula contra la parte demandada, que la redactó, pues, el contrato escrito de trabajo fué elaborado por la Sociedad; se trata de un ejemplar mimeografiado, que después llenó con el nombre de la empresa, denominación del cargo, etc., sin haber dado explicación sobre el alcance de lo que llaman "sueldo mensual", siendo así que la remuneración no se pactó por unidad de tiempo o salario fijo, sino por porcentaje o salario variable. A causa del error en la apreciación de la prueba, se dejó de aplicar el art. 65 del C.S.T., significando ausencia de mala fe donde realmente la hay. Si se procede conforme o lo dispuesto por la norma del Código Civil ya citada, habría tenido que deducir renuencia en el patrono y mala fe de su parte, al no pagar la remuneración correspondiente a descanso dominical y feriado, y al no haber incluido en la liquidación de cesantía y prima de servicios, el valor correspondiente a esos descansos.

Pruebas no apreciadas.

Dice que el Tribunal omitió apreciar, por lo que se refiere a la petición de salarios caídos, la confesión del representante de la Empresa, contenida en posiciones y la diligencia de Inspección Ocular.

Al respecto, expresa el recurrente que en la confesión provocada, el representante de la Empresa aceptó que el salario devengado por el demandante siempre fue variable. Agrega, que la diligencia de inspección ocular demuestra esa peculiaridad de la remuneración lo mismo que no se le pagó al trabajador suma alguna por descansos en dominicales y festivos. De esas pruebas se concluye en forma evidente que el salario devengado por el demandante fue siempre variable, equivalente a un porcentaje de las ventas que efectuara semanalmente, remuneración que no podía considerarse como sueldo, por no tratarse de un salario estipulado por unidad de tiempo. Que el Tribunal, por no haber tenido en cuenta esas pruebas, interpretó equivocadamente una cláusula ambigua del contrato, redactada por la parte demandada, llegando a consecuencias liberatorias donde debió encontrar renuencia patronal. Que en el caso de autos aparece acreditado plenamente que la sociedad demandada no pagó al trabajador ni sus prestaciones completas ni la remuneración por descanso en días domingos y festivos.

La parte opositora sostiene que la cláusula segunda del contrato de trabajo no es ambigua ni el Sentenciador la tuvo por tal. Que en ella se habla específicamente del sueldo mensual y que éste fue el entendimiento del sentenciador al apreciarla. Que el artículo 1624 del Código Civil contiene una regla probatoria que no obliga en materia laboral, porque los jueces de esta jurisdicción no están sujetos a tarifa legal ninguna. Que la sentencia no viola las normas acusadas, porque no está demostrado que lo que el acusador llama ambiguo haya sido redactado por la Sociedad, ni que la supuesta ambigüedad provenga de una falta de explicación que ella haya debido dar; porque de la inspección ocular y de la

confesión del representante de la compañía, no se deriva ningún derecho en favor del actor, ya que con tales pruebas solo se acreditó que la remuneración era variable, que la sociedad pagó ciertas sumas semanalmente, primas y vacaciones, pero no el hecho de que el patrono hubiera dejado de pagar salarios prestaciones sociales al terminar el contrato. De manera que si la omisión no y sulta comprobada, mal podía recibir aplicación el art. 65. Y como la petición de condena por salarios caídos se deriva de la falta de pago de dominicales y festivos, y la condena por ese concepto se produjo como consecuencia de la interpretación de varias normas del Código, la decisión sobre salarios caídos en nada podía ser influida por la inspección ocular ni por las demás pruebas que cita el recurrente.

SE CONSIDERA:

1. No aplicó la sentencia el art. 65 del C.S.T., por estas razones: "No procede la indemnización por mora porque dada la forma como se redactó la cláusula segunda del contrato no puede afirmarse que la parte demandada obró de mala fe al no incluir en la liquidación de cesantía y primas el valor del descanso dominical, debiéndose confirmar, por tanto, lo resuelto por el inferior".

Esta Sala, por sentencia de fecha 31 de enero del presente año, al decidir una situación semejante a la contemplada en el caso que se examina, expresó lo siguiente, que estima aplicable para resolver el presente negocio:

"Puede admitirse que el patrono redactó la cláusula que la sentencia estima confusa, como lo sostiene el acusador. Sobre esta base conviene dilucidar si la sola ambigüedad de la cláusula autoriza para concluir que el patrono obró de mala fe, esto es, con el deliberado propósito de burlar los derechos del empleado. Una afirmación categórica en tal sentido no puede hacerse. Descubrir la intención de los contratantes es cuestión distinta de la de saber cual es la voluntad declarada. La que emerge del contrato entre las partes, relativa al salario, examinada a la luz de la razón, no lleva con necesidad lógica a la conclusión de que además de su ilegalidad, constituye prueba evidente de que al redactarla, el patrono obró de mala fe. Así lo estima la Sala en atención a que la ley del trabajo (art. 132) autoriza a las partes para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades. Las partes, en uso de esa libertad, creyeron que podían ajustar el salario en la forma pactada. Ahora, si la cláusula, examinada frente a otros preceptos legales, resulta opuesta a ellos, desprovista de fuerza vinculante entre las partes, capaz de obligar al trabajador, esa situación apenas plantea un problema de interpretación, susceptible de error pero no inductivo de una conducta contraria a la buena fe, merecedora de sanción.

"Es cierto que en posiciones el representante de la sociedad admitió el hecho de que el salario convenido fue variable, e igualmente que así resulta de la inspección ocular, como lo afirma el recurrente. Todo ello sirve para corroborar las anteriores observaciones de la Sala, pues el patrono tuvo la creencia de que esa forma de retribución incluía el pago de los descansos en domingos y demás días festivos. Para pensarlo así se fundó en la consideración que puede estimarse errónea pero no fraudulenta, de que si el salario se estipulaba por períodos mayores de días aunque sea variable, recibe la denominación de sueldo,

tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 133 del C.S.T. Para el patrono no era, pues, cierta, la deuda proveniente de los descansos legales; al contrario, considero haberla cancelado al hacer el pago de las comisiones. Por tal motivo, al consignar lo que estimó deber a la demandante, se abstuvo de solucionar la obligación por el concepto expresado". (Juicio de Emma Esperanza Rocha de Padilla contra Sears Roebuck-S. A.).

Debe tenerse en cuenta, además, que la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte ha dicho que si el patrono discute con razones valederas la existencia de una obligación emanada del contrato laboral, puede ser eximido de la condena a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del Código del Trabajo, situación que es, precisamente, la que se confronta en el caso de autos.

No es exacto que la sentencia se hubiera abstenido de estimar la inspección ocular, pues de ella hace mérito para decir que el salario convenido fue variable, que es lo que la prueba demuestra en la opinión del recurrente. Si este mismo hecho es lo que acredita la confesión provocada del representante de la sociedad en las posiciones que absolvió y que obran a folios 30 a 33 del cuaderno principal, como lo afirma la acusación, ninguna consecuencia puede tener la circunstancia de que el fallador no la hubiera estimado. Por lo demás, fundamento de la sentencia no es el de que la remuneración convenida por los contratantes no hubiera sido variable, pues se ha visto que le da esa calificación, sino el que se transcribió anteriormente. El razonamiento del Tribunal lo que da a entender es que la confusa redacción de las cláusulas del contrato relativas al salario, hicieron creer al patrono, de buena fé, que el pago de la comisión incluía el de los descansos legales, aspecto que anteriormente se dejó analizado.

Por otra parte, no se advierte error evidente de hecho en la actividad probatoria del sentenciador pues, por lo que respecta a la cuestión debatida en el juicio, la decisión comprende, en el fondo, un problema de interpretación de normas. Y, si se considera que la cuestión discutida es esencialmente de hecho, el error de esta clase, si lo hubo, no aparece en forma manifiesta y ostensible, que es la condición requerida por la ley para que sea capaz de desquiciar la sentencia.

El cargo no prospera.

Por 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 Bogotá, Sala Laboral, con fecha 12 de mayo de 1961.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes A.- Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA Y LUCRO Y CESANTE. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. EL JUEZ DE INSTANCIA Y LA ESTIMACION DE LA PRUEBA. VIOLACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTE DEL PATRONO.

Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como lo exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, la acusación es inestimable. La consignación de que habla el artículo 65 del C. S. T. debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda. La violación directa de la ley sustantiva y la indebida aplicación de la misma. La condena a título de perjuicios por lucro cesante (art. 64 C.S.T.), no es incompatible con la condena por concepto de indemnización moratoria (art. 65). La demanda es susceptible de interpretación. Técnica de casación referida a la violación de la ley por error de hecho. Facultades del fallador de instancia en la estimación de los elementos de juicio.

1. Alega el cargo violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y de los preceptos del Código Civil relativos al pago, porque no obstante haberse cancelado las prestaciones por cesantía y primas de servicio hasta el valor de la consignación, condenó al patrono a satisfacerlas en su integridad, señalando como causa de la infracción error de hecho por inestimación de las pruebas que demuestran el depósito.

Observa la Sala: Del artículo 65, el cargo se refiere a la regla de su inciso 2o., la cual faculta al patrono para consignar lo que confiese deber al empleado por salarios o prestaciones sociales si al expirar el contrato no hay acuerdo entre las partes sobre su monto o el trabajador se niega a recibir. Para que haya lugar a la operancia del precepto se requiere la preexistencia de deudas al tiempo de la desvinculación contractual por los conceptos que se dejan indicados. En el caso de autos, esas deudas eran la cesantía y primas de servicio, que la sentencia reconoce a cargo del patrono, con aplicación de las normas legales que consagran el derecho a las dos prestaciones. Según lo expuesto la proposición jurídica resulta incompleta, porque en la resolución de derecho inviden no sólo el artículo 65-2 del C. S. T. sino también preceptos de derecho material que consagran dichas prestaciones, cuya violación no acusa el recurrente. Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como lo exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, el cargo es inestimable, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación. Ello no impide, sin embargo, que al tiempo de la ejecución de la sentencia pueda tomarse en cuenta por las partes el hecho cierto del pago por consignación, con fundamento en razones de equidad, ya que consta en autos que a petición del apoderado del actor el Juzgado ordenó la entrega al solicitante de la suma consignada y que esta disposición tuvo cumplimiento. No prospera el cargo.

2. En relación con el segundo cargo que se hace a la sentencia, sobre violación directa del artículo 65-1, observa la Sala que el contrato de trabajo terminó el 25 de abril del 1.960 y sólo el 7 de junio de ese año consignó el patrono el valor de las prestaciones sociales que confesaba deber al demandante. La consignación, conforme al precepto, debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda, como lo afirma el acusador.

Era pues, el caso de aplicar la norma legal en cita. Si hubo infracción de ella, se habría producido, no por haber sido recibida, sin ser el caso, sino por su indebida aplicación, de modo directo, ya que la sentencia no toma en cuenta, para aplicar la sanción la fecha en que el contrato expiró (25 de abril de 1.960), que fue la inicial de la mora, sino una posterior, la de notificación de la demanda (30 de mayo del mismo año), restringiendo los efectos de la disposición. Según lo expuesto, no viola el fallo el canon legal citado por el motivo que el cargo aduce.

3. Es verdad que del 30 de mayo al 7 de junio de 1.960 la sentencia acusada contiene una doble condena al pago de salarios, así: la primera a título de perjuicios por lucro cesante, con aplicación del artículo 64 del C.S.T. y la segunda, por concepto de indemnización moratoria, con base en el artículo 65 *ibidem*. Por tal motivo, el cargo acusa violación directa del 64.

En concepto de la Sala, no es fundado el reparo. Las dos normas pueden recibir aplicación, porque la causa jurídica de cada una es distinta. La del 64 se refiere al perjuicio compensatorio, por incumplimiento del contrato, y es un derecho del cual pueden usar ambas partes. La del 65 consagra un derecho en favor del trabajador únicamente, y se basa en la mora en el pago de deudas a su favor, expirado el contrato. No prospera el cargo.

4. La tesis del fallo acusado se halla de acuerdo con la doctrina recibida por la jurisprudencia, según la cual la demanda es susceptible de interpretación, de la misma manera que el contrato, debiendo fijarse su sentido y alcance examinándola en su integridad, es decir, relacionando el *petitum* con la *causa petendi*.

5. La ley del recurso extraordinario exige, cuando se alega violación de ley por error de hecho, que se indiquen las pruebas mal estimadas o dejadas de apreciar, de las cuales aparezca la existencia del error. Sin tal requisito, que para el acusador constituye una carga, no es aceptable la impugnación.

6. En la estimación de los elementos de juicio el fallador está facultado para asignarles el mérito que en su concepto les corresponda, según su íntimo convencimiento, conforme a las reglas de la sana crítica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario laboral promovido por Germán Ospina L. contra Lázaro Gómez Jiménez.

- I -

ANTECEDENTES.

Germán Ospina prestó servicios personales a Lázaro Gómez, según contrato de trabajo consignado por escrito, suscrito en Ibagué, habiéndose obligado el empleado a ejercer la función de Pianista en el Club Fantasio de la ciudad de Medellín. El horario convenido fue el de seis horas diarias y de treinta y ocho a la semana, y como remuneración por los servicios la suma de \$1.000.00 mensuales. Como término de duración del contrato se pactó el de un año. Para su ejecución, Ospina se trasladó de Ibagué a Medellín. La relación de trabajo se inició el 25 de septiembre de 1.958 y terminó el 25 de abril de 1.960. Durante su curso, el demandado le cambió al actor su función por la de administrador del Club, debiendo continuar con la de pianista. Laboró aquél todos los días de la semana, incluyendo domingos y festivos, sin recibir descanso compensatorio, y en jornadas de seis de la tarde a seis o siete de la mañana del día siguiente, horario que se extendió los sábados hasta las nueve a. m., a pesar de haberse estipulado una jornada inferior. Gómez Jiménez dio en arrendamiento el Club Fantasio, terminando por este motivo el contrato de trabajo con el demandante. Cuando el Club se reabrió bajo la dirección del arrendatario del demandado, Ospina estuvo dispuesto a reanudar el trabajo, lo que no pudo conseguir por haber sido sustituido en el cargo. Al cobrarle al demandado las prestaciones sociales y salarios retenidos, aquel lo envió al doctor Eugenio Prieto Mesa, quien le hizo una liquidación inconsulta de las obligaciones a su favor. Se le debe por sueldos la suma de \$ 634.33 y las primas y vacaciones causadas, e igualmente los cinco meses que faltaban para el vencimiento del término estipulado en el contrato.

- II -

LA LITIS.

Con base en los hechos expuestos, suplica Ospina que por sentencia el demandado sea condenado a pagarle: salarios insolutos, cesantía, primas de servicio, vacaciones, dominicales y festivos, horas extras, recargo por trabajo en jornada nocturna, subsidio de transporte, indemnización por violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva, e indemnización moratoria.

La respuesta a la demanda aceptó unos hechos y negó otros, expresando que el contrato de trabajo fue desconocido por el demandante.

- III -

LA CONTRADEMANDA

Fue promovida por Gómez Jiménez contra Ospina. Solicita en ella la declaración de que éste incumplió el contrato de trabajo en forma injustificada, por lo cual está obligado a indemnizarle el tiempo faltante para el cumplimiento del término estipulado y los perjuicios emanados de la infracción contractual.

El libelo relaciona los hechos que sustentan las contra pretensiones del demandado.

La respuesta a la demanda de mutua petición niega los hechos en que se apoya y se opone a su prosperidad.

-IV-

LOS FALLOS DE INSTANCIA

El de primer grado, de fecha 8 de agosto de 1.960, proferido por el Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín, decidió la doble controversia en estos términos:

Demanda principal. Condena a Gómez Jiménez a pagar a Ospina, lo siguiente: \$622.21 por cesantía; \$494.94 por primas de servicios; \$4.533.28 por violación del contrato; \$634.33 por salarios insolutos; y \$1.433.19 a título de indemnización moratoria. Absuelve al demandado de los demás cargos.

Demanda de reconvencción. Absuelve al actor de las peticiones que contiene.

El de segundo grado, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la providencia del inferior, dictado por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el 4 de octubre de 1.960, resolvió la alzada en esta forma:

1o. Demanda principal. Condena a Gómez Jiménez a pagar a Ospina lo siguiente: \$291.90 por primas de servicios; \$583.31 por cesantía; \$4.533.28 como indemnización de perjuicios por lucro cesante, por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo; y \$266.64 por concepto de indemnización moratoria. Absuelve al demandado de los demás cargos.

2o. Demanda de reconvencción. Acoge lo resuelto por el fallo de primer grado.

En estos términos concluye el fallo— queda confirmada, reformada y revocada la sentencia de primera instancia.

Contra la decisión del ad quem interpuso el demandado el recurso de casación, que le fue concedido. Fue admitido aquí por la Sala y rituado en legal forma.

-V-

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que la Corte infirme la sentencia del Tribunal y, en su lugar, absuelva al demandado de todos los cargos de la demanda inicial.

No expresa el motivo de casación a que se acoge, pero de la impugnación se deduce que invoca la causal primera. Formula tres cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Acusa violación del art. 65 del C.S.T. y de los arts. 1625-1, 1626, 1627 y 1634 del C. C., de modo indirecto, por falta de apreciación de una prueba.

Sostiene el recurrente que el demandado consignó, para el pago de prestaciones sociales (fl. 13) la suma de \$728.00, entregada por el Juzgado al apoderado del actor (fl. 16 v.), que el Tribunal condena a aquél al pago de \$291.90 por primas de servicio y a la de \$583.31 por cesantía, sin descuento del valor

de la consignación, como ha debido hacerlo; que desconoció el pago parcial, por falta de apreciación de las pruebas relacionadas, siendo así que el depósito de lo debido equivale al pago, según se desprende de las normas legales cuya violación acusa.

Segundo cargo.

Violación directa de los arts. 64 y 65 del C.S.T.

En cuanto a la infracción del primero, dice la acusación: en autos aparece probado que el demandado liquidó las prestaciones sociales del actor, sin que haya elemento de juicio que demuestre su rechazo, que sólo con la demanda se ha puesto de presente y que el demandado ha venido a saber al serle notificado el auto admisorio de aquella. Lo que sanciona el art. 65 es el no pago oportuno de las prestaciones, la mala fe del patrono, que en el presente caso no existe, porque Gómez consignó lo que debía dentro del término de que disponía para contestar la demanda.

Respecto a la violación del art. 64, expone el cargo: la sentencia considera que el demandado debe al actor los salarios causados entre el 25 de abril y el 25 de septiembre de 1.959, por rompimiento ilegal del contrato. Ese lapso incluye los días 30 de mayo a 7 de junio, luego el demandado ha sido condenado al pago de doble salario en esos días.

Tercer cargo.

Violación del art. 64 del C.S.T. por errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos.

Dice el cargo que la sentencia, para aplicar la disposición legal, se apoya en las declaraciones de Fanny Botero, Eugenio Prieto Mesa y Aldemar Betancur, que no reúnen los requisitos exigidos por el Código Judicial para su apreciación, pues al recibirlos no fueron observados los arts. 687 y 690 de ese Código, que deben cumplirse aunque el juez del Trabajo no esté sujeto a la tarifa legal en la estimación de las pruebas.

Agrega el impugnante: la demanda reclama indemnización de perjuicios por violación del contrato en su duración presuntiva, y el Tribunal desconoció esa confesión, porque condena al pago de los salarios por el tiempo que faltaba (cinco meses) para el vencimiento del término estipulado en la convención laboral, para lo cual se basa en la afirmación contenida en el hecho décimo tercero de la demanda, debiendo prevalecer sobre ella lo solicitado en su parte petitoria. El concepto del fallo dice la acusación- desconoció los arts. 606 y 607 del C. J.

Aduce además el recurrente estos argumentos:

Dá por demostrado el Tribunal la ruptura del contrato por el demandado, conclusión a que llega por no haber apreciado las pruebas del proceso, las cuales demuestran lo contrario. En efecto: con la demanda fue presentada la liquidación de prestaciones sociales (fl. lo.) hecha por el Dr. Eugenio Prieto; su hecho 10o. afirma que cuando Ospina le reclamó al demandado el pago de aquéllas, éste le dijo que se entendiera con el nombrado doctor Prieto, aseveración que Prieto desvirtúa en su declaración. En ella dice que Ospina estuvo en su oficina para que como abogado de Gómez Jiménez le liquidara las prestaciones preguntándole el declarante los motivos que tuviera para exigirle, a lo cual contestó el deman-

dante que el Club Fantasio iba a ser arrendado y que el arrendatario designaría un administrador para el centro. "Yo le dije -concluye el testigo- que Lázaro no me había dicho a mí".

Otro error del fallo, por falta de apreciación de unas pruebas, consistió en desconocer la existencia de un contrato entre las partes, posterior al aducido al juicio, reconociendo el Tribunal que sufrió modificaciones, subsistiendo el primero en cuanto al jornal y a su duración. Pero ocurre que no existe constancia del sueldo devengado por Ospina cuando dejó sus funciones de pianista para asumir las de administrador del Club. Aunque el Tribunal dice que continuó devengando la suma de \$1.000.00, aparece demostrado que ejercía las funciones de administrador, que se modificó el horario de trabajo y que antes de que el Club fuera arrendado se presentó a reclamar la liquidación de sus prestaciones.

Como fecha de terminación del contrato la sentencia señala la del de 26 de abril de 1.960, para lo cual se basa en la que aparece en la liquidación de prestaciones y en la declaración de Aldemar Betancur. Esta no dá base para tal deducción, pues en ella dice que después de la reforma vió a Ospina en el Club, sin que exista prueba de cuando se hizo la reforma. Respecto a la liquidación, fue pedida ésta por el actor diciendo que el Club sería arrendado. Incide la sentencia en error de hecho manifiesto al deducir de las dos pruebas la fecha de terminación del contrato. A lo sumo podría considerarse como tal, la de notificación de la demanda. No se puede afirmar que existió día cierto sobre la ocurrencia del hecho. El Dr. Prieto en su testimonio dice que el Club cambió de dueño más o menos el 7 de mayo; informa la testigo Fanny Botero que "hace más o menos tres meses que Ospina dejó de trabajar en el establecimiento"; y el testigo Betancur manifiesta que ignora si el Fantasio se arrendó antes o después de su reforma.

No tuvo en cuenta la sentencia las declaraciones de renta que obran en el juicio, según las cuales el dueño del Club era la sociedad "Bar Fantasio Ltda." y no el demandado. Si las toma en consideración, habría tenido que reconocer que el anterior contrato había sido reemplazado por otro con persona distinta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En cuanto a la acusación del primer cargo, se observa:

Las deudas que al expirar el contrato estimó deberle el patrono al trabajador eran únicamente la cesantía y primas de servicio, según aparece de la liquidación corriente al folio 10. Para cancelarlas aquél consignó ante el Juzgado del conocimiento, con fecha 7 de julio de 1.960 la suma de \$728.00 (fl.13). A petición del apoderado del actor el Juzgado ordenó la entrega al solicitante de la suma consignada, disposición que tuvo cumplimiento (fl. 16 v.).

Alega el cargo violación del art. 65 del C.S.T. y de los preceptos del Código Civil relativos al pago, porque no obstante haberse cancelado las prestaciones por cesantía y primas de servicio hasta el valor de la consignación, condenó al patrono a satisfacerlas en su integridad, señalando como causa de la infracción error de hecho por inestimación de las pruebas que demuestran el depósito.

Observa la Sala: del art. 65, el cargo se refiere a la regla de su inciso 2o., la cual faculta al patrono para consignar lo que confiese deber al empleado por salarios o prestaciones sociales si al expirar el contrato no hay acuerdo entre

las partes sobre su monto o el trabajador se niega a recibir. Para que haya lugar a la operancia del precepto se requiere la preexistencia de deudas al tiempo de la desvinculación contractual por los conceptos que se dejan indicados. En el caso de autos, esas deudas eran la cesantía y primas de servicio, que la sentencia reconoce a cargo del patrono, con aplicación de las normas legales que consagran el derecho a las dos prestaciones. Según lo expuesto la proposición jurídica resulta incompleta, porque en la resolución de derecho incide no sólo el artículo 65-2 del C.S.T. sino también preceptos de derecho material que consagran dichas prestaciones, cuya violación no acusa el recurrente. Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como lo exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, el cargo es inestimable, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación. Ello no impide sin embargo, que al tiempo de la ejecución de la sentencia pueda tomarse en cuenta por las partes el hecho cierto del pago por consignación con fundamento en razones de equidad. No prospera el cargo.

4. Alega el recurrente en el segundo cargo violación directa de los arts. 64 y 65-1 del C.S.T.

En relación con el quebranto del art. 65, observa la Sala que, según el ad-quem, el contrato de trabajo terminó el 25 de abril de 1.960 y solo el 7 de junio de ese año consignó el patrono el valor de las prestaciones sociales que confesaba deber al demandante. La consignación, conforme al precepto, debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda, como lo afirma el acusador.

5. Era pues, el caso de aplicar la norma legal en cita. Si hubo infracción de élla, se habría producido, no por haber sido recibida, sin ser el caso, sino por su indebida aplicación, de modo directo, ya que la sentencia no toma en cuenta, para aplicar la sanción la fecha en que el contrato expiró (25 de abril de 1.960), que fue la inicial de la mora, sino una posterior, la de notificación de la demanda (30 de mayo del mismo año), restringiendo los efectos de la disposición. Según lo expuesto, no viola el fallo el canon legal citado por el motivo que el cargo aduce.

6. Es verdad que del 30 de mayo al 7 de junio de 1.960 la sentencia contiene una doble condena al pago de salarios, así: la primera a título de perjuicios por lucro cesante, con aplicación del art. 64, y la segunda, por concepto de indemnización moratoria, con base en el art. 65. Por tal motivo el cargo acusa violación directa del 64.

En concepto de la Sala, no es fundado el reparo. Las dos normas pueden recibir aplicación, porque la causa jurídica de cada una es distinta. La del 64 se refiere al perjuicio compensatorio, por incumplimiento del contrato, y es un derecho del cual pueden usar ambas partes. La del 65 consagra un derecho en favor del trabajador únicamente, y se basa en la mora en el pago de deudas a su favor, expirado el contrato. No prospera el cargo.

7. El tercer cargo acusa violación del art. 64 del C.S.T., de modo indirecto, a través de errores de hecho.

Se refiere a estos puntos:

a) La demanda inicial, en su parte petitoria, suplica la condena de perjuicios por lucro cesante, a causa de la ruptura del contrato de trabajo "en su

duración presuntiva", y el fallo del *ad-quem* condena el pago de esos perjuicios por el tiempo que faltaba para el vencimiento del término estipulado en el contrato consignado por escrito.

b) El contrato escrito fue sustituido por otro, por cambio de funciones, ignorándose cuál fue el sueldo del segundo contrato, a pesar de lo cual el Tribunal lo dá por terminado y toma como salario para liquidar las obligaciones reclamadas el de \$1.000.00 asignado al primer contrato.

c) Como fecha de terminación del contrato aceptado por el Tribunal señala éste la del 26 de abril de 1.960, hecho que las pruebas del juicio no demuestran.

d) Patrono del demandante, según las declaraciones de renta, era la sociedad limitada "Bar Fantasio", desde la fecha en que éste fue arrendado por el demandado. Sin embargo, la sentencia estima que fue éste el empleador, condenándolo al pago de las obligaciones objeto del pleito.

8. Sobre el extremo a que se refiere el literal a), dice el fallo acusado:

"En la parte petitoria del libelo, ordinal f), el demandante solicitó la indemnización por violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva, y el Juzgado reconoció la indemnización de perjuicios por el mismo concepto, pero calculándola sobre un plazo pactado, no presuntivo. Bien podía hacerlo el fallador de primera instancia, no sólo dentro de la potestad que le confiere el art. 50 del C.P.L., sino aun sin necesidad de apelar a ese precepto, dentro de la facultad que goza el Juez de interpretar el libelo, estableciendo la correspondiente coherencia entre sus partes, pues en el hecho décimo-tercero de la demanda aparece claro que por la violación del contrato escrito firmado por las partes lo que se pretende es que 'el demandado está en la obligación de pagar los cinco meses que faltan para cumplirse tal término', es decir, que la indemnización de perjuicios debía corresponder al plazo pactado y no al presuntivo como se dijo en la parte petitoria, y el Juez bien podía salvar el lapsus en que incurrió en la última, tomando en cuenta lo que se propuso el demandante según la relación de los hechos básicos del libelo".

9. La Sala observa que de haber incurrido el sentenciador en error de hecho, se habría producido por errónea interpretación de la demanda inicial, y lo que el recurrente alega no es un yerro de tal clase en el análisis que hace el Tribunal del indicado acto procesal. Por lo demás, la Sala encuentra acertado el concepto de aquél sobre la cuestión que el cargo plantea, ajustado al contenido del libelo de instancia, del cual se desprende, tomado en su conjunto, cual es su verdadero significado, en cuanto a la pretensión sobre condena al pago de perjuicios por lucro cesante. La tesis del fallador se halla de acuerdo con la doctrina recibida por la jurisprudencia, según la cual la demanda es susceptible de interpretación, de la misma manera que el contrato, debiendo fijarse su sentido y alcance examinándola en su integridad, es decir, relacionando el *petitum* con la *causa petendi*. Analizada con ese criterio, surge con claridad que la pretensión del actor es la de que el demandado está obligado al pago de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, representados en los salarios causados durante el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo estipulado en el contrato de trabajo consignado por escrito, no durante el tiempo faltante del plazo presuntivo, como lo entiende el acusador.

10. Con relación al punto de que trata el literal b), la sentencia hace estas consideraciones:

Por razón del contrato de arrendamiento del Club Fantasio, celebrado por el demandado con los señores Jaime Botero y Félix Toro, los trabajadores de la empresa ocupados entonces continuaron laborando con los arrendatarios, salvo el demandante, pues aquéllos designaron un nuevo administrador, como lo acredita la declaración de la testigo Fanny Botero. El cambio de empresario del Club dió lugar a una sustitución patronal en relación con los trabajadores que continuaron prestando sus servicios a los arrendatarios, a excepción de Ospina, porque los nuevos empresarios, desde el comienzo de la gestión, designaron otro administrador. Si el actor hubiera laborado cualquier tiempo bajo la dependencia de Botero y Toro hasta su despido por éstos, el contrato habría terminado por acción de los mismos, quiénes se hallarian obligados al pago de los perjuicios correspondientes. Pero en el caso de autos, la cesación de Ospina en sus funciones ocurrió antes de que entraran en actividad los arrendatarios, sin que con ellos hubiera laborado el demandante. La respuesta al libelo está indicando que la conclusión del contrato laboral ocurrió cuando todavía estaba vigente el vínculo entre el demandado y el actor, y si el presunto incumplimiento que Gómez le achaca a Ospina ocurrió, aquél consideró entonces subsistente la relación de trabajo entre los litigantes.

Alega el demandado que Ospina violó el contrato laboral porque terminadas sus labores en el Club, le dijo que continuara los servicios con él, pero Gómez no le daba mas ocupación en el Club ni le proporcionaba otra labor acorde con los compromisos entre ellos. La contradicción indica que lo que hubo fue una violación del contrato de trabajo por obra del demandado, porque éste dice que arrendó el establecimiento y se proponía utilizar de nuevo los servicios de Ospina en otra empresa. Lo cual quiere decir que el actor no iba a tener trabajo bajo los nuevos empresarios, y que la terminación del vínculo ocurrió hallándose Ospina bajo la subordinación de Gómez. Este sostiene que se proponía utilizar los servicios de Ospina, insistiendo ante él para que continuara ejecutando el contrato, pues lo estaba violando. Pero no aparece infracción del vínculo por parte de Ospina, pues para ello habría sido necesario que se negara a cumplir el contrato que le encomendara el demandado, y no uno cualquiera sino el que se ajustara a las funciones de administrador y pianista que venia desarrollando en la empresa anterior. Y de ello no hay constancia y niquiera ha expresado el demandado cuál fue el trabajo que se negó a realizar Ospina, pues la negativa no podía existir sobre la ocupación artística que el demandado afirma trató de conseguir en una emisora, porque se trataba de simple intento de aquél, que no cristalizó en ofrecimiento concreto. Si al respecto hubo algo real, habría podido Ospina negarse a ejecutar cualquier trabajo distinto al contratado, aparte de que la labor en la emisora establecía vinculación con otro patrono. El empleador debe proporcionar trabajo al empleado y si no lo hace ni le paga el salario, lo coloca en situación de despido.

Aunque las nuevas funciones de administrador, agregadas a las de pianista significaron una novación objetiva sobre el contrato de trabajo escrito, no por ello se modificó el plazo de un año convenido por las partes. Distinta podría ser la situación si Ospina hubiera dejado de ser pianista para convertirse en administrador, porque podría pensarse que el plazo de un año acordado teniendo en cuenta el oficio de pianista, le interesaba al patrono por ese lapso, pero que cam-

biado el oficio, no resultaba lógico deducir que el patrono requería sus servicios como administrador, por el tiempo convenido para el desempeño de la otra función. Pero si Ospina siguió como pianista y a la vez como administrador, el plazo del contrato debía ser el mismo, el de un año, por que subsistía la labor inicial, que fue la tenida en cuenta por acuerdo entre las partes. Además, el demandado ha alegado, en cuanto a la petición de doble remuneración por trabajo en domingos y festivos, que no procede porque en el contrato se pactó que dentro del sueldo estipulado quedaba comprendida la doble remuneración en dichos días. De lo cual se desprende que existiendo contrato escrito no le es dable al patrono alegar la operancia de unas cláusulas, como las relativas al salario y al descanso remunerado en días de fiesta, y negar la vigencia de otras, como la del plazo, pues la situación de las partes en relación con la validez y eficacia actual de unas y otras es la misma, sin que sea viable la fragmentación de las cláusulas de un contrato, que resulta casuística.

11. La anterior exposición del Tribunal, se basa en estas pruebas: las declaraciones del Dr. Eugenio Prieto Mesa y Fanny Botero y la confesión espontánea del demandado contenida en la respuesta a la demanda.

De esas pruebas, el cargo dice que para aplicar el art. 64 la sentencia se funda en las declaraciones rendidas por los dos testigos y Aldemar Betancur, en cuya recepción no se cumplieron los requisitos de forma previstos en los arts. 687 y 690 del C. J. Sobre este reparo la Sala observa que las ha examinado y no encuentra demostrada la glosa que alega la impugnación. Por lo demás, se trata de una alegación de instancia, sin influencia en casación, aparte de que, aun demostrada la inobservancia de los preceptos, por ser de orden procedimental, ninguna incidencia tendría en la decisión de derecho. Hace mérito la acusación de apartes de la declaración de Prieto, sin deducir de ella ninguna consecuencia. Parece dar a entender que el actor le pidió al testigo, como abogado del demandado, la liquidación de las prestaciones sociales antes del arrendamiento del Club a los señores Botero y Toro. Acerca de este punto, contiene el fallo un análisis detenido de la ocurrencia del hecho, respecto del cual el cargo guarda silencio. Basta esta observación para concluir que los fundamentos del fallo sobre el particular, que la acusación no desquicia, impiden su quiebra.

12. No cita el recurrente cuáles son las pruebas inapreciadas por la sentencia demostrativas de un segundo contrato entre las partes, por medio del cual quedó sustituido el consignado por escrito, obrante al folio 2 del expediente. La ley del recurso extraordinario exige, cuando se alega violación de ley por error de hecho, que se indiquen las pruebas mal estimadas o dejadas de apreciar, de las cuales aparezca la existencia del error. Sin tal requisito, que para el acusador constituye una carga, no es aceptable la impugnación.

De otro lado, aun prescindiendo de la anotada informalidad, la tesis de la sentencia es la de que durante la ejecución del contrato escrito, en el cual la función asignada al trabajador fue la de pianista, se le agregó otra, la de administrador del Club, subsistiendo sus demás estipulaciones, entre otras, el plazo y la remuneración. En otros términos, que el nombrado contrato fue modificado. Funda esa conclusión en el análisis que hace de la declaración de Fanny Botero y, de manera especial, en la confesión espontánea del demandado. En las mismas pruebas se basa para sostener la infracción del contrato por parte de Gómez Jiménez, y para la consiguiente condena al pago de perjuicios por lucro cesante. Nada dice

el acusador para combatir las apreciaciones de la sentencia sobre los extremos de la litis que se dejan enunciados, motivo suficiente para el rechazo de los aspectos de la acusación en estudio.

13. Con referencia al punto de que trata el literal c), dice la sentencia:

Incumplido el contrato por el demandado, en forma unilateral e ilegal, el patrono debe indemnizar al trabajador los perjuicios por lucro cesante, conforme a lo dispuesto por el art. 64 del C.S.T. Como en el caso de autos se pactó el término de un año como duración del contrato, equivalen los perjuicios de acuerdo con la citada norma, a los salarios del periodo que faltaba para el vencimiento del plazo, a partir de la fecha de la desvinculación. El plazo empezó el 25 de septiembre de 1.959 y el actor estuvo trabajando hasta fines de abril de 1.960, según el testigo Aldemar Betancur, en fecha que puede fijarse en la del 25 del mismo mes, pues al día siguiente, 26, finalizado el contrato, se hizo la liquidación de las prestaciones sociales entre Ospina y el Dr. Prieto, obrante al folio 1o.

14. Afirma la acusación que la sentencia apreció mal las pruebas relacionadas, porque no demuestran la fecha en que el contrato terminó. En alegación de instancia dice que la incertidumbre sobre el hecho resulta de los testimonios de Prieto, Fanny Botero y Aldemar Betancur.

15. Solo es procedente el examen del reparo en cuanto a las pruebas de que se vale el *ad quem* para fijar el 25 de septiembre como fecha de expiración del contrato de trabajo.

Obra en autos (fl. 1o.) la liquidación de prestaciones sociales del actor, con fecha 26 de abril de 1.960, hecha por el Dr. Eugenio Prieto Mesa. En su declaración (fls. 19 y 20) reconoce éste la autenticidad del documento. Acerca del retiro del actor del cargo que desempeñaba en el Club Fantasio, dice el testigo que el demandante estuvo en su oficina para que como abogado del demandado le hiciera la liquidación, dando como motivo de la petición el de que el establecimiento iba a ser arrendado, citándolo el declarante para la semana siguiente, volviendo a la oficina en compañía del demandado. Le entregó la liquidación, con la cual no estuvo conforme. Al responder repreguntas del mandatario judicial de Ospina, dice que ha sido apoderado de Lázaro Gómez en algunos negocios, y que fue aquél y no éste quien le pidió practicar la liquidación, que hizo *ad referendum*. Con relación a la fecha en que Ospina se retiró del establecimiento, manifiesta que no la recuerda con precisión, agregando que tuvo lugar más o menos el 7 de mayo de 1.960.

Aldemar Betancur en su declaración, rendida el 11 de Julio de 1.960 (fls. 21 y 22) dice, sobre la fecha de expiración del contrato, lo siguiente: hace unos tres meses más o menos, que Lázaro Gómez le manifestó al testigo y a Julio García, que él no había retirado del trabajo a Ospina y que estaba resuelto pagarle hasta el último centavo, siempre que siguiera trabajando con él.

16. No niega el cargo el hecho consistente en que Eugenio Prieto hubiera efectuado la liquidación de las prestaciones sociales del demandante el 25 de abril de 1.960, limitándose a expresar que lo hizo a petición del actor. Que el acto lo ejecutó a nombre del demandado, no puede remitirse a duda, pues en la declaración dice su autor que para tal fin estuvieron en su oficina los litigantes. No es atendible la afirmación que hace el declarante de que Ospina se retiró del cargo más o menos el 7 de mayo del año dicho, pues si efectuó la liquidación de

sus prestaciones el 25 de abril, era porque para esa fecha se había operado la desvinculación laboral.

Como fecha de la conclusión del contrato señala el testigo Betancur la del 11 de abril, aproximadamente.

De las dos pruebas dedujo el Tribunal que el hecho en examen había tenido ocurrencia el 25 de abril del año precitado. En la estimación de los elementos de juicio el fallador está facultado para asignarles el mérito que a su juicio les corresponda, según su íntimo convencimiento, conforme a las reglas de la sana crítica. Dan base los que se han citado para la conclusión a que llega el fallador. En consecuencia, no incurrió éste en el error de hecho que el cargo le atribuye.

17. En lo que se refiere al punto d), expone la sentencia:

"El contrato de trabajo entre las partes terminó porque el señor Lázaro Gómez, quien venía explotando el Club Fantasio como empresario, lo arrendó a los señores Jaime Botero y Félix Toro, quienes siguieron de su cuenta la explotación. Dice el demandado en la respuesta al hecho octavo del libelo que este acto lo ejecutó como administrador de la sociedad "Fantasio Limitada", con la cual el demandante no tenía ninguna vinculación laboral. El establecimiento podía pertenecer a la nombrada sociedad y si ésta en realidad explotaba el negocio, hecho que se ignora en el juicio, con ella se formó el contrato de trabajo del demandante, aunque no por esto el señor Lázaro Gómez estaría exento de pagar los derechos laborales del demandante, pues debe responder solidariamente con ella de las obligaciones causadas, pues si era intermediario no declaró su calidad".

17. (sic) No es hecho demostrado en el proceso el de que el contrato consignado por escrito hubiera sido reemplazado por otro al tiempo en que por virtud de cambio de empresario del Club Fantasio, se operó una sustitución patronal, ni tampoco el de que por obra de tal fenómeno, el demandante continuó laborando con el patrono sustituto. Lo que sostiene el Tribunal es que el contrato escrito fue modificado antes del arrendamiento del Club y que al pasar éste a los arrendatarios, concluyó la relación de trabajo con el demandante. No modificó esa situación de hecho la declaración de renta de la sociedad limitada denominada "Club Fantasio", ni constituye prueba adecuada para acreditar la relación de trabajo. Su inestimación por la sentencia no habría llevado a la conclusión de que fue la sociedad, desde que entró a explotar el negocio, el patrono del demandante, como lo sostiene el recurrente. De otro lado, no ataca éste los fundamentos del fallo antes transcrito, los cuales se apoyan en el art. 35 del C.S.T. Carece, pues, de fundamento este aspecto de la acusación.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente

Públiquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes.- Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. LIQUIDACION DEL DESCANSO LEGAL CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, dieciséis de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Clímaco Conde Herrera, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la sociedad denominada Sears Roebuck del Caribe. S. A., representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada al pago del valor de los descansos remunerados en domingos y días festivos, y por el reajuste de cesantía, vacaciones y prima de servicios y por las costas del juicio.

Dijo su apoderado en los hechos de la demanda, que Conde trabajó para Sears Roebuck, como vendedor, desde el 24 de septiembre de 1956, hasta el 4 de julio de 1959, en forma ininterrumpida; que devengó un salario variable, en forma de comisión equivalente al 5^o/o del valor de las ventas realizadas por el trabajador; que semanalmente se le liquidaba y pagaba el monto de las comisiones devengadas, teniendo en cuenta el total de las ventas realizadas en los días laborables; que la empresa no le ha pagado el valor del descanso correspondiente a 145 domingos y a 47 días feriados. Agrega varias consideraciones de derecho y dice al respecto, que de acuerdo con la forma de retribución pactada el salario devengado por el trabajador no era un sueldo, para los efectos de los arts. 133 y 174 del C.S.T.; que siendo su salario variable, conforme a lo previsto en el art. 176 del mismo estatuto, no podía considerarse incorporado en la retribución que ordinariamente se le pagaba en forma de comisión, el valor correspondiente a los descansos legales.

Como fundamentos de derecho invocó en su favor los arts. 172 a 178 del C.S.T.; arts. 1o. y 2o. del Decreto Ley 118 de 1957.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral y las comisiones pactadas como retribución de los servicios, advirtiendo que se trataba de sueldo mensual y que en él quedaba incluido el valor de los dominicales y festivos, según lo estipulado en la cláusula segunda del contrato; acepta que el valor de las comisiones se liquidaba semanalmente, que su monto era variable y dependía de la actividad del trabajador, pero que no es cierto que la Compañía no le pagara a éste el valor de sus descansos obligatorios, porque ese pago iba comprendido en el sueldo que recibía cada semana; aceptó el hecho 5o. y negó el 6o. y el 7o. En cuanto a las súplicas, manifiesta que no son pertinentes las normas legales en

que se fundan y pide se absuelva a la demandada de los cargos que se le formulan en el libelo. Propuso las excepciones perentorias de pago y de transacción.

Decidió el litigio, en primera instancia, el Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla, mediante Sentencia, de fecha 30 de julio de 1.960, por ella se condena a la Sociedad demandada a pagar al señor Climaco Conde Herrera la suma de \$ 5.983.68, por los siguientes conceptos: Por domingos y feriados \$5.508.68; por reajuste de cesantía \$475.00. No condenó en costas.

El apoderado de la Sociedad interpuso el recurso de apelación, que fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia de fecha 18 de abril de 1.961, confirmatoria, en todas sus partes, del fallo apelado. Salvó su voto el Conjuez doctor Alvaro García Solano.

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que le fue concedido. Aquí fue sometido al trámite de rigor, y como se halla debidamente preparado, la Sala pasa a decidirlo. No hubo escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, revoque la del Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla, obrando al efecto como Tribunal de Instancia, y absuelva a la demandada de todos los cargos formulados en la demanda.

Con base en la causal 1a. del art. 87 del C.P.L., formula dos cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22, numeral 2; 57 obligación 4; 127, 132, 134, 172, 173, 174, 176, 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

En su demostración, arguye el recurrente:

Sostiene el Tribunal que sólo se puede hablar de jornales y de sueldos cuando ellos resultan necesariamente del transcurso del tiempo. Esa tesis no interpreta debidamente el espíritu de la ley laboral y se opone a lo estatuido en el art. 133, según el cual las partes tienen libertad para pactar la remuneración como sueldo o como jornal; que esa facultad de "estipular" solamente la tienen los contratantes, y que una vez que han hecho uso de ella no le es dable al juzgador anularla, pues por vía de interpretación no pueden ser derogadas o limitadas las facultades que la ley ha concedido a las partes. El art. 133 contiene una definición genérica dentro de la cual debe quedar incluida cualquier estipulación de salario. Si el legislador hubiera querido que el precepto sólo se aplicase a salarios fijos, convenidos por unidad de tiempo, así lo habría declarado. No existiendo norma especial que lo exprese, ha debido el fallador tomar la definición como aparece en la disposición y atenerse a su sentido obvio para decidir la cuestión planteada, porque no cabe hacer distinciones ni interpretaciones distintas de una norma tan simple y clara en su contenido, menos cuando se encuentra reforzada por otra sobre la misma materia, como las de los arts. 22, numeral 2, 127, 132 del C.S.T.; que si a ella se agrega la del art. 174-2, no se ve

el motivo por el cual se delina una situación englobada en tales normas en forma que las desvirtúe.

Agrega que los arts. 173 y 176 operan de manera conexa, se complementan entre sí, porque ambos se refieren a la remuneración del descanso dominical y se aplican al salario estipulado por días, bien sea fijo o variable; que relacionando esas normas con las del art. 174-1, se ve que los tres mencionan las condiciones y formas de pago del descanso dominical para los trabajadores cuya remuneración ha sido acordada como jornal; que el convencimiento erróneo sobre el alcance de las disposiciones acusadas, provocó la condena de dominicales y festivos y el reajuste de cesantía, con base en lo que la Empresa le pagó al actor semana por semana a cuenta de comisiones; que si las disposiciones se interpretan en su verdadero sentido, el Tribunal habría tenido que revocar la decisión del Juzgado.

Segundo cargo.

Lo propone como subsidiario del primero y acusa como violados los mismos preceptos legales que éste cita, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho evidentes al apreciar equivocadamente unas pruebas.

Indica como pruebas mal apreciadas el contrato de trabajo (fl. 6); la inspección ocular (fis. 66 a 72) y el documento de folio 7 sobre liquidación de prestaciones sociales.

Expone el recurrente:

El salario que el contrato estipula fue un sueldo mensual correspondiente al 5% de las ventas efectuadas personalmente por el actor durante el correspondiente mes. Se dijo allí que en ese sueldo se entiende comprendida la remuneración de los descansos legales.

No se puede negar que patrono y trabajador estaban en plena libertad para convenir tal salario, como lo autoriza el art. 132 del Código; no hay duda de que la remuneración pactada es salario, ya que la comisión sobre ventas tiene ese carácter según el art. 127; el art. 22-2 llama salario a cualquier forma de remuneración, y el 133 denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo el pactado por períodos mayores. Por tanto, el problema queda definido teniendo en cuenta lo convenido por las partes y lo establecido en la ley; si Conde tenía asignada una remuneración mensual, el patrono no estaba obligado a pagarle por separado el valor del descanso en domingos y feriados, ya que, según lo dispone el art. 164-2, en todo sueldo se entiende comprendido el pago por tal concepto.

La inspección ocular sólo constató las sumas que Sears pagó a Conde a cuenta de comisiones, durante las semanas transcurridas entre el 1o. de enero de 1957 y el 5 de julio de 1959, y con base en ella no puede liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173, en relación con el 176, si de otro lado no aparecen los días trabajados en cada semana, y demostrada la obligación del empleado de prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana; como en realidad no se acreditó la verdad de tales circunstancias la Empresa ha debido ser exonerada de pagar el valor de los descansos legales.

Respecto a la liquidación de prestaciones suscrita por el actor y en que éste se declara a paz y salvo con la demandada, dice que tal documento fue mal estima-

do por el *ad-quem*, porque en el se contiene una declaración sin reservas de la parte demandante, que liberta a la demandada de las obligaciones nacidas por razón del contrato que existió entre ellas.

Si el Tribunal, dice la acusación, valora correctamente las pruebas, habría concluido que las partes estipularon un sueldo correspondiente a un porcentaje sobre ventas que efectuara el trabajador; que la estipulación fue voluntaria, sin lesionar el salario mínimo legal; que la Sociedad cumplió la obligación de pagar al trabajador sus salarios en la forma, lugar y periodos convenidos; y que, de la inspección ocular no podía deducirse cuáles fueron los días trabajados por Climaco Conde en cada una de las semanas, por lo que no podía recibir aplicación el art. 176.

LA CORTE CONSIDERA:

El contrato de trabajo (fl. 6) dice en su cláusula segunda que las partes han convenido en retribuir los servicios del trabajador pagándole un sueldo mensual equivalente a un cinco por ciento sobre las ventas efectivas realizadas personalmente por el empleado durante el correspondiente mes, dentro del cual se entiende comprendida la remuneración por los días de descanso (domingos y feriados), con la advertencia de que la Compañía podrá hacer anticipos al empleado, a buena cuenta del sueldo pactado.

Afirma el Tribunal que como al tenor de la cláusula contractual el salario del trabajador era variable, no puede tenerse en cuenta el art. 174 del C.S.T. sino el 176 de la misma obra, agregando que ese es el criterio jurisprudencial seguido por varios Tribunales del país.

El acusador no discute que la remuneración pactada haya sido variable; su punto de vista es el de que las partes, en uso de la libertad contractual, están facultadas para estipular como sueldo una remuneración variable. Sostiene también que el salario en forma de comisión (porcentaje fijo sobre las ventas) estructura el tipo de salario que la ley llama sueldo.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, esta Sala de la Corte, en asunto igual al presente, expuso lo que a continuación se transcribe:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de 'sueldo' o 'jornal', debe respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladores son de orden público en

cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que mejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 *ibidem* le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1-). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso, en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento *a pari o de analogía*.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese solo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código sólo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

“El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

“Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

“La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

“Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador”. (Sentencia de 30 de enero de 1964. Juicio seguido por Fabio Duque contra “Sears Roebuck S. A.”).

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen. Respecto a las acusaciones del segundo cargo, la Sala observa:

El reparo de que la sentencia estimó equivocadamente el contrato de trabajo porque el salario convenido -porcentaje sobre ventas- fue un sueldo mensual, carece de fundamento. Se dijo en el estudio del primer cargo que es inexacto llamar sueldo a la comisión, y a lo allí expuesto se remite la Corte.

La inspección ocular (ffs. 66 a 72) hace una relación del trabajo del demandante, semana por semana, con indicación, en la mayor parte de los casos, de las horas trabajadas y del valor de la respectiva comisión, desde el mes de septiembre de 1956 hasta julio de 1959. Lo que la prueba demuestra es que el trabajador prestó servicios continuos durante la vigencia del contrato y el pago semanal de las comisiones devengadas, más no el de los descansos legales, es decir, hechos contrarios a los que afirma la acusación.

La declaración contenida en la liquidación de prestaciones, que obra al folio 7 del cuaderno principal, hecha por el demandante, en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito. El cargo no prospera.

A mérito de las consideraciones anteriores, 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 Barranquilla, Sala Laboral, de fecha 18 de abril de 1.961.

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. - Antonio del Castillo, Conjuez. - Luis Fernando Paredes A. - Ignacio Reyes Posada, Conjuez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SANCION MORATORIA Y EXONERACION DE LA MISMA. CESANTIA DESTINADA A COMPRA DE INMUEBLES. TERMINACION UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO. COMPUTO DEL PLAZO PRESUNTIVO.

1. Cuándo es aplicable la sanción moratoria y cuándo el patrono queda exonerado de la misma. 2. Condiciones para que sea válido el pago de la cesantía destinada a compra de inmuebles.

1. Alega la parte demandada que si no hizo el pago de las prestaciones oportunamente, sino con un apreciable retardo, ello se debió a las evasivas del demandante, pues prometía pasar por el cheque respectivo sin haberlo hecho efectivamente, ya que se ocultaba o mandaba negar para no recibir el valor de las prestaciones ofrecidas por el patrono.

Pero cabe advertir que si el demandante apeló a tales subterfugios, que no eran otra cosa que una negativa a recibir, el C.S.T. en su artículo 65 indica el camino a seguir, o sea el pago por consignación ante el Juez del Trabajo. Como en el caso de autos el pago de las prestaciones sociales, etc., ocurrió con retardo de 10 meses, 20 días, la sociedad se hizo acreedora a la sanción de que trata la referida norma.

La mora en la solución de deudas por salarios o prestaciones, no se evita demostrando el patrono que estuvo dispuesto a cancelarlas y con la amenaza de consignar su importe, ante las excusas del acreedor en recibir la suma ofrecida por el deudor. Al respecto la tesis del fallador, que el cargo no desquicia, es la de que cuando el trabajador rehusa recibir lo que el patrono le ofrece, éste cumple sus obligaciones consignando lo que confiese deberle ante la autoridad que indica el artículo 65, inciso 2o., del C.S.T., en la oportunidad allí señalada, esto es, al expirar el vínculo laboral. Es el medio de impedir la mora y purgar sus efectos. La renuencia del acreedor en recibir lo que se le debe, no justifica la demora del deudor en hacer la consignación dentro del plazo que al efecto prescribe el citado mandato legal.

La tesis de la jurisprudencia sobre la aplicación de la norma legal en cita, es la de que cuando el patrono niega el contrato de trabajo u obligaciones que tengan esa fuente, de buena fe, y por tal motivo se abstiene de pagar o de consignar lo que el trabajador le reclama, y allega al juicio pruebas atendibles que justifiquen su actitud, puede ser exonerado de la sanción que establece el precepto.

2. Para la validez del pago de cesantías parciales, no exige el artículo 256 del C.S.T., cuando su objeto es la adquisición de inmuebles, el otorgamiento de la escritura pública que para actos jurídicos de esa clase establece

el artículo 1857 del C. C. Respecto de la compra de lotes, la resolución 206 de 1.951, emanada del Ministerio de Trabajo, en su artículo 2o., numeral 1o., reglamentario del 256, sólo exige el lleno de estas condiciones: Promesa de venta reconocida ante notario y certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la propiedad y libertad del bien. Por lo demás, es el funcionario administrativo encargado de autorizar la liquidación parcial del auxilio, el que debe velar por el fiel cumplimiento de las formalidades que sean del caso, de modo que cuando existe la correspondiente resolución en sentido favorable a la realización del acto, debe presumirse que fueron debidamente satisfechas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, diecisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral promovido por Jaime Cuenca Lara contra la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Leonidas Lara e Hijos".

- 1 -

ANTECEDENTES.

Jaime Cuenca Lara le prestó servicios personales dependientes a "Leonidas Lara e Hijos", sociedad colectiva de comercio, según contrato de trabajo consignado por escrito, de fecha 27 de noviembre de 1.951. La nombrada sociedad se transformó en compañía de responsabilidad limitada, con la misma razón social de la que la antecedió, según escritura pública No. 7213 de octubre de 1.954, pasada en la Notaría Segunda de Bogotá. El demandante continuó al servicio del nuevo ente social en las mismas condiciones de trabajo que venía cumpliendo con el anterior. El 1o. de julio de 1.951, se firmó nuevo contrato de trabajo entre "Leonidas Lara e Hijos Ltda." (sic) y Jaime Cuenca Lara, conforme al cual éste desempeñó la función de vendedor de maquinaria agrícola e industrial y máquinas-herramientas. El sueldo convenido fue el de \$300.00 fijos y un porcentaje sobre ventas, habiendo devengado durante la vigencia de la relación laboral un promedio mensual de \$1.800.00. Por carta de fecha 10 de febrero de 1.956, firmada por un representante de la Empresa, se comunicó al trabajador que la sociedad cancelaba la cláusula contractual sobre asignación fija. El 16 de julio del año en mención se firmó nuevo contrato de trabajo entre las partes, según el cual el demandante pasaba, sin solución de continuidad, al cargo de encargado de la agencia de la sociedad en Manizales. El salario convenido fue un porcentaje sobre las ventas, garantizando al empleado un mínimo mensual, por comisiones, de \$1.500.00. Durante la vigencia del contrato el sueldo promedio devengado por el trabajador fue la cantidad de \$1.800.00. Por carta del jefe de la sección de personal de la sociedad para el empleado, del 10 de diciembre de 1.956, éste fue relevado del cargo de agente en Manizales, ordenándole la entrega de las oficinas al señor Víctor López, acto que debía ser presenciado por el señor Luis Eduardo Espinosa, comisionado al efecto, según nota del Auditor de la empresa del 7 de diciembre del año mencionado. En la carta del 10 de diciembre la empresa le ofrecía a Cuenca Lara el cargo de vendedor de la sociedad en Bogotá. En cumplimiento de las

órdenes emanadas del patrono, el trabajador hizo entrega de la agencia de Manizales al designado en su reemplazo, el 19 de diciembre del año expresado. El relevo intempestivo del demandante como agente de la sociedad en Manizales, constituyó terminación unilateral e injusta del contrato de trabajador. Cuando la sociedad dió por terminado el vínculo, faltaban 5 meses, 22 días, para el vencimiento de la primera prórroga legal del término presuntivo. La sociedad no ha pagado al actor el auxilio de cesantía, las primas de servicio, las vacaciones e indemnizaciones legales.

Con fundamento en los hechos relacionados, el demandante suplica que se hagan en contra de la sociedad estas declaraciones y condenas: que se declare resuelto el contrato de trabajo a causa de su violación por el patrono consistente en la terminación unilateral e injusta del mismo, ocurrida el 19 de diciembre de 1.956; que, en consecuencia, se condene al patrono a pagar al trabajador la suma de \$10.320.00 por lucro cesante, a título de indemnización de perjuicios; que se haga la declaración de que la sociedad violó el contrato de trabajo por haberlo cancelado unilateralmente según carta del 10 de febrero de 1.956, desconociendo la cláusula que reconocía al empleado la suma de \$300.00 mensuales como asignación fija, y que se declare asimismo que la compañía causó con tal violación graves perjuicios al demandante; que como consecuencia de la declaración precedente, se condene a la compañía a pagar a Cuenca Lara la cantidad de \$1.800.00 como indemnización de perjuicios por lucro cesante. Solicita además que se condene a la empresa a pagar al demandante lo siguiente: por cesantía \$ 11.446.00; por primas de servicio \$10.200.00; por vacaciones causadas y no disfrutadas \$5.100.00; por salarios insolutos \$1.800.00; y por concepto de indemnización moratoria la suma de \$1.800.00 mensuales, desde el 19 de diciembre de 1.956 hasta la fecha en que el patrono cancele al trabajador las sumas que la demanda reclama.

En derecho se acoge al actor a los arts. 22, 45, 64, 65 y concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de las declaraciones y condenas que solicita. En cuanto a los hechos, negó unos y aceptó otros, exigiendo la prueba de los que rechaza. En la primera audiencia de trámite el personero de la sociedad propuso las excepciones de prescripción e inexistencia de las obligaciones demandadas.

- II -

LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primera, de fecha 20 de mayo de 1.960, decidió la litis en estos términos:

Declara que la sociedad rompió unilateralmente y en forma ilegal el contrato de trabajo celebrado con el demandante, el 19 de diciembre de 1.956 (ordinal primero); declara prescritas las acciones a que se refieren las peticiones tercera y cuarta del libelo de demanda (ordinal segundo); condena a la compañía a pagar a Cuenca Lara, lo siguiente: a) \$7.750.00 por lucro cesante; b) \$3.750.00 por vacaciones; c) \$1.600.00 por salarios insolutos; y d) \$50.00 diarios, a título de indemnización moratoria, a partir del 20 de diciembre de 1.956, hasta cuando el patrono cancele las obligaciones antes relacionadas (ordinal tercero); declara pro-

bada la excepción de pago en cuanto al auxilio de cesantia y primas de servicio (ordinal cuarto); y por último, condena a la sociedad en un 80^o/o de las costas (ordinal quinto).

El de segunda instancia, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la providencia del inferior, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 16 de diciembre de 1.960, dispone:

1o. Se confirman los ordinales primero, segundo y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada.

2o. Se modifica el tercero en el sentido de condenar a la sociedad a pagar a Cuenca Lara, las siguientes cantidades:

a) La suma de \$8.819.05, por lucro cesante.

d) (sic) La suma de \$17.861.65, por indemnización moratoria.

Y se revocan los apartes b) y c) de este ordinal y se absuelve a la sociedad por vacaciones y salarios insolutos.

3o. Se modifica el ordinal quinto del fallo apelado en el sentido de condenar a la compañía al pago del 50^o/o de las costas del juicio.

Sin costas en la segunda instancia.

Contra la anterior providencia interpusieron las partes el recurso de casación, que les fué concedido. Fué admitido aquí por la Sala y rituado en legal forma.

-III-

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.

Aspira a que se case la sentencia acusada en los literales a) y d) de su numeral segundo (condenas por lucro cesante e indemnización moratoria), el numeral tercero y el primero en cuanto confirma el ordinal primero del fallo del *o quo*, y que la Corte, en decisión de instancia, revoque lo dispuesto por dicha providencia en los ordinales primero, tercero y quinto. Pide en subsidio que la condena por lucro cesante se limite a los salarios por el término de 27 días, que era el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo, en atención a que la última convención laboral empezó el 16 de julio de 1.956.

Se acoge a la causal primera de casación, y con base en ella formula dos cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Violación de los arts. 64 y 65 del C.S.T., de modo indirecto, a causa de errores manifiestos de hecho, en razón de haber apreciado la sentencia indebidamente o no haber estimado en su integridad unas pruebas.

Alega el cargo, con referencia al art. 65, que el fallador lo aplicó indebidamente por haber incurrido en el error de hecho consistente en no haber dado por establecido la buena fe de la sociedad en cuanto se abstuvo de consignar el valor de las prestaciones del actor.

Para demostrar el error, afirma el recurrente que de las declaraciones de Eduardo Barrero, Jorge Chaves y Alvaro Melgarejo (fls. 109 a 117 y 119 a 127), se deduce que cuando el demandante manifestó a la compañía su deseo de retirarse, aquélla liquidó las prestaciones sociales, poniendo a su disposición el valor correspondiente, y que el acreedor, por un tiempo más o menos largo y en repetidas ocasiones hizo saber al empleado de la empresa encargado de entregarle el cheque que no se hiciera la consignación. Por tanto, la dilación de Cuenca en el recibo del cheque se debió a su voluntad, como lo asevera el testigo Barrero con estas palabras: "Después de estas llamadas fueron muchas las conversaciones telefónicas que sostuve con Cuenca Lara y en una de ellas le advertí que no tenía otro remedio que el de consignar a pesar de que ya era muy tarde para ello el cheque por sus prestaciones. Cuenca me solicitó en forma clara que no consignara porque se acercaría, como me lo había ofrecido tantas veces, a recibir sus prestaciones".

Dice el impugnador que la sentencia no apreció las declaraciones en toda su integridad, refiriéndose a ellas en forma vaga en la parte motiva de su resolución; que sirve esa prueba para establecer la buena fe de la sociedad en cuanto a la circunstancia de no haber consignado el valor de las prestaciones del demandante, y si este fué el proceder del patrono, es apenas natural que no se hubiera estructurado el elemento mala fe, cuya existencia debe aparecer en la conducta patronal para que pueda aplicarse la sanción por mora.

Con relación al quebranto del art. 64, el error de hecho que el cargo acusa consistió en dar por establecido, sin estarlo, que el contrato de trabajo fue roto de manera unilateral e ilegal por la sociedad. Incidió en ese error la sentencia por no haber apreciado en su integridad las declaraciones antes citadas, en las cuales los testigos manifiestan con claridad que fue el actor quien se retiró de la empresa. Agrega el impugnador que contribuyó a configurar el error en referencia, la indebida apreciación que hace el Tribunal de las pruebas documentales, porque de ellas no se deduce el despido del trabajador, sino el deseo de mantener su vinculación con el patrono, como surge de la lectura de la carta corriente al folio 37.

Segundo cargo.

Violación indirecta del art. 64 del C.S.T., por aplicación indebida, proveniente de error de hecho manifiesto. Se aduce en subsidio del anterior.

Consistió el error en dar por demostrado, sin estarlo, que faltaban 5 meses, 8 días, para completár un plazo presuntivo del contrato laboral el 19 de diciembre de 1.956, siendo así que el tiempo faltante era de 27 días.

En sustentación del cargo dice el impugnador que la sentencia incurrió en el error denunciado por inestimación de la prueba documental obrante a folios 28 a 34, que dá cuenta del último contrato de trabajo entre las partes, de fecha 16 de julio de 1.956; que contados los seis meses del plazo presuntivo desde tal fecha, se llega a la conclusión de que vencía el 15 de enero de 1.957, es decir, 27 días después de la terminación del vínculo contractual.

El opositor demandante, refuta los cargos así:

En cuanto al primero manifiesta que no existe el error de hecho que alega por indebida apreciación de la prueba testimonial a que se refiere. Afir-

ma que lo que los testimonios demuestran es que la sociedad liquidó las prestaciones de Cuenca Lara varios meses después de terminado el contrato, y que no obstante la renuncia del trabajador en recibir el valor de las deudas, el patrono no hizo la consignación prevista en el art. 65. No es razonable suponer que el jefe y el Sub-Jefe de personal de la sociedad emplearan más de once meses rogándole al trabajador que recibiera lo que se le debía, cuando reconocen que lo amenazaron con hacer la consignación, que no efectuaron. Para la entrega del cheque, exigían los testigos, como condición, que el actor renunciara a la indemnización moratoria. Además, si lo que ocurrió fue que el trabajador no quiso recibir el cheque, ya éste estaba perjudicado, pues debe ser presentado al Banco para su pago, conforme al art. 187 del C. de Co., dentro de los 30 días siguientes, so pena de que el girador quede libre por el perjuicio derivado de la mora. Si se aceptan los testimonios en cuanto dicen que rogaron al actor para que recibiera el cheque, contestando éste con evasivas, no quedaba otro camino que el indicado por el Tribunal, esto es, el de que el patrono hiciera la consignación que ordena el art. 65.

En cuanto a la mala apreciación de la carta del folio 37 alega el opositor:

Su lectura demuestra que mediante ella el patrono despedía al trabajador, pues según su texto lo destituía del cargo de agente en Manizales invitándolo a que regresara a Bogotá al desempeño de otro empleo, cambiando unilateralmente el contrato en cuanto al lugar de trabajo y a la función. De otro lado, los testigos Barrero, Chaves y Melgarejo informan que el cargo que ejercía el demandante en Manizales era de mayor categoría que el de vendedor que se le ofrecía en Bogotá, prueba suficiente para acreditar el despido. No resulta, pues, demostrado el error de hecho que el cargo alega, ni, de consiguiente, la infracción del art. 64.

Con relación al segundo cargo, el opositor dice que el fallo sí apreció los documentos de que hace mérito, motivo suficiente para su rechazo. Además, la prueba no demuestra el error de hecho que alega el recurrente, por estas razones:

En el último contrato se dejó testimonio de que el trabajador venía prestando sus servicios a la empresa desde el 27 de noviembre de 1.951, advirtiendo que los nuevos factores de remuneración convenidos comenzarían a regir desde el 16 de julio de 1.956. Es decir, no hubo novación, sino simple prórroga del contrato inicial, con la única modificación del salario. La fecha de iniciación de los servicios continuaba siendo la del 27 de noviembre de 1.951, que debía servir, en todos los casos, para deducir la duración presuntiva del contrato y sus prórrogas, por tratarse de relaciones de trabajo con término indefinido. En consecuencia, no existe el error de hecho que se le imputa a la sentencia ni quebranto del art. 64.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Indemnización moratoria.

Sobre este extremo de la litis, dice el Tribunal: A folios 74 y 98 figuran el original y copia del documento suscrito por el demandante, en el que manifiesta haber recibido la cantidad de \$9.433.80, el día 11 de octubre de 1.957, por concepto de primas de servicio, cesantía y salarios.

Se ha alegado por la parte demandada que si no hizo el pago de las prestaciones oportunamente, se debió a evasivas del demandante, pues prometía pasar

por el cheque respectivo sin haberlo hecho efectivamente, y a que se ocultaba o mandaba negar para no recibir el valor de las prestaciones ofrecido por el patrono. Adujo éste al juicio, para demostrar el hecho, varios testimonios.

Pero cabe advertir que si el demandante apeló a tales subterfugios, que no eran otra cosa que una negativa a recibir, el art. 65 del C. S. del T. indica el camino a seguir, o sea el pago por consignación ante el Juez del Trabajo. Como el contrato laboral terminó el 19 de diciembre de 1.956 y el pago de las prestaciones sociales, etc., ocurrió con retardo de 10 meses 20 días, la sociedad se hizo acreedora, a la sanción de que habla el art. 65.

2. De la renuencia de Cuenca Lara en recibir el pago de las deudas a su favor, dan cuenta las declaraciones rendidas en el juicio por los testigos Eduardo Barrero, Jorge Chaves y Alvaro Melgarejo. Es un hecho que la sentencia halla establecido con los testimonios, luego no puede hablarse, como lo sostiene el recurrente, que por no haber estimado esa prueba en su integridad, incurrió en el error de hecho que le imputa.

3. La mora en la solución de deudas por salarios o prestaciones sociales, no se evita demostrando el patrono que estuvo dispuesto a cancelarlas y con la amenaza de consignar su importe, como lo afirma el testigo Barrero, ante las excusas del acreedor en recibir la suma ofrecida por el deudor. Al respecto, la tesis del fallador, que el cargo no desquicia, es la de que cuando el trabajador rehusa recibir lo que el patrono le ofrece, éste cumple sus obligaciones consignando lo que confiese deberle ante la autoridad que indica el art. 65, inciso 2o. del C.S.T., en la oportunidad allí señalada, esto es, al expirar el vínculo laboral. Es el medio de impedir la mora y purgar sus efectos. La renuencia del acreedor en recibir lo que se le debe, no justifica la demora del deudor en hacer la consignación dentro del plazo que al efecto prescribe el citado mandato legal.

4. La tesis de la jurisprudencia sobre la aplicación de la norma legal en cita, es la de que cuando el patrono niega el contrato de trabajo u obligaciones que tengan esa fuente, de buena fe, y por tal motivo se abstiene de pagar o de consignar lo que el trabajador le reclama, y allega al juicio pruebas atendibles que justifiquen su actitud, puede ser exonerado de la sanción que establece el precepto. Son bien conocidos los fundamentos de la tesis, por lo cual no hay necesidad de exponerlos aquí. En el asunto litigioso no se contempla esa situación de hecho, pues, por una parte, el contrato de trabajo es extremo probado en el juicio, admitido por el patrono, ni discute éste la existencia de obligaciones derivadas de esa causa jurídica, con excepción únicamente de las que estimó prescritas o canceladas, y, por la otra, procedió a consignar, aunque fuera de tiempo, el valor de las obligaciones que confesó deber al demandante. Según lo expuesto, la posición de la parte demandada en el juicio excluye toda consideración sobre su buena fe, fenómeno sin incidencia en el caso debatido, y, por consiguiente, extraño a la doctrina jurisprudencial de que se ha hecho mérito.

Perjuicios por lucro cesante.

5. Para el Tribunal el patrono dió por terminado el último contrato de trabajo entre las partes, sin base legal, con desconocimiento de sus estipulaciones, por lo cual lo condena al pago de perjuicios compensatorios, equivalentes a los salarios por el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo (cinco meses, ocho días), con aplicación del art. 64 del C.S.T.

6. El cargo afirma que el fallador incurrió en error de hecho y violación de la citada norma, consistente en que el contrato no terminó por voluntad de la empresa, sino por retiro del empleado, como lo demuestran las declaraciones de Barrero, Chavés y Melgarejo, que la sentencia no estimó en su integridad, e igualmente los documentos corrientes en el juicio, entre los cuales sólo identifica el del folio 37.

7. Deduce el sentenciador que quien violó el contrato fue el patrono, de los documentos de folios 36 a 38 y 41 y de la declaración de Melgarejo, entre otras pruebas. Los documentos acreditan que la empresa le ordenó al trabajador la entrega de la Agencia de Manizales a Víctor López, designado en su reemplazo, acto que tuvo cumplimiento, y además, que le ofrecía el cargo de vendedor en Bogotá, según lo acredita la carta obrante al folio 37, suscrita por Melgarejo en su carácter de jefe de personal de la sociedad. Este empleado en su declaración (fl. 123) dice -como lo anota la sentencia- que el cargo de agente en Manizales es más importante que el de vendedor en Bogotá, y que una vez entregada por el actor la agencia de Manizales a su sucesor, aquél dejó de prestar sus servicios a la compañía. "Lo anterior -continúa el Tribunal- pone de presente que el contrato fue roto de manera unilateral e ilegal por parte de la demandada, sin que ésta se ciñera para darlo por terminado a lo estipulado en el contrato escrito que existía entre las partes y sin que se le hubiera notificado al actor la causa justificativa del despido".

8. Es verdad que los tres declarantes afirman que el contrato terminó por retiro del empleado, pero también resulta de ellas que el hecho se produjo después de haber entregado a aquél la agencia de Manizales a la persona nombrada por el patrono en su reemplazo, de acuerdo con la orden contenida en la carta del folio 37.

Además, fundan también la decisión impugnada, el contrato de trabajo que a la fecha de la comunicación del folio 37 (10 de diciembre de 1.956) regía las relaciones laborales entre los litigantes, que según aquella fue violado por el patrono. Ese contrato, de fecha 16 de Julio de 1.956, estipula (cláusula primera) que la sede de trabajo sería la ciudad de Manizales, y como función del empleado, la de encargado de la agencia de la sociedad en dicha ciudad. Al disponer la empresa que el actor entregara la agencia en Manizales a Víctor López, sin aducir motivo alguno, infringía lo pactado en la referida cláusula y quebrantaba lo que al respecto previene el art. 66 del C.S.T., como lo observa con acierto el Tribunal, sin réplica del recurrente. Su silencio al respecto y el hecho de no haber acusado violación de la citada norma legal, dejan en pie esta base de la sentencia, razón suficiente para mantenerla.

La oferta de un cargo en Bogotá, que el trabajador no aceptó, en reemplazo del que ejercía en Manizales, no justifica la conducta patronal. El ofrecimiento no podía tener el mérito de dejar sin efecto la infracción del vínculo laboral existente en cuanto a sede de trabajo y naturaleza de la función, aun en el supuesto de que el nuevo empleo resultara más ventajoso para el demandante.

9. El segundo cargo acusa también violación del art. 64 del C.S.T., por aspecto distinto del que se deja examinado. Lo que el acusador discute no es la violación, sin causa legal, del vínculo contractual, sino la extensión del término que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo, que en su concepto sólo fue de 27 días y no de cinco meses ocho días, como lo sostiene el fallador.

10. Pretende el recurrente que se tome como fecha inicial, para el cómputo del término del plazo presuntivo (seis meses) la del último contrato (16 de julio de 1.956) y no la inicial del primer contrato (27 de noviembre de 1.951). Al respecto la Sala observa: el contrato de 1.956 (fl. 89) en su cláusula novena, estipula: "Se deja constancia de que el trabajador viene prestando sus servicios a la empresa desde el 27 de noviembre de 1.951, pero los nuevos factores de remuneración que se han convenido y que en este contrato constan, solamente comienzan a regir desde el 16 de julio de 1.956".

La cláusula transcrita demuestra con toda claridad, que la fecha inicial de los servicios se mantuvo inalterable, como lo anota con acierto el opositor demandante. No puede sostenerse entonces, que para efectos de la condena por lucro cesante, fija como fecha en que la relación de trabajo comenzó, la de la última convención laboral, contra la voluntad expresa de los contratantes. La resolución acusada se ajusta, pues, a hechos debidamente acreditados en el proceso y a la norma legal que los regula.

Por todo lo expuesto, no prosperan los cargos.

-IV-

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Persigue la quiebra parcial de la sentencia del *ad-quem*, en cuanto por el numeral 1o. de su parte resolutive confirmó el ordinal cuarto de la de primer grado, y en cuanto el literal d), numeral 2o. modificó el mismo literal, ordinal 3o. de la decisión del *a-quo*, restringiendo la condena por salarios caídos a la suma de \$17.861.65, para que, en fallo de instancia, revoque la Corte el ordinal cuarto de la providencia de primer grado y, en su lugar, condene a la sociedad al pago de \$3.077.64, por auxilio de cesantía, y a la suma de \$55.80 diarios, a partir del 20 de diciembre de 1.956, hasta que el patrono cancele la suma anterior.

Aduce la causal primera de casación, y con fundamento en ella formula un solo cargo. En él acusa la sentencia recurrida por violación de los arts. 768, 1760 y 1857 del C.C., por falta de aplicación, y los arts. 65, 254, 256 y 249 del C.S.T., por aplicación indebida.

A las infracciones de los textos legales llegó el Tribunal a consecuencia de errores de hecho y de derecho por la errónea apreciación de unas pruebas.

Relaciona el cargo como pruebas mal apreciadas los documentos de folios 74 a 79, 94 y 184 a 189 del expediente.

Afirma el acusador que de las pruebas citadas la sentencia deduce que a Cuenca Lara se le liquidó y pagó un auxilio de cesantía parcial en 1.955, con el lleno de los requisitos legales, pero que los elementos de juicio, sólo acreditan estos hechos:

Que el demandante solicitó al patrono en 1.955 la liquidación parcial de su cesantía para la adquisición de un lote, pidiendo el patrono autorización para tal fin a la respectiva Inspección Seccional del Trabajo; que esta oficina autorizó la liquidación parcial del auxilio hasta por la suma de \$3.077.64, disponiendo que se pagara a Hernando Rodríguez; que el patrono liquidó el auxilio en la cuantía indicada; que como se deduce de la carta del folio 186 y de la fotocopia del che-

que visible al folio 189, el pago no se hizo a Rodríguez sino a Cuenca Lara; y por último, que la sociedad descontó en la liquidación final de la cesantía, la suma de \$3.077.64.

Según el análisis que de las pruebas hace el acusador, apenas comprueban que hubo autorización oficial para la liquidación y pago del auxilio de cesantía con destino a la adquisición de un bien raíz, pero no la entrega del valor del auxilio a Rodríguez sino a Cuenca Lara, y, además, que no hay prueba de la adquisición del inmueble.

Los errores de hecho:

Los concreta el recurrente, así:

1. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que se liquidó y pagó legalmente el auxilio de cesantía al demandante en 1.955, cuando el pago y solicitud no aparecen acreditados.

2. No haber dado por demostrado, estándolo: a) que el pago de la cesantía parcial se hizo a Cuenca Lara directamente y no a Hernando Rodríguez como lo había ordenado la autorización del Inspector del Trabajo; b) que la liquidación y cancelación de la cesantía parcial se solicitó por el actor y fue autorizada por la Oficina de Trabajo para la adquisición de un bien raíz; c) que del valor de la cesantía definitiva, dedujo el patrono la suma de \$3.077.64 como pagada a título de liquidación parcial, sin haber acreditado el pago lícito de la misma; y d) que la sociedad adeuda al demandante la suma antes mencionada como saldo del auxilio de cesantía.

Consistió el error de derecho en haberse admitido como prueba de la adquisición de un inmueble, medio distinto de la escritura pública, lo cual conduce al indicado error de juicio y al consiguiente quebranto de los arts. 1857 y 1760 del C.C., y 87 del C.P.L.

Concluye la acusación con este razonamiento:

Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que la sentencia incurrió, dió por demostrado el pago lícito de la suma de \$3.077.64, por cesantía parcial, violando, en consecuencia, los arts. 249, 254, y 256 del C.S.T., por aplicación indebida, pues sin tales errores habría concluido que el pago fue ilícito y que el patrono estaba obligado a cancelar nuevamente la referida suma de dinero. Sin los anotados yerros, el fallo habría encontrado que la sociedad dedujo del valor de las prestaciones pagadas al demandante el 11 de octubre de 1.957, el valor de la cesantía parcial, incidiendo en error de derecho, por ignorancia de la ley y consiguiente infracción del art. 768 del C. C. Y, por lo mismo, no habría aplicado el art. 65 del C.S.T. en el sentido de limitar la condena por indemnización moratoria al 11 de octubre de 1.957, sino que habría aplicado dicha norma pero condenando al patrono al pago de \$55.80 diarios a partir del 20 de diciembre de 1.956 hasta cuando hubiera cancelado el saldo insoluto por auxilio de cesantía.

En la réplica al cargo, el opositor demandado aduce estos argumentos:

A solicitud de la sociedad, el Inspector Seccional del Trabajo autorizó la liquidación del auxilio de cesantía del demandante con destino a la compra de un lote por parte de éste a Hernando Rodríguez, según resolución de septiembre de 1.955 (fl. 185), fijando su importe en la suma de \$3.077.64. De esta cantidad dis-

puso entregar al vendedor Rodríguez la de \$2.200.00, declarando que quedaba en poder de la empresa, en favor del trabajador, el saldo de \$877.64. Demuestra el documento del folio 186, que cita el cargo como erróneamente apreciado por el fallador, emanado del Banco Francés e Italiano, que la empresa giró un cheque por \$2.200.00 a favor de Hernando Rodríguez, endosado por éste y pagado a su beneficiario. La liquidación definitiva de la cesantía (fl. 74) imputa a cargo del trabajador la suma de \$3.077.64, pero de ella le descuenta la de \$877.64, es decir, sólo deduce la de \$2.200.00, valor de la cesantía parcial pagada por cuenta del demandante al vendedor del lote. No es, pues, exacto, que el patrono deba por cesantía la suma equivalente a la parcial a que se refiere la autorización emanada de la oficina de trabajo.

Se vale el recurrente del documento del folio 189 para demostrar que el auxilio fue pagado a Cuenca Lara y no a Hernando Rodríguez. Se trata de un cheque de febrero de 1.957, terminado ya el contrato de trabajo, girado por el patrono a cargo del Banco de Bogotá, a favor del empleado, por el valor de las prestaciones sociales.

De lo expuesto concluye, que no ha incurrido el Tribunal en los errores de hecho que acusa el recurrente, ni en consiguiente violación del art. 65 del C.S.T.

En cuanto al error de derecho, alega el apoderado de la parte opositora: no existe ese error, porque el art. 256 del C.S.T. y las resoluciones 206 y 291 de 1.951 que lo reglamentan, no exigen como requisito de validez del pago de la cesantía parcial, el otorgamiento de la escritura pública en que conste la enajenación del lote para la cual fue destinada, en favor del trabajador, como lo sostiene el recurrente. Se funda la tesis de éste en jurisprudencia del Tribunal Supremo, de marzo de 1.951, basada en la ley 6a. de 1.945 (art. 13, parágrafo 3o.) y el decreto reglamentario 3424 de 1.946, que hoy no rigen, pues esa legislación fue suspendida y sustituida por el actual Código del Trabajo (art. 491).

SE CONSIDERA:

1. Son fundadas las razones que aduce el opositor en contra de las que sustentan el cargo por error de hecho en la estimación de las pruebas que relaciona. Lo que aquél plantea, en síntesis, es que no recibió el vendedor del lote, Hernando Rodríguez, el valor de la cesantía parcial en cuantía de \$3.077.64, sino el propio demandante, por lo cual se le debe a éste esa suma debiendo considerarse sin validez legal su recibo por el trabajador. De allí saca la conclusión de que quedó insoluto la deuda por cesantía parcial, por lo cual es el caso de aplicar la sanción por mora, no hasta la fecha en que el patrono consignó las deudas a su cargo por prestaciones sociales (11 de octubre de 1.957) como lo dispone la sentencia, sino hasta que cancele la deuda por el indicado concepto. Del error de hecho que alega, deduce violación de las normas legales que regulan el derecho a la cesantía y su liquidación parcial, como del precepto que establece la sanción por mora.

2. La sentencia estimó cubierta legalmente la deuda por la prestación de que se trata, acogiendo lo que al respecto expone la parte motiva de la sentencia de primer grado en estos términos:

“En la demanda se reclama el valor correspondiente al auxilio de cesantía. A efecto de entrar a liquidarlo ha de tenerse en cuenta el salario expresado en la documental del folio 74, o sea, el de \$1.674.53, lo cual dá un total de \$8.479.63. Sin embargo, se observa de los documentos de folios 75 a 77 que el actor recibió una liquidación parcial de cesantía con el lleno de los requisitos legales por la suma de \$3.077.64, lo cual quiere decir que al demandante se le adeudaría tan sólo por el concepto aludido la suma de \$5.401.99, pero se observa que esta cantidad fue pagada al actor el 11 de octubre de 1.957, según se desprende de la documental del folio 74, por lo que habrá de declararse probada la excepción perentoria de pago, en relación al pedimento que se viene examinando”.

3. En relación con los documentos de folios 74 a 77 de que se vale el ad-quem para sostener que la cesantía fue pagada íntegramente y en legal forma, apreciados con desacierto, según el acusador, observa la Sala:

4. Se ha visto que la acusación no discute el hecho de haberse autorizado por el Inspector del Trabajo la liquidación parcial del auxilio de cesantía en 1.955 hasta por la suma de \$3.077.64, y como es eso lo que acredita el documento de folio 76, mal puede afirmarse que la sentencia haya incurrido en error de hecho en su estimación. El del folio 78 prueba que fue Cuenca Lara quien pidió al Inspector la liquidación del auxilio, de manera que tampoco es de recibo el error de la misma especie por haber dicho la sentencia (afirmación inexacta) que no fue aquel quien hizo la solicitud, circunstancia, por lo demás, sin ninguna trascendencia.

Demuestra el documento del folio 77 que el actor le pidió al patrono la liquidación parcial de la cesantía, y nada dice la sentencia contrario a su contenido.

5. Queda por esclarecer si es una verdad procesal, como lo sostiene el fallador, el hecho de haber recibido el demandante, por cesantía parcial, la suma que fué autorizada por el Inspector del Trabajo.

Según el recibo de folio 75, de fecha 19 de septiembre de 1.955, declara el demandante bajo su firma que ha recibido de la sociedad, a título de cesantía parcial, autorizada por el Inspector del Trabajo, la suma de \$3.077.64. Allí se expresa, como consta en la resolución dictada por dicho funcionario (fl. 76), lo siguiente: “Como el empleado solo necesita la suma de \$2.200.00, el resto, o sea la suma de \$877.64, queda abonada para una futura liquidación. “Del abono dá cuenta el comprobante del folio 79.

El pago a Hernando Rodríguez, vendedor del lote para cuya compra fue autorizada la liquidación parcial del auxilio, aparece del documento obrante al folio 186, de fecha 6 de agosto de 1.956, emanado del Banco Francés e Italiano, según el cual la compañía giró a favor del nombrado Rodríguez un cheque por \$2.200.00, endosado por éste y otro endoso con firma ilegible, pagado por el Banco al beneficiario. Las pruebas en referencia establecen la realidad del pago por la suma expresada. Respecto del saldo (\$877.64), su recibo por el demandante es hecho que demuestra el documento del folio 74. Allí se le descuenta el valor de la cesantía parcial en su totalidad, por una parte, pero por la otra, se le abona la diferencia entre su importe y lo recibido por Rodríguez. No resulta, pues, demostrado que no se hubiera hecho legalmente la cancelación de la cesantía parcial.

6. No acredita el documento del folio 189, como lo sostiene el acusador, que la cesantía de que se trata fue cubierta a Cuenca y no a Rodríguez. Lo que esa prueba demuestra, según su contenido, es que con fecha 27 de febrero de 1.957 la sociedad giró un cheque por la suma de \$9.433.80 en favor del demandante, con posterioridad a la expiración del contrato. Esa cantidad es igual al valor de las deudas laborales que el patrono reconocía deber al trabajador derivadas del contrato de trabajo ya extinguido, igual a la que consignó para ese fin el 11 de octubre de 1.957. Es lógico que si el contrato había expirado, no era el caso de hacer liquidación y pago de cesantías parciales.

Carecen por tanto de fundamento los errores de hecho que el cargo alega.

7. En cuanto al error de derecho, son atendibles las razones que para computarlo expone el mandatario de la parte opositora demandada. En efecto, para la validez del pago de cesantías parciales, no exige el art. 256 del C.S.T., cuando su objeto es la adquisición de inmuebles, el otorgamiento de la escritura pública que para actos jurídicos de esa clase establece el art. 1857 del C. C. Respecto de la compra de lotes, la resolución 206 de 1.951, (art. 2o, numeral 1o.) emanada del Ministerio del Trabajo, reglamentario del art. 256 solo exige el lleno de estas condiciones: promesa de venta reconocida ante notario y certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la propiedad y libertad del bien. Por lo demás, es el funcionario administrativo encargado de autorizar la liquidación parcial del auxilio, el que debe velar por el fiel cumplimiento de las formalidades que sean del caso, de modo que cuando expide la correspondiente resolución en sentido favorable a la realización del acto, debe presumirse que fueron debidamente satisfechas.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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. - Luis Fernando Paredes. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION PARCIAL DE UN LAUDO ARBITRAL. FACULTADES Y LIMITACIONES DE LOS ARBITROS. NUEVA DOCTRINA DE LA SALA SOBRE EL EFECTO RETROSPECTIVO DE LOS LAUDOS ARBITRALES.

1. El laudo arbitral debe conformarse, entre otras cosas, al Pliego de Peticiones. 2. No ofrece reparo el laudo por cuanto establece indemnizaciones a favor de los trabajadores despedidos en virtud de la cláusula de reserva o del plazo presuntivo. 3. El artículo séptimo, aparte de que excede lo pedido, coarta de manera inaceptable la libertad contractual de las partes en cuanto fija por anticipado el término de vigencia de las futuras convenciones. 4. Si las partes que celebran una convención colectiva pueden libremente determinar que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a su firma, sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, lógicamente debe deducirse que el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, también puede hacerlo. Razones de diversa naturaleza que refuerzan este nuevo criterio de la Sala.

1. La convención colectiva comprende la regulación de las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, conforme a la definición legal. El vocablo "condiciones" es amplio, por lo que no puede restringirse al aumento de salarios, que si bien es el factor principal, no es único, ya que puede extenderse, como lo enseña la experiencia, a reivindicaciones más extensas. La resolución en tal sentido excede lo pedido. Además, como lo observa el recurrente, coarta la libertad futura de las partes, que bien pueden, en uso de la libertad contractual, acordar que la vigencia del acto jurídico sea anterior a la fecha de expiración del que le antecedió. Lo que en el fondo pretende la petición del pliego y acoge el laudo, aunque rebasando sus límites, es un pacto sobre el derecho de disposición futura, fenómeno distinto al de creación de prestaciones futuras, lo cual se sale del campo del derecho de obligaciones, pues las que emanan de esa fuente tienen por objeto dar, hacer o no hacer, dentro del cual no aparece hallar acomodo el que es materia de examen.

2. Ciertamente el Tribunal Supremo del Trabajo, primero, y luego esta Sala de la Corte, han estimado en casos análogos que las disposiciones de las convenciones colectivas y los laudos arbitrales sólo pueden regir hacia el futuro. Mas un nuevo examen de la cuestión la lleva a adoptar ahora un nuevo criterio, que se atempera mejor a los dictados de la equidad y al espíritu de coordinación económica y equilibrio social en que deben fundarse y desarrollarse las relaciones entre patronos y trabajadores, conforme a los principios que consagran los artículos 10. y 19 del C. S. T.

En este orden de ideas, la Sala observa lo siguiente:

I-. La circunstancia de que el artículo 467 del C. S. T., al definir la Convención Colectiva, le señale como finalidad la de fijar "las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia", no debe interpretarse rigurosamente en el sentido de que las estipulaciones convencionales sólo han de obrar en el futuro, puesto que es obvio que las partes, al poner término al conflicto, mediante la firma de una convención colectiva, tienen la facultad de asignar a ésta una vigencia que fije como punto de partida una fecha anterior a la en que se suscribe el acuerdo, considerando el momento en que hayan surgido los motivos determinantes del conflicto. Tal facultad de proyectar los ordenamientos convencionales hacia el pasado, no ha sido desconocida hasta ahora por la jurisprudencia ni la doctrina, y no cabe rechazarla, ya que simplemente es el efecto de la expresión de la voluntad de los sujetos de la convención, que, en el caso del trabajador, sólo estaría limitada por la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que le conceden las leyes, de acuerdo con el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

II-. Los patronos y trabajadores de una empresa que no sea de servicio público, disponen de la mencionada facultad dentro de las tres etapas del conflicto colectivo -arreglo directo, conciliación y huelga-, y los vinculados a una que si tenga ese carácter, en las dos primeras. Así, pues, trátese o no de un servicio público, a las partes que celebran la convención les compete determinar libremente que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a la de su firma.

III-. De la misma manera, la nueva convención puede proyectar sus efectos sobre el lapso de prórroga automática de la anterior, pues esta prórroga, de duración indefinida y destinada a regular las relaciones entre las partes, mientras se llega a un acuerdo, tiene carácter provisional, ya que dentro de ella se están negociando nuevas condiciones de trabajo, por virtud de un conflicto colectivo en curso, iniciado con pliego de peticiones, que supone la extinción de la vigencia normal de la convención anterior. Por tanto, las medidas que tomen en cuenta retrospectivamente el referido lapso de prórroga automática, no implican violación de situaciones jurídicas consolidadas o consumadas, como serían las que se gobernaron a su tiempo por las normas de la convención que va a ser sustituida.

IV-. La completa igualdad de posibilidades que las partes tienen en las dos primeras etapas del conflicto colectivo, para celebrar la convención, determinando el día inicial y el plazo de su vigencia, ya sea que se trate o no de empresas de servicio público, significa que la definición del artículo 467 del C.S.T. y la norma relativa a la prórroga automática, no impiden que las condiciones laborales acordadas en la nueva convención, entren a regir desde fecha pretérita, naturalmente sin invadir la vigencia del anterior, acordada expresamente por las partes.

V-. En la tercera etapa, cuando sin resultado positivo total se han cumplido las dos primeras, el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público, como es sabido, desemboca en la huelga, instrumento de presión que la ley concede a los trabajadores y que éstos utilizan para obtener condiciones ventajosas en la convención colectiva. Pero si el conflicto se ha suscitado entre patronos y trabajadores de un servicio público, pasa entonces al arbitramento obligatorio, lo cual tiende a evitar las consecuencias

sociales de la huelga, que indudablemente el constituyente ha estimado más graves en esta esfera que en la de actividades de otra índole.

Ahora bien: Si los trabajadores de una empresa que no está calificada como servicio público, puede inducir al patrono en el período de huelga al acuerdo de una convención colectiva de trabajo, que tendría los mismos alcances de las que se celebran en las dos primeras etapas, porque al respecto la ley no ha impuesto restricciones, no hay razón valedera para sostener que el laudo proferido en arbitramento obligatorio tenga un campo de acción más reducido, con las solas limitaciones que le son propias en virtud del artículo 458 del C.S.T., tanto menos si se considera que el artículo 461 de la misma obra equipara el laudo a la convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, condiciones que son el objeto fundamental así de la una como del otro. Esto es que si la convención puede reflejar hacia atrás sus efectos sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquella, lógicamente también puede hacerlo. Sería arbitrario restringir hacia el futuro la vigencia de las disposiciones de los laudos arbitrales, con base en una norma legal que se refiere específicamente a las convenciones colectivas y que, como se ha visto, no impide que éstas, en lo que atañe a relaciones ya existentes, tenga efectos retrospectivos.

VI-. No hay de donde inferir que la ley haya querido colocar a los trabajadores de los servicios públicos en condiciones de inferioridad frente al empeño de conquistar mejores condiciones de trabajo; y si los ha privado del derecho de huelga, ha sido simplemente con el fin de evitar los perjuicios que en algunos casos quizás sobrevendrían a la comunidad con el uso de tal medio de presión por esos trabajadores. En consecuencia, es forzoso admitir que el laudo arbitral, sin perjuicio de la limitación de que trata el artículo 458 del C.S.T., puede otorgarles a ellos las mismas ventajas o condiciones que con la convención colectiva, así sea lograda por la vía extrema de la huelga, pueden alcanzar los trabajadores no vinculados a un servicio público, o que aun a aquéllos mismos les es dado conseguir cuando la convención se firma en las dos primeras etapas del conflicto colectivo.

VII-. Sobra anotar que en el caso del arbitramento voluntario, sustituyendo los árbitros más directamente a las partes, puede llegar el laudo, sin violar facultades legales, o normas constitucionales, o situaciones jurídicas consumadas, a señalar las mismas condiciones que una convención colectiva de trabajo.

VIII-. Es obvio que toda carga económica nueva, derivada de las condiciones de trabajo fijadas por convención o laudo, implica una obligación que el patrono no tenía antes. Pero cuando para determinarla cuantitativamente se toma como punto de referencia un hecho anterior, apenas se le está dando un efecto retrospectivo, que no afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la convención o laudo preexistentes.

IX-. Desde el momento en que una convención colectiva o laudo vigente se denuncia y se inicia el proceso de las negociaciones colectivas, hay en potencia un cambio de las condiciones económicas establecidas en la convención o en el laudo denunciado, presumiblemente hacia un mejoramiento de las

mismas para los trabajadores, que consignan sus aspiraciones en el pliego de peticiones, siempre en escala ascendente, y, por tanto, es de suponerse que una empresa, por poco previsivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo.

X. La experiencia de los últimos años demuestra que por regla general las convenciones colectivas en nuestro país, principalmente en lo relativo a salarios, señala una fecha de vigencia anterior a la firma de las mismas. Lo propio ocurre con las leyes y decretos sobre el reajuste de salarios. Así, por ejemplo, la Ley 1a. del 10. de febrero de 1.963, dijo en su artículo 1o.: “Con retroactividad al 1o. de enero de 1.963, el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios, tanto en el personal civil de la administración pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el del sector privado. . .”. Y a continuación dispone aumento de salarios.

XI. En lo que hace a las facultades de los árbitros, la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que éstos, tratándose de los aspectos económicos, deciden en equidad. De esta naturaleza económica participan los aumentos de salario, naturaleza que no pierden por la simple circunstancia de que al determinarlos se tomen en cuenta factores pretéritos en cuanto a la fecha del laudo, pero posteriores al planteamiento del conflicto.

XII. En el caso que se examina, los árbitros profirieron el laudo siete meses después de iniciado el conflicto colectivo, como se anotó atrás, y por ello es equitativa su decisión de compensar en lo posible, durante ese lapso, las condiciones económicas de los trabajadores, que ya se vieron afectadas por los factores desfavorables cuya superación se buscó con el pliego de peticiones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

El 15 de noviembre de 1.962, el secretario de la Unión de Trabajadores del Atlántico (Utral), depositó ante la Inspección Nacional del Trabajo del mismo Departamento, un pliego de peticiones que, el Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia “Ciledco”, presentaba a la consideración de dicha Empresa, por intermedio de la Inspección del Trabajo.

El pliego en cuestión, constante de 33 peticiones, fue recibido por la Cooperativa el 21 del mismo mes de noviembre y, surtida su notificación, se entablaron las conversaciones de arreglo directo, según los documentos acompañados como anexos al expediente del fallo arbitral, el 13 de diciembre siguiente.

Durante la etapa de arreglo directo, las partes llegaron a acuerdo respecto de las cláusulas 7a., 17a., 20a., 22a., 23a., 26a., 27a., 28a., 29a., 30a. y 31a., como tácitamente se deduce del Acta de fecha 16 de enero de 1.963, según la cual, pasan a conciliación los siguientes puntos del pliego peticitorio: 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 8o., 9o., 10o., 11o., 12o., 13o., 14o., 15o., 16o., 18o., 19o., 21o., 24o., 25o. y 32o.

En desarrollo de la etapa de conciliación, iniciada el 1o. de febrero de dicho año, sólo fueron satisfactoriamente resueltas dos cláusulas, o sean, la 3a. y la 13a.

Por considerar fracasados los intentos conciliatorios, los comisionados, en acta número 4 del día 13 de febrero, resolvieron someter el diferendo al arbitramento obligatorio.

Fue así como el Ministerio del Trabajo, mediante la Resolución No. 00383 de marzo 4 de 1.963, constituyó el Tribunal Especial de Arbitramento, encargado de dirimir el conflicto, por haberse presentado éste en empresa catalogada por la Ley como de servicio público. Al efecto designó como árbitro, en representación del Gobierno, al doctor Diego de la Peña y reconoció al señor Vicente Caicedo M. y al doctor Roberto Guido Levy Ripoll como árbitros de los trabajadores y de la Empresa, respectivamente.

El Tribunal se instaló formalmente el día 1o. de junio de 1.963, ante el señor Inspector Nacional del Trabajo del Atlántico e inició sus deliberaciones el 3 del mismo mes. Como considerara insuficiente el término fijado por la ley para proferir su decisión, solicitó y obtuvo una prórroga de 10 días más, concedida por el Ministerio del Trabajo en Resolución que lleva el No. 01166, de fecha 18 de junio del citado año.

Oídas que fueron las partes por el Tribunal Arbitral y estudiados por él, según reza el fallo, todos los informes y datos que le fueron suministrados, procedió, el 26 de junio del año pasado, a dictar la decisión correspondiente. En la misma fecha, los representantes de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia "Ciledco" y del Sindicato de la misma, se notificaron del laudo.

En escrito de fecha 27 del mismo mes de junio, el señor Octavio de la Hoz Cohen, manifiesta que interpone el recurso de homologación a nombre de la Cooperativa. Es de anotar que el referido escrito no tiene fecha de presentación.

Mediante resolución de 28 de junio de 1.963, el Tribunal concede el recurso interpuesto y dispone el envío del expediente original a esta Sala, por conducto de la Inspección Nacional del Trabajo del Atlántico.

El expediente se recibió en la Secretaría de la Sala el 8 de julio del mismo año, en 3 legajos y fue repartido el 10 del mismo mes al Magistrado doctor Alejandro Córdoba Medina quien se declaró impedido para conocer, habiendo pasado a conocimiento del suscrito Magistrado ponente el 25 del citado mes de julio.

No cumplió la Inspección del Trabajo del Atlántico con lo prescrito en el art. 143 del C. de P. L., ya que no sólo no envió original el laudo arbitral a esta Superioridad, sino que retuvo, sin explicación, la mayoría de los antecedentes del conflicto y, por ello, desde el día siguiente al en que pasó el expediente a conocimiento del sustanciador, se le reclamaron aquél y éstos en forma insistente, como puede verse a folios 12, 18 y 65, lo mismo que por comunicación telefónica habida entre el Inspector de Barranquilla y el Secretario de esta Sala.

El 2 de octubre de 1.963. se recibieron algunos de los documentos solicitados, pues no lo fueron todos, y varios de los que se remitieron son copias sin ninguna autenticación. Por ello, hubo que seguir insistiendo ante el Inspector de Barranquilla, hasta lograr el envío del pliego de peticiones el 19 de noviembre siguiente.

Las partes consiguieron oportunamente apoderado y, en su favor, éstos han actuado ante la Sala, así: El representante del sindicato, presentó el 23 de agosto de 1.963, un escrito en el que solicita se decrete la regularidad del fallo

arbitral. El apoderado de la Cooperativa, el 16 de septiembre del citado año, allegó el memorial sustentatorio del recurso de homologación, y en él pide que se declare inexecutable en su integridad el laudo recurrido, ya que éste violenta los textos legales y constitucionales que señala en su impugnación. En nuevo escrito, presentado el 15 de octubre del mismo año, el procurador judicial del Sindicato, se opone a la prosperidad del recurso impetrado por la Cooperativa.

Llegado el momento de dictar la providencia correspondiente, procede a ello la Sala, previas las siguientes consideraciones:

Primera cuestión. (*Falta de motivación del laudo*).

La primera cuestión que plantea el escrito en que el apoderado de la Cooperativa sustenta el recurso de homologación, con diversos argumentos de orden constitucional, doctrinario y legal, es la falta de motivación del laudo.

SE CONSIDERA:

La sentencia arbitral que examina la Sala consta de los siguientes capítulos o partes: en primer lugar, se transcriben todas las cláusulas del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Trabajadores a la Cooperativa; en segundo término, se efectúa un relato de lo ocurrido en las etapas de arreglo directo y de conciliación. En cuanto al arbitraje se dice lo siguiente:

"ARBITRAMENTO. No habiendo sido factible el arreglo entre las partes, ni en las conversaciones directas, ni en la etapa conciliatoria, el Ministerio del Trabajo, al tenor de las disposiciones legales en vigencia sobre la materia, constituyó este Tribunal Especial de Arbitramento obligatorio, por Resolución No. 00383, de marzo 4 de 1.963. El Tribunal se instaló, ante el Inspector Jefe de la Inspección Seccional del Trabajo local (Encargado), doctor Jairo Danilo Devis Pereira, el día primero (1o.) de junio de 1.963 y se encuentra constituido por el doctor Diego de la Peña, nombrado por el Ministerio del Trabajo; por el señor Vicente Caicedo, nombrado por el Sindicato, y por el doctor Roberto Guido Levy Ripoll, designado por la Empresa. Como consta en el acta de instalación respectiva, el Tribunal designó como secretario a Roberto Gerlein E.

"En el curso de sus reuniones el Tribunal adelantó concienzudamente el estudio del Pliego de Peticiones sometido a su consideración, procurando en todo momento que las determinaciones del fallo tendiesen a una justa equidad, consultora de los intereses, tanto del SINDICATO, como de la EMPRESA. Las iniciativas y sugerencias de los representantes de las partes fueron analizadas con el mayor detenimiento y el examen pormenorizado de todos los factores, ya económicos o ya sociales que tuviesen la más mínima relación con ellas fue motivo de cuidadosa atención.

"En su afán de procurarse los mayores y mejores elementos de juicio, el Tribunal obtuvo de la EMPRESA y del SINDICATO todos los informes y datos posibles, procediendo luego a escuchar a los representantes de una y otra parte. El estudio del pliego, determinó, ante la extensión de las peticiones y su naturaleza, la prórroga, por diez (10) días, del término fijado en el Código Sustantivo del Trabajo.

"Constancia de la tarea desarrollada por el Tribunal queda en las Actas de las sesiones correspondientes y en mérito de las consideraciones que anteceden,

como de todos los Acuerdos aprobados por los árbitros en su estudio del pliego de peticiones, el Tribunal de Arbitramento, convocado por el Ministerio del Trabajo, en su Resolución No. 00383 de 4 de marzo de 1.963, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:”. Viene en seguida la decisión.

OBSERVA LA SALA:

Como aparece de los pasajes de la decisión arbitral transcritos anteriormente, contiene ella, aunque en breve síntesis, las razones en que se funda, relativas a las peticiones del pliego en su totalidad, expresando además, que en las deliberaciones del Tribunal, aquéllas fueron analizadas detenidamente, remitiéndose a lo que consta en las actas correspondientes.

No puede, pues, sostenerse que el laudo carezca en absoluto de motivación. No prospera el cargo.

Por razones de método, las cuestiones segunda, quinta y séptima se estudiarán al final.

Tercera cuestión. (*Suma anual no pedida para la Caja de Asistencia del Sindicato*).

El recurrente propone esta acusación así:

“Acuso el artículo 4o. de la parte resolutive del laudo de ser violatorio del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los textos 432, 437 y 452 de la misma obra y 143 del Código Procesal del Trabajo”.

Y añade:

“El ordenamiento arbitral que impugno es del siguiente tenor: “ARTICULO CUARTO. LA COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA LTDA. “CILEDCO”, entregará, cada año, a la Caja de Asistencia Social del Sindicato de sus trabajadores, la suma de TRES MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$3.000.00 m/l.)”.

“Conforme al precepto primeramente mencionado, los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes; y según el último de los dichos textos, el Tribunal de Arbitramento no puede extralimitar el objeto para el cual se le convocó. Cualquiera que sea el carácter de las peticiones de los trabajadores, económicas, jurídicas o mixtas, el Tribunal de Arbitramento tiene como base y como límite de sus atribuciones el pliego que presenta aquéllas, cuyo contenido constituye, según está ampliamente dilucidado por la doctrina y por la jurisprudencia de esa H. Sala, el petitum de sus demandas.

“Ahora bien; en parte alguna del pliego de peticiones presentado por los trabajadores a la consideración de “Ciledco”, aparece aspiración alguna de ellos para que se auxilie a la Caja de Asistencia Social del Sindicato con ningún dinero”.

SE CONSIDERA:

Ciertamente en ninguna parte del Pliego de Peticiones aparece solicitada la suma a que se refiere la decisión adoptada por el Tribunal en esta tercera

cuestión que plantea el recurrente. Y por la falta de motivación del laudo no se sabe a qué razones obedeció esta determinación arbitral.

En vista de que la acusación es justificada, la Sala no homologará este punto de la sentencia arbitral.

Cuarta cuestión. (Aumento especial de salarios a un empleado).

La acusación es de este tenor:

“El artículo undécimo de la parte resolutive del laudo viola los textos 458 del C.S.T. y 153 del C.P.T. en relación con los textos 432 y 452 de aquel estatuto, imponiéndose por ello su declaración de inexecutableidad.

“Por el ordenamiento arbitral indicado se aumenta el salario del jefe de la Sección de Fabricación de queso en la cantidad de un peso con ochenta y cinco centavo (\$1.85) sobre el salario básico diario que devengue y sin perjuicio del aumento general decretado por el artículo 9o. del mismo laudo. Por tratarse de violación semejante a la acusada en el cargo anterior la presento en este lugar, pues ocurre que el pliego de peticiones nada contiene sobre aumentos personales o singulares de sueldos, para casos individuales. La sola lectura de esa pieza así lo ostenta y ninguna consideración autorizaba a los arbitadores a decretar aumentos a determinados trabajadores en forma personal o individual. Debo agregar que en una de las actas de las deliberaciones del Tribunal (fl. 7 del cuaderno 3) aparece que el árbitro de los trabajadores fue quien consideró que el aumento para el señor Roque Macías en suma de \$ 1.60, debía quedar consignado como obligación de la Empresa. Los árbitros restantes manifestaron que por tratarse de una cuestión particular ello no era objeto propio del laudo. Sin embargo, posteriormente fue incluida, en cantidad de \$1.85. Al hacerlo así, se separaron abiertamente del *petitum*, extralimitaron sus funciones y violaron los textos legales en que fundamento esta acusación”.

SE CONSIDERA:

Para resolver este punto, a la Sala le basta considerar que se trata de una materia no solicitada en el Pliego de Peticiones. Y como es sabido, que el laudo arbitral debe conformarse, entre otras cosas, a dicho pliego, que equivale al *petitum* de las demandas corrientes; ostensiblemente surge que el fallo de los árbitros excedió la órbita de lo solicitado por los trabajadores. Hubo, pues, extralimitación de funciones, por lo cual este punto no es executable.

Sexta cuestión. (Salario igual para trabajo desigual).

Esta acusación textualmente dice:

“En el artículo octavo de la parte resolutive del laudo, el Tribunal ordenó: “La Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda, “Ciledco”, establecerá igual salario básico para todos sus choferes y ayudantes de los mismos. En consecuencia nivelará, por lo alto, dicho salario en relación con los choferes y ayudantes que presten sus servicios en las carreteras o en la ciudad”. Este ordenamiento arbitral es violatorio del artículo 143 del C.S.T. y solicitado por ello se le declare inexecutable.

“La falta de motivación de que adolece todo el laudo, y que ya acusé como violatoria de los textos reseñados en la primera cuestión, no permite conocer, respecto de este punto, las razones que hubiesen tenido los arbitadores para

disponer que la Cooperativa debe establecer un salario básico igual "para todos sus choferes y ayudantes de los mismos".

"Con todo, en alguna de las actas del cuaderno tercero se encuentra que uno de los árbitros "después de analizar las diferencias entre una y otra clase de choferes", manifestó que los de la ciudad estaban sometidos a un trabajo verdaderamente agobiador, razón ante la cual "el Tribunal aceptó nivelar por lo alto el salario básico de los choferes". Aunque este procedimiento de que se valió el Tribunal -el de remitir a las actas para el conocimiento de sus juicios- es notoriamente inconstitucional, si se acudiese a él para indagar los motivos del laudo en este punto, se encontraría que lo único cierto es que en el trabajo de los distintos choferes existen diferencias. Por otra parte, en las actas correspondientes a las etapas de arreglo directo y de conciliación aparece que en la empresa existen choferes y ayudantes de ellos, y que en esos grupos de trabajadores unos prestan sus servicios en la recolección de la leche y otros se ocupan del reparto de ella. Los que trabajan en este último oficio, los choferes de reparto, devengan, además de su sueldo básico una comisión sobre las ventas, lo que obviamente significa que no sólo manejan el vehículo sino que efectúan labor de venta, reciben dinero, rinden cuentas y demás operaciones anejas a este desempeño, que no ejecutan los de recolección y que justifica la existencia de la comisión.

"Ahora bien, es absurdo que se dé un mismo tratamiento retributivo a los choferes y a sus ayudantes. Si lo que el laudo en este punto quiere expresar es que tanto los unos como los otros devenguen el mismo salario, ese ordenamiento violaría el principio de a trabajo igual salario igual y su corolario de que a trabajo desigual y a trabajo mayor y más calificado no debe corresponder la misma remuneración. Los ayudantes, pues, no deben devengar el mismo salario básico que los choferes y el ordenamiento arbitral que así lo pretenda desconoce el principio mencionado y el texto legal que lo consagra en nuestra legislación positiva.

"Por otra parte, y en lo que se relaciona con los choferes de recolección y los de reparto, es asimismo notorio que teniendo éstos funciones de venta, recepción de dineros correspondientes a ella, rendición de cuentas y responsabilidad por estos actos que no ejecutan los primeros, lógicamente no debe remunerárseles con el mismo salario que a aquéllos. Y por ello hay actualmente sistemas distintos de retribución. Al disponer el laudo, en consecuencia, que se establezca un salario básico igual para todos, y que se nivele por lo alto el salario de todos los choferes, está desconociendo las distintas modalidades de los oficios y quebrantando el precepto legal que destaco, por cuanto si a trabajo igual debe corresponder salario igual, cuando el trabajo no es igual sino que hay uno más calificado, con mayores y con más responsabilidad, éste no puede merecer el mismo tratamiento que el trabajo menor, de menos funciones y responsabilidad. Y no es legal nivelarlo en la base con aquél, con desconocimiento de las distintas funciones y del sistema actual para que la mayor labor resulte debidamente retribuida; ni en la práctica resultará justo para los trabajadores, ni equitativo para la empresa pagar comisión adicional sobre un básico igual para todos los choferes. El ordenamiento del laudo se ostenta por todo ello violatorio de la ley y debe declararse inexecutable, como respetuosamente lo solicito".

SE CONSIDERA:

Este punto de la acusación es de los que tiene su explicación, aunque deficiente, en las Actas de las reuniones celebradas por el Tribunal, correspondien-

tes a los días 3 y 5 de junio de 1.963. Lo que de ellas se desprende es que lo resuelto por el Tribunal debe entenderse así: de un lado, el salario básico de los choferes será igual, es decir, para los trabajadores que desempeñan dicho oficio; y, por otra parte, que los salarios básicos de los ayudantes, entre sí, sin confundirlos con el de los choferes, también será igual, es decir, igual entre los ayudantes. De esta manera quedan separados los salarios básicos de los choferes y ayudantes. Entendida así la decisión arbitral no se presentan las infracciones legales planteadas por la entidad recurrente; máxime cuando el fallo recurrido se refiere exclusivamente al "salario básico"; por tanto, el punto podrá ser homologado y, en consecuencia, se desecha la acusación.

Segunda cuestión. (Cláusula de reserva y expiración del plazo presuntivo)

De esta acusación se destacan los siguientes pasajes esenciales:

"El artículo segundo de la parte resolutive del laudo materia del presente recurso viola los textos 458, 47, 48, 49 y 61, literales a) y g) del Código Sustantivo del Trabajo.

"El ordenamiento citado del laudo es del siguiente tenor: "ARTICULO SEGUNDO LA COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA LTDA. "CILEDCO", pagará a sus trabajadores en caso de ser retirados por uso de la cláusula de reserva o por expiración del contrato presuntivo de trabajo, las siguientes indemnizaciones: A) a los que hubieren cumplido un (1) año de servicio, cuarenta y cinco (45) días de salario; B) a los que hubieren cumplido hasta tres (3) años de servicio, cincuenta (50) días de salario; C) a los que hubieren cumplido hasta cinco años de servicio, sesenta (60) días de salario; D) a los que hubieren cumplido más de cinco (5) años de servicio, noventa (90) días de salario".

A continuación, el recurrente transcribe los arts. 48 y 61 del C.S.T.

Luego continúa:

"Ahora bien: como el laudo establece un régimen de indemnizaciones para el uso de la cláusula de reserva y para la terminación del contrato individual de trabajo por expiración de su plazo presuntivo, debo referirme separadamente a cada una de estas figuras, lo que, por otra parte, conviene mejor a la claridad de mi acusación.

"Cláusula de reserva. La falta de motivación de la sentencia, que acusé en el cargo anterior, impide conocer los razonamientos que hubiesen conducido al Tribunal de Arbitraje a la implantación del régimen que impugno. Las actas a que el laudo se remite tampoco contienen esas razones ni arrojan luz sobre el particular. Lo único que en ellas se encuentra es que los árbitros, sin expresar razón alguna, resolvieron mantener en principio la cláusula de reserva pero estableciendo un sistema indemnizatorio, nada de todo lo cual fue pedido así en el pliego de los trabajadores, lo que por sí solo infringe el artículo 458 C.S.T. Con todo, al interpretar la cláusula arbitral así sea sin conocimiento de sus motivos, que nunca sabremos, cabe entender que el Tribunal quiso significar una de dos cosas: la primera, que cuando la Cooperativa haga uso de la cláusula de reserva para retirar a sus trabajadores, esto es, cuando preavise con antelación no inferior a 45 días, la terminación de algún contrato individual de duración indeterminada, en el que haya pactado por escrito aquella facultad, o cuando pague los salarios correspondientes a ese lapso, debe indemnizar, además, a su trabajador,

con cuarenta y cinco días de salario si éste hubiese cumplido ya un año de servicio, o con cincuenta días de salario, si el trabajador hubiese cumplido tres años de servicio, o con sesenta días de salario, al que hubiese cumplido hasta cinco años de servicios, o con noventa días de salario, al que hubiese cumplido más de cinco años de servicios; y la segunda, que la obligación de avisar con 45 días de anticipación o de pagar en dinero el salario correspondiente a ese tiempo, se reemplaza por la indemnización que corresponda, según la graduación indicada. Trátese del pago de una suma adicional, conforme al primer supuesto, o de un régimen sustitutivo del establecido por el artículo 48 del C.S.T., según el otro entendimiento posible, lo cierto es que el Tribunal consagró un sistema distinto del que ordena el legislador, y violatorio del derecho a hacer uso de la cláusula de reserva en los términos que la legislación positiva consagra. Para concluir que es distinto, basta leer la cláusula arbitral; para saber que infringe el precepto citado sólo se necesita entender que los árbitros han instituido unas indemnizaciones que el legislador no tiene establecidas”.

En cuanto al plazo presuntivo, el acusador ataca la decisión arbitral diciendo que en parte alguna ha ordenado la ley que cuando el contrato de trabajo termina legalmente una de las partes deba indemnizar a la otra, ya que de acuerdo con aquella es un derecho de los contratantes quedar desvinculados al concluir el término pactado o presunto de la contratación, salvo pacto en contrario, y al disponer que no sea así viola el laudo los textos legales citados anteriormente.

SE CONSIDERA:

Dice la cláusula segunda del pliego petitorio: “Citedco suprimirá de sus contratos la cláusula de reserva y éstos se entenderán firmados por el término de un año. En caso de despido de un trabajador con más de dos (2) años de servicio, sin falta grave, será indemnizado con quince (15) días de salario por cada año de servicio”.

a). Cláusula de reserva.

No la suprime el laudo, como el propio recurrente lo admite. Se limita a establecer un régimen especial de indemnización en favor del trabajador para el evento en que la utilice el patrono. La institución de ese régimen es lo que el cargo considera violatorio de los preceptos legales relativos a la cláusula, porque en su concepto se trata de una estructuración legal, extraña a las facultades de los árbitros, y no de cuestión simplemente económica, aparte de que la indemnización se establece en favor del trabajador y no del patrono, no obstante que la cláusula, conforme al estatuto laboral, es un derecho otorgado a ambas partes. A todo lo cual observa la Sala que las normas del Código del ramo sobre la materia son imperativas en cuanto el árbitro no puede suprimir la cláusula, y de índole económica sus efectos, carácter que ostenta el fallo arbitral cuando decreta indemnizaciones. Que el sistema adoptado por el laudo beneficie únicamente al trabajador, se explica por la circunstancia de que es la clase asalariada la que en la contratación colectiva persigue reivindicaciones económicas y la afectada, en la mayoría de los casos, por el uso de la cláusula de reserva.

b). Plazo presuntivo.

El segundo aparte de la petición del pliego, solicita, para el caso de despido del trabajador que no haya incurrido en falta grave, determinada indemnización.

zación, tomando en cuenta el tiempo servido. También aquí, como en el caso anterior, no hay supresión del plazo presuntivo, sino, como lo sostiene el recurrente, regulación de sus efectos en el campo económico. Lo dicho a propósito de la cláusula es aplicable al plazo legal de que se trata.

Aunque la solicitud del pliego sólo pide indemnización para el caso de despido del empleado, sin falta grave, lo cierto es que la terminación del vínculo laboral por el advenimiento del plazo presuntivo o por obra de la cláusula, conducen al mismo resultado, esto es, el desempleo. Tal situación, en uno y otro caso, conduce al malestar social. Así debió entenderlo el fallo arbitral al interpretar en su integridad la petición en examen. Al decretar indemnizaciones en los dos eventos, quiso moderar los efectos de la medida, sin que la determinación al respecto exceda el límite de sus atribuciones. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Quinta cuestión. (*Vigencia de convenciones futuras*).

Dice la acusación:

“En el artículo séptimo de la parte resolutive del laudo el Tribunal dispuso que “toda convención colectiva que se firme, en lo sucesivo, entre la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. “Ciledco” y sus trabajadores comenzará a regir al día siguiente del término de vigencia de la convención colectiva inmediatamente anterior”. Al disponer esto los árbitros olvidaron que la convención colectiva es, según el artículo 467 del C.S.T., la que se celebra entre los sujetos de derecho que ese texto indica, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, que, en tal virtud, la convención colectiva y el laudo que en su lugar se profiera tienen una duración reglada por el legislador en los textos 478 y 479 del C.S.T.; que como en toda convención, las partes tienen derecho, al suscribirlas, en el futuro, de pactar la fecha inicial de sus ordenamientos, y que no se puede desde un laudo suprimir ni limitar ni condicionar ni regular la voluntad contractual futura de las partes contratantes. Por todo lo anterior resulta que los árbitros, al ordenar que en lo sucesivo toda convención que se suscriba comience a regir al día siguiente del término de la anterior, coartaron ilícitamente la voluntad futura de las partes, que bien pueden, directamente entre ellas, con oportunidad de la discusión de cualquier pliego, disponer cosa distinta a la que quieren imponerles desde ahora; regularon materia que no es de su incumbencia y violaron los textos 467, 468, 478, 479 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo acuso, con solicitud respetuosa de que se declare inexecutable este ordenamiento del laudo”.

SE CONSIDERA:

Solicita la cláusula 18o. del pliego:

“Para lo sucesivo todo aumento que se pacte será retroactivo al vencimiento del plazo acordado por las partes, empresa y sindicato, en los convenios colectivos de trabajo”.

La resolución del laudo, que el cargo transcribe, no se ajusta al pedimento, pues dispone que toda la convención y no simplemente los aumentos, comenzará a regir el día siguiente del término de vigencia de la convención anterior.

La convención colectiva comprende la regulación de las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, conforme a la definición le-

gal. El vocablo "condiciones" es amplio, por lo que no puede restringirse al aumento de salarios, que si bien es el factor principal, no es único, ya que puede extenderse, como lo enseña la experiencia, a reivindicaciones más extensas. La resolución en tal sentido excede lo pedido. Además, como lo observa el recurrente, coarta la libertad futura de las partes, que bien pueden, en uso de la libertad contractual, acordar que la vigencia del acto jurídico sea anterior a la fecha de expiración del que le antecedió. Lo que en el fondo pretende la petición del pliego y acoge el laudo, aunque rebasando sus límites, es un pacto sobre el derecho de disposición futura, fenómeno distinto al de creación de prestaciones futuras, lo cual se sale del campo del derecho de obligaciones, pues las que emanan de esa fuente tienen por objeto dar, hacer o no hacer, dentro del cual no parece hallar acomodo el que es materia de examen. Por lo expuesto, no es exequible lo resuelto por el Tribunal Arbitral.

Séptima cuestión. (Retroactividad del laudo).

Sostiene el impugnador que el laudo, en el artículo décimo sexto de su parte resolutive, viola los textos 458, 461, 467 y 479, inciso 2 del Código Sustantivo del Trabajo, el 16 de la misma obra y el 30 de la Constitución Nacional, en cuanto habiendo sido proferido el 26 de junio de 1963, fija la vigencia de las regulaciones arbitrales en 15 meses, contados a partir del primero de enero del mismo año.

Anota que "textual y lógicamente la Convención Colectiva, en el laudo que estatuye por ella, tiene como finalidad regular las relaciones futuras, no las cumplidas con anterioridad, las cuales estuvieron sometidas a reglas de derecho que produjeron sus efectos respecto de dichas situaciones anteriores"; que "es esta la concepción que corresponde a nuestro orden jurídico, basado en esta materia en el artículo 30 de la Constitución Nacional, que protege los derechos impidiendo que se desconozcan o vulneren por leyes o normas posteriores"; que la legislación común estructura ese orden jurídico mediante los artículos 27, 19 y 20 de la ley 153 de 1887; que ello ha encontrado registro expreso en el artículo 16 del Código del Trabajo, sobre efecto inmediato e irretroactividad de las regulaciones laborales; que, de otra parte, "La legislación especial consagra un régimen de vigencia para las convenciones colectivas y el laudo tiene tal carácter según el precepto 461 citado- régimen conforme al cual si dentro de los 60 días anteriores a su expiración no se manifiesta voluntad de darla por terminada, se prorrogan por períodos sucesivos de seis meses (art. 478 C.S.T.); y si se la denuncia válidamente conforme al artículo 479 de la misma obra, la convención continúa vigente hasta tanto se firme una nueva".

En apoyo de su tesis, cita algunas sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala de la Corte que, en su concepto, constituyen jurisprudencia constante, sólida y verdadera.

El opositor arguye que lo concerniente a vigencia de la convención (en este caso, el laudo), fue solicitado expresamente en las cláusulas diez y siete y diez ocho del pliego de peticiones; que si se pretende equiparar el laudo arbitral a la convención, siendo posible que en ésta se señale como fecha inicial de la vigencia la del vencimiento del plazo fijado para la anterior convención, lo mismo puede hacerse en el laudo; que en materia laboral, en lo relativo a los llamados derechos adquiridos, hay una excepción según la cual una disposición, acuerdo, convención o laudo arbitral pueden aplicarse antes de su expedición, figura ésta

que la Corte, en sentencia del año de 1.937, denominó "retrospectividad", de necesaria aplicación por el aspecto económico, para compensar la anormalidad económica, la desvalorización de la moneda y la creciente espiral del costo de la vida.

SE CONSIDERA:

Sobre este punto, la ponencia propuso que la decisión arbitral debía declararse inexecutable, acogiendo los argumentos del recurrente, fundados principalmente en la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en fallo del 18 de diciembre de 1.962 y en el proferido por el antiguo Tribunal Supremo en el de 25 de junio de 1.949. Al discutirse y votarse el proyecto del ponente, se produjo empate, pues dos de los cuatro Magistrados no compartieron su opinión. Para dirimir la diferencia fue sorteado un conjuer, y reanudado el estudio con participación de éste, obtuvo mayoría la tesis opuesta al proyecto, que va a exponerse a continuación:

El punto diez y siete del pliego de peticiones presentado el 15 de noviembre de 1.962, dice:

"Los aumentos que se pacten en la presente Convención empezarán a regir desde el 3 de diciembre del año en curso".

El laudo, proferido el 26 de junio de 1.963, más de siete meses después de iniciado el conflicto, dispuso en su artículo décimo sexto: "El presente laudo arbitral tendrá una vigencia de quince (15) meses, contados a partir del día primero (1o.) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1.963)".

Ciertamente el Tribunal Supremo del Trabajo, primero, y luego esta Sala de la Corte, han estimado en casos análogos que las disposiciones de las convenciones colectivas y los laudos arbitrales sólo pueden regir hacia el futuro. Mas un nuevo examen de la cuestión la lleva a adoptar ahora un nuevo criterio, que se atempera mejor a los dictados de la equidad y al espíritu de coordinación económica y equilibrio social en que deben fundarse y desarrollarse las relaciones entre patronos y trabajadores, conforme a los principios que consagran los artículos 1o. y 19 del C.S.T.

En este orden de ideas, la Sala observa lo siguiente:

I. La circunstancia de que el artículo 467 del C.S.T., al definir la Convención Colectiva, le señale como finalidad la de fijar "las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia", no debe interpretarse rigurosamente en el sentido de que las estipulaciones convencionales sólo han de obrar en el futuro, puesto que es obvio que las partes, al poner término al conflicto, mediante la firma de una convención colectiva, tienen la facultad de asignar a ésta una vigencia que fije como punto de partida una fecha anterior a la en que se suscribe el acuerdo, considerando el momento en que hayan surgido los motivos determinantes del conflicto. Tal facultad de proyectar los ordenamientos convencionales hacia el pasado, no ha sido desconocida hasta ahora por la jurisprudencia ni la doctrina, y no cabe rechazarla, ya que simplemente es el efecto de la expresión de la voluntad de los sujetos de la convención, que, en el caso del trabajador, sólo estaría limitada por la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que le conceden las leyes, de acuerdo con el artículo 14 del C.S.T.

II. Los patronos y trabajadores de una empresa que no sea de servicio público, disponen de la mencionada facultad dentro de las tres etapas del conflic-

to colectivo -arreglo directo, conciliación y huelga-, y los vinculados a una que sí tenga ese carácter, en las dos primeras. Así, pues, trátase o no de un servicio público, a las partes que celebran la convención les compete determinar libremente que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a la de su firma.

III. De la misma manera, la nueva convención puede proyectar sus efectos sobre el lapso de prórroga automática de la anterior, pues esta prórroga, de duración indefinida y destinada a regular las relaciones entre las partes, mientras se llega a un acuerdo, tiene carácter provisional, ya que dentro de ella se están negociando nuevas condiciones de trabajo, por virtud de un conflicto colectivo en curso, iniciado con pliego de peticiones, que supone la extinción de la vigencia normal de la convención anterior. Por tanto, las medidas que tomen en cuenta retrospectivamente el referido lapso de prórroga automática, no implica violación de situaciones jurídicas consolidadas o consumadas, como serían las que se gobernaron a su tiempo por las normas de la convención que va a ser sustituida.

IV. La completa igualdad de posibilidades que las partes tienen en las dos primeras etapas del conflicto colectivo, para celebrar la convención, determinando el día inicial y el plazo de su vigencia, ya sea que se trate o no de empresas de servicio público, significa que la definición del artículo 467 del C.S.T. y la norma relativa a la prórroga automática, no impiden que las condiciones laborales acordadas en la nueva convención, entren a regir desde fecha pretérita, naturalmente sin invadir la vigencia de la anterior, acordada expresamente por las partes.

V. En la tercera etapa, cuando sin resultado positivo total se han cumplido las dos primeras, el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público, como es sabido desemboca en la huelga, instrumento de presión que la ley concede a los trabajadores y que éstos utilizan para obtener condiciones ventajosas en la convención colectiva. Pero si el conflicto se ha suscitado entre patronos y trabajadores de un servicio público, pasa entonces al arbitramento obligatorio, lo cual tiende a evitar las consecuencias sociales de la huelga, que indudablemente el constituyente ha estimado más graves en esta esfera que en la de actividades de otra índole.

Ahora bien: si los trabajadores de una empresa que no esté calificada como servicio público, pueden inducir al patrono en el período de huelga al acuerdo de una convención colectiva de trabajo, que tendría los mismos alcances de las que se celebran en las dos primeras etapas, porque al respecto la ley no ha impuesto restricciones, no hay razón valedera para sostener que el laudo proferido en arbitramento obligatorio tenga un campo de acción más reducido, con las solas limitaciones que le son propias en virtud del artículo 458 del C.S.T., tanto menos si se considera que el 461 de la misma obra equipara el laudo a la convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, condiciones que son objeto fundamental así de la una como del otro. Esto es, que si la convención puede reflejar hacia atrás sus efectos sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, lógicamente también puede hacerlo. Sería arbitrario restringir hacia el futuro la vigencia de las disposiciones de los laudos arbitrales, con base en una norma legal que se refiere específicamente a las convenciones colectivas y que, como se ha visto, no impide que éstas, en en lo que atañe a relaciones ya existentes, tenga efectos retrospectivos.

VI. No hay de donde inferir que la ley haya querido colocar a los trabajadores de los servicios públicos en condiciones de inferioridad frente al empeño de conquistar mejores condiciones de trabajo; y si los ha privado del derecho de huelga, ha sido simplemente con el fin de evitar los perjuicios que en algunos casos quizás sobrevendrían a la comunidad con el uso de tal medio de presión por esos trabajadores. En consecuencia, es forzoso admitir que el laudo arbitral, sin perjuicio de la limitación de que trata el artículo 458 del C.S.T., puede otorgarles a ellos las mismas ventajas o condiciones que con la convención colectiva, así sea lograda por la vía extrema de la huelga, pueden alcanzar los trabajadores no vincula los a un servicio público, o que aún a aquellos mismos les es dado conseguir cuando la convención se firma en las dos primeras etapas del conflicto colectivo.

VII. Sobra anotar que en el caso del arbitramento voluntario, sustituyendo los árbitros más directamente a las partes, puede llegar el laudo, sin violar facultades legales o normas constitucionales o situaciones jurídicas consumadas, a señalar las mismas condiciones que una convención colectiva de trabajo.

VIII. Es obvio que toda carga económica nueva, derivada de las condiciones de trabajo fijadas por convención o laudo, implica una obligación que el patrono no tenía antes. Pero cuando para determinarla cuantitativamente se toma como punto de referencia un hecho anterior, apenas se le está dando un efecto retrospectivo, que no afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la convención o del laudo preexistentes.

IX. Desde el momento en que una convención colectiva o laudo vigente se denuncia y se inicia el proceso de las negociaciones colectivas, hay en potencia un cambio de las condiciones económicas establecidas en la convención o en el laudo denunciado, presumiblemente hacia un mejoramiento de las mismas para los trabajadores, que consignan sus aspiraciones en el pliego de peticiones, siempre en escala ascendente, y, por tanto, es de suponerse que una empresa, por poco previsivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo.

X. La experiencia de los últimos años demuestra que por regla general las convenciones colectivas en nuestro país, principalmente en lo relativo a salarios, señalan una fecha de vigencia anterior a la firma de las mismas. Lo propio ocurre con las leyes y decretos sobre el reajuste de salarios. Así, por ejemplo, la ley 1a. del 1o. de febrero de 1.963, dijo en su artículo primero: "Con retroactividad al 1o. de enero de 1.963, el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios, tanto en el personal civil de la administración pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el del sector privado.....". Y a continuación dispone aumento de salarios.

XI. En lo que hace a las facultades de los árbitros, la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que éstos, tratándose de los aspectos económicos, deciden en equidad. De esta naturaleza económica participan los aumentos de salario, naturaleza que no pierden por la simple circunstancia de que al determinarlos se tomen en cuenta factores pretéritos en cuanto a la fecha del laudo, pero posteriores al planteamiento del conflicto.

XII. En el caso que se examina, los árbitros protirieron el laudo siete meses después de iniciado el conflicto colectivo, como se anotó atrás, y por ello es equitativa su decisión de compensar en lo posible, durante ese lapso, las condi-

ciones económicas de los trabajadores, que ya se vieron afectadas por los factores desfavorables cuya superación se buscó con el pliego de peticiones.

Las razones expuestas llevan a la conclusión de que el artículo décimo sexto del laudo acusado, de fecha 26 de junio de 1.963, en cuanto dispone que éste tendrá una vigencia de quince meses, contados a partir del 1o. de enero del mismo año, y dado el hecho de que la petición respectiva se presentó el 15 de noviembre de 1.962, no es contrario, en lo tocante a las decisiones de orden económico, como es la relativa al aumento de salarios, a las normas constitucionales y legales que el recurrente estima infringidas.

En consecuencia, se le declarará exequible.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

Primero. Son inexequibles las disposiciones del fallo arbitral contenidas en los artículos cuarto, séptimo y undécimo.

Segundo. Se homologa el mismo fallo en sus demás disposiciones.

Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

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

Luis Alberto Bravo.- Roberto De Zubiría C. - Salvando voto- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez, Salvando voto-. Crótatas Londoño, Conjuez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS
DOCTORES ROBERTO DE ZUBIRIA C. Y JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ.

Sostienen los Magistrados disidentes que si bien las partes pueden acordar en conveni3n colectiva que la vigencia de la misma empiece antes de su firma, los 3rbitros no gozan de facultades suficientes para hacer una declaraci3n semeiante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL.

En cuanto a la fecha en que el laudo debe entrar a regir (10. de enero de 1.963), disintimos de la tesis adoptada en la sentencia. En nuestra opini3n, como fecha de vigencia del fallo arbitral ha debido acogerse la de su expedici3n (27 de junio de 1.963), sin perjuicio de extenderla, por razones obvias, a la de su notificaci3n. La que fija la resoluci3n de la Sala contraria preceptos de la Constituci3n y de la Ley. Es lo que se propone demostrar el voto disidente.

Para ello nada m3s oportuno que reproducir, como lo hac3a la ponencia, los argumentos consignados en el fallo de esta Sala de la Corte del 18 de diciembre de 1.962, decisorio del recurso de homologaci3n contra el laudo que defini3 el conflicto colectivo planteado a varios establecimientos bancarios por las correspondientes asociaciones sindicales, interpuesto por uno de aqu3llos, el Royal Bank of Canad3.

El fallo, tras la cita y contenido de los arts. 478 y 479-2 del C.S.T., transcribe estos apartes de la sentencia del 27 de enero de 1.961:

"Las facultades del 3rbitro dependen de la naturaleza del conflicto: si 3ste es de 3ndole econ3mica, aqu3llas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jur3dico, las facultades del 3rbitro son las que corresponden normalmente al Juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el Juez particular ser3 un 3rbitro arbitrador.

"Juzga 3ste (el arbitrador) el hecho litigioso seg3n su conciencia; aqu3l (el 3rbitro) de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formaci3n del contrato que ellas no pudieron concluir; adopta la f3rmula m3s conveniente para la soluci3n de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las peticiones del pliego en todo o parte, o transigir las pretensiones opuestas. El 3rbitro hace, no lo que las partes no pudieron realizar, sino lo que la ley manda que haga. Las distinciones que preceden han llevado a la doctrina a sostener que el fallo del arbitrador es constitutivo y de declaraci3n el que pronuncia el 3rbitro, pues su funci3n, como la del Juez ordinario, es decir el derecho".

Continúa el fallo antes citado:

“La intención clara del art. 479-2 del Código es la de no dejar las relaciones obrero-patronales sin reglamento alguno durante el período que corra desde la fecha de la expiración de la convención o laudo anterior hasta la creación del nuevo acto (convención o laudo) que lo sustituya. Cuando no se denuncia la convención vigente, el art. 478 del Código somete su duración al plazo presuntivo de seis meses; hecho el denuncia, el art. 479 *ibidem* gobierna el mismo fenómeno disponiendo que continúe en vigor la convención anterior.

“Para la Sala la petición de que el nuevo acto que debe reemplazar al precedente rija desde la fecha de la expiración de éste entraña en el fondo una acción de declaración, esto es, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador. Objeto de una declaración de tal especie es de ordinario toda una relación jurídica, pero según los autores puede abarcar también una de sus modalidades, como la relativa a su duración.

“De otro lado, objeto de la convención colectiva y por ende del laudo, es fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 467 del Código. Se ve claro que cualquiera de estos actos se destinan a regir las condiciones de trabajo que surjan con posterioridad a su expedición, luego el reglamento que acuerde no puede tener efectos hacia el pasado. Huelga advertir que las partes, en la convención, pueden convenir que la vigencia empiece antes de su firma. Les está permitido una estipulación retroactiva en uso de la libertad contractual, pero de este poder no goza el árbitro, pues una declaración en tal sentido no cabe dentro de sus facultades.

“El hecho de que la convención colectiva de condiciones de trabajo disponga para el futuro es lo que ha llevado a la doctrina a sostener que el laudo se asemeja a la sentencia constitutiva, pues el régimen que él establece surge de sus disposiciones.

“La casación del trabajo ha tenido oportunidad de estudiar lo concerniente a la retroactividad de los fallos arbitrales llegando a la conclusión de que sus ordenamientos rigen para el futuro, no hacia el pasado. En fallo del 25 de junio de 1.949 (G. del T., tomo 4o., pág. 602 y ss.) dijo el Tribunal Supremo:

“El laudo arbitral tiene un carácter notorio de reglamentación nueva, de estatuto que reforma las relaciones anteriores, de norma reguladora de una situación distinta de la que precisamente aspira a modificar el pliego petitorio. Desde este punto de vista señala y constituye un nuevo estado para las partes y sin perder sus calidades peculiares, es una sentencia constitutiva de nuevos derechos y obligaciones. Mal puede entonces volver hacia lo pasado para producir efectos sobre situaciones jurídicas que quedaron lícita y definitivamente concluidas. Su campo de aplicación es precisamente un nuevo estado de cosas, o como lo explica la doctrina, los árbitros estatuyen equitativamente una nueva relación jurídica, que rige las relaciones entre las partes para lo futuro (Ernesto Krotoschin, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 161). Y si bien este mismo autor, después de señalar la anterior norma general, admite la posibilidad de determinar ciertos efectos retroactivos, la subordina a la misma medida en que las leyes en general pueden establecer tales efectos.

“En síntesis -expone el fallo- los árbitros están revestidos de libertad discrecional para decidir el conflicto sometido a su estudio; pero tal libertad tiene

sus límites en la Constitución y en las Leyes. Y en tratándose del régimen de salarios, no puede modificarlo con efecto retroactivo, porque su misión consiste en establecer una nueva reglamentación, que reemplaza a la anterior lícitamente concertada. Sus ordenamientos, sobre esta materia, deben mirar al futuro, que es su ámbito propio de validez temporal. Mas si no lo indicasen expresamente, o si el indicado fuese declarado inexecutable al revisarse la regularidad del laudo, sus cláusulas homologadas sólo entrarán en vigor a partir de la fecha de la notificación de la decisión arbitral. Así lo exigen el art. 30 de la Constitución Nacional; el espíritu general de nuestra legislación que protege la seguridad de las relaciones jurídicas; la doctrina y los principios procesales, que aun aplicados sin desconocimiento de la materia especial, obligan a calificar los laudos como sentencias sui generis, pero en todo caso sentencias constitutivas que no pueden producir efectos en el pretérito'".

La sentencia de diciembre de 1.962, comenta así los pasajes antes insertos:

"Es importante anotar que el fallo en referencia fue proferido bajo el imperio de la legislación anterior al actual Código del Trabajo, vigente desde 1.951. El punto relativo a la prórroga de la convención colectiva o del laudo arbitral no lo contempla aquélla, como sí lo hace el Código en las normas que se citaron anteriormente. Por tanto, si la tesis del fallo en mención sobre irretroactividad del laudo fue deducida, por vía de doctrina, de preceptos de la Ley Fundamental y del espíritu general de la legislación, frente a la ley en vigor cobra todavía más fuerza, ya que ésta (art. 479-2 del C.S.T.) establece, de modo imperativo, que el régimen de condiciones de trabajo vigente se prolongue hasta la firma de una nueva convención, o, en su caso, del laudo arbitral".

La sentencia de la Sala, sin rectificar, como era su deber, en sus fundamentos esenciales, la doctrina que se deja expuesta, sienta una nueva, opuesta a la contenida en las providencias de que se ha hecho mérito. A ella nos referimos a continuación, examinando las razones que la sustentan en el mismo orden en que el fallo las presenta.

I. Que los sujetos de la convención colectiva estén facultados para proyectar sus ordenamientos hacia el pasado, no fue argumento de la ponencia para sostener que por ese motivo el laudo es retroactivo y, por tanto, inexecutable. En este punto, la sentencia se encarga de desvirtuar la afirmación, pues anota que la jurisprudencia no ha negado la licitud de estipulaciones retroactivas de origen contractual. Si ello es así, el razonamiento es inconducente. Nuestra opinión sobre el particular es la consignada en el fallo de diciembre de 1.962, que dejamos reproducido en lo pertinente. Para mayor claridad volvemos a transcribir el siguiente paso: "Huelga advertir que las partes pueden convenir que la vigencia (se refiere a la convención) empiece antes de su firma. Les está permitido una estipulación retroactiva en uso de la libertad contractual, pero de este poder no goza el árbitro, pues una declaración en tal sentido no cabe dentro de sus facultades".

Tesis igual a la del punto I, repite la sentencia en los puntos II, III y IV. En ellos afirma que las partes tienen facultad para acordar en la convención colectiva que sus estipulaciones comiencen a regir desde fecha anterior a su firma. La insistencia en el mismo argumento no autoriza para atribuirle la fuerza de convicción que en él pretende ver la Sala. ◻

El punto V se refiere al caso en que el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público fracase en las dos primeras etapas y se solucione por

las partes durante el período de huelga, y al evento en que se suscite el conflicto en los servicios públicos, en los cuales el único arreglo posible es el laudo en arbitraje obligatorio.

En síntesis, sostiene la sentencia, que si la convención colectiva puede producir efectos hacia el pasado, el laudo, que tiene el mismo valor en cuanto a las condiciones de trabajo, conforme a la ley, está facultado para estatuir en igual forma.

Funda la observación en las normas de los artículos 467 y 461 del C. S. T. El primero define la convención colectiva, expresando que su objeto es "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia". El segundo, dice que "el fallo arbitral pone fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo" (inciso 2).

De los dos ordenamientos el fallo hace una doble interpretación frente a la misma situación de hecho. Aplica al laudo en su integridad, el art. 461; lo sustrae del imperio del 467, para decir que, si conforme a su texto, los efectos de la convención colectiva miran al futuro y no al pasado, su aplicación debe concretarse a ese acto jurídico y no al laudo. Si puede éste regir las condiciones de trabajo antes de su expedición, en opinión de la sentencia.

No vemos ninguna lógica en el razonamiento. Más aún, toda la argumentación del fallo queda sin piso con la exégesis que hace de los dos preceptos, porque si mediante convención colectiva las partes pueden disponer hacia el pasado -como lo afirma la decisión- la observación de que no debe aplicarse al laudo el principio consagrado en el art. 467, resulta inaceptable, ya que, conforme a él, el régimen que aquélla establezca en cuanto a las condiciones de trabajo, deberá regir hacia el futuro.

Hemos dicho que la convención colectiva, obra de la voluntad de las partes, puede estatuir hacia el pasado, no obstante la definición que de ella trae la ley, en atención a que los contratantes, en uso del derecho de disposición y con aplicación del principio de la libertad contractual, pueden convenirlo así.

También hemos sostenido que del mismo derecho no gozan los árbitros, porque no es su voluntad la que impera con extensión igual a la de los sujetos del conflicto, sino la ley, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 458 del C. S. T. Esta previsión legal está indicando con toda claridad que el laudo debe decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las dos primeras etapas del conflicto. Luego su esfera de acción no es igual a la de las partes, porque no va a definir el diferendo como habrían podido solucionarlo los sujetos del conflicto, sino, en equidad, según su conciencia, si es de índole económica, con sujeción al *petitum*, y dentro del marco trazado por el citado canon legal, si lo que define son cuestiones jurídicas, no sin advertir que la decisión sobre intereses simples tampoco puede lesionar normas imperativas de superior jerarquía. Sobre el punto nos remitimos a la doctrina contenida en el fallo arbitral del 27 de enero de 1.961 (G. J. T. XCIV, págs. 723 y ss).

V. Sostiene la sentencia en este punto que el laudo del conflicto colectivo en empresas de servicio público debe otorgarles a los trabajadores de empresas de otra índole, los mismos beneficios que éstos logran obtener cuando durante el período de huelga y como consecuencia de este instrumento de coacción, celebran una convención colectiva para ponerle término a aquélla. En otros términos,

que el laudo del arbitraje obligatorio debe procurarle a los asalariados las mismas ventajas que mediante la huelga consiguen los vinculados a empresas que no son de servicio público.

Observamos que el argumento no tiene base en qué apoyarse. Tendría fuerza si previamente se demuestra que las conquistas obtenidas en convenciones colectivas celebradas para ponerle término a una huelga, son superiores a las que, sin tal sistema de presión, conciertan los trabajadores de empresas de servicio público. Los simples supuestos no sirven para edificar sobre ellos ningún razonamiento aceptable.

VI. La afirmación que hace la sentencia en este punto carece de toda consistencia. El fallo del 27 de noviembre de 1961 sienta el principio de que el arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que no pudieron ellas concluir, pero no para adoptar las disposiciones que hubieran podido pactar los contratantes, sino para acogerlas en todo o parte, rechazarlas, o transigir las pretensiones opuestas. Si en el arbitraje voluntario, se puede establecer el mismo régimen que las partes hubieran podido estipular, no quiere ello decir que la resolución deba ser siempre en igual sentido. Si los árbitros gozan de facultad para no acoger en su totalidad las pretensiones del pliego petitorio, para reducirlas, y aún para negarlas, el argumento en examen pierde toda eficacia.

VII. Los puntos VIII y IX desarrollan la misma idea. No negamos que la empresa frente a un conflicto colectivo adopte las previsiones de que habla la sentencia. Se trata de un hecho incierto, que puede ocurrir o no. La sentencia parte de la base de que, en todos los casos, la convención colectiva o en su defecto el laudo en arbitraje obligatorio, impondrá a la empresa nuevas cargas económicas, lo cual no es cierto. Es obvio que si la capacidad financiera de aquélla no las soporta, se abstendrá de hacerlo. En tal evento, ninguna alteración sufrirá la situación anterior. Por fuerza de las circunstancias el nuevo acto jurídico se verá obligado a mantener el mismo régimen de condiciones de trabajo imperante.

En cuanto al punto X, no es valedero el argumento de que las convenciones colectivas, de ordinario, señalan una fecha de vigencia anterior a su firma. Hemos dado las razones para demostrar que, si así sucede, tiene su fundamento en el principio de la libertad contractual.

La observación de que la ley 1a. de 1963, como tantas otras, ordenen reajustes de salarios con retroactividad, no sólo en favor de empleados oficiales sino particulares, no es argumento de recibo. Por mandato constitucional, el Estado debe procurar al trabajo humano la debida protección. En desarrollo de ese principio, puede el legislador imponerle cargas a la empresa privada, en favor de los trabajadores, en la forma que estime conveniente. Empero ello no demuestra que la facultad del Estado, a través de la ley, norma de conducta impuesta a los asociados en sus relaciones jurídicas, con carácter general e impersonal, sea igual a la que tienen los particulares, que sólo miran sus propios intereses.

En relación con la tesis que la sentencia sostiene en los puntos XI y XII, observamos lo siguiente:

En cuanto a los aumentos de salarios, estima la Sala que la decisión es justa, ya que compensa en lo posible los perjuicios que sin ella sufrirían los trabajadores en el período transcurrido entre la promoción del conflicto y la expedi-

ción del fallo. Se trata en su concepto de una resolución de naturaleza económica, que al árbitro le está permitido tomar en equidad, conforme a la jurisprudencia.

Impresiona el argumento, pero su fuerza es más aparente que real. No compartimos la opinión de la Sala porque en nuestro concepto, vulnera claras normas de derecho positivo. En efecto: dispone el art. 479-2 del C.S.T., que denunciada oportunamente la convención colectiva, continúa ésta vigor en hasta que se firme la que debe reemplazarla. Todo el complejo de las relaciones económicas gobernadas por la convención y sus repercusiones en el campo jurídico, caen bajo el imperio del precepto. No es, pues, el caso de apelar a la doctrina recibida por la jurisprudencia, de acuerdo con la cual, en las cuestiones de intereses simples el árbitro está facultado para decidir en equidad, y, en consecuencia, puede retrotraer los efectos de la decisión a época anterior a la que marca la disposición, aunque se la denomine simplemente retrospectiva, como lo afirma el fallo, y no retroactiva. Debe observarse que la norma no es simplemente dispositiva en forma tal que permita una resolución contraria a su contenido; sino imperativa y, por ende, de rigurosa observancia. Por obra del precepto, que manda regir la convención denunciada conforme al régimen en ella establecido, las obligaciones nacidas durante su vigencia dieron lugar a situaciones que el art. 16 de la obra citada considera definidas y consumadas. Si el fallo arbitral las aumenta, pierden esa cualidad, convirtiéndose en provisionales. La seguridad jurídica, que es el pensamiento en que se inspira la previsión legal mencionada, se desquicia. Su consecuencia es la lesión de derechos adquiridos, que a una amparan la regla legal que se comenta y el art. 30 de la Constitución Nacional. Una valla infranqueable a decisiones de tal naturaleza impone el art. 458 del Código del ramo, pues según su texto el laudo no puede resolver el conflicto en oposición a mandatos del constituyente o del legislador. Si el art. 479-2 resulta inconveniente, ello no autoriza para desconocerlo, ya que no es misión de la justicia arbitral, como no lo sería de la jurisdicción estatal, la enmienda de la ley, atribución exclusiva de quien tiene el encargo de expedirla, según conocidos principios de derecho público, sancionados por la Carta Política.

Dejamos así consignado nuestra modesta opinión sobre el tema analizado, no sin dejar testimonio del respeto que nos merece la tesis acogida en la sentencia que, a diferencia de la nuestra, cuenta en su apoyo con la reconocido autoridad científica de sus autores.

Bogotá, D.E., veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. CARGA DE LA PRUEBA. RECLAMACION DE DIVERSAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES.

1. En casación sólo influyen los preceptos legales que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. 2. No basta, en casación, que la sentencia acusada se haya equivocado en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o de derecho. No es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas disposiciones legales, la errónea interpretación de la ley y su violación indirecta por errónea estimación de pruebas. 3. En el supuesto de que trata el artículo 267 del C.S.T., incumbe al empleado probar el despido sin justa causa. 4. La violación de un canon legal por errónea interpretación, es motivo extraño al análisis probatorio.

1. El primer cargo acusa violación directa del artículo 127 del C. S.T. El recurrente arguye que la sentencia acusada sostiene que no se debe salario en especie, porque el que recibió en dinero el trabajador fue justo y equilibrado, y además, que dentro del sueldo que devengó fue incluida la retribución en especie.

SE CONSIDERA:

El artículo 127 del C.S.T. define el salario y señala los diversos elementos que lo integran. No consagra en concreto, ningún derecho en favor del trabajador, y es bien sabido que en casación sólo influyen los preceptos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Otra es la norma legal que impone al patrono la obligación de pagar el salario pactado, cualquiera que sea la forma convenida por los contratantes. De lo expuesto se sigue que la proposición jurídica resulta incompleta, pues en la decisión de derecho incide no sólo el artículo 127 sino el que impone al patrono la obligación de satisfacer la remuneración por los servicios del empleado, respecto del cual, el cargo guarda silencio. Sin el lleno de tal requisito el reparo no es atendible.

2. El cargo acusa violación de las normas legales que relaciona por errónea interpretación, esto es, de modo directo, y a la vez, por su infracción indirecta, derivada de la errónea estimación de pruebas. La Sala observa al respecto que no constituye vicio de la sentencia capaz de conducir a su quiebra la circunstancia de que se equivoque en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o de derecho. Además, prescindiendo de la anotada informalidad, no es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas dispo-

siciones legales, los dos motivos mencionados, pues sus fundamentos no sólo son distintos sino inconfundibles, ya que se presenta la errónea interpretación de la norma cuando se toma en cuenta únicamente su contenido sin vinculación alguna con los medios probatorios, en tanto que el quebranto indirecto de la misma se da a través de la valoración que de ellos haya hecho o dejado de hacer la resolución impugnada, en oposición a lo que de tales medios resulta demostrado.

3. El concepto de que cuando el trabajador ha trabajado por más de quince años, corresponde al patrono la demostración del despido, y si aquél alega que fue injustificado, incumbe al empleador probar lo contrario, no se atempera al contenido del artículo 267 del C.S.T., señalado por el recurrente, pues de sus términos se deduce que incumbe al empleado acreditar el despido sin justa causa, debiendo considerarse como tal cualquiera de las previstas en los artículos 62 y 63 del mismo código, y en su caso, las contempladas por las partes en los actos jurídicos a que se refieren dichos preceptos en los numerales correspondientes.

4. Los demás argumentos del acusador se salen de la órbita de violación del canon legal por errónea interpretación. Se encaminan a demostrar que está acreditado en autos el tiempo de servicios en extensión superior a quince años, extremo que la sentencia acepta, y que el contrato expiró, según afirmación del patrono, por haberse constituido una nueva sociedad que debía encargarse de la explotación del negocio. Este último aspecto lo estudia la sentencia, llegando a la conclusión, con base en la declaración de uno de los testigos, que el contrato terminó por retiro voluntario del empleado. Se trata, como se ve, de una cuestión de hecho, extraña al motivo de casación alegado, el cual no permite el análisis de pruebas y su estimación por el fallador a intento de investigar si la norma legal fue entedida correctamente o con desacierto. El error de juicio en la valoración de las pruebas, como el que pueda presentarse por su inestimación, da lugar a motivo de casación distinto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, treinta de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario laboral promovido por Antonio José Valencia contra Bernardo Mejía Marulanda.

- I -

FUNDAMENTOS DE HECHO.

Valencia entró al servicio de cocina del establecimiento denominado Gran Hotel el 22 de julio de 1.939, y laboró después en la misma empresa desde el 20 de diciembre de 1.942, bajo la dependencia de Mejía Marulanda, quien adquirió por compra el Hotel, hasta el 20 de diciembre de 1.958, habiendo desempeñado, desde el 7 de agosto de 1.957 el cargo de maestro principal. El 23 de diciembre de aquel año el administrador del Hotel liquidó sus prestaciones por

tres años y medio de servicios, sin incluir el preaviso legal y los salarios que faltaban para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo. Por el primer concepto el actor tiene derecho al reconocimiento de la suma de \$984.00, teniendo en cuenta el salario en dinero y el valor de la alimentación (\$200.00 mensuales), o la suma de \$1.312.00, valor del sueldo por el tiempo que faltaba (2 meses) para la expiración del plazo presuntivo. Tiene también derecho a los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, por haber sido despedido sin justa causa, los cuales ascienden a la suma de \$10.000.00, y a una pensión de jubilación equivalente al 750/o de la ordinaria, cuando cumpla cincuenta años de edad, en cuantía de \$492.00, en atención a que laboró al servicio de la empresa por más de quince años. Adquirió el derecho a la pensión especial porque fue despedido por el patrono en forma unilateral y de manera intempestiva y con el fin de impedir que cumpliera la edad reglamentaria y el consiguiente derecho a la pensión común u ordinaria. Deben reajustarse la cesantía, primas y vacaciones, "conforme a una liquidación real sobre la capacidad del trabajador y su labor".

- II -

LA LITIS.

Con base en los hechos expuestos suplica el demandante que por sentencia se haga la declaración de que entre las partes existió un contrato de trabajo. Con base en ella pide que se condene al demandado a pagarle lo siguiente: la suma de \$984.00 por preaviso, o la de \$1.312.00, valor de los salarios por el tiempo que faltaba "para completar el contrato presuntivo de trabajo"; \$10.000.00 por daño emergente y lucro cesante, derivados de su despido intempestivo; \$492.00 a título de jubilación especial; \$350.00 por reajuste de alimentación.

La respuesta a la demanda acepta el vínculo de trabajo pero sólo a partir de 1.947 hasta el 30 de noviembre de 1.958, advirtiendo que los servicios no fueron continuos y que el contrato terminó por retiro del empleado. Manifiesta que a éste le fueron cubiertas sus prestaciones. Niega los demás hechos, diciendo respecto de algunos de ellos que son simples apreciaciones del demandante. Propuso las excepciones de pago y carencia de acción.

- III -

LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primer grado, proferido por el Juzgado del Trabajo de Pereira, absuelve al demandado de todos los cargos, sin costas.

El de segundo, dictado por el Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, confirmó el del Juzgado a quo. No contiene condena en costas.

La parte vencida interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido. Aquí fue admitido por la Sala y sometido al trámite de rigor.

- IV -

LA DEMANDA DE CASACION.

Persigue la "revocación de la sentencia de segundo grado" en cuanto desconoció las obligaciones del patrono, cuyo reconocimiento solicita la demanda inicial, debiendo tomarse en cuenta para su liquidación el salario en especie.

Formula cuatro cargos con base en la causal primera de casación.

Primer cargo.

Violación directa del art. 127 del C.S.T.

Para demostrarlo, arguye el recurrente:

Sostiene la sentencia que no se debe salario en especie, porque el que recibió en dinero el trabajador fue justo y equilibrado, y además, que dentro del sueldo que devengó fue incluida la retribución en especie.

En el aparte que lleva por título "Análisis de la prueba", dice: Se demostró pericialmente que el empleado ganaba un salario en dinero de \$456.00, y que su valor, incluida la alimentación, ascendió a la cantidad de \$656.00. El patrono confiesa, en la respuesta a la demanda, que le suministraba al empleado la alimentación, por lo cual no se requería otra prueba para demostrar el salario en especie. La primera es suficiente "para la demostración del cargo en la violación directa de la ley por parte del sentenciador de segundo grado".

SE CONSIDERA:

El art. 127 del C.S.T. define el salario y señala los diversos elementos que lo integran. No consagra, en concreto, ningún derecho en favor del trabajador, y es bien sabido que en casación sólo influyen los preceptos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Otra es la norma legal que impone al patrono la obligación de pagar el salario pactado, cualquiera que sea la forma convenida por los contratantes. De lo expuesto se sigue que la proposición jurídica resulta incompleta, pues en la decisión de derecho incide no sólo el art. 127 sino el que impone al patrono la obligación de satisfacer la remuneración por los servicios del empleado, respecto del cual el cargo guarda silencio. Sin el lleno de tal requisito el reparo no es atendible.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Violación de los art. 22, 23, 24, 25, 37, 63, 129, 249 y 306 del C.S.T., por mala aplicación y por su falta de apreciación, "habiendo cometido el error por apreciación errónea de las pruebas".

En desarrollo del cargo dice el recurrente que no obstante haber aceptado la sentencia el contrato de trabajo, lo desestimó, porque tuvo en cuenta como prueba de las deudas laborales, la liquidación que de ellas hizo el patrono, la cual no incluyó el salario en especie; que por tal motivo incurrió en interpretación errónea de la ley, o violación indirecta de la misma". Agrega que el ad-quem no quiso tener en cuenta la inspección ocular, no obstante hallarse probado el tiempo de servicio y el salario; que por no haberle dado su verdadero sentido al contrato laboral, violó las normas legales relacionadas; que el demandante se hizo acreedor a las prestaciones sociales que reclama, ajustadas al salario real, con imputación del devengado en especie, que la referida liquidación omitió. Por esto es factible, concluye el cargo, que éste prospere, ya que el fallo no supo definir en su integridad el contrato de trabajo y los derechos a él inherentes, aceptando "que en los salarios se encontraban justipreciados los reajustes pedidos, y, asimismo, en las prestaciones recibidas".

SE CONSIDERA:

El razonamiento da a entender que la sentencia incurrió en error de hecho por no haber condenado al reajuste de las prestaciones sociales, con imputación del salario en especie, que el patrono omitió al efectuar la liquidación de aquéllas. A lo cual observa la Sala, que, para tal fin, presupuesto indispensable era el de haberse demostrado previamente la cuantía del salario en dinero como el correspondiente a la asignación en especie, e igualmente, el hecho de haber cubierto el patrono únicamente el importe de la retribución en dinero. Sobre tales extremos no hay prueba en el proceso, como lo anota la sentencia. Nada dice el recurrente para destruir este fundamento de la decisión.

De otro lado, el cargo acusa violación de las normas legales que relaciona por errónea interpretación, esto es, de modo directo, y la vez, por su infracción indirecta, derivada de la errónea estimación de pruebas. La Sala observa al respecto que no constituye vicio de la sentencia capaz de conducir a su quiebra la circunstancia de que se equivoque en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o de derecho. Además, prescindiendo de la anotada informalidad, no es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas disposiciones legales, los dos motivos mencionados, pues sus fundamentos no sólo son distintos sino inconfundibles, ya que se presenta la errónea interpretación de la norma cuando se toma en cuenta únicamente su contenido sin vinculación alguna con los medios probatorios, en tanto que el quebranto indirecto de la misma se dá a través de la valoración que de ellos haya hecho o dejado de hacer la resolución impugnada, en oposición a lo que de tales medios resulta demostrado.

Basta lo expuesto para el rechazo del cargo.

Tercer cargo.

Violación del art. 267 del C.S.T. por errónea interpretación.

Para demostrarlo dice el recurrente:

La inspección ocular demuestra que el actor prestó servicios de 1.943 a 1.958, en lapso superior a 15 años, y además que fue suspendido por el patrono en sus labores; prueban las declaraciones de Francisco Buitrago y Marco Antonio Bueno que el tiempo servido comprendió el periodo de 1.939 a 1.942. En este último año el demandado adquirió el establecimiento del dueño anterior, tomando a su cargo las prestaciones de los trabajadores vinculados al antiguo patrono. En diciembre de 1.958 Mejía Marulanda retiró del servicio al demandante, alegando la constitución de una nueva sociedad a cuyo cargo quedó la explotación del Hotel, pero como no demostró ese hecho, debe concluirse que el retiro fue obligado y, en consecuencia, que el trabajador adquirió el derecho a la pensión especial de jubilación que a su favor consagra el art. 267. Cuando el trabajador ha laborado por más de 15 años, corresponde al patrono la demostración del despido, y si aquél alega que fue injustificado, incumbe al empleador probar lo contrario.

Se estudia el cargo:

Nada sostiene la sentencia contrario al recto entendimiento del art. 267, por lo cual el reparo de que lo violó por errónea interpretación, carece de fundamento.

El concepto de que corresponde al patrono probar el despido del trabajador si ocurre después de 15 años de servicios, y a éste lo contrario si alega que fue injustificado, no se atempera al contenido de la norma, pues se deduce de sus términos que incumbe al empleado acreditar el despido sin justa causa, debiendo considerarse como tal cualquiera de las previstas en los art. 62 y 63 del C.S.T., y en su caso, las contempladas por las partes en los actos jurídicos a que se refieren dichos preceptos en los numerales correspondientes.

Los demás argumentos del acusador se salen de la órbita de violación del canon legal por errónea interpretación. Se encaminan a demostrar que está acreditado en autos el tiempo de servicios en extensión superior a 15 años, extremo que la sentencia acepta, y que el contrato expiró, según afirmación del patrono, por haberse constituido una nueva sociedad que debía encargarse de la explotación del negocio. Este último aspecto lo estudia la sentencia, llegando a la conclusión, con base en la declaración de uno de los testigos, que el contrato terminó por retiro voluntario del empleado. Se trata, como se ve, de una cuestión de hecho, extraña, como se anotó, al motivo de casación alegado, el cual no permite el análisis de pruebas y su estimación por el fallador a intento de investigar si la norma legal fue entendida correctamente o con desacierto. El error de juicio en la valoración de las pruebas, como el que pueda presentarse por su inestimación, dá lugar a motivo de casación distinto. Aunque el cargo no adoleciera del defecto de orden técnico que se deja anotado, habría que rechazarlo, pues quedaría en pié la afirmación del fallador en el sentido de que la desvinculación contractual la motivó, no el despido del trabajador, con justa causa o sin ella, sino su retiro voluntario. No prospera el cargo.

Cuarto cargo.

Violación del art. 64 del C.S.T., por haber desestimado el fallador la prueba aportada al juicio sobre ruptura ilegal del contrato por parte del patrono.

Dice el recurrente, al sustentar el cargo: es indudable que el patrono, al despedir al trabajador sin justa causa, después de 18 años de servicio, hechos acreditados en el proceso, está obligado al pago de la pensión especial de jubilación. Para impedirle la adquisición de este derecho, optó por hacer figurar una presunta sociedad para justificar el despido, pero como no lo demostró "estamos ante la violación unilateral del contrato de trabajo, y con ello la demostración irrefutable para desconocer al trabajador el derecho a la jubilación especial consagrado en la norma violada".

SE CONSIDERA:

No indica el acusador el concepto de violación del art. 64, como es de rigor en el recurso extraordinario. Da a entender que se produjo a través de errores de hecho al desestimar unas pruebas, que no singulariza, como era su deber, de acuerdo con la ley orgánica de tal recurso. Por lo demás, se trata de una simple alegación de instancia, pues el recurrente se limita a expresar que según las pruebas aportadas al juicio, son hechos probados el de que el demandante laboró por más de 15 años al servicio de la empresa, y que el contrato de trabajo terminó sin justa causa, dando por acreditado lo que ha debido demostrar.

El cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

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.

RECURSO DE HOMOLOGACION. INCONSONANCIA ENTRE LA SUPLICA Y LA DECISION. FACULTADES DEL ARBITRO. RECLAMACION CONTRA VARIAS DISPOSICIONES DEL LAUDO SOBRE AUMENTO DE SALARIOS, ESTABILIDAD DEL EMPLEO, CALIDAD DE LA ALIMENTACION, REMUNERACION DE DIAS FESTIVOS Y ESTABLECIMIENTO DE CIERTAS PRIMAS ESPECIALES.

1. Falta de consonancia entre lo resuelto y lo pedido. Cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretensión del pliego, la inconsonancia basta para declararla inexecutable. Que el árbitro tenga potestad en materias de índole económica para decidir discrecionalmente, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del *petitum*. 2. Examen del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral. Su alcance no es de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la resolución justa del conflicto si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del sindicato.

1. Clara voluntad del legislador expresada en el artículo 143 del C. P. L., es la de que la resolución arbitral se conforme al objeto para el cual fue convocado el Tribunal de Arbitramento, es decir, que aquella estudie y defina las cuestiones que no fueron materia de acuerdo en las dos primeras etapas del conflicto, todo lo cual quiere decir que cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretensión del pliego de peticiones, basta la inconsonancia para considerarla inexecutable.

Según lo expuesto, no hay para qué investigar si el laudo, en la resolución que se examina, vulnera la ley al instituir un régimen de prestaciones económicas que no contemplan las normas reguladoras de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo, como lo sostiene el recurrente, o si lo ordenado por el fallo arbitral entra en la órbita de sus facultades, dada su índole económica, como lo afirma el opositor. Que el árbitro tenga potestad para decidir discrecionalmente, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del *petitum*, pues su función juzgadora no puede salirse del marco trazado en aquél, a vista de lo dispuesto por el artículo 143 del estatuto procesal antes citado.

En defensa de la resolución acusada, hace mérito el opositor de un fallo de esta Sala de fecha 21 de abril del corriente año, por el cual resolvió el recurso de homologación contra el laudo que definió el conflicto colectivo entre el Sindicato de Trabajadores de una Cooperativa Lechera (Sidelco) y la Empresa respectiva, y al efecto transcribe el análisis que tal providencia hace en torno a la cláusula de reserva.

La Sala observa que no es igual la situación de hecho contemplada en la sentencia de que se trata con la que ahora tiene a su consideración. En aquélla el pliego petitorio contenía la súplica de que “en caso de despido de un trabajador con más de dos años de servicio, sin falta grave, será indemnizado con 15 días de salario por cada año de servicio”, además de la supresión de la cláusula de reserva, y la de que los contratos de trabajo se entenderían firmados por el término de un año. No accedió el laudo a la eliminación de la cláusula ni a la exigencia de que la duración de los contratos debía ser la fijada en la solicitud, pero como ésta pedía a la vez indemnizaciones, según el tiempo de servicio, fundado en ella accedió a las prestaciones de orden patrimonial. Llegó a tal conclusión con base en el *petitum*, hipótesis distinta de la que presenta el caso de autos. En éste se pide lisa y llanamente la supresión tanto de la cláusula de reserva como del plazo presuntivo, sin sustituir uno u otro fenómeno de terminación del contrato de trabajo con la estabilidad relativa en el empleo de que habla el fallo arbitral, esto es, sin pretender en reemplazo de aquélla indemnización alguna.

2 La resolución con exceso o por defecto es lo que condena el estatuto procesal del trabajo en su artículo 143, pero no se deduce de los términos de la disposición que su alcance sea el de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la resolución justa del conflicto si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del Sindicato, como ha ocurrido en el caso de autos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

- I -

ANTECEDENTES.

El Sindicato de Trabajadores de la Clínica de Marly presentó a su consideración, el 30 de octubre de 1.963, un pliego de peticiones, aprobado por la asamblea de la entidad sindical, con destino a la celebración de una convención colectiva de trabajo.

Planteado así el conflicto, se surtieron las etapas de arreglo directo y conciliación. En la primera las partes llegaron a un acuerdo respecto de algunas de las solicitudes del pliego; fue clausurada la subsiguiente de conciliación sin ningún resultado. En tal virtud, el Ministerio del Trabajo, por medio de la resolución número 00170 del 14 de febrero de 1.964, convocó un Tribunal Especial de Arbitramento para el estudio y decisión de las cuestiones pendientes, en atención a que conforme a la ley la actividad que desarrolla la Clínica es de las que ella califica como de servicio público. El mismo Ministerio, mediante la resolución número 00221 del 24 de los mismos mes y año, integró el Tribunal en esta forma: por el Gobierno, doctor Alejandro Córdoba Medina, por la Empresa, doctor Arturo Aparicio Jaramillo, y por los trabajadores, señor Alvaro Ramírez Pinilla.

El 18 de marzo del año en curso, posesionados los árbitros, se instaló el Tribunal en Bogotá, y el 31 del mismo mes pronunció por unanimidad el laudo decisorio del conflicto colectivo.

Contra el fallo arbitral la Empresa interpuso el recurso de homologación que le fue concedido. Surtida su notificación, el laudo con sus antecedentes fue entregado a la Secretaría de la Sala, para la decisión del recurso. A ello procede la Corte con vista en el alegato que lo sustenta y el de oposición, presentados por los apoderados de la Empresa y el Sindicato.

Ante todo conviene tener presente que en arreglo directo las partes llegaron a un acuerdo sobre los puntos Tercero, Sexto, Décimo-Tercero, Décimo-Quinto y Décimo-Séptimo del pliego petitorio. También se produjo acuerdo en forma parcial acerca de las súplicas contenidas en el punto Quinto, literal a), el Séptimo, literales a) y c), el Décimo-Segundo, primera parte y el Décimo-Cuarto en su parte final. Las demás súplicas pasaron a la consideración del Tribunal Arbitral.

- II -

LA DEMANDA DE HOMOLOGACION.

El alegato que sustenta el recurso impugna algunas de las decisiones del laudo, que serán examinadas en el orden en que las presenta el recurrente.

Primer cargo.

Acusa la resolución recaída al punto Primero del Pliego (aumento de salario), en cuanto a su literal A).

Sostiene el acusador que el laudo es inexecutable por que excede lo pedido por el Sindicato. Para demostrarlo afirma que éste solicita para los trabajadores que devenguen un sueldo de \$420.00 un aumento del 40% hasta la suma de \$500.00, y que el laudo accede a la petición disponiendo que el aumento sea de \$100.00, lo cual eleva el salario a \$520.00 mensuales.

En la réplica al cargo el apoderado del Sindicato le dá interpretación distinta de la que el recurrente le atribuye a la solicitud del pliego. Estima desacertada la presentada por éste, porque para su debida inteligencia la súplica que se examina debe relacionarse con las restantes del punto Primero. En su opinión lo que quiso pedir el Sindicato, como lo entendió el laudo, fue un aumento del 40% para salarios entre \$420.00 y \$500.00 mensuales, aserto que abona la consideración de que no es posible que la asociación sindical nada hubiera pedido para trabajadores con salarios entre \$420.01 y \$499.99.

SÉ CONSIDERA:

Solicita el punto Primero del pliego un aumento de salarios, en diversa proporción, en la forma que detallan sus literales a) a e). Dice la del literal a): "Para trabajadores que deben tener salario mínimo de \$420.00 según la ley 1a. de 1.963, un aumento del 40% en sus actuales salarios diarios hasta la suma de \$500.00".

Reza la del literal b):

"Para trabajadores que devenguen salarios comprendidos entre \$501.00 a \$600.00, un aumento del 30% sobre sus actuales salarios".

La escala del literal c) pide un aumento del 20% para salarios entre \$601.00 a \$700.00; la del literal d) un alza del 15% para asignaciones entre

\$701.00 y \$800.00; y la última, literal e), un aumento para retribuciones entre \$801.00 y \$900.00.

El laudo resolvió las peticiones, así:

"1o. AUMENTO DE SALARIOS. A partir del primero de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, la Clínica de Marly aumentará en cien pesos (\$100.00) mensuales, el salario de cada uno de sus trabajadores que actualmente no devenguen más de ochocientos pesos (\$800.00) por mes. A partir de la misma fecha, la Clínica aumentará en un diez por ciento (10%) de la remuneración total recibida en especie y en dinero, el salario de sus trabajadores que actualmente devenguen más de ochocientos pesos (\$800.00) y no más de novecientos (\$900.00) por mes. Estos aumentos deben ser pagados íntegramente en dinero".

La parte motiva del fallo explica la resolución en estos términos:

"La solicitud fue formulada a base de porcentajes sobre los salarios inferiores a \$900.00 mensuales, pero el Tribunal atendiendo a que dichos aumentos en forma porcentual pueden variar el escalafón que resulta de los salarios asignados a los trabajadores en los distintos oficios, y a que durante la etapa de conciliación se discutieron fórmulas sobre aumentos concretos para determinados trabajadores, estimó más equitativo elevar los salarios en una cantidad fija mensual, que conserva las diferencias ya establecidas para los distintos empleos y que beneficia a todos los trabajadores con aumentos proporcionalmente mayores para los salarios bajos y relativamente menores para los más altos.

"Sobre tales bases el Tribunal encontró justo un aumento en dinero de \$100.00 mensuales para cada uno de los trabajadores, pero habiéndose contraído el literal e) del Punto Primero del Pliego de Peticiones a un aumento del 10% del salario para los trabajadores que devenguen entre \$801.00 y \$900.00, fue necesario limitar a dicha solicitud el aumento para los expresados trabajadores, porque legalmente el Tribunal no puede exceder las peticiones presentadas".

La Sala observa: entiende el acusador que lo pedido en la primera escala del Punto Primero, es un aumento para trabajadores que deben disfrutar del salario mínimo legal de \$420.00 sin que el alza exceda de \$500.00. Se presta la redacción de la solicitud para darle esa significación. No es ella sin embargo la que cabe asignarle. Para su correcta inteligencia, debe relacionarse la escala de aumentos del literal a) con las demás contenidas en el punto mencionado, como lo anota con acierto el apoderado del Sindicato.

Habla la súplica de salarios actuales inferiores al mínimo legal de \$420.00 hasta \$500.00. La segunda cifra no marca el límite hasta el cual puede extenderse el aumento; se refiere a los trabajadores con asignaciones hasta dicho guarismo. La escala siguiente (literal b-) parte de salarios entre \$501.00 y \$600.00, lo cual está indicando claramente que la precedente hace relación a los trabajadores con salarios hasta de \$500.00. La primera escala, rectamente entendida, pretende un aumento del 40% para trabajadores con salarios hasta de \$500.00, de manera que comprende tanto a los que deben disfrutar del salario mínimo legal de \$420.00 como los que tengan una asignación superior a dicha cifra sin sobrepasar la de \$500.00. Así fué interpretado el pedimento por el laudo.

Fijado en los términos anteriores el sentido de la petición, no resulta excesivo el ordenamiento del fallo que la decide. Si se toma en cuenta el salario mínimo

legal (\$420.00) el aumento de \$100.00 mensuales que el laudo decreta resulta inferior al 40% a que se contrae la solicitud en examen.

Basta lo dicho para el rechazo de la acusación.

Segundo cargo.

Afirma que la resolución contenida en el Parágrafo del Punto Primero del Laudo en cuanto dispone que la Clínica no desmejorará la calidad de la alimentación que suministra a sus empleados, viola el art. 143 del C.P.L., porque lo pedido por el Sindicato en el punto mencionado fue únicamente que no se modificara el valor de la prestación en especie, sin exigir que se mantuviera su calidad.

Dice el impugnador que la Clínica no desmejorará la calidad de los alimentos, pero que en defensa de la ley violada impugna la decisión del árbitro para que la Corte la declare inexecutable.

El apoderado de la parte opositora sostiene que el laudo no incurrió en exceso de poder, porque a petición, de modo implícito, aspira a que la Clínica no solo congele el precio de la alimentación, sino la conservación de su calidad. Que si el fallo arbitral nada hubiese estatuido al respecto, la Clínica habria quedado en libertad de desmejorar la calidad de los alimentos, evento en que se elevaria su precio y los salarios disminuirían en su poder adquisitivo.

SE CONSIDERA:

Dice la petición del Pliego en el parágrafo del Punto Primero: "La Clínica de Marly congelará los precios de alimentación que suministra a sus trabajadores a partir de la fecha".

Dispone la correspondiente resolución del laudo en el parágrafo del numeral 1o.:

"Durante la vigencia del presente Laudo la Clínica no elevará el valor de la alimentación que suministra a sus trabajadores, ni desmejorará la calidad de ella".

Motivan la decisión estas consideraciones:

"Dentro del mismo pedimento estudiado, el Sindicato solicitó la congelación de los precios de la alimentación suministrada por la Clínica a algunos de sus trabajadores. Como la elevación de los precios asignados a dicha alimentación o la desmejora en la calidad de lo suministrado, incide directamente en el salario real y afecta los medios de subsistencia de los trabajadores, el Tribunal estimó justo el que se mantuvieran las condiciones existentes respecto a precio y calidad, para lo cual dispuso que durante la vigencia del laudo no se hicieran modificaciones en tales aspectos".

La Sala comparte la opinión expuesta por el apoderado del Sindicato. En efecto, no encuentra que el laudo al congelar el precio de la alimentación, ordenando a la vez que no se desmejore su calidad, haya decidido mas allá de lo solicitado en el pliego de peticiones. La declaración en tal sentido interpreta la verdadera intención de la súplica, pues no basta la congelación del precio de la prestación en especie, sino también que se mantenga en forma igual a la existente en la época en que se suscitó el conflicto. Es obvio que, sin alterar el precio,

la empresa habría podido suministrar una alimentación inferior en cantidad y calidad a la que venía proporcionando a su personal, con evidente menoscabo de su salud y disminución del salario real. El entendimiento que el fallo le da a la súplica es atribución que cabe dentro de sus facultades y se conforma, a juicio de la Sala, a su genuina intención y espíritu. Por lo demás, no ataca el recurrente la justicia de la decisión sino la circunstancia de que, literalmente, no es igual a la respectiva solicitud. Como se ve, lo que censura no es el fondo sino la forma, y es el respeto a ella en donde descubre la necesidad del amparo jurisdiccional. No es atendible el reparo, porque, no hay quebranto de la ley que la Corte deba corregir o decisión con exceso de lo pedido.

Tercer cargo.

Ataca el ordenamiento del numeral 2o. de la resolución del laudo por quebranto de los arts. 47, 48, 49 y 458 del C.S.T. y 143 del C.P.L.

Para sustentarlo dice el acusador que esta Sala de la Corte ha sentado la doctrina de que las normas legales sobre plazo presuntivo del contrato de trabajo establecen facultades, y las atinentes a la cláusula de reserva, derechos y facultades en favor de patrono y trabajador; que si las partes pueden renunciar a derechos y facultades legales, un fallo arbitral no puede desconocerlos ni estorbar su ejercicio. Con fundamento en tales premisas, dice el recurrente que el pliego en el punto Segundo solicitó que la Clínica se obligara a no dar por terminados los contratos de trabajo con su personal sino cuando sobreviniera una de las justas causas previstas en los arts. 62 y 63 del C.S.T., y a no hacer uso de la cláusula de reserva ni dar por concluidos los contratos al vencimiento del plazo presuntivo; que no habiéndose producido acuerdo entre las partes sobre la petición en examen, el laudo no podía disponer que la empresa quedara privada de los derechos y facultades que la ley le otorga ni hacer más gravosa para ella la expiración del vínculo, como lo estatuye el laudo al ordenar que cuando el Patrono resuelva dar por terminado el contrato por causas distintas de las que contemplan las normas citadas, deberá pagar a los trabajadores determinadas indemnizaciones; que el laudo es contrario a la ley porque establece un preaviso de 45 días de salarios para el caso de que el vínculo concluya por vencimiento del plazo pactado o presuntivo, requisito que no contemplan los preceptos de la ley cuando la relación laboral cesa por tales motivos. En cuanto el laudo impone a la empresa una indemnización tarifada según el tiempo servido por el trabajador cuando aquella utilice la cláusula de reserva, es ilegal, porque modifica el art. 48, para lo cual no está facultado el árbitro. Además, concluye el cargo, de acuerdo con la citada norma, el patrono puede escoger entre el preaviso en tiempo o su pago en dinero. No entiende así la norma el Tribunal, pues ordena que la indemnización de 45 días de salario se pague de todas maneras, aunque el patrono opte por el preaviso en tiempo.

El apoderado de la parte opositora se opone a la prosperidad del cargo, que considera infundado, por estas razones:

Lo que pretende la súplica segunda del pliego es la estabilidad relativa en el empleo, pretensión que no es contraria a la ley, como lo admitió la Corte en fallo del 27 de enero de 1961, del cual destaca este párrafo. "Si fuera cierto, como lo sostiene el apoderado de los Bancos del grupo A, que el laudo, al suprimir el plazo presuntivo y la cláusula de reserva desconoce el

derecho de propiedad que la Constitución garantiza, no podría la ley instituir el régimen de estabilidad en el empleo, concepto inadmisibles".

Agrega a continuación: No varió el laudo el sistema legal vigente acerca de los términos de duración de los contratos de trabajo ni suprimió la cláusula de reserva y el plazo presuntivo. Se limitó a establecer un sistema menos riguroso de estabilidad en el empleo, que puede conseguirse, en mayor o menor grado, con medidas de índole económica como las establecidas por el fallo arbitral, por lo cual no proveyó éste fuera de lo pedido, ni afectó derechos ni facultades legales, como el cargo lo afirma. El artículo 458 del C.S.T. se refiere al derecho o a la facultad en sí mismos considerados, a su esencia, que es lo que el laudo no puede desconocer. Con la tesis del recurrente el fallo no podría superar los mínimos legales, contra lo que ordena la propia ley. Además, respecto de cuestiones económicas, como la contenida en la decisión acusada, no existe otra valla que la equidad, como lo sostiene la jurisprudencia. Anota que la Corte en fallo del 21 abril del corriente año ha sentado la doctrina de que no es extraña a la facultad de los árbitros la institución de un régimen indemnizatorio en favor del trabajador en los casos en que el contrato termine por vencimiento del plazo presuntivo por obra de la cláusula de reserva utilizada por el patrono.

SE CONSIDERA:

Suplica el punto Segundo del Pliego de Peticiones:

"Los contratos de la Clínica de Marly con sus trabajadores serán a término indefinido. La Clínica sólo podrá darlos por terminados cuando el trabajador incurra en alguna de las causales previstas en los arts. 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia la Clínica de Marly no hará uso de la cláusula ni del vencimiento del plazo presuntivo para la terminación de los contratos".

La petición fue resuelta por el laudo en esta forma:

"2o. ESTABILIDAD. Cuando la Clínica de Marly dé por terminado un contrato de trabajo fuera de los casos a que se refieren los arts. 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, o le ponga fin por uso de la cláusula de reserva, por vencimiento del plazo pactado o presuntivo o por otro motivo no considerado como justa causa en las normas citadas, pagará al trabajador una indemnización formada por cuarenta y cinco (45) días de salario, más quince (15) días de remuneración por cada semestre trabajado. Esta indemnización cubre el preaviso de que trata el art. 48 del Código Sustantivo del Trabajo. En ningún caso la indemnización será superior a doscientos cincuenta (250) días de salario".

De las razones que para fundar la decisión expone el laudo en su parte motiva, se destacan las siguientes:

"Considera el Tribunal que la estabilidad absoluta pedida por los trabajadores, bajo las formas de contrato a término indefinido y no uso de la cláusula de reserva, ni terminación por vencimiento del plazo, no es aconsejable en las relaciones laborales de los trabajadores con la Clínica de Marly, porque dada la naturaleza de los servicios prestados en dicha entidad, es necesaria para evitar graves riesgos, una mayor agilidad para que el patrono ponga fin unilateralmente a contratos de trabajo con servidores que sin cometer faltas graves lleguen a

incurrir en descuidos leves que puedan representar perjuicios para la misma entidad y para los pacientes allí atendidos.

“Pero ante la necesidad de dar protección a los trabajadores y de evitar los perjuicios que éstos puedan sufrir por terminación injustificada de su contrato, el Tribunal accedió a imponer un gravamen económico a la Clínica para que en los casos de terminación unilateral por parte del patrono sin justa causa determinada por la ley, los trabajadores puedan remediar en parte las lesiones sufridas a causa de ese rompimiento del vínculo”.

Pretende la súplica del pliego -como lo anota el Tribunal- la estabilidad absoluta en el empleo, y por tal motivo estimó que no era del caso acogerla, pero con el laudable propósito de neutralizar siquiera en parte sus efectos, resolvió sustituirla por una estabilidad relativa, a base de indemnizaciones. La Sala observa que el cambio habría sido procedente si la petición que el laudo tomó en reemplazo de la que desecha hubiera llenado la misma finalidad perseguida por ésta, hipótesis en que la jurisprudencia ha sostenido que el fallo arbitral, al adoptar ese procedimiento, no extralimita sus poderes. No es esa la situación que ofrece el caso de autos. En efecto: si lo pedido por la asociación sindical fue la supresión de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo en los contratos de trabajo de duración indeterminada, pretensión radical del pliego, y lo resuelto en sustitución es que cuando el vínculo termine por tales causas el patrono está obligado a pagar al empleado determinadas indemnizaciones, solicitud que el pliego no contiene, resulta claro, que no hay consonancia entre la súplica y la resolución. Si lo primero es lo absoluto y lo segundo lo relativo, a juicio del sentenciador, es manifiesta la incongruencia; porque entre los dos conceptos no hay conciliación posible sino evidente incompatibilidad.

Clara voluntad del legislador expresada en el art. 143 del C. P. L. es la de que la resolución arbitral se conforme al objeto para el cual fué convocado el Tribunal de Arbitramento, es decir, que aquélla estudie y defina las cuestiones que no fueron materia de acuerdo en las dos primeras etapas del conflicto, todo lo cual quiere decir que cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretensión del pliego de peticiones, basta la inconsonancia para considerarla inexecutable.

Según lo expuesto, no hay para qué investigar si el laudo, en la resolución que se examina, vulnera la ley al instituir un régimen de prestaciones económicas que no contemplan las normas reguladoras de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo, como lo sostiene el recurrente, o si lo ordenado por el fallo arbitral entra en la órbita de sus facultades, dada su índole económica, como lo afirma el opositor. Que el árbitro tenga potestad para decidir discrecionalmente, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del petitum, pues su función juzgadora no puede salirse del marco trazado en aquél, a vista de lo dispuesto por el art. 143 del estatuto procesal antes citado.

En defensa de la resolución acusada, hace mérito el opositor de un fallo de esta Sala de fecha 21 de abril del corriente año, por el cual resolvió el recurso de homologación contra el laudo que definió el conflicto colectivo entre el Sindicato de Trabajadores de una Cooperativa Lechera (Siledco) y la Empresa respectiva. Transcribe de la providencia el análisis que hace de la cláusula de reserva, contenido en estos apartes:

“No suprime el laudo la cláusula de reserva, como el propio recurrente lo admite. Se limita a establecer un régimen especial de indemnización en favor del trabajador para el evento en que la utilice el patrono. La institución de ese régimen es lo que el cargo considera violatorio de los preceptos relativos a la cláusula de reserva, porque en su concepto, se trata de una estructuración legal, extraña a las facultades de los árbitros, y no de cuestión simplemente económica, aparte de que la indemnización se establece en favor del trabajador y no del patrono, no obstante que la cláusula, conforme al estatuto laboral, es un derecho otorgado a ambas partes. A todo lo cual observa la Sala que las normas del Código del ramo sobre la materia son imperativas en cuanto el árbitro no puede suprimir la cláusula, y de índole económica sus efectos, carácter que ostenta el fallo arbitral cuando decreta indemnizaciones. Que el sistema adoptado por el laudo beneficie únicamente al trabajador, se explica por la circunstancia de que es la clase asalariada la que en la contratación colectiva persigue reivindicaciones económicas y la afectada, en la mayoría de los casos, por el uso de la cláusula de reserva”.

Razones en esencia iguales a las anteriores expone la sentencia para estimar que tampoco es ilegal ni excesiva la indemnización cuando el fallo arbitral la decreta en el caso de que el contrato termine por expiración del plazo presuntivo.

La Sala observa que no es igual la situación de hecho contemplada en la sentencia de que se trata con la que ahora tiene a su consideración. En aquella el pliego petitorio contenía la súplica de que “en caso de despido de un trabajador con más de dos años de servicio, sin falta grave, será indemnizado con 15 días de salario por cada año de servicio”, además de la supresión de la cláusula de reserva, y la de que los contratos de trabajo se entenderían firmados por el término de un año. No accedió el laudo a la eliminación de la cláusula ni a la exigencia de que la duración de los contratos debía ser la fijada en la solicitud, pero como ésta pedía a la vez indemnizaciones, según el tiempo de servicio, fundado en ella accedió a las prestaciones de orden patrimonial. Llegó a tal conclusión con base en el petitum, hipótesis distinta de la que presenta el caso de autos. En éste se pide lisa y llanamente la supresión tanto de la cláusula de reserva como del plazo presuntivo, sin sustituir uno u otro fenómeno de terminación del contrato de trabajo con la estabilidad relativa en el empleo de que habla el fallo arbitral, esto es, sin pretender en reemplazo de aquella indemnización alguna.

El cargo prospera y, por tanto, se procederá de acuerdo con lo que solicita.

Cuarto cargo

Acusa violación de los arts. 179 y 458 del C.T.S., y 143 del C.P.L., en cuanto a la resolución contenida en el numeral 4o. de la parte resolutive del laudo, cuya inexecutable solicita.

Alega el impugnador que la súplica que resuelve el fallo arbitral persigue que se reconozca a los trabajadores remuneración extraordinaria por trabajo suplementario en domingos y festivos, de acuerdo con lo prescrito en el art. 179 del Código; que confrontada la norma con el ordenamiento del laudo, no se ajusta a su contenido, pues dispone un sistema de remuneración por trabajo en tales días que no aparece consagrado en el Código.

Dice el personero de la parte opositora en su alegato de réplica, que la decisión arbitral es clara y no se presta para darle el significado que le atribuye

el recurrente, y agrega: la súplica solicita pago doble del trabajo en domingos y festivos, además del consagrado en la ley, o sea, un salario triple. Así lo decreta el fallador, por lo cual no pudo decidir en exceso de lo pedido, ni afectar derecho alguno otorgado por la ley a la empresa; que está previsto en el Código Laboral superar los derechos mínimos que concede a los trabajadores, por una parte, y por la otra, que siendo de índole económica, el árbitro no tiene otros límites que la equidad. Concluye, en consecuencia, que no viola el laudo el art. 458 del C.S.T.

SE CONSIDERA:

El punto Cuarto del pliego (Domingales y Feriados) es del tenor siguiente:

“La Clínica de Marly pagará salario doble al personal de sus trabajadores cuando laboren en días domingos o feriados a más del dominical o festivo correspondiente de acuerdo con lo estipulado en el numeral d) del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo”.

El laudo decidió el pedimento en esta forma:

“4o. DOMINICALES Y FERIADOS. La Clínica de Marly pagará el trabajo dominical y en días festivos, así: si el trabajador que labora en domingos o festivos disfruta del descanso compensatorio, recibirá a más de su sueldo, el salario sencillo correspondiente a los domingos y festivos que labore; y si no disfruta del descanso compensatorio, recibirá además de su sueldo, una suma equivalente al doble de su salario sencillo por cada domingo o festivo laborado”.

No tiene la súplica el sentido que le asigna el recurrente. No se limita, como éste la entiende, a que se conceda a los trabajadores que laboran en días de descanso obligatorio, el derecho que les otorga el art. 179 del C.S.T. Con tal inteligencia sobraría la petición, ya que si la prestación que se pretende la sanciona el precepto, sería redundante exigir su cumplimiento en la convención colectiva, y, en su caso, solicitar que el laudo ordene satisfacerla. Lo que aspira todo pliego de peticiones es la mejora de las condiciones de trabajo existentes, esto es, a que rebasen el límite establecido en la ley, como lo apunta con acierto la parte opositora. La pretensión del Sindicato es la de, que el trabajo en domingos y demás días feriados tenga una remuneración superior a la establecida en la citada norma legal, y así lo dispone el Tribunal, con sujeción al pedimento. No es, pues, atendible el reparo del recurrente, por las razones antes expuestas.

El cargo no prospera.

Quinto cargo,

Tacha de inexecutable lo dispuesto por el laudo en el literal E), numeral 5o. de su decisión, porque viola el art. 458 del C.S.T. y el 143 del C.P.L.

Sostiene el recurrente que la prima que el laudo decreta no fue solicitada en el pliego petitorio, como lo anota en su parte motiva; que la ordena con base en una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1.949, en su concepto equivocada, aparte de que el caso juzgado en dicha providencia es distinto del que ahora se debate. Explica las dos hipótesis para demostrar la diferencia que las separa, y concluye diciendo que de bulto aparece la extralimitación del Tribunal y la ilegalidad del procedimiento.

El procurador de la parte opositora estima infundada la acusación. Para confutar sus fundamentos, dice que la sentencia a que se refiere el laudo sostiene que el árbitro ante una petición sobre aumento de salario puede negarla y ordenar en cambio el de sus accesorios, ya que al disponerlo así cumple la finalidad perseguida con el aumento, doctrina que no puede estimarse equivocada. Expone además: el Sindicato pidió aumento de Salarios con efecto desde el 30 de octubre de 1.963, y el laudo, para no darle retroactividad, sólo lo concedió a partir del 1o. de abril de 1.964. La prima que decreta está destinada a remediar, en parte, la pérdida que significa para los empleados el rechazo del alza de salarios por el tiempo comprendido entre las dos fechas.

La conversión de una prestación por otra la censura el acusador, porque en su concepto extralimita los poderes del árbitro.

Del cambio de un beneficio económico por otro habla el laudo. Tal procedimiento -dice éste en el estudio de la petición- adoptado en sentencia de casación de abril de 1.949; entra en las facultades del árbitro, sin que la decisión al respecto pueda calificarse de excesiva, y de él se vale para la resolución de la cuestión a que el cargo se refiere.

La Sala observa: En el asunto litigioso el aumento de salario fue pedido por el Sindicato a partir del 30 de octubre de 1.963, pero el Tribunal lo decreta desde el 1o. de abril de 1.964, esto es, desde el día siguiente al de la expedición del laudo, pues de otra manera, anota, habría obrado con retroactividad, para lo cual estimó que no estaba facultado. Pero con el fin de compensar en parte la pérdida del aumento en el período comprendido entre las dos fechas, optó por decretar una prima especial. Para proceder así se vale de una petición del pliego, contenida en el punto Quinto, literal b), bajo la denominación de prima de navidad, equivalente a 25 días de salario en el año, que acoge, reduciéndola a cinco días. En el fondo la decisión aumenta esta prima, con nombre distinto, referida a la pretensión relativa al aumento de salario. Como se ve, ni siquiera se trata de cambio de un beneficio económico por otro, sino de ampliación del concedido con base en la súplica sobre concesión de una prima de navidad, sin que su traslado a otra del pliego le haga perder su verdadera significación. Así las cosas, no puede hablarse con propiedad, ni de cambio de una prestación por otra ni de decisión fuera de los términos de lo solicitado en el petitum.

La resolución con exceso o por defecto es lo que condena el estatuto procesal del trabajo en su art. 143, pero no se deduce de los términos de la disposición que su alcance sea el de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la solución justa del conflicto si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del Sindicato, como ha ocurrido en el caso de autos. Habría podido el Tribunal aumentar la prima de navidad al examinar la petición que la formula en una suma equivalente al alza que presenta la especial que decreta en la resolución acusada. Ninguna censura habría podido aducirse si así procede. No se alcanza la razón para reprocharle que hubiera tomado la misma medida a propósito de la súplica sobre aumento de salario, pues en uno y otro caso actúa dentro de la órbita de sus facultades, ya que la decisión en ambos es de índole económica. Que se apoya en pretensiones del pliego es un hecho que no puede remitirse a duda, como ha quedado demostrado.

No prospera la acusación.

La Sala ha examinado las demás resoluciones del laudo no acusadas por el recurrente, y no encuentra reparos que formularles en cuanto a su regularidad ni vicios que lesionen normas convencionales vigentes, o preceptos de la ley o de la Constitución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. Es inexecutable el fallo arbitral en la decisión contenida en el numeral 2o. de su parte resolutive.

2o. Se homologa el laudo en sus demás disposiciones.

-Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

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

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes.- Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIQUIDACION DE LO DEBIDO POR DESCANSOS LEGALES CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. RECARGO POR TRABAJO NOCTURNO. PRIMAS DE SERVICIO. SANCION MORATORIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. La violación directa y la violación indirecta de la ley. Indebida confusión de distintos conceptos de violación legal. 2. Equivocada manera de atacar en casación un juicio de contenido eminentemente jurídico. 3. Cuál es la base para computar la remuneración de los descansos dominicales cuando el salario es variable. Examen del artículo 176 del C.S.T. 4. Remuneración del descanso en los días de fiesta, según el artículo 177 del C.S.T.

1. Con relación al segundo cargo, estima la Sala que tiene razón el opositor al observar que el recurrente incurre en graves deficiencias de orden técnico en su formulación. En efecto, además de señalar como violada por distintos conceptos una misma norma (aplicación indebida del artículo 176 del C.S.T. a causa de errores de hecho, e interpretación errónea de ese mismo artículo), acusa también violación directa de las demás disposiciones que señala como infringidas, a causa de errores de hecho en la actividad probatoria del sentenciador. La violación directa de la ley, por el concepto indicado, no se vincula a errores de hecho, pues aquella se produce cuando el supuesto o hipótesis que la norma contempla no se discute o aparece acreditado en el proceso, a pesar de lo cual el fallo se abstiene de aplicarla. Cuando median errores en la valoración de las pruebas o por su inestimación, el quebranto de la ley se produce de modo indirecto. Lo anterior sería suficiente para el rechazo del cargo.

2. Según la demanda inicial el salario convenido por las partes fue una comisión sobre las ventas realizadas por el empleado, lo que constituye un tipo de asignación variable, tal como lo anota la sentencia acusada y lo admite el recurrente. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el que se determina conforme a lo establecido en el artículo 176 del C.S.T. Cuestión fundamental conforme a esta norma, es que para obtener el salario computable para efectos de la indicada remuneración, debe establecerse "el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados" según reza el aludido precepto, respecto, de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como dispone el artículo 177-2 de la misma obra.

Conforme a lo que se deja dicho, cuando el salario devengado por el trabajador corresponde al que la ley distingue como un tipo de asignación variable, presupuesto del derecho a obtener la remuneración por los descansos lega-

les, es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios.

Precisa dejar claramente establecido que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, corresponde a la especie de salario variable. Como recientemente dijo esta Sala de la Corte, al definir un caso semejante al de autos, y en que se plantea la misma tesis del recurrente, para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que todas las semanas aquella fue uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable, para situarla en el campo del salario por unidad de tiempo.

3. Tampoco aparece el error de hecho por la decisión absolutoria de la demandada respecto al pago de los días de fiesta de carácter civil o religioso que determine al artículo 177 del C.S.T., pues, según preceptúa el ordinal segundo de esta disposición, la remuneración correspondiente al descanso en los días expresados se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por faltas al trabajo. Si lo devengado por el trabajador fue un salario de tipo variable, liquidado con base en una comisión porcentual sobre las ventas realizadas por el mismo, la norma aplicable para obtener el salario computable para la remuneración de los descansos legales en dichos días, es la misma que sirve para computar el valor de la remuneración por el descanso dominical contenida en el artículo 176 del C.S.T., por tratarse de salario variable. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, seis de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Julio Alberto Molina, por medio de apoderado, demandó a la Sociedad "Sears Roebuck de Colombia S.A.", para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase al pago de lo siguiente: \$11.184.00 por concepto de dominicales, \$3.802.56 por días festivos, \$4.224.96 por recargo de trabajo nocturno, la indemnización moratoria, el reajuste de cesantía y primas de servicios, el pago del aumento del salario a partir del 1o. de julio de 1.957 y las costas del juicio, en caso de oposición.

Fundamentó su acción en los hechos que se sintetizan:

Que mediante contrato escrito de trabajo, prestó sus servicios a la Sociedad demandada, como vendedor, desde el 5 de mayo de 1.955 hasta el 11 de noviembre de 1.958; que por sus servicios la Empresa le reconoció inicialmente y de acuerdo con el primer contrato un sueldo fijo de \$213.02 mensuales, y \$11.08 correspondiente al 35% de trabajo nocturno por 36 horas mensuales; además el 1% sobre el valor de las ventas; que a partir del 5 de septiembre de 1.955 y hasta la terminación del contrato, devengó como comisión el 5% del valor de las ventas que efectuaba diariamente; que durante todo el tiempo de servicio recibió como remuneración la cantidad de \$ 81.337.80; que el promedio del salario diario devengado durante los tres últimos años fue

el de \$74.56, el promedio de cada hora fue de \$9.32 y por tanto el 35^o/_o de recargo fue de \$3.26; que el salario se le pagaba semanalmente, pero que cuando no efectuaba operaciones durante la semana, la Empresa le prestaba una suma que se la descontaba del pago posterior; que el horario de trabajo era de 9 1/2 a.m. a 7 p.m. con excepción de los sábados que laboraba hasta las 7 1/2 p.m.; que la Empresa no le ha pagado el valor de los descansos en dominicales y festivos, ni el 35^o/_o del recargo por el trabajo ejecutado en jornada nocturna, ni el ajuste del auxilio de cesantía y primas de servicios, al tenor de las anteriores peticiones.

En derecho invocó los artículos 249, 253, 306, 47, 172, 173, 176, 177, 178, 65 y concordantes del C. S. del T.

La Sociedad demandada no dió respuesta al libelo.

La controversia fue desatada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por sentencia de 11 de mayo de 1.960 por la cual condena a la demandada a pagar al actor: \$11.633.40 por dominicales y festivos, \$2.028.70 como remuneración por el recargo del trabajo nocturno, \$1.315.10 por reajuste de primas de servicios, \$64.63 diarios a partir del 12 de noviembre de 1.958 y hasta cuando se verifique el pago de los salarios y prestaciones, como indemnización moratoria. Declaró probada la excepción de prescripción en relación con los descansos obligatorios por el tiempo comprendido entre el 5 de mayo de 1.955 y el 5 de marzo de 1.956, y respecto del reajuste de la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1.955. Declaró no probada la excepción de inexistencia de la obligación, condenó en el 80^o/_o de las costas y absolvió en lo demás.

La parte vencida apeló de la anterior sentencia. Definió el recurso el Tribunal Superior de Bogotá -Sala Laboral- por fallo de 22 de julio de 1.960 el cual revoca la sentencia apelada y en su lugar absuelve a la Sociedad demandada de los cargos contra ella formulados. Condena al actor a pagar las costas del juicio y se abstiene de condenar en costas en la instancia.

Corresponde a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el fallo del Tribunal, el que concedido oportunamente, fue admitido y se ha tramitado legalmente. El opositor presentó escrito de réplica a la demanda de casación.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Persigue la casación total del fallo de segunda instancia y la confirmación del dictado por el a quo.

No señala el acusador la causal de casación en la que basa el recurso pero del estudio de los cargos se deduce que se trata de la 1^a, consagrada en el artículo 87 del C. de P. L.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de ser violatoria por infracción directa de los artículos 306 y 65 del C.S. del T.

En su desarrollo dice el recurrente que en la sentencia no se dió aplicación al artículo 306 del C.S.T. Agrega que en la infracción directa de la citada dispo-

sición se incurrió, no obstante su claridad, y con independencia de los errores de hecho o de derecho del fallador, porque no aplicó la norma estando demostrados nítidamente los hechos.

Manifiesta que en el juicio se demostró y así lo acepta el Tribunal, que el actor trabajó desde el 5 de mayo de 1.955 hasta el 11 de noviembre de 1.958; que en el dictamen pericial se estableció, también, que devengó un promedio diario de salario de \$64.63; el salario devengado en cada año y las sumas pagadas por concepto de primas de servicios. Que el Tribunal no analiza esta última petición, ni las pruebas, y, en cambio, absuelve a la Empresa de todos los cargos materia del libelo. Con apoyo en los anteriores argumentos, el acusador considera claramente demostrada la infracción directa de la disposición contenida en el artículo 306 citado.

Afirma que también se violó, por infracción directa, el artículo 65 del C.S.T., pues está demostrado que a Molina no se le pagaron las sumas que le correspondían por prestaciones y salarios y, sin embargo, el Tribunal le negó el derecho de ser indemnizado.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia de violar los artículos 173, 176, 177, 168, 306 y 65 del C.S.T., a causa de error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba.

El recurrente, luego de dar a conocer el texto de las tres primeras normas que señala como violadas, dice que el Tribunal para fundamentar su desacuerdo con el sistema adoptado por el Juez a-quo al deducir el valor de las condenas que produjo, estimó que "la liquidación debe hacerse tomando el promedio de la semana anterior, teniendo solamente en cuenta los días trabajados". Que esta conclusión es consecuencia de los errores en que incurrió al apreciar el dictamen pericial que obra en los autos.

Que el referido error consiste en no dar por establecido mediante esa prueba, el salario devengado en cada semana por el trabajador "ya que en el peritazgo, se establece lo devengado en cada año del calendario y por lo tanto lo devengado en cada semana del mismo, ya que se sabe cuantas semanas trabajó Molina, en cada año y en relación con el último año de servicio se establece lo devengado semanalmente". Agrega que el error consiste, además, "en no ver, que es lo mismo, el promedio general en todas las semanas del año, que el independiente en cada una de ellas, ya que la función del fallador, consiste en condenar a las sumas que corresponden legalmente y si se suman las partidas correspondientes a cada semana, se encuentra que la suma total es la misma". Por este aspecto, añade, queda establecido "que se cometió un error de hecho, que este error está de manifiesto en los autos, y que tal error incidió en la absolución correspondiente a descansos en domingos y fiestas y por tanto se violó los artículos 173, 176 y 177 del C.S.T., por interpretación errada del artículo 176".

Dice luego, que "existe otra violación de los mismos artículos, también por error de hecho en la apreciación de la prueba, por no haberse dado el valor real de la misma y por no haberse apreciado". Refiere también este error a la apreciación del dictamen pericial, en cuanto la sentencia expresa que, de acuerdo con dicha prueba "el demandante dejaba de trabajar semanalmente más o menos

un día". Arguye que el perito rectifica el concepto anterior, en cuanto consigna más adelante y en el mismo dictamen que en la semana no existía un día libre, como había expresado antes, sino medio día, ya fuera la tarde o la mañana. Que esa falta al trabajo ocurría por voluntad del patrono y no del trabajador; quien, por otra parte, de ordinario laboraba una jornada mayor de 48 horas semanales. Que si se revisa el dictamen en relación con el tiempo trabajado, en ninguna parte se encuentra constancia de no trabajar el demandante un día en cada semana. Además, para liquidar la remuneración por el descanso legal en días de fiesta civil y religiosa, no pueden hacerse descuentos por faltas al trabajo, conforme a lo establecido por el artículo 177 del C.S.T. Que respecto al pago del descanso en domingos, si el artículo 176 preceptúa que solo se deben tomar en cuenta los días trabajados, es, precisamente, porque no es necesario trabajar todos los días, pues respecto a la remuneración por tarea o por comisión, "poco importa el tiempo durante el cual se desarrolla el trabajo, sino el valor del mismo trabajo".

Manifiesta que el error de hecho condujo al Tribunal a la violación del artículo 168 del C.S.T. "con infracción directa del mismo", por cuanto lo aplicó, a causa de interpretar equivocadamente el dictamen pericial y dejar de apreciar parte de él, lo que lo llevó a concluir "que no existía la prueba suficiente para poder condenar por remuneración del recargo de trabajo nocturno". Dice que, en relación con este punto, son valederas las razones antes expuestas al atacar la decisión que absuelve a la demandada del pago de los descansos en domingos y festivos. Que, además, en el dictamen pericial se estableció el valor del salario diurno, el del recargo nocturno, y las horas nocturnas trabajadas, lo que desvirtúa la afirmación del Tribunal de que el actor no trabajó un día en cada semana. Que demostrado el número de horas nocturnas trabajadas, no es necesario averiguar a que semanas corresponden, "ya que establecido el promedio general de salario, este promedio incide sobre el recargo nocturno en vista de que para liquidar recargos de salarios, cuando estos son variables, se debe tomar el promedio de ellos, que es lo mismo que tomar el de cada día, liquidar cada día el recargo y luego sumar los recargos, el resultado final es el mismo". Concluye este segundo aspecto de la acusación, así: "De esta manera la errónea interpretación de la prueba y su falta de apreciación por el error de hecho conlleva violación de la norma sustantiva, por infracción directa de la misma y como consecuencia el desconocimiento de un claro derecho consagrado a favor de Molina".

Agrega que la violación del artículo 306 del C.S.T. se produjo "por error de hecho en la apreciación de la prueba y por falta de apreciación de la misma", lo que condujo al fallador a absolver a la demandada de pagar el valor de la prima de servicios y a "infringir directamente la ley". Que con el dictamen pericial se demuestra lo devengado en cada año del calendario y lo pagado por prima en cada semestre, y que, por tanto, el Tribunal debió confirmar la decisión del Juez-a-quo respecto al pago de las primas de servicios.

Concluye el cargo diciendo que la "apreciación equivocada de la prueba y su falta de apreciación, por errores de hecho, dio como resultado la violación del artículo 65 del C.S.T., infracción directa, resultante del hecho de no apreciación y errónea apreciación del dictamen pericial, lo que indujo al fallador, por los errores de hecho mencionados, a absolver en relación con la petición de indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, lo que ha debido hacer, al fallar

las demás peticiones del libelo de demanda en forma afirmativa, ya que están por otra parte configurados los requisitos mencionados por el artículo 65”.

Tercer cargo

Acusa la sentencia de violación indirecta de la ley por error de hecho “consistente en la equivocada apreciación de la prueba y en la falta de apreciación de la misma”. Dice que se violaron, indirectamente, los artículos 173, 176, 177, 168, 302 y 65 del C.S.T.

Manifiesta que el error de hecho consiste:

“a) Por errónea interpretación de la prueba. Por cuanto al considerar la prueba de peritazgo se le dió por el fallador un sentido completamente distinto a la evidencia de los hechos probados por el mismo. Lo cual se hizo por considerar que era necesario demostrar el valor independiente de la remuneración en cada día de la semana, y no el total, como se hizo, para efecto de liquidación en dominicales, festivos y trabajo nocturno y por concepto de reajuste de salarios caídos y primas de servicio; por considerar que no está demostrado el salario cuando lo está, el devengado por semestres de calendario, y cuando está plenamente establecido en el dictamen pericial; por considerar que el demandante dejó de trabajar todas las semanas un día, cuando la evidencia real del hecho es el contrario, porque así lo dice el perito, y así se desprende del estudio de la relación de trabajo ejecutado por Molina, como se ve claramente en el informe pormenorizado efectuado por el perito”.

“b) Por falta de apreciación de la prueba, por cuanto, el perito manifiesta que lo dicho en relación con la falta de un día, lo corrige a renglón seguido diciendo que no es falta, sino medio “día libre” que dá la empresa, lo cual coordinándolo con relación del trabajo en cada semana se demuestra que si trabajó, inclusive más de 48 horas semanales, pero claro está, dentro del horario que le fijó la empresa”.

Añade, que el Tribunal tampoco apreció el dictamen pericial en relación con el salario anual y semestral devengado, teniendo en cuenta los años de calendario y los pagos hechos por concepto de primas para condenar a su reajuste, elementos que están claramente determinados y probados con el referido dictamen.

Termina el cargo diciendo que los errores de hecho “en la apreciación de la prueba o su falta de apreciación”, violaron indirectamente los preceptos legales que señala, y llevaron al fallador a producir una sentencia absolutoria de la demandada, con desconocimiento de los derechos del demandante.

El opositor, por su parte, manifiesta que ninguno de los cargos formulados reúne, siquiera aproximadamente, los requisitos mínimos que exige la técnica de este recurso extraordinario. Al efecto, expresa que la violación de los textos legales que el recurrente señala en el primer cargo, solo habría podido ocurrir a través de errores evidentes de hecho o de derecho, es decir, en forma indirecta. En relación con el segundo, dice que repugna a la técnica el que, en un solo cargo, se proponga violación de unos mismos textos legales por más de un concepto, como lo hace el recurrente, por infracción directa e interpretación errónea. Que, además, ni la infracción directa ni la interpretación errónea de la ley sustantiva se producen a través de errores de apreciación probatoria. Con relación al tercer cargo dice que el recurrente se limita a enfrentar su propio criterio al del senten-

ciador, acerca de la pròbanza que singulariza, sin hacer demostración alguna al respecto del error que atribuye al ad-quem.

Concluye el alegato de réplica diciendo que para la decisión del recurso poco importa que se hubiesen cometido o no los errores que el recurrente atribuye al Tribunal. Que, como ha tenido oportunidad de expresarlo en varios casos, similares, lo que acontece, en verdad, es que el entendimiento que le sirve de fundamento a la sentencia acusada, es injurídico. Reproduce los argumentos presentados al sustentar la demanda de casación dentro del juicio de Miguel Alandete V. contra Sears Roebuck del Caribe S. A., en que atribuye al sentenciador la interpretación errònea y consecuente violación del artículo 133 del C.S.T., en relación con el 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo estatuto, para concluir que la interpretación correcta del precepto es la de que el salario a comisión, aunque variable, es un sueldo, y que, en consecuencia, para resolver el caso sub-judice debe aplicarse el inciso segundo del artículo 174 del C.S.T. y no el 176 de la misma obra.

LA SALA CONSIDERA:

Por el primer cargo se busca anular la sentencia por estimar el recurrente que ella infringe directamente los artículos 306 y 65 del C.S.T., en cuanto el Tribunal no condenó a la demandada a efectuar el reajuste de lo pagado por prima de servicios y a la indemnización moratoria por no haberse cancelado oportunamente al trabajador el valor total de la prestación.

El demandante en el libelo inicial pide se condene a la demandada, entre otras cosas, a pagarle el reajuste de lo recibido por concepto de prima de servicios, teniendo en cuenta para ello, el valor de la remuneración que le corresponde por los descansos legales (dominicales y festivos) y la remuneración del recargo por trabajo nocturno, extremos estos que constituyen, también, peticiones de la demanda. De allí, que en el punto tercero del Capítulo de su demanda que intitula "Omisiones", exprese que la Empresa al efectuar la liquidación de cesantía, primas de servicio y vacaciones "no tuvo en cuenta el valor del trabajo nocturno ni lo devengado en domingos y días de fiesta".

De los referidos planteamientos de la demanda resulta que el actor acepta que la Sociedad le liquidó y pagó sumas de dinero por prima de servicios. Lo que discute y reclama, es que no le pagó todo lo que le debía por ese concepto, en razón de que al efectuar las liquidaciones respectivas, no tuvo en cuenta el valor de la remuneración que le correspondía por descansos legales y trabajo nocturno que, según afirma, tampoco le pagó la Empresa.

Ahora bien: el Tribunal con apoyo en las razones que la sentencia aduce, revocó la proferida por el Juez a-quo y absolvió a la Sociedad de los cargos formulados por el actor, tendientes a obtener se la condenase a pagarle la remuneración por los descansos legales y por recargo en trabajo nocturno. De esta suerte y como consecuencia de tal decisión, tenía que absolver también, como lo hizo, de la petición sobre reajuste de lo pagado al trabajador por primas de servicios, puesto que el rechazo de los valores reclamados por remuneración de los descansos legales y de trabajo nocturno, implicaba la inexistencia de los factores o elementos que debían tenerse en cuenta para poder efectuar el reajuste de lo que se le hubiese pagado por concepto de primas de servicios. El recurrente podría tener razón si el Tribunal hubiese proferido condena contra la Sociedad

por los extremos principales de la demanda a que antes se ha hecho referencia y si, en tal evento, no hubiese decretado el reajuste pedido, puesto que la remuneración por descanso en dominicales y festivos, constituye parte integrante del salario según lo dispuesto por el artículo 127 del C.S.T. y debe tenerse en cuenta e imputarse al valor de la retribución recibida por el trabajador, para efectos de liquidar y pagar el importe de la prima de servicios, entre otras prestaciones. Pero, como se ha visto, la situación que se contempla en la sentencia acusada es la contraria a la aquí supuesta, y por tanto, la decisión absoluta de reajustar lo pagado por primas de servicios, fue una consecuencia de la que no reconoció al demandante el derecho a la remuneración por los descansos legales y por el recargo de trabajo nocturno. Así, no resulta infringida la disposición contenida en el artículo 306 del C.S.T., ni tampoco la violación del artículo 65 de la misma obra, que sólo habría podido tener aplicación para el caso en que hubiese condenado a la demandada al pago de las prestaciones reclamadas por el trabajador. Se rechaza el cargo.

Con relación al segundo cargo, estima la Sala que tiene razón el opositor al observar que el recurrente incurre en graves deficiencias de orden técnico en su formulación. En efecto, el recurrente además de señalar como violada por distintos conceptos una misma norma (aplicación indebida del art. 176 del C.S.T. a causa de errores de hecho, e interpretación errónea de ese mismo artículo), acusa también violación directa de las demás disposiciones que señala como infringidas, a causa de errores de hecho en la actividad probatoria del sentenciador. La violación directa de la ley, por el concepto indicado, no se vincula a errores de hecho, pues aquella se produce cuando el supuesto o hipótesis que la norma contempla no se discute o aparece acreditado en el proceso, a pesar de lo cual el fallo se abstiene de aplicarla. Cuando median errores en la valoración de las pruebas o por su inestimación, el quebranto de la ley se produce de modo indirecto. Lo anterior, sería suficiente para el rechazo del cargo. Sin embargo, la Sala procediendo con amplitud examina la acusación, respecto a los errores de hecho que se atribuyen al sentenciador.

El demandante, para pedir la condena de la Sociedad al pago de la remuneración por descansos legales, lo hace con apoyo en el hecho de que lo devengado durante el tiempo en que le prestó sus servicios, fue un salario variable, liquidado con base en una comisión equivalente al 5% sobre el valor de las ventas efectuadas por el trabajador, salario que se liquidaba semanalmente. De esta suerte, estimó que la Empresa al efectuar los pagos semanales según las ventas efectuadas, no le cancelaba el valor de los descansos en domingos y días de fiesta.

El Tribunal, con base en las pruebas consistentes en el dictamen pericial del folio 33 y en las declaraciones de los testigos Héctor Villegas López y Alfonso Lozano Sánchez (folios 15 a 17), dio por establecidos, en el proceso, la relación de trabajo dependiente entre el demandante y la demandada, el tiempo de la duración de los servicios y un salario variable como retribución de los mismos; también, las horas ordinarias trabajadas, las horas nocturnas y las horas laboradas en jornadas diurnas y nocturnas en días domingos. Acepta, igualmente, que el dictamen pericial "señala como promedio devengado en cada semana la suma de \$726.28, como promedio en cada semestre la suma de \$11.762.66, como promedio devengado en el último año la suma de \$37.766.70, y como promedio general diario de salario durante todo el tiempo, la suma de \$64.63".

El sentenciador, refiriéndose luego a la súplica sobre pago de la remuneración por descanso en días domingos y festivos, dice que tratándose de un sa-

larario variable, como era el devengado por el trabajador, el monto de la remuneración debe determinarse conforme a lo previsto por el artículo 176 del C.S.T., es decir, liquidando su valor semana por semana con base en el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, y no con base en el promedio general del salario diario devengado durante todo el tiempo de la prestación de servicios, como equivocadamente procedió el Juez a quo. Luego de algunas consideraciones secundarias encaminadas a dar mayor fuerza a su razonamiento, reafirma los anteriores conceptos, expresando lo siguiente:

a) Para liquidar el salario computable que deba tenerse en cuenta para la remuneración del descanso en domingos y festivos, cuando el salario es variable, debe tomarse el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, y no un promedio general de lo devengado en todo el tiempo de servicios;

b) En el juicio no hay prueba de las sumas devengadas en cada semana por el trabajador, lo que hace imposible determinar el valor de la retribución de cada uno de los dominicales respectivos. Ante la falta de esta prueba, agrega, no puede hacerse la condenación respectiva, por lo cual debe absolverse a la demandada de los cargos por pago de dominicales y días festivos.

De lo anterior resulta que el primer fundamento de la sentencia está referido a la recta interpretación del artículo 176 del C.S.T., que se considera como la norma aplicable para la decisión de las súplicas referentes a la remuneración de los descansos legales. Se expresa allí un juicio de contenido eminentemente jurídico, con prescindencia de toda cuestión de hecho y, en consecuencia, su ataque no puede ser posible por la vía adoptada por el recurrente.

En efecto, antes se observó que según la demanda inicial el salario convenido, por las partes fue una comisión sobre las ventas realizadas por el empleado, lo que constituye un tipo de asignación variable, tal como lo anota la sentencia y lo admite el recurrente. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el que se determina conforme a lo establecido por el artículo 176 del C.S.T. Cuestión fundamental conforme a esta norma, es que para obtener el salario computable para efectos de la indicada remuneración, debe establecerse "el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados" según reza el aludido precepto, respecto de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como dispone el artículo 177-2 de la misma obra. Por lo demás, la interpretación que el Tribunal hace de la norma citada, es la que corresponde al significado y contenido de la misma, se atempera a lo expresado por la jurisprudencia de la Corte, y por tanto, no ofrece ningún reparo.

Conforme a lo que se deja dicho, cuando el salario devengado por el trabajador corresponde al que la ley distingue como tipo de asignación variable, presupuesto del derecho a obtener la remuneración por los descansos legales, es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios. En el caso de autos, para la demostración de ese hecho, la prueba aducida al proceso fue el dictamen pericial que obra de folios 33 a 37. La pericia, si bien relaciona mes por mes y semana por semana las horas trabajadas por el demandante durante todo el tiempo comprendido entre el 5 de mayo de 1.955 y el 10 de noviembre de 1.958, no hace lo mismo respecto a los salarios

devengados por el trabajador en dicho período. En este punto, el perito se limita a consignar datos globales para de allí sacar los promedios correspondientes a todo el tiempo de servicios y al último año de los mismos. Al efecto, expresa lo siguiente:

“a). El promedio devengado en cada semana laboral fue de \$726.28.

“b). El promedio devengado en cada semestre de calendario fue de \$11.762.66.

“c). Promedio devengado en el último año de servicio \$37.766.70.

“d). Promedio general de salarios diario durante todo el tiempo: \$64.63.

“Fuera de esto se hizo el promedio anual, mensual, semanal y diario, en el último año que corresponde en su orden así: \$37.766.70, \$3.147.20, \$726.28, \$103.75”.

En opinión del recurrente, habrían servido esos datos para deducir de ellos el salario semanal, puesto que “es lo mismo el promedio general en todas las semanas del año, que el independiente en cada una de ellas”. De ello concluye que el fallador incurrió en error de hecho por no haberle dado al dictamen el mérito suficiente y por no encontrar probado lo que sí está demostrado. Estima, por esto, que el sentenciador dejó de apreciar esa prueba.

En primer término, observa la Sala, que el Tribunal sí tuvo en cuenta el dictamen pericial que el recurrente señala como dejado de apreciar. Para desvirtuar el acerto del impugnador, es suficiente remitirse al texto del fallo, antes transcrito en lo pertinente, del cual aparece el análisis y valoración de dicha prueba. Precisamente, si el sentenciador concluye su juicio valorativo expresando que mediante el dictamen pericial no resulta demostrado el promedio del salario devengado en cada semana por el trabajador, es porque si tuvo en cuenta esa prueba.

Por otra parte, precisa dejar claramente establecido que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, corresponde a la especie de salario variable. Como recientemente dijo esta Sala de la Corte, al definir un caso semejante al de autos, y en que se plantea la misma tesis del recurrente, para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que en todas las semanas aquella fué uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable, para situarla en el campo del salario por unidad de tiempo.

El Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le atribuye el cargo, pues en ninguna parte del dictamen pericial aparece cuál fue el promedio devengado por el actor durante cada una de las semanas comprendidas en el periodo en el que prestó sus servicios a la demandada. Por tanto, fue correcta la apreciación de esa prueba por el Tribunal.

Tampoco aparece el error de hecho por la decisión absolutoria de la demandada respecto al pago de los días de fiesta de carácter civil o religioso que determina el artículo 177 del C.S.T., pues, según preceptúa el ordinal segundo de esta disposición, la remuneración correspondiente al descanso en los días expresados se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por faltas al trabajo. Si lo devengado por el trabajador fué un

salario de tipo variable, liquidado con base en una comisión porcentual sobre las ventas realizadas por el mismo, la norma aplicable para obtener el salario computable para la remuneración de los descansos legales en dichos días, es la misma que sirve para computar el valor de la remuneración por el descanso dominical contenida en el artículo 176 del C.S.T., por tratarse de salario variable. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, según se dijo antes. De esta suerte, las razones aducidas para rechazar la acusación por el supuesto error de hecho referente a la decisión recaída a la Súplica sobre remuneración de los descansos en días domingos, son valederas y aplicables para rechazar también este otro aspecto de la acusación, que se examina.

Respecto a la petición sobre remuneración del recargo por trabajo nocturno, dijo el sentenciador:

“El mismo sistema que en el fallo apelado se siguió para liquidar la retribución de dominicales y festivos se aplicó al cálculo del recargo en la remuneración del trabajo nocturno.

“Las mismas observaciones que acaba de hacer el Tribunal son aplicables a este concepto, máxime que como la retribución del trabajador era un 50/0 sobre las ventas, el recargo correspondiente debe operar sobre ese porcentaje, para afectar únicamente lo percibido en esas horas nocturnas.

“Además, es obvio que lo percibido en semanas en que no hubo trabajo nocturno, no puede afectar la retribución que corresponda a los eventos en que sí lo hubo. Resulta por eso improcedente el cálculo de esta retribución con base en el promedio del total recibido por el trabajador en todo el tiempo de servicios.

“De acudirse a un promedio en este evento, debería tomarse el del día, o máxime el de la semana en que tal trabajo ocurrió, ya que los pagos se hacían semanalmente al trabajador.

“Ante la deficiencia de la prueba que ya se anotó, no resulta procedente condenar a la demandada, por lo cual deberá revocarse lo resuelto por el Juez a-quo, para en su lugar absolverla”.

Para demostrar el supuesto error del Tribunal en cuanto dice en el fallo que no existe en el juicio la prueba de las sumas devengadas en cada semana por el trabajador, a fin de determinar la retribución que le corresponda por recargo en trabajo nocturno, el recurrente reproduce los mismos argumentos de que se sirvió para atacar lo resuelto respecto a la remuneración por descansos legales. La Sala estima que el razonamiento del Tribunal se atempera a las disposiciones legales que regulan la materia y que la exigencia de la prueba de los salarios devengados en cada una de las semanas en que el trabajador laboró durante horas de la jornada nocturna, era indispensable para poder determinar el valor de los recargos por el trabajo nocturno, máxime si se tiene en cuenta que el demandante devengó siempre un salario variable. No aparece el error de hecho que el acusador le atribuye al sentenciador.

Por lo que respecta a la supuesta violación del artículo 306 del C. S. T., se observa: al analizar el primer cargo se dejó claramente establecido que el demandante, en el libelo inicial, pidió el reajuste de lo pagado por la Empresa por concep-

to de prima de servicios, con base en el nuevo cómputo que se hiciera del salario, teniendo en cuenta para su liquidación, la remuneración que le correspondía por concepto de descansos legales y trabajo nocturno. Ya se ha visto que el fallo fue absolutorio respecto de estos extremos de la demanda que constituían la base para poder decretar el reajuste de las primas de servicios. Sin esos elementos, la consecuencia no podía ser otra que la de absolver, como lo hizo el Tribunal. Por tanto, no aparece la violación del artículo 306 del C.S.T., ni de las demás normas que en el se indican. El cargo no prospera.

Con relación al tercer cargo, el recurrente invoca el mismo concepto de violación de la ley expresado en el cargo que se acaba de examinar, señala las mismas normas como infringidas a consecuencia de unos mismos errores de hecho en que incurrió el Tribunal, a causa de no haber apreciado correctamente la prueba del dictamen pericial que obra en el juicio. En vista de ello, la Sala estima suficientes para su rechazo, las razones que sirvieron para desestimar el segundo cargo. Por tanto no prospera la acusación.

Respecto a la tesis que el opositor expone en el alegato de réplica a la demanda de casación, en torno a lo que deben entenderse por salario fijo y salario variable y a la interpretación del artículo 133 del C.S.T., en relación con los artículos 174 y 176 ibidem, la Sala estima equivocada dicha tesis y para refutarla se remite a lo dicho en la sentencia de casación de fecha 30 de enero de 1.964, proferida en el juicio promovido por Fabio Duque contra Sears Roebuck S. A.

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 proferida en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 22 de julio de 1.960.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.- Roberto De Zubiría C. - Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de Jurisprudencia de
esta Sala a cargo del entonces
Relator doctor LUIS IGNACIO
SEGURA A.

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO

Prosperan varias de las acciones acumuladas. Elementos requeridos para el éxito de esta clase de acciones. Condiciones para que pueda alegarse con fortuna la justa prescripción. Estudio de los elementos probatorios allegados al proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diez de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta que para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en un extenso globo ubicado en el Departamento del Tolima, había formulado la sociedad "Compañía de Petróleo Centauro", propuesta que quedó registrada bajo el No. 526, y que fue objeto de dos sucesivos trasposos.

Dentro del pertinente término legal se presentaron varias oposiciones por parte de diversos grupos de personas y respecto a determinados predios, que, según afirman dichas personas, les pertenecen en propiedad, se encuentran superpuestos al polígono de la propuesta en referencia y salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, razón por la cual piden que se excluya de dicha propuesta el petróleo que se encuentre en el subsuelo de sus tierras.

Desechadas algunas de esas oposiciones, el Ministerio, de conformidad con el inciso 4o. del artículo 34 del Código de Petróleos, remitió a esta Sala de la Corte todo lo actuado con relación a las oposiciones aceptadas, a efecto de que se "resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de las mencionadas oposiciones".

Como bien es sabido, para que prosperen acciones de oposición como las presentadas en este proceso se requiere, a tenor del art. 5o. del C. de Petróleos, que el terreno sea de propiedad actual del opositor; que haya salido legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de Octubre de 1.873 y no se haya reintegrado a éste, y, además, que se encuentre superpuesto al área de la propuesta de exploración y explotación aceptada por el Gobierno. Por lo tanto, la no comprobación de uno solo de estos requisitos, hará fracasar la acción.

Con relación a las demandas de oposición que se presentaron respecto a la propuesta No. 526 y que son objeto de este proceso, se verá que en unos casos aparecen comprobados tales requisitos y en otros no. Se pasa al estudio de cada una de ellas.

A). DEMANDA PRESENTADA POR JOSE DE JESUS PULECIO LEIVA; ALFONSO PULECIO LEIVA, EVANGELINA PULECIO DE LEIVA, EVANGELINA PULECIO DE GALVEZ, JORGE LOZANO ARCINIEGAS y EMMA LOZANO DE MELENDRO.

En el libelo vinculan sus pretensiones a diversos predios, en la forma como a continuación se expone:

EVANGELINA PULECIO DE GALVEZ, a los siguientes:

1. Un lote de 23 hectáreas y 6.920 metros cuadrados que hizo parte de la hacienda "La Esmeralda", marcado en el plano de la partición con el número 1, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Partiendo de la puerta que está sobre las cercas divisorias con Luis Rincón, hoy de los Quimbayas, y por donde pasa la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo, y donde se colocará un mojón en su borde izquierdo, se sigue hacia el Este por el borde izquierdo de la zona de la mencionada carretera, zona que será de 10 metros de ancho, hasta enfrentar con un mojón lindero de los lotes números 3 y 4 adjudicados a Alfonso Pulecio y herederos de Angelina P. de Lozano y Jorge Lozano; este mojón dista del anterior en línea recta 560 metros y azimut de 278 grados; se continúa luego por el borde izquierdo de la mencionada carretera hasta otro mojón lindero del lote número 2 adjudicado al Dr. José de Jesús Pulecio; este mojón dista del anterior en línea recta 200 metros y azimut de 93 grados; de este mojón volviendo a la izquierda, y en colindancia con el lote número 2 ya nombrado, se continúa a buscar las cercas existentes y por éstas se sigue en línea recta hasta llegar al río Luisa donde se colocará un mojón que dista del anterior 455 metros y azimut de 353 grados 15 minutos; de este mojón se sigue por el río Luisa, aguas arriba, hasta encontrar las cercas colindantes con el señor Luis Rincón, hoy de los Quimbayas, donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 678 metros y azimut de 267 grados treinta minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas medianeras de la misma colindante hasta llegar al mojón colocado cerca de la puerta, primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 320 metros y azimut de 184 grados".

2. Un lote que hizo parte de la hacienda "La Esmeralda", marcado en el plano de la partición con el número 5, constante de 82 hectáreas 6.674 metros cuadrados, formado por los potreros "EL AZUCENO" y "EL HOB0", determinado así: "Partiendo de un mojón que se colocará en la orilla izquierda de la quebrada del Emayá lindero del lote número 6 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio Leiva, se continúa por las cercas existentes con sus entradas y salidas en colindancia con el mencionado lote número 6 hasta su terminación en el camellón que hoy conduce del Guamo al paso del Emayá, donde se colocará un mojón en su borde izquierdo, que dista del anterior en línea recta 900 metros y azimut de 12 grados 10 minutos; de este mojón se vuelve a la izquierda y se continúa por las cercas existentes, colindando con el lote número 4 adjudicado a los herederos de Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano, hasta otro mojón que se colocará donde empiezan hoy las cercas divisorias del potrero de la laguna de abajo y del potrero de la laguna de arriba y que dista del anterior en línea recta 1.390 metros y azimut de 299 grados 35 minutos; de este mojón y continuando por las cercas divisorias existentes del potrero de la laguna de arriba marcado en el plano con el número 3 y adjudicado al señor Alfonso Pulecio Leiva, hasta llegar a otro mojón que se colocará a la izquierda, de la puerta del callejón y sobre la colindan-

cia con los ejidos del municipio del Guamo y que dista del anterior en línea recta 616 metros y azimut de 284 grados 25 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda en colindancia con los mismos ejidos hasta otro mojón que se colocará a una distancia del anterior en línea recta de 254 metros y azimut de 187 grados 45 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda y en colindancia con los Barón se sigue por las cercas existentes hasta un mojón que se colocará en el nacimiento de la laguna de Juana Lozano, distante del anterior en línea recta 382 metros y azimut de 91 grados 10 minutos; de este mojón se sigue por las cercas existentes que parten la mencionada laguna por la mitad y en colindancia con los mismos Barón y José Joaquín Lopera hasta llegar a la rabiza de la misma laguna donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 1 060 metros y azimut de 116 grados; de este mojón y volviendo a la derecha se continúa en línea recta por las cercas existentes y en colindancia con José Joaquín Lopera, Federico Bocanegra, Valderrama, hijos de Justino Barreto y comunidad de Guzmán hasta llegar a un caucho de hoja menudita que dista del anterior mojón 956 metros y azimut de 192 grados 40 minutos; del caucho mencionado se sigue por las cercas existentes hasta encontrar la quebrada Emayá donde se colocará un mojón en su margen izquierda y que dista del anterior en línea recta 112 metros y rumbo de 132 grados 50 minutos; de este mojón se sigue por la quebrada aguas abajo hasta encontrar el primer mojón primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 442 metros y azimut de 87 grados 35 minutos”.

ALFONSO PULECIO LEIVA, a los siguientes, que hicieron parte de la hacienda “La Esmeralda”:

1. Un lote de 40 hectáreas, 1.120 metros cuadrados, marcado en el plano de la Partición con el número 3, alinderado así: “Partiendo de la puerta que está sobre las cercas divisorias con Quimbayo y por donde pasa la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo y donde se colocará un mojón en su borde izquierdo, mojón común al lote número 1 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez, zona de carretera de por medio, que será de 10 metros de ancho, se sigue por las cercas divisorias con terrenos de Luis Rincón, Pedro Suárez, Evarista Prada y ejidos del Municipio del Guamo, hasta llegar a otro mojón que se colocará inmediato a la puerta del camino que conduce del Guamo al paso de la boca de Emayá y común al lote número 5 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez y que dista del anterior en línea recta 636 metros y azimut de 191 grados; de este mojón y volviendo a la izquierda y en colindancia con el lote número 5 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez hasta llegar a otro mojón que se colocará donde empiezan las cercas divisorias de los potreros de la laguna de arriba y potrero de la laguna de abajo y que dista del anterior 616 metros y azimut de 284 grados 25 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda y en colindancia con el lote número 4 adjudicado a herederos de Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano, se continúa por las cercas que dividen los mencionados potreros en línea recta, pasando por entre las dos albercas que sirven para el bebedero del ganado hasta llegar al borde derecho de la zona de la carretera que del Guamo conduce a Rincón Santo, donde se colocará un mojón cerca a una ceiba, y que dista del anterior 697 metros y azimut de 6 grados 20 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se sigue por todo el límite derecho de la zona de la mencionada carretera hasta enfrentarse con el primer mojón, primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 560 metros y azimut de 278 grados”.

2. Un lote de 189 hectáreas 824 metros cuadrados, marcado en el plano de la partición con el número 6, delimitado de la siguiente manera: "Partiendo de un mojón que se colocará en la orilla izquierda de la quebrada de Emayá y sobre las cercas que dividen los potreros del Hobo y del Peñón y que sirve de lindero con el lote número 5, adjudicado a Eva Pulecio de Gálvez, se sigue por la quebrada aguas abajo hasta encontrar un mojón colocado sobre su margen izquierda y marcado con un escorpión en el sitio de Mi Cumpleaños y abajo del Salto y que es lindero con tierras de Teresa Calvo y cerca del camino de la Sierra, mojón que dista del anterior en línea recta 1.900 metros y azimut de 128 grados 30 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa en línea recta por las cercas divisorias con Teresa Calvo y José J. Calvo hasta un mojón que se colocará sobre el borde derecho de la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo y que dista del anterior 2.764 metros y azimut de 351 grados 10 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se sigue por el borde derecho de la carretera anteriormente nombrada hasta donde se desprende de ésta la que va al paso del Emayá, donde se colocará un mojón que dista del anterior 478 metros y azimut de 279 grados 20 minutos lindando zona de carretera de por medio con el lote número 4 adjudicado a herederos de Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por el borde izquierdo de la zona de la carretera que conduce al paso del Emayá, ya nombrado, zona que tendrá 10 metros de ancho, hasta un mojón que dista del anterior en línea recta 518 metros y azimut de 149 grados 20 minutos, colindando carretera de por medio con el mismo lote número 4 adjudicado a las nombradas anteriormente; de este mojón y atravesando la carretera se sigue en línea recta con azimut de 64 grados 15 minutos hasta llegar a un mojón que se colocará sobre las cercas existentes del potrero nuevo y que dista del anterior 295 metros; de este mojón y volviendo a la izquierda se sigue por las cercas existentes del potrero nuevo, colindando con el mismo lote número 4 hasta su terminación en el borde izquierdo del camino que conduce del Guamo a la boca del Emayá, donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 410 metros y azimut de 199 grados 40 minutos; de este mojón se vuelve a la derecha y se continúa por las cercas existentes hasta otro mojón, lindero del lote número 4 ya nombrado y del lote número 5 adjudicado a Evangelina P. de Gálvez, distante del anterior 346 metros y azimut de 294 grados; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes con todas sus entradas y salidas, colindando con el lote número 5 ya nombrado, hasta llegar al primer mojón, primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 900 metros y azimut de 12 grados 10 minutos".

JOSE DE JESUS PÚLECIO LEIVA, al siguiente, que hizo parte de la misma hacienda "La Esmeralda": un lote de 63 hectáreas, 9.144 metros cuadrados, marcado en el plano de la partición con el número 2, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde un mojón colocado sobre el borde izquierdo de la zona de la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo, lindero común con el lote número 1 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez, se sigue por toda la margen izquierda de la zona de la carretera mencionada, que será de 10 metros de ancho, hacia el Este hasta encontrar un mojón que se colocará a una distancia del anterior en línea recta de 1.137 metros y azimut de 111 grados 30 minutos, colindando carretera de por medio con el lote número 4 adjudicado a los herederos de la señora Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa en línea recta hasta encontrar las cercas del río viejo en la colindancia con Huertas, donde se colocará un mojón que dista del anterior 248 metros y azimut de 184 grados colindando con

el lote número 4 adjudicado a los ya mencionados; de este mojón y siguiendo las cercas divisorias con Huertas por el cauce antiguo del río Luisa hasta llegar a un mojón que se colocará en frente de la desembocadura en río Viejo de la acequia que viene de la laguna de la Esmeralda, distante del anterior en línea recta 333 metros y azimut de 286 grados 30 minutos; de este mojón y siguiendo las cercas divisorias con Huertas hasta llegar a otro mojón que se colocará en la orilla derecha del río Luisa, y que dista del anterior en línea recta 392 metros y azimut de 27 grados 15 minutos; de este mojón y por el río Luisa aguas arriba hasta encontrar otro mojón que se colocará en la línea divisoria del lote número 1 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez y que dista del anterior en línea recta 1.048 metros y azimut de 281 grados; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes hasta su terminación y continuando en línea recta hasta encontrar el primer mojón punto de partida, colindando con el lote número 1. Este mojón dista del anterior 455 metros y azimut de 353 grados 15 minutos”.

EMMA LOZANO PULECIO DE MELENDRO Y JORGE LOZANO ARCINIEGAS, conjuntamente, al siguiente lote, que hizo parte de la hacienda “La Esmeralda”, de 207 hectáreas, 9.987 metros cuadrados, marcado en el plano de la partición con el número 4, y aliterado como sigue: Desde un mojón que se colocará vecino a una ceiba sobre el borde derecho de la zona de la carretera, zona que será de 10 metros de ancho, que conduce del Guamo a Rincón Santo, y linderó del lote número 3 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio Leyva, se sigue hacia el Sur a buscar las cercas que dividen los potreros de la laguna de arriba con el potrero de la laguna de abajo, se continúa por estas cercas en línea recta, colindando con el lote número 3 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio Leyva, hasta su terminación en el borde izquierdo del camino que conduce del Guamo a la boca del Emayá donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 697 metros y azimut de 6 grados 20 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes del mencionado camino hasta otro mojón colocado en la colindancia del lote número 5 y del lote número 6 adjudicado respectivamente a la señora Evangelina Pulecio de Gálvez y al Dr. Alfonso Pulecio Leyva y que dista del anterior en línea recta 1.390 metros y azimut de 299 grados 35 minutos; de este mojón y en colindancia con el lote número 6 se sigue por las cercas existentes hasta otro mojón que se colocará a una distancia en línea recta del anterior de 346 metros y azimut de 294 grados; de este mojón volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes del potrero hasta un mojón que dista del anterior en línea recta 410 metros y azimut de 199 grados 40 minutos; de este mojón y volviendo a la derecha sigue con azimut de 64 grados 15 minutos hasta encontrar el borde derecho de la carretera que desprendiéndose de la que va del Guamo a Rincón Santo va hasta la boca del Emayá en el río Saldaña, en frente del mojón que se colocará sobre el borde izquierdo y distante del anterior 295 metros. En todo este trayecto colinda con el lote número 6 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio; 1.- Se sigue luego por el borde derecho de la mencionada carretera hasta enfrentar con el mojón colocado en el punto donde se desprende la supradicha carretera, distante del anterior 518 metros y azimut de 149 grados 20 minutos; de este punto y atravesando la carretera se vuelve a la derecha por el borde izquierdo de la que conduce a Rincón Santo hasta encontrar la cerca divisoria con terrenos de José J. Calvo y enfrentar al mojón colocado sobre su borde derecho; este mojón dista del anterior 478 metros y azimut de 279 grados 20 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas divisorias con José J. Calvo hasta

un mojón colocado en la orilla del río Luisa sobre una seña alta y marcada con un escorpión, arriba del paso del camino público que del Espinal conduce a Purificación, y que dista del anterior 660 metros y azimut de 351 grados 10 minutos; de este mojón se sigue por el río Luisa aguas arriba hasta encontrar la boca del río Viejo y en donde empiezan las cercas divisorias con Huertas, donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 595 metros y azimut de 282 grados 25 minutos; de este mojón y siguiendo las cercas divisorias con Huertas por el cauce viejo del río Luisa hasta otro mojón que se colocará en la colindancia con el lote número 2 adjudicado al Dr. José de J. Pulecio y que dista del anterior en línea recta 350 metros y azimut de 187 grados 5 minutos; de este mojón se continúa en línea recta y con el azimut de 184 grados hasta encontrar el borde izquierdo de la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo donde se colocará un mojón que dista del anterior 248 metros lindando con el lote número 2; de este mojón y atravesando la carretera se continúa por su borde derecho hasta enfrentar con el mojón que se colocará en la colindancia del lote número 2 y el lote número 1 adjudicados a la señora Eva Pulecio de Gálvez que dista del anterior en línea recta 1.137 metros y azimut de 111 grados 30 minutos; de este punto y colindando carretera de por medio con el lote número 1, se sigue por el mismo borde derecho hasta llegar al primer mojón, punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 200 metros y azimut de 93 grados”.

Y también a este otro predio: un lote de terreno matriculado con el nombre de “El Alivio”, demarcado por los siguientes linderos: “Partiendo del mojón clavado al pie de la cerca lindero del globo de “Las Garzas” en el punto que se llamó El 73, se sigue en dirección S. 36° 00', colindando con el lote número 2, hasta llegar al mojón clavado en la margen izquierda en el punto que se llamó “La Curva”; de aquí se sigue en dirección N. 29° 30' E, colindando con el lote número 21 de Francisco Ospina, hasta llegar al mojón clavado en el camino real; luego se sigue hacia el Noroeste, por el camino real y colindando con el mismo Ospina, hasta llegar al mojón clavado en la margen izquierda de la quebrada Emayá en el punto que se llamó El 92; luego se continúa por Emayá aguas arriba hasta llegar al mojón de piedra en el punto llamado “Felipe”; de aquí se sigue hacia el Noroeste, por la cerca lindero de “Las Garzas” y de la hacienda “Luisa”, hasta llegar al mojón clavado en el punto que se llamó El 6 distante 1.300 metros del anterior; de aquí se vuelve en dirección S. 78° 00' E, colindando con el lote número 4 “Lote de Gastos” hasta llegar al mojón clavado al pie de la cerca lindero que se llamó de “Mono”, distante unos 878 metros del anterior; de aquí se vuelve hacia S. O. por la cerca lindero, atravesando la zanja de “Mono”, hasta llegar a un mojón de palo clavado en la esquina de esta cerca la que tiene dirección S. 40° 00' E.; siguiendo por esta última hasta llegar al mojón El 73 que se tomó como punto de partida y distante unos 952 metros del anterior”.

JORGE LOZANO ARCINIEGAS (scto), al terreno denominado “El Recuerdo”, demarcado así: “Desde una piedra clavada en la margen derecha de la quebrada de El Emayá en el punto denominado Salto del Infierno; de aquí, lindando con terrenos de San José, línea recta a una piedra clavada en la falda de una loma, a la izquierda de la desembocadura de la zanja de La Raizosa en el río Saldaña; aguas abajo de este río hasta la desembocadura de la quebrada de El Emayá y ésta aguas arriba hasta el primer lindero citado”.

Para acreditar su calidad de actuales propietarios de los terrenos antes indicados los opositores presentaron certificados del señor Registrador de Instru-

mentos Públicos y Privados del Circuito del Guamo y escrituras públicas, documentos de los cuales surge inequívocamente tal calidad.

La salida del patrimonio nacional de los inmuebles la vinculan los opositores al remate de bienes desamortizados que tuvo lugar el 15 de Noviembre de 1.872, en el que se abjudicó la hacienda "Luisa", de la que hacen parte todos sus predios, a Santiago Figueroa, quien la cedió inmediatamente a Isaac Montejo y Hermógenes Valdiri, de todo lo cual da cuenta la escritura 2307 de 7 de Diciembre de 1.872 de la Notaría Segunda de Bogotá, registrada en la Oficina de Registro del Guamo el 23 de Diciembre de 1.872.

En la inspección ocular practicada por el Tribunal de Ibagué por comisión de esta Sala se identificaron los predios "La Esmeralda", "El Alivio" y "El Recuerdo", así como la antigua hacienda "Luisa", y se concluyó que los referidos predios están comprendidos dentro de los linderos de ésta.

Los peritos, por su parte, identificaron por sus linderos los lotes pertenecientes a Evangelina Pulecio de Gálvez, Alfonso Pulecio Leiva, José de Jesús Pulecio Leiva, Emma Lozano Pulecio de Melendro y Jorge Lozano Arciniegas, que en el libelo se afirma que integraron la hacienda "La Esmeralda" antes de su división material, de que da cuenta la escritura No. 87 de 14 de Abril de 1.943, de la Notaría del Guamo, allegada a los autos. Así mismo corroboran que "La Esmeralda", "El Alivio" y "El Recuerdo", están comprendidos dentro de la alinderación de la antigua hacienda Luisa. Finalmente, concluyen que el área de la propuesta 526 se superpone a los referidos predios.

Se encuentran, pues, satisfechos los fundamentos de hecho de las oposiciones que se estudian, por lo que deben prosperar.

B). DEMANDA DE ELIAS QUIMBAYO, CON RELACION A LA FINCA "UKRANIA". Los linderos de ésta se expresan en el libelo así: "Partiendo del mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero entre "Las Garzas" y la hacienda "De Luisa", en el punto que se llamó "El 9", se sigue por dicha cerca, hacia el N. O. hasta llegar al mojón clavado en la margen derecha del río "Luisa" en el punto llamado "Bayo Chíncha" distante del anterior unos dos mil cuatrocientos cuarenta y dos metros; luego se sigue por el río, aguas abajo, hasta llegar al mojón clavado al pie de la cerca linderos del globo que se parte, distante, en recta trescientos ochenta y dos metros del anterior, después se continúa por la cerca lindero, hacia el suroeste hasta llegar al mojón de madera clavado a ochocientos noventa y dos metros del anterior; luego se vuelve al suroeste por la cerca lindero, hasta llegar al mojón de madera clavado en el punto que se llamará "El 35", distante ciento noventa metros del anterior; luego se vuelve en dirección S. dos grados, cincuenta minutos E., colindando con el Número 6 de Luis A. Lozano, hasta llegar al mojón clavado en el punto que se llamó "El Medio"; de aquí se continúa en dirección S. O. O' S., colindando con el número ocho de Rufino Calderón, hasta llegar al mojón clavado en el carretable "Guamo-Rincón Santo", a 100. mtrs del anterior y en el punto que se llamará "El Iguá"; después se continúa por el carretable, hacia "Rincón Santo", colindando con los lotes Nos. ocho y nueve de Rufino Calderón y Miguel Rodríguez, hasta llegar al mojón de madera clavado en el lado sur del carretable en el punto que se llamará "El Regalo" distante quinientos ochenta y ocho metros del ante-

rior; y luego se vuelve en dirección S., catorce grados treinta y dos minutos O., colindando con el número doce de Juan Baulista Guzmán y Damiana de Guzmán, hasta llegar al mojón clavado a cuatrocientos treinta y seis metros del anterior y en punto que se llamará "La Vara"; luego se continúa en dirección S. sesenta y ocho grados veinte minutos E., colindando con los lotes números: doce, trece, catorce, quince, diez y seis, y diez y siete hasta llegar al mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero del globo a setecientos tres metros del anterior y en el punto que se llamará "El sesenta y cuatro"; después se continúa hacia el S. O. por el cerco lindero, hasta llegar al mojón de madera clavado en el sitio que se llamará "El sesenta y cinco", distante doscientos sesenta y cuatro metros del anterior; y de aquí se vuelve en línea recta, hasta llegar al mojón del "Nueve" tomado como punto de partida". LOTE NUMERO 4. "Partiendo del mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero de "Las Garzas" y la "Hacienda de Luisa", en el punto que se llamó "El 6", se sigue por la cerca dicha hacia el noroeste, hasta llegar al mojón clavado al pie de ella en el punto que se llamará "El 9", distante cuatrocientos cincuenta metros del anterior (450); de aquí se vuelve en dirección S. setenta y seis grados veintinueve minutos (76°, 29), colindando con el número cinco (No. 5) del Dr. Elías Quimbayo P., hasta llegar al mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero en el punto que se llamó "El Sesenta y cinco" distante unos mil ciento cincuenta y nueve (1.159 m.) metros del anterior; luego se continúa por la cerca lindero, hacia el S. O., hasta llegar al mojón de madera clavado al pie de ella en el punto que se llamó "De Mono" distante trescientos noventa y nueve metros (399 m) del anterior; y de aquí se vuelve en dirección N. setenta y ocho grados cero minutos O. (78°. O,O) colindando con el número tres (3) del Dr. Jorge Lozano hasta llegar al mojón "El 6" tomado como punto de partida. Los linderos especiales de la mitad del lote No. 4 antes alinderado y que en virtud de la precitada escritura me correspondió, son los siguientes: "Por el costado oriental, con propiedades de Flórez y de Preciados; por el occidental, con los cercos divisorios de la "Hacienda de Luisa"; por el sur, con lote que por este instrumento corresponde al Dr. Jorge Lozano Arciniegas; y por el norte, con el lote No. 5 adjudicado en el juicio divisorio de "Las Garzas" al compareciente Dr. Quimbayo Prada".

Como anota el señor Procurador Delegado no se practicó inspección ocular para localizar la hacienda "Ukrania", Dice el doctor Quimbaya que como esta hacienda es una desmembración del predio "Luisa", el cual, como ya se vió al estudiar la oposición anterior, salió del patrimonio nacional antes de 1.873, y resultó comprendido dentro de los linderos de la propuesta 526, sobraba una nueva inspección para llegar a las mismas conclusiones, ya que de las numerosas escrituras que presentó resulta acreditado, tal hecho. Sin embargo es lo cierto que el sólo examen de esos títulos no produce el convencimiento pleno de que efectivamente el predio, "Ukrania", en su totalidad, fue parte de la antigua hacienda "Luisa" de que se habló en la anterior oposición. Bastará anotar a este respecto que en la escritura de partición 619 de 1.910, de la Notaría de "El Guano" se encuentran involucrados "tres lotes más" del llamado Luisa y que a Nicolasa Pulecio de Arciniegas se le adjudicaron tierras en el "Portugal", que parece era uno de esos "tres más". Aquí, pues por lo menos, se rompe la vinculación directa con la hacienda "Luisa", y aunque en documentos posteriores se alude a ella, ya resulta difícil precisar que los diversos actos de transferencias, algunos "inter mortem" versen sobre las mismas porciones de la hacienda "Luisa", hasta llegar a la transferencia que hizo propietario de la finca "Ukrania" al doctor Quimbayo.

En realidad, es bien difícil, en términos generales, que la sola lectura de documentos contentivos de transferencias de dominio entre particulares produzca la plena prueba de que un predio actual hace parte de otro, especialmente cuando, como en el caso de autos, se trata de una larga serie de transferencias, a veces paralelas, entre cuyos extremos median muchos años. De todas maneras, en el caso presente, como ya se dijo, la lectura de los diversos títulos no produce esa plena convicción.

Además -como anota el señor Procurador Delegado-, la inspección ocular era indispensable en el presente caso para identificar sobre el terreno el predio "Ukrania", ya que sin una tal identificación sería imposible hacer una declaración sobre su exclusión del área de la propuesta, si fuere el caso. La Corte en repetidas ocasiones, al detallar las diversas etapas probatorias de los fundamentos fácticos de estas acciones de oposición ha destacado entre ellas la consistente en la determinación precisa del terreno sobre cuyo subsuelo petrolífero versa la demanda. Debiendo producir el fallo favorable que impetra el demandante una nítida separación entre el petróleo particular y el del Estado, es obvio que el Juzgador tiene que estar plenamente enterado de la realidad geográfica sobre la cual va a recaer su decisión, realidad que, por otra parte, importa también conocer con toda precisión a la Nación. De aquí que se haya hablado frecuentemente de la identificación del terreno como de un fundamento especial, y que el art. 36 del C. de Petróleos, en lo que concierne a la actuación ministerial que contempla, lo considere expresamente como un tal requisito autónomo.

Por consiguiente, y en acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, se impone el rechazo de esta oposición, sin necesidad de entrar en otras dilucidaciones.

C). DEMANDA DE MIGUEL ORTIZ, RAFAEL ORIZ ARIAS, EUSTACIO ORTIZ ARIAS y JOAQUIN MOLINA.

En el libelo vinculan sus pretensiones a varios predios, como a continuación se expone:

MIGUEL ORTIZ, RAFAEL ORTIZ y EUSTACIO ORTIZ, al siguiente:

Un globo de terreno denominado "NORMANDIA", segregado de la antigua hacienda de El Tigre, con una cabida aproximada de 421 hectáreas 6,381 metros cuadrados, ubicado en el Municipio de Purificación, Departamento del Tolima, alindado así: "Partiendo del río Saldaña y en la colindancia con la hacienda de Santa Inés de propiedad de Leandro Guzmán, hoy de sus herederos, se continúa por sus cercas divisorias y en dirección S. E. hasta encontrar el borde de la vega de Chicora; de este punto se sigue por dicho borde al Noroeste y con la misma colindancia hasta un punto colocado a los 180 metros del anterior; de aquí se vuelve a la derecha al S. E. continuando por las cercas divisorias con Santa Inés hasta un mojón colocado a 1.890 metros del anterior y que sirve de lindero al lote de Jacinto Zabala; de este mojón y siguiendo la misma dirección que se trae y colindando con el lote del mencionado Zabala hasta otro mojón colocado a los 1.070 metros del anterior; de este mojón y volviendo a la izquierda en ángulo recto y en colindancia con lotes de Pilar Avila y Leandro Guzmán hasta otro mojón colocado a los 909 metros del anterior; de este mojón y volviendo a la izquierda en dirección aproximada Norte hasta otro mojón lindero de la hacienda de San Agustín de propiedad del señor Joaquín Molina y distante del anterior 270 metros; de este mojón y volviendo a la izquierda hacia el N. W. se conti-

núa por las cercas divisorias con el mencionado Molina hasta un punto colocado en el borde oriental de la vega de Chicora; se sigue luego por este borde al Sudeste hasta un punto colocado normalmente a los 629 metros de la línea anterior; de aquí vuelve al N. W. y con la misma colindancia hasta el río Saldaña; de este punto se sigue río Saldaña aguas arriba hasta el primer lindero o punto de partida”.

JOAQUIN MOLINA, es dueño del globo de terreno denominado SAN AGUSTIN, con una superficie de 451 hectáreas, alinderado de la siguiente manera: “A partir del punto en donde la línea divisoria de los lotes de los señores Alberto, Isabel y Germán Ramírez, hoy “Normandía”, de propiedad de Miguel Ortiz, y el lote que se trata, toca el río Saldaña, se sigue esta línea al S. E. hasta encontrar el borde de la vega Chicora, lindando con los mismos anteriores, hoy “Normandía” propiedad de Miguel Ortiz, y con el de la señora Martina Posada de Ramírez, hoy también “Normandía” de propiedad del anterior Miguel Ortiz; de este punto siguiendo dicho borde al N. E. hasta un punto colocado normalmente a los seiscientos veintinueve (629) metros de la línea anterior; de aquí vuelve al S. E. paralelamente a la línea que dividía los lotes de Martina P. de Ramírez y Antonio Posada, hoy “Normandía” y “Santa Inés” respectivamente hasta recorrer una longitud de tres mil ciento ochenta (3.180) metros lindando en estas dos últimas líneas con el lote de la señora Martina Posada de Ramírez, hoy “Normandía” de propiedad del mismo Ortiz; luego sigue al Norte con azimut magnético de trescientos cincuenta y siete grados diez minutos (357° 10’) en una longitud de tres mil doscientos noventa y cuatro metros (3.194 m.) hasta llegar al río Saldaña en su margen derecha donde se colocó un mojón marcado con el número uno (1) y colocado un poco abajo de la boca de la quebrada de el Gusano en el río Saldaña y paso del camino público que conduce de Purificación al Guamo, llamado “Paso del Gusano”, lindando por esta parte a la derecha con los lotes seis (6), cuatro (4) y nueve (9) respectivamente. De este mojón se sigue por el río Saldaña, aguas arriba, hasta encontrar el borde oriental de la Vega de Chicora; se sigue luego al Nor-Oeste por este borde y el de la vega de El Gusano hasta encontrar el río Saldaña, (hoy se ha cambiado el curso del río y la vega del Gusano ha quedado en la margen izquierda del río, como una isla, pero se sigue en posesión de Joaquín Molina). Por esta causa los linderos van hoy hasta un brazuelo que limita por el Norte la isla del Gusano y que era el cauce principal antiguo de este río. Luego se continúa por este brazuelo aguas arriba hasta encontrar el primer punto de partida y primer lindero en la divisoria de este lote que se demarca y hacienda de “Normandía”.

El mismo JOAQUIN MOLINA, al subsuelo de las siguientes fincas:

a) Un lote denominado La Vega, alinderado así: “Partiendo de un mojon situado en la margen derecha del río Saldaña marcado en el plano con el número nueve (9), sigue esta margen del río con rumbo N. cuarenta y cinco grados E. (45° E.) hasta encontrar la cerca de alambre que le sirve de lindero con la hacienda de “El Cairo”; se sigue esta cerca en línea recta, con rumbo S. sesenta y seis grados E. (S. 66° E.) hasta encontrar en el punto marcado en el plano con el número once (11), en el cual esta cerca es cortada por otra cuyo rumbo es S. veintitrés grados W (S. 23° W) y que determina el lindero por el Oriente, con la hacienda “San Francisco”, sigue esta cerca en línea recta hasta dar al punto marcado en el plano con el número doce (12) en el cual vuelve a la derecha con rumbo N. setenta y cuatro grados W (N. 74° W), siguiendo una cerca de alambre en línea recta que determina el lindero con terrenos de Bárbara Arias,

hoy Joaquín Molina, por el sur. En el punto marcado con el número trece (13), cruza esta cerca a la derecha con rumbo N. sesenta y tres grados W. (N 63° W) determinado el lindero con terrenos de Natividad Andrade y con el lote número cinco (5) por el Sur, hasta dar al mojón marcado con el número 15; en este punto cruza a la izquierda y sigue en línea recta hasta dar con rumbo S. treinta y seis grados W. (36° W.) al mojón marcado con el número diez y seis (16). En este punto cruza a la izquierda, en línea recta de rumbo N. S. hasta encontrar en la orilla de la Laguna Grande, al mojón marcado con el número diez y seis A (16 A). La prolongación de esta línea encuentra dentro de la laguna una línea recta de rumbo E.W. determinada por un árbol aislado que se encuentra en la parte oriental de la laguna y por los mojones números diez y siete A. (17 A.) y diez y ocho (18). Esta línea recta que parte de la laguna determina por el Sur el lindero con el lote número seis (6) y va hasta la cerca de alambre que determina el lindero con la hacienda de "San Agustín" de Joaquín Molina; va hasta el mojón número dos (2) en el cual vuelve a la derecha con rumbo S. ochenta y cuatro grados E. (S. 84° E.) hasta encontrar el mojón número cinco A (5 A) colindando por el Norte con los lotes números uno (1), dos (2) y nueve (9). En el mojón número cinco A (5 A) vuelve a la izquierda en línea recta con rumbo N. nueve grados treinta minutos (W N. 9° 30' W.) hasta encontrar el mojón número nueve (9) sobre el río Saldaña punto de partida".

b) Un lote denominado La Laguna, alinderado así: "A partir del mojón colocado en el Pajal de la laguna de "El Abanico", se sale hacia el N. E. con azimut de veintidós grados cincuenta y ocho minutos (21° 58') y una distancia de ciento diez y seis metros cincuenta centímetros (116,50) a encontrar un mojón colocado en la orilla de la misma laguna; de aquí, al N. E. con azimut de treinta y tres grados, cincuenta y tres minutos (33° 53') y una distancia de mil treinta y cinco (1.035) metros lindando con Natividad Andrade, a encontrar un mojón en la cerca del mangón de San Antonio; de aquí se sigue la cerca del mangón de San Antonio hacia el E. hasta encontrar el lote de Lucas Osorio hoy de Miguel Ortiz, a una distancia de setecientos ochenta y seis (786) metros medidos por la cerca; de esta esquina se continúa por la cerca de Lucas Osorio, hoy Miguel Ortiz hacia el S. E. en una distancia de ciento cuarenta y seis metros, setenta y cinco centímetros (146,79 mts.) a encontrar un mojón; de éste se vuelve hacia el O. S. O. con azimut de doscientos cuarenta y ocho grados veintisiete minutos (248° 27') lindando con el lote negociado con los González, a encontrar un mojón a una distancia de mil trescientos cincuenta y seis metros, cuarenta centímetros (1.356,40 mts.) colocado al oriente del tambre de la laguna de "El Abanico"; de aquí, se sigue hacia el S. O. con azimut de doscientos dos grados treinta y dos minutos (202° 32') y una distancia de ciento treinta y seis metros treinta centímetros (136,30 mts.) a encontrar un mojón en el Chontal de la laguna y de aquí, hacia el N. O. con azimut de trescientos grados diez minutos (300° -10') y una distancia de ciento veintidós metros, setenta centímetros (121,70 mts.) a encontrar el mojón de partida lindando con terrenos hoy de Leandro Guzmán, distinguido este lote con el número seis (6)".

c) Un lote llamado El Abanico, alinderado así: "Del mojón señalado en el plano con el número catorce (14), línea recta lindando a la derecha con el lote marcado con el número cuatro (4) y con rumbo N. (N. 66° W.) hasta el mojón indicado en el plano con el número quince (15); de este punto, volviendo a la izquierda sigue con rumbo S. treinta y seis grados W. (S. 36° W.) hasta el mojón número diez y seis (16) del plano; y de este punto siguiendo una línea N. S. has-

ta interceptar la línea diez y ocho, cuarenta y tres (18-43), en el punto señalado en el plano con el número diez y siete (17), situado en la Laguna Grande, en todas estas líneas linda a la derecha con el lote número cuatro (4). Del punto diez y siete (17) sigue con rumbo W.E. hasta dar a un mojón señalado en el plano con el número cuarenta y tres (43), lindando a la derecha con el lote número seis (6) hoy de propiedad de Leandro Guzmán; de este punto línea recta con rumbo N. cuarenta y un grados E. (41°. E.) hasta dar a un mojón situado en la Laguna de "El Abanico", indicado en el plano con el número cuarenta y dos (42), lindando a la derecha con el mismo lote número seis (6); de este punto línea recta con rumbo N. cincuenta y dos W. (N. 52 W.) hasta encontrar el mojón marcado con el número cuarenta y cuatro (44) y lindando a la derecha con terrenos de Natividad Andrade; del mojón cuarenta y cuatro (44) línea recta con rumbo N. trece grados (N. 13°. E.) hasta encontrar el mojón número catorce punto de partida".

Según los opositores estas fincas hicieron parte de la antigua hacienda denominada "El Tigre", la cual, dividida en 12 lotes, fue objeto de diversos remates, como bien de manos muertas, entre el año de 1.869 y 1.872 inclusive, según se desprende de las siguientes escrituras: 768 de 30 Abril de 1.872 de la Notaría 2a. de Bogotá, (lote No. 1); 2.157 de 22 de Diciembre de 1.870 de la Notaría 2a. de este mismo Circuito (lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); 862 de 25 de mayo de 1.870 de la misma Notaría (lotes 10, 11 y 12); 343 y 344 de 26 de Febrero de 1.872 (pago de deudas por los remates de algunos lotes). La mitad de toda la hacienda fue objeto de una venta el 31 de Marzo de 1.873, según consta en la escritura 626 de 1.873, de la Notaría 2a. de Bogotá, en la cual figuran los linderos generales de la hacienda y aparecen citadas las escrituras que hablan de los remates.

Con relación al predio "Normandia", aparece indicado al principio de la demanda de oposición que pertenece a Miguel Ortiz, Rafael Ortiz y Eustacio Ortiz; pero al precisarse la manera como fue adquirido resulta afirmado que le fue adjudicado a los dos últimos en la sucesión de Rufina Arias de Ortiz, como hijos legítimos de ésta, y que Miguel Ortiz, cónyuge supérbite, lo había adquirido durante la existencia de la sociedad conyugal por compras a Martina Posada de Ramírez, Alberto, Isabel y Germán Ramírez Posada, de donde resulta que sólo los expresados Rafael Ortiz y Eustacio Ortiz son considerados como propietarios actuales. Ahora bien, los títulos de estos dos, hijuelas hechas a su favor en la aludida sucesión de Rufina Arias de Ortiz y que constan en la escritura 341 de 28 de Noviembre de 1.944, de la Notaría de Purificación, no contienen las alinderaciones señaladas en la demanda al aludido predio "Normandia".

Este predio aparece descrito en el libelo como ya se transcribió, y se dice que tenía una cabida de 421 hs., y el predio "Normandia" adjudicado por mitades a Rafael y Eustacio Ortiz, está descrito en las hijuelas de éstos así: "... un lote de terreno de llano conocido con el nombre de "Normandia", segregado de la Hacienda de El Tigre, de la jurisdicción de este municipio (de Purificación) constante de ciento noventa y una hectáreas, cinco mil trescientos diez y siete metros cuadrados (191 Hs. 5.317 m2.) adquirido por el cónyuge sobreviviente, señor Miguel Ortiz B., por compra que de él hizo, según instrumento público número 1131 de 10 de Agosto de 1.928, otorgado por Oliverio Ramirez y su esposa en la Notaría 3a. del Circuito de Bogotá. Este lote está delimitado por los siguientes linderos: "Partiendo de la esquina suroeste del cerco de alambre de este lote, se sigue hacia el Noroeste por dicho cerco hasta un mojón distante del punto anterior 462 metros, lindando con la Hacienda de El Tigre, de propiedad

de la señora Ulpiana Angel de Posada; de aquí recto hacia el Noroeste, hasta otro mojón puesto en la margen derecha de la quebrada del Cucharo y que dista del anterior 2.630 metros; de aquí recto al Occidente, atravesando dicha quebrada hasta otro mojón puesto en el cerco que divide el lote de la sabana del de vega (sic), se sigue hacia el Sur, por este cerco hasta el otro mojón puesto en el cerco y que queda a cien metros antes de llegar a la esquina del alambre que divide este lote con el de Santa Inés que fué del señor Antonio Posada; de este mojón recto al noroeste 151-25' centesimales, hasta otro mojón puesto en el cerco que divide la vega de Martina P. de Ramírez de la de los hijos de ésta, lindando en todo este trayecto con la porción de "Normandia" que se reserva la señora Posada de Ramírez, se sigue al Suroeste por el límite de la vega de los señores Alberto, Isabel y Germán Ramírez Posada, hasta dar con el cerco que divide el lote de "Normandia" con el de Santa Inés, y de aquí al suroeste por dicho cerco, hasta el punto de partida".

Como puede apreciarse, uno es el lote "Normandia" atribuido en la demanda a los hermanos Rafael y Eustacio Ortiz y cuyo subsuelo petrolífero se pide sea excluido de la propuesta 526, y otro bien distinto el que por partes iguales y con el mismo nombre de "Normandia" les fue adjudicado a los citados hermanos Ortiz en el sucesorio de Rufina Arias de Ortiz. Lo que equivale a decir que aquéllos no han acreditado ser propietarios del predio al cual han vinculado sus pretensiones en el libelo, lo que constituye uno de los fundamentos esenciales de acciones como la incoada, lo cual es suficiente para desestimarla. Consiguientemente hay que rechazar las pretensiones de Rafael y Eustacio Ortiz con relación al subsuelo del predio "Normandia" que aparece descrito en la demanda de oposición.

En cuanto al predio SAN AGUSTIN de 451 hectáreas según el libelo, cuyos hidrocarburos reclama Joaquín Molina como propietario actual, éste no ha acreditado plenamente dicha calidad. En la demanda aparece señalado como título actual de tal predio la escritura 802 de 9 de Mayo de 1934, de la Notaria 3ª de Bogotá, y efectivamente en dicho instrumento consta la venta que a Joaquín Molina hizo, entre otras, Mercedes Posada de Venegas de 319 hectáreas 1.763 metros cuadrados, de parte de un predio llamado San Agustín, parte que guarda alguna semejanza con el predio San Agustín descrito en la demanda, pero cuyos linderos no coinciden en todo con los de éste. En efecto: los linderos del predio vendido por Mercedes Posada de Venegas son como sigue: "a partir del punto en donde la línea divisoria de los lotes de los menores Alberto, Isabel y Germán Ramírez y el lote de que se trata toca el río Saldaña, se sigue esta línea al Sur Oeste hasta encontrar el borde de la vega de Chicora lindando con el lote de los menores Alberto, Isabel y Germán Ramírez y con el de la señora Martina Posada de Ramírez; de este punto siguiendo dicho borde al Norte hasta un punto colocado normalmente a los seiscientos veintinueve metros (629 metros) de la línea anterior; de aquí vuelve al Sur Oeste paralelamente a la primera línea descrita hasta recorrer una longitud de tres mil ciento ochenta metros (3.180 mts.), lindando en estas tres últimas líneas con el lote de la señora Martina Posada de Ramírez, luego sigue al Norte, con rumbo magnético total de trescientos cincuenta y siete grados (357o) diez minutos (10,) en una longitud de mil cuatrocientos cuarenta y nueve (1.449) metros, lindando con el lote de la señora Ulpiana Angel de Posada, de este punto sigue al Nordeste paralelamente a la línea trasanterior hasta encontrar el borde de las vegas de Chicora; de aquí sigue al Nordeste por este borde y el de la vega del Gusano hasta encontrar el río Saldaña, lindando con

el lote de los menores María, Alfonso, Alvaro y Beatriz Venegas Posada, sigue luego por el río Saldaña aguas arriba hasta el punto de partida”.

Comparada esta alinderación con la que del predio San Agustín se da en la demanda y que se transcribió, puede observarse cómo los dos predios no coinciden, aunque presentan alguna similitud. Acaso la discrepancia se debe a que el señalado en la demanda es un predio de 451 hectáreas, y el descrito en la escritura consta tan sólo de 319 y 1.763 metros cuadrados. Es el segundo parte del primero?. Podría ser, pero no se ha establecido en los autos, y sería imposible reconocer propiedad sobre ese predio menor, cuya identificación no se hizo. El predio identificado por los peritos que intervinieron en la inspección ocular fue el descrito en la demanda, no el que aparece en la escritura 802 antes mencionada. Se deberá la discrepancia entre los dos predios a la circunstancia, anotada en la demanda, al describirse el predio San Agustín, de que el cauce del río Saldaña cambió?. Puede aceptarse como posibilidad, pero nada se estableció en el proceso sobre su realización efectiva.

En la misma escritura 802 de 1.934 también compra Joaquín Molina a María Venegas de Bieri, Beatriz, Alfonso y Alvaro Venegas Posada una extensión de tierra que según se afirma en el documento, integra, junto con la de que antes se habló, la hacienda de San Agustín. Es una extensión de 128 hectáreas 5.819 metros cuadrados, y linda así: “Desde el punto en donde la línea que divide este lote con el de la señora Ulpiana Angel de Posada encuentra el río Saldaña, punto que queda un poco abajo de la boca de la quebrada Gusano, se sigue esta línea al Sur con rumbo magnético total de ciento sesenta y siete grados diez minutos hasta recorrer una distancia de mil ochocientos cuarenta y cinco metros (1.845 mts.), lindando con el lote de la señora Ulpiana Angel de Posada; de aquí se sigue al Nordeste paralelamente a la línea divisoria en el llano entre los lotes de la señora Mercedes Posada de Venegas y Martina Posada de Ramírez hasta encontrar el borde oriental de las vegas de Chicora; luego se sigue al Nordeste por este borde y el de la vega del Gusano hasta encontrar el río Saldaña, lindando con el lote de la señora Mercedes Posada de Venegas; de este punto por el río Saldaña aguas abajo a dar al punto de partida”.

Aunque en esta alinderación aparecen mencionados accidentes geográficos que se encuentran en la descripción que en la demanda se da del globo San Agustín, no coinciden tampoco con los de éste. Finalmente no se comprobó que las dos porciones en referencia integraran realmente, en todo o en parte, el predio “San Agustín” descrito en el libelo.

En consecuencia, como el opositor concretó sus pretensiones en la demanda al globo que describió en la misma, y no se ha comprobado plenamente que el título que presentó para acreditar su calidad de propietario actual (la citada escritura 802 de 1.934 de la Notaría 3a. de Bogotá) corresponda realmente a ese globo, en todo o en parte, es claro que no ha acreditado dicha calidad, que, como ya se dijo, es uno de los fundamentos esenciales de acciones como la que se estudia, por la cual su no comprobación, por sí sola, conduce a una sentencia absolutoria.

Por lo que hace a los tres predios distinguidos en la demanda con las letras a), b) y c) llamados “La Vega”, “La Laguna” y “El Abanico” cuyo subsuelo se reservó Joaquín Molina al venderlos a Juan de Dios Giraldo, según se afirma en el libelo, hay que anotar que ciertamente en tal venta, que consta en la escritura 253 de 18 de Mayo de 1.942, de la Notaría de Girardot, figura la siguiente declaración

del vendedor Molina; "SEPTIMO. Que el subsuelo de la finca materia de esta venta, en lo relativo a hidrocarburos, lo ha dado en opción a la Compañía RICHMOND PETROLEUM COMPANY de los Estados Unidos de Norte América, por escritura pública número setecientos diez y seis (716) de fecha once (11) de Noviembre de mil novecientos treinta y siete (1.937), de esta misma Notaría, por el término de quince (15) años, derechos de opción que el vendedor se reserva en su totalidad por el término de quince (15) años contados desde la fecha de la escritura mencionada antes".

Pero no es menos cierto que como se desconoce el objeto preciso del aludido contrato de opción celebrado con la RICHMOND así como el texto del mismo, y como, de otra parte, es evidente que la cláusula transcrita no contiene una inequívoca reserva de dominio del subsuelo, es claro que no puede afirmarse que en realidad el vendedor Molina se reservó el dominio de dicho subsuelo petrolífero. Finalmente debe anotarse que el término de quince años durante el cual debía regir el contrato de opción, está vencido con exceso, ya que debía contarse a partir del año de 1.937.

En consecuencia, ningún derecho tiene actualmente el opositor Molina sobre los hidrocarburos que puedan encontrarse en los tres lotes de que se viene hablando, por lo que mal podía pedir su exclusión del área de la propuesta.

Se rechaza, pues, la oposición de Joaquín Molina.

D). DEMANDA DE MARIA FRANCISCA RIVAS DE MEDINA, JUAN BAUTISTA NEIRA, MARIA CAYCEDO V. DE LEYVA, FRANCISCO LEYVA, ALICIA LEYVA DE CAYCEDO, CLARA LEYVA e ISABEL LEYVA.

En la demanda vinculan sus pretensiones de la siguiente manera:

MARIA FRANCISCA RIVAS DE MEDINA, se dice propietaria de los predios denominados "El Baurá" y de un derecho proindiviso sobre los terrenos denominados "La Comunidad", así como de un pequeño lote de terreno sin nombre, alinderado en el punto "C" de la demanda.

JUAN BAUTISTA NEIRA, se dice dueño del predio denominado "Mangón de Saldaña" y "Mangón de Cucharó".

MARIA CAYCEDO V. DE LEYVA, FRANCISCO LEYVA, ALICIA LEYVA DE CAYCEDO, CLARA LEYVA e ISABEL LEYVA, se dicen propietarios del terreno denominado "Hato de Chenche".

Los linderos que en la demanda se dan a tales predios, son los siguientes:

"EL BAURA": "Partiendo de un mojón de piedra que se marcará con la letra Q y que se colocará al pie del madriño de la puerta llamada de los Limones, situada sobre la cerca que divide El Tigre de Saldaña, con dirección azimutal de S. 36 grados 85 centésimos hasta recorrer una longitud de 3.427 metros en línea recta, punto donde se colocará un mojón marcado con la letra P; de aquí, volviendo hacia el Oriente en línea recta con dirección azimutal de S. 99 grados 84 milésimas en una longitud de 1.677 metros 50 centímetros se llega al punto donde actualmente corta la quebrada del Guásimo la cerca que divide los mangones llamados del Baurá y Guásimo, en donde se colocará un mojón marcado con la letra I; de este mojón se sigue en línea recta al punto donde actualmente desemboca la quebrada del Guásimo en el río Chenche, desembocadura situada a 715

metros del mojón anterior, y con dirección azimutal de S. 82 grados 66 minutos E., en este punto se colocará un mojón marcado con la letra R; de este punto Chenche aguas abajo hasta su desembocadura en el río Magdalena, Magdalena abajo hasta la desembocadura de la quebrada de Guarapo en el mismo río, comprendiendo por este lado las islas que hace el río Magdalena entre las dos desembocaduras mencionadas; de la boca del Guarapo por la cerca que separa esta tierra de la hacienda del Tigre, hasta encontrar el mojón Q punto de partida”.

“LA COMUNIDAD”: “Partiendo del mojón que está situado a dos cuadras del hato de Buenavista, en dirección de Occidente a Oriente, a encontrar el primer mojón de la línea que separa las haciendas de Saldaña y El Guayabo y que está situado a 2.145 metros del primero y se marcará con la letra N.; de aquí, volviendo hacia la izquierda con dirección azimutal de N. 42 grados 388 milésimos E, en una longitud de 4.255 metros 51 centímetros a encontrar el camino público que va del Guamo a Coyaima, en donde se pondrá un mojón marcado con la letra B; de aquí volviendo hacia la izquierda con dirección azimutal de N. 64 grados 446 milésimos en una longitud de 5.405 metros 40 centímetros se llega al vértice de un ángulo notable de la dirección general del río Doyare, en donde se colocará un mojón marcado con la letra A; de aquí, Doyare aguas arriba hasta el frente del cerro llamado de Amacá; de este punto, mirando hacia el Oriente, hasta el mojón situado a dos cuadras del Hato de Buenavista, punto de partida”.

“MANGON DE SALDAÑA Y MANGON DE CUCHARO”: “Partiendo de la puerta de Los Limones en el lindero con El Tigre en línea recta hacia el Sudoeste siguiendo la cerca divisoria entre Baurá y Saldaña hasta el punto en donde se encuentra el mojón que sirve de lindero a Saldaña, Baurá y Chenche, y por esa misma línea hasta encontrar la cerca que viene de la puerta de Vásquez, de este punto hacia el Occidente, por toda la cerca que hoy deslinda el Mangón de Cucharo de las tierras de la sucesión hasta el ángulo que forma la misma al sur del pantano de La Palmita; de este ángulo recto sigue hacia el Norte por toda la cerca de los comunes de este mismo Mangón hasta encontrar en la Laguna Herradura la cerca del Mangón de Saldaña; de este punto volviendo por el borde de los corrales de la misma hacienda, y continuando por la cerca de la manga de abajo, hasta encontrar el río Saldaña, río Saldaña aguas abajo hasta la desembocadura de la quebrada La Herradura en el mismo río y de aquí volviendo hacia el Oriente por toda la línea divisoria entre la hacienda de Saldaña y la antigua hacienda de El Tigre hasta llegar a la puerta de Los Limones, punto de partida”.

“HATO DE CHENCHE”: “Partiendo del mojón marcado con la letra R, situada en el río Chenche, en línea recta de 715 metros de longitud y con dirección azimutal de Norte 82 grados 65 centésimos se llega al mojón marcado con la letra I. situado en el punto donde actualmente corta la quebrada de El Guásimo la cerca que divide los mangones de Baurá y Guásimo, desde este punto siguiendo hacia el Occidente, en línea recta, con dirección azimutal de Norte 99 grados 184 milésimos O. en una longitud de 1.677 metros 50 centímetros se llega a un mojón marcado con la letra F; de aquí siguiendo en línea recta de 4.250 metros 90 centímetros con dirección azimutal de Sur 36 grados 85 centésimos O. se llega al punto donde se encuentran hoy las cercas del mangón de Chenche con las del potrero de Chicalá y en donde se colocará un mojón marcado con la letra E; de este punto continuando en línea recta y en la misma dirección en una longitud de 1.111 metros se llega al punto donde se colocará un mojón marcado con la letra G; de aquí volviendo en ángulo recto con dirección azimutal de S. 63 grados 15 centésimos E. y una longitud de 1.711 metros hasta encontrar un punto en la línea de cercas

que unen el Palo Madroño con el punto llamado El Desemboque en el río Chenche y donde se pondrá un mojón marcado con la letra H; siguiendo luego por las cercas anteriores hasta el punto llamado El Desemboque en el río Chenche a una distancia de 682 metros; de aquí siguiendo Chenche abajo hasta el mojón marcado con la letra R en la desembocadura de la quebrada del Guásimo en el río Chenche, punto de donde se partió”.

El pequeño lote de terreno, sin nombre, indicado en el punto “C” de la demanda, tiene los siguientes linderos: “Por el Norte y Oriente, carretera de por medio que conduce del Corregimiento de Saldaña al Municipio de Purificación, linda con propiedades de la señora María Francisca Rivas de Medina, o sea con el Mangón de Minas y Cucharó; por el Sur, con terrenos de Guillermo Cardozo Cuenca y de sus hermanos de la finca denominada La María, y por el Occidente, con terreno de Climaco Olivero, hoy de su sucesión”.

Afirman los opositores que el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo de sus respectivas fincas son de su propiedad, “por haber salido aquellas fincas del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, como partes que fueron de la antigua hacienda “Saldaña”, tanto por títulos emanados del Estado como por justa prescripción originada en la posesión inmemorial de esos terrenos acompañada de su explotación económica”.

Tales títulos son once mercedes concedidas a diversas personas por competentes autoridades entre los años de 1.611 y 1.621. Pero no puede aceptarse que en virtud de dichas mercedes salió del patrimonio de la corona española la hacienda “Saldaña”, de la cual hicieron parte los actuales predios de los opositores, por la sencilla razón de que no aparece establecido que los terrenos a que se refieren las mercedes son los mismos que integraron la citada hacienda.

En la inspección ocular que practicó el Tribunal de Ibagué por comisión de la Sala, se identificaron los diversos predios de los opositores así como la antigua hacienda “Saldaña”, y se comprobó además que aquellos están comprendidos dentro de los linderos de ésta, tal como aparecen en la escritura de 5 de Diciembre de 1.846. Pero ningún intento se hizo en dicha diligencia para relacionar dicha hacienda con las once mercedes invocadas por los demandantes y que fueron concedidas a diversas personas en el siglo XVII. Esa labor quedó exclusivamente a cargo de los peritos, quienes al respecto manifestaron:

“Vistos los documentos que contienen las antiguas mercedes y que figuran en el cuaderno 4 de la demanda, la antigua hacienda “Saldaña” y por lo tanto las fincas actuales materia de la oposición tienen líneas o linderos comunes perfectamente identificables con los terrenos mercedados, tales como el río Saldaña, el río Magdalena, el río Chenche y la quebrada de Doyare”.

Como le surgiera duda sobre el sentido de la anterior conclusión de los peritos, pues puede entenderse que querían significar o que los terrenos mercedados tenían los mismos linderos que la finca “Saldaña”, o que tan sólo algunos de esos linderos eran iguales, o comunes, la Sala pidió a los peritos que aclararan su concepto, con advertencia de que debían mencionar las mercedes que les hubieran servido de base a sus conclusiones, “así como todos los fundamentos de éstas; en detalle”. Los peritos manifestaron:

“En atención a la solicitud de fecha veintisiete de Enero de mil novecientos sesenta (f. 56 del cuaderno No. 17) sobre explicación o aclaración del concepto

emitido bajo la letra e) del dictamen pericial que rendimos como peritos en el juicio ordinario seguido por JOSE DE JESUS PULECIO Y OTROS contra la Nación, decimos: Conforme al croquis presentado junto con el dictamen pericial mencionado y el cual se elaboró con base en: a) los títulos de propiedad de los terrenos materia de la diligencia y b) la inspección ocular practicada en los mencionados lotes. Estos dos considerandos: a) y b) son los elementos de juicio o fundamentos que respaldan nuestras conclusiones.

“Conforme al mencionado croquis los lotes denominados “BAURA”, “MINAS Y CUCHARO”, “HATO DE CHECHE”, “LOTE PEQUEÑO” y “COMUNIDAD” están ubicados dentro de los linderos de la hacienda “SALDAÑA”.

“Los documentos correspondientes a las mercedes que sirvieron de base para el concepto pericial, se encuentran en el cuaderno 4. Debemos advertir que dicho cuaderno tenía el número 4 cuando se practicó la inspección ocular y cuando rendimos nuestro informe. El perito Amorcho pudo comprobar que la numeración de los cuadernos ha sido cambiada”.

“El concepto rendido por nosotros y el croquis presentado para claridad de dicho concepto corresponden a lo que nos fué solicitado por los doctores CARLOS GAMEZ MACIAS y FRANCISCO BARON, en memorial presentado por ellos como apoderados de los señores MARIA TERESA CAICEDO v. DE LEYVA, FRANCISCO LEYVA, ALICIA LEYVA DE CAICEDO e ISABEL LEYVA, el primero de los abogados nombrados y de los señores MARIA FRANCISCO LEIVA DE MEDINA, JOSE MEDINA Y JUAN BAUTISTA NEIRA, el segundo de los abogados mencionados, presentación que tuvo lugar el diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco”.

Ahora bien, lo que estaba dudoso no era si los predios de los demandantes quedaban comprendidos o no dentro de los linderos de la antigua hacienda Saldaña, sino si esta hacienda correspondía a las tierras a que se refirieron las once mercedes presentadas por aquéllos como títulos que la sacaron del patrimonio estatal; pero sobre esto, como puede apreciarse, nada dijeron los peritos en la aclaración, subsistiendo, por tanto, la duda que planteó su primer dictamen; el cual, por lo demás, carece de debida fundamentación, ya que no puede aceptarse como tal la afirmación escueta de “vistos los documentos que contienen las antiguas mercedes”. Baste considerar que eran once documentos, como se ha dicho, por lo cual era bien difícil que su sola lectura produjera el convencimiento inmediato de la coincidencia entre las tierras por ellos contemplados y las de la hacienda Saldaña. Es bien significativo a este respecto que los peritos no hubieran localizado en el croquis que elaboraron ninguna de las aludidas mercedes, en las que, por cierto, más que linderos precisos, se hacen indicaciones generales sobre su ubicación cercana a determinados ríos u otros accidentes geográficos.

Por lo expuesto, no puede aceptarse que los predios de los demandantes, comprendidos dentro de la hacienda “Saldaña”, salieron del patrimonio estatal en virtud de las once mercedes invocadas por ellos.

Se pasa ahora a estudiar el otro fenómeno jurídico también invocado por los demandantes: la prescripción o posesión inmemorial acompañada de la explotación económica.

A este respecto los demandantes han alegado que en 1.704 y en diversas ocasiones posteriores a todo lo largo del siglo XVIII la finca “Saldaña” fue ob-

jeto de censos, los cuales a su juicio, comprueban explotación económica. Ahora bien: la expresada finca sólo fue identificada según los linderos que tenía en 1.846 cuando la compró FRANCISCO CAYCEDO JURADO a JUANA JURADO DE CAYCEDO, y no como era cuando fue objeto, con anterioridad a dicha fecha, de los diversos actos presentados como prueba de posesión. Y como, de otro lado, la finca se fue constituyendo en buena parte por sucesivas agregaciones de parcelas de linderos imprecisos, y, como, según resulta del expediente, antes de la citada transferencia de 1.846, la finca aparece sin linderos en los distintos documentos que a ella se refieren, es de todo punto imposible aceptar que los diversos actos de posesión que pudieran verse en esos documentos privados presentados por los opositores, se ejercieron sobre la totalidad de la hacienda, tal como existe hoy día.

Por otra parte, -y es de capital importancia- cabe anotar que, cualquiera que haya sido el verdadero contenido de la institución de la prescripción de los baldíos en la época colonial y comienzos de la República, es lo cierto que el art. 5º. de la Ley de 11 o 13 de Octubre de 1.821, como ha expresado la Sala en diversas providencias, le introdujo una trascendental modificación, al exigir a los presuntos prescribientes que debían sacar los títulos dentro del término de un año, so pena de perder las tierras. Pero no se ha comprobado, ni siquiera afirmado, que quienes por ese entonces poseían la hacienda "Saldaña" hubieran cumplido con dicha obligación. Obligación cuya realización no fue excusada en tiempo alguno posterior por el legislador, sino, a lo sumo, prorrogado por el Art. 9º. del Decreto de 2 de Mayo de 1.843. Pero tampoco hay prueba ni afirmación de un aprovechamiento de tal prórroga.

El apoderado de los demandantes señala, no en la demanda sino en el alegato de conclusión, que en 1.844 la hacienda "Saldaña" fue objeto de posesión por particulares, según revela la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes del General Domingo Caycedo. Pero es obvio que no podría admitirse que la prescripción, interrumpida por el incumplimiento del requisito exigido por el Art. 5º. de la ley de 11 o 13 de Octubre de 1.821, de que ya se habló, se hubiera consumado posteriormente, bastando para afirmar esto la anotación de que no se han señalado ni comprobado otros actos de posesión material que hubieran podido consumir una usucapación que se hubiera vuelto a iniciar.

En realidad de verdad, la aludida diligencia de inventario y avalúos tan sólo puede establecer que el día 19 de Febrero de 1.844, en que tuvo lugar, había determinado número de semovientes en las diversas secciones de la hacienda que en la misma diligencia se nombran, pero nada puede concluirse de allí sobre si esa ocupación que indudablemente constituía un acto de posesión material, comprendía la totalidad de la hacienda; o siquiera la totalidad de cada una de las aludidas secciones. Por lo demás, no conociéndose el área de la hacienda ni la de sus secciones internas, se hace imposible cualquier intento de cálculo sobre las áreas realmente ocupadas, de suerte que sólo podría afirmarse que ese día 19 de Febrero de 1.844 se ejercieron actos de posesión material sobre alguna porción de la hacienda, sin que sea posible precisar sobre cuál. Resulta, pues, que el documento de 1.844 no revela un acto de posesión sobre la totalidad de la finca, ni por otra parte, como ya se dijo, establece la consumación de una nueva usucapación, ya que esa posesión, aunque se admitiera en gracia a la discusión que fue ejercida sobre toda la hacienda, quedaría como un acto aislado, y el fenómeno de la usucapación supone, como es obvio, una posesión continua durante un cierto tiempo.

Las anteriores consideraciones son suficientes para rechazar la alegación sobre consumación de la prescripción frente al Estado antes de 1.873 sobre la hacienda "Saldaña". Por consiguiente, se rechaza también la oposición que se estudia.

E). DEMANDA DE PATRICIO QUIMBAYO CON RELACION A LAS FINCAS DENOMINADAS "BUENOS AIRES" y "EL AMPARO".

Los linderos de dichas fincas, son los siguientes:

"BUENOS AIRES": "Por el sur, con el camino público que de esta ciudad conduce a Rincón Santo; por el oriente, con terrenos de la mortuoria del señor Julio Varón; por el norte, en parte con terrenos de la mortuoria del mismo señor Varón y con terrenos de la Compañía Colombiana de Tabaco en esta ciudad; y por el occidente, con la zona del Ferrocarril donde está edificada la estación del Guamo y herederos del finado Ramón Teodoro Tello y con terrenos del común de este municipio". Está situada en terrenos que pertenecieron a los Ejidos del municipio de El Guamo (Tolima) y tiene una cabida aproximada de 4 hectáreas".

"EL AMPARO", denominada antes "Manga del Estado": "De un linderero que hay cerca de un caucho grande a la orilla del río Luisa, colindancia con terrenos de la sucesión del señor Julio Varón; de aquí, occidente a oriente, siguiendo las aguas abajo, hasta encontrar con un mojón de piedra cerca a unos árboles caracolies, en la colindancia de los terrenos de la hacienda "La Esmeralda", hoy de los herederos del señor José Hilario Pulecio; de aquí en dirección al sur, por las cercas de toda la colindancia con la misma hacienda de "La Esmeralda", hasta encontrar el camino real que del Guamo conduce a la fracción de Rincón Santo; de aquí tomando la dirección de oriente a occidente por dicho camino hasta encontrar un mojón en la colindancia con la sucesión del señor Julio Varón; de aquí en la dirección norte por las cercas actuales y siguiendo la misma colindancia, hasta dar al río Luisa, primer linderero citado".

Con relación a la finca "Buenos Aires", como bien anota el señor Procurador Delegado, no aparece título alguno emanado del Estado, pues la escritura N^o 54 de 5 de Marzo de 1872, que es el título más antiguo presentado por el opositor, no fue otorgada sino por un particular, el señor Luis García, por lo cual, mal podría considerarse como que hubiera podido operar la salida del patrimonio estatal de la aludida finca "Buenos Aires".

Respecto a la finca "El Amparo", como también anota el señor Procurador, en la inspección ocular que se practicó no se llegó a identificar este inmueble, ni por ende a comprobar que es el mismo a que se contrae la escritura N^o 50 de 2 de Marzo de 1.872, de la Notaría de El Guamo, en la que aparece la legalización del remate de un terreno denominado "Manga del Estado", en jurisdicción del Municipio de El Guamo, a favor del señor Luis García.

Las deficiencias anotadas son suficientes para que tampoco pueda prosperar esta oposición.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Declárase de propiedad de los opositores Evangelina Pulecio de Gálvez, Alfonso Pulecio Leiva, José de Jesús Pulecio Leiva, Emma Lozano Pulecio de Melendro y Jorge Lozano Arciniegas, el petróleo que se encuentre en el subsuelo de los predios de propiedad de dichos señores que describieron en su demanda de oposición y cuyos linderos fueron transcritos en la sección A. de la presente sentencia, y por consiguiente se ordena su exclusión del área de la propuesta 526, que fue formulada al Gobierno por la "Compañía de Petróleos Centauro" para explotar y explorar petróleo de propiedad nacional.

Decláranse infundadas las demás oposiciones, estudiadas en las secciones B. C. D. y E. de la presente sentencia, y por consiguiente se absuelve a la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase la actuación al Ministerio de Minas y Petróleos.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlaño, Secretario.

OCUPACION DE HECHO O EXPROPIACION INDIRECTA.

Acción de dominio y de restitución de un predio ocupado por la Nación para trabajos públicos. Subsidiaria de pago del valor del inmueble junto con los intereses respectivos. Elementos de la acción y su prueba.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Miryam Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro y Elisa Garcés de Tamayo demandó, ante el Tribunal Superior de Bogotá al Estado, para que, previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, en la sentencia definitiva se hicieran, en síntesis, las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que pertenece en común a las citadas actoras un predio, sito en la ciudad de Cali, con una cabida de 14.170 metros cuadrados, en la prolongación de la Avenida Primera y comprendido dentro de las.....lindes que indica y describe en este aparte del libelo.

Segunda. Que, como consecuencia, se condene al Estado a restituir a las demandantes “el predio cuya situación, cabida, linderos especiales y destinación se especificaron en la súplica precedente”, con sus frutos naturales y civiles no sólo los percibidos sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia desde la fecha de la ocupación.

Tercera. En subsidio, si no pudiera decretarse la restitución del predio por estar destinado a un servicio público, se condene al Estado a pagarles a las actoras “el precio o valor comercial del predio cuya situación, cabida, linderos, y destinación se determinaron en la súplica primera del presente libelo, incluyendo el precio o valor de las mejoras respectivas. La cuantía de lo uno y de las otras será el que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal, ya sea dentro de este juicio, o con posterioridad al mismo si la condena se hace en abstracto.

Cuarta. Si se hiciera la declaración subsidiaria, debe condenarse al Estado a pagar los intereses legales, a título de frutos, desde el 20 de noviembre de 1.952 hasta el día de pago efectivo.

El apoderado de la parte actora, en 21 apartes, expuso los hechos en que funda la acción o acciones ejercitadas, los cuales pueden resumirse así:

En el 1o. se dice que el predio cuya restitución se demanda está comprendido dentro de otro mayor, con una cabida de 224.972.60 M2, según consta en

la partición y plano contenidos en la escritura pública No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali, cuyas lindes transcribe en este hecho de la demanda.

Según el hecho 2o., en la división material de la Hacienda de San Luis de Cali se adjudicó, en común, a las demandantes, el lote B-2 como aparece en la citada escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951, ratificada posteriormente por Amparo Garcés de Castro.

El citado inmueble se adjudicó a las demandantes en la sucesión de su abuela Mercedes Valencia de Garcés y en representación de su padre Luis Garcés Valencia, según consta en las hijuelas registradas en la oficina de Cali, cuyos números, folios y partidas cita el apoderado en este hecho, juntamente con la escritura No. 2530 de 20 de agosto de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali que contiene la protocolización del juicio de sucesión antes mencionado.

De acuerdo con el 3o., Mercedes Valencia de Garcés adquirió el inmueble antes mencionado por adjudicación en el juicio de sucesión de su padre el general Fortunato Garcés Patiño, como dan testimonio los instrumentos enumerados en este hecho.

En el 4o. dice textualmente: "El predio cuya restitución se pide es distinto del lote que la familia Garcés Valencia permutó a la Nación Colombiana con destino a la carretera Cali-Palmira por medio de la escritura pública No. 3259 de 26 de octubre de 1.949 de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Cali el 8 de noviembre de 1.949 en el Libro Primero -Folios 72 a 74- Partidas 3662 a 3666 y a folios 13 y 14 Partidas 695 a 698 de su duplicado, el cual lote objeto de aquélla permuta, mide 600 metros de longitud por 42 de anchura, está situado en otra dirección distinta del lote B-2 de propiedad de mis mandantes, y debidamente singularizado en el plano de partición material de la Hacienda San Luis, protocolizado por la escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali, debidamente registrada". (fl. 33 C. No. 1o.).

En los hechos 5o., 6o., 7o., 8o., y 9o. se refiere a la posesión material en que se hallaban las demandantes de la zona objeto del presente litigio, que la Nación ocupó el 20 de noviembre de 1.952 con los trabajos de la ampliación de la carretera Cali-Palmira, ejecutados por conducto de la firma contratista "Raymond Concrete Pile Co. Of. South America", la cual una vez terminada y pavimentada, la Nación la dió "al servicio público de transporte y de vía de comunicación el predio objeto de este litigio" y la ha continuado conservando con fondos del erario nacional, cobrando peajes, prestando los servicios de vigilancia, etc., etc.

El 10 dice: "El predio cuya restitución se ha pedido es el mismo cuyo dominio y posesión inscrita radica en cabeza de mis mandantes, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, y las escrituras públicas que me permito acompañar a esta demanda; es el mismo cuya posesión material ejerce la Nación Colombiana; y es el mismo que está destinado a un servicio público de transporte automotor para unir a importantes ciudades de la República". (fl. 34 vto. ib.).

En el hecho 11 alude al decreto No. 0116 de 1.951 que incluyó dentro del plan vial "la carretera directa Palmira-Cali"; en el 12 cita el decreto 0701 de 1.952 "originario del Ministerio de Obras Públicas", por medio del cual se declararon de utilidad pública las zonas necesarias para la construcción y ampliación de las carreteras del mencionado plan vial.

Según el 13º. el decreto 0701 de 1.952 ordenó adquirir las zonas necesarias por acuerdo con los propietarios, o bien mediante el correspondiente juicio de expropiación; pero el Gobierno, apartándose de lo allí dispuesto, autorizó a la compañía contratista para proceder a ocupar de hecho las parcelas necesarias para la ampliación, incluyendo la de las demandantes.

Después de citar en el hecho 14 la fecha y número del D. O. en el cual se publicó el contrato de construcción de la carretera, por administración delegada, en los siguientes dice:

"15). Mis mandantes no han enajenado ni tienen prometido el fundo cuya restitución se ha pedido en este libelo y por consiguiente se encuentra vigente el registro de su título, inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, con fecha 17 de octubre de 1.951 en el Libro Primero -Tomo 69- Folios 38 a 43, partida 11.150.

"16). Los registros anteriores al de las escrituras públicas número 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali; número 2530 de 20 de agosto de 1.949 de la Notaría Primera de Cali, por medio de las cuales consta que mis poderdantes adquirieron el dominio del predio objeto de la presente acción, se han cancelado conforme al artículo 789 del C. C. desde 30 años hacia atrás, hasta llegar al último registro, que es el mencionado en el hecho inmediatamente anterior, por lo cual éste está vigente.

"17). Mis poderdantes adquirieron el dominio del predio objeto de la presente acción por el modo descrito en esta demanda, y de la persona quien era la verdadera dueña, o sea de doña Mercedes Valencia de Gárces; ésta a su turno lo adquirió de quien era dueño absoluto de aquella hacienda de San Luis, esto es, del General don Fortunato Garcés Patiño.

"18). Mis mandantes están privadas actualmente de la posesión material del predio cuya restitución se ha solicitado por cuanto esa posesión la tiene la Nación Colombiana, adquirida tal posesión, en la forma, términos, y demás circunstancias expuestas en esta demanda.

"19) Afirimo expresamente que la Nación Colombiana es poseedora de mala fé, para los efectos de las prestaciones a que haya lugar.

"20). Las señoras Myriam Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro, y Elisa Garcés de Tamayo, me han conferido poder especial para ejercer a su nombre esta acción ordinaria". (fls. 35 vto. a 36 ib.).

Como disposiciones aplicables citó todos los artículos del C. C. que se relacionan con la propiedad y la posesión y, además, los arts. 946, 949, 950, 952, 955, 954, 961, 963, 964, 966, 969, 962 del mismo Código, para terminar con las disposiciones del C. J. sobre competencia y procedimiento de los juicios ordinarios.

En las últimas 16 páginas de la demanda citó o copió varias doctrinas de la Corte, en especial de la Sala de Negocios Generales, sobre el fenómeno de la ocupación de hecho o expropiación indirecta.

En representación de la Nación le correspondió al Fiscal 3o. del Tribunal Superior de Bogotá contestar la demanda; y para llenar su cometido manifestó que no le constaba ninguno de los 18 primeros hechos y respecto del 19 dijo "Lo niego totalmente".

Luego agregó: "En nombre de la entidad que represento, niego el derecho y fundamento de la demanda anterior, así como las bases en que ella se sustenta.

"Hago presente en caso de que se condene a la Nación al pago de cualquier suma, debe tenerse en cuenta para deducir en su oportunidad, cualquier cantidad de dinero que se haya reconocido o podido reconocer a las demandantes por las causas o motivos de esta demanda y que se haya pagado por entidades oficiales.

"Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, solicito atentamente del H. Tribunal se nieguen las peticiones de la demanda, y se absuelva a la Nación". (fl. 50 ib.).

Agotado la primera instancia, el Tribunal dictó la sentencia de fecha 27 de agosto de 1.963, en la cual, en el primer párrafo de la parte resolutive declara que es de propiedad de las demandantes el lote de terreno que el apoderado especifica por sus lindes y cabida, en la primera petición de la demanda.

Hecha esta declaración, el fallo continúa así:

"Segundo. Por hallarse el mencionado inmueble destinado a un servicio público, no procede la orden de restitución a sus dueños. Subsidiariamente, condénase a la Nación -República de Colombia- como prestataria del servicio con el cual ocupa o posee el mencionado inmueble, a pagar a las demandantes Myriam Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro y Elisa Garcés de Tamayo, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto aprobatorio de la respectiva regulación, simultáneamente con la firma de la escritura de enajenación que estas deben otorgarle, el valor de dicho inmueble, en la época en que aquella lo ocupó (noviembre de 1.952); juntamente con los intereses legales (6^o/o anual) de la suma en que se estime ese valor, en el tiempo transcurrido desde entonces, hasta el día del pago.

"Tercero. El justiprecio del inmueble se efectuará pericialmente, por el trámite incidental establecido para la ejecución de las resoluciones, teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta providencia". (fl. 71 ib.).

La memorada sentencia se halla a la revisión de esta Sala de la Corte por apelación interpuesta y concedida a las partes, en auto de fecha 17 de septiembre del año pasado.

Con el fin de resolver el recurso de alzada se hacen las siguientes consideraciones:

Como el actor condicionó la restitución del lote a que no estuviere incorporado a un servicio público, hecho ahora consumado, no puede prosperar la petición principal, sino la subsidiaria de indemnización de los perjuicios ocasionados; sin embargo, también en este caso deben probarse todos los elementos que estructuran la acción de dominio según el art. 946 del C. C.

1o. Propiedad. De acuerdo con los títulos presentados en tiempo hábil, Mercedes Valencia de Garcés adquirió la Hacienda San Luis de Cali por adju-

dicación en el juicio de sucesión del General Fortunato Garcés Patiño, según consta en la hijuela que se registró el 12 de agosto de 1.922 en el Libro número primero y el 21 de agosto de 1.948 en el de Causas Mortuorias.

A los herederos de Mercedes Valencia de Garcés se les adjudicó la hacienda San Luis con una cabida de 500 plazas, como consta en las hijuelas registradas en los Libros Primero y de Causas Mortuorias el 30 de julio de 1.949, en las que se llevó a efecto la partición del citado predio en forma puramente aritmética, habiéndoles correspondido a las actoras 55.555.50 acciones.

Posteriormente, mediante la escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali, se llevó a efecto la partición material de la Hacienda San Luis, en la cual se adjudicó a las demandantes un lote de 224.972.60 metros cuadrados, por las lindes descritas por el apoderado en la demanda.

Mediante la escritura No. 759 de 16 de junio de 1.952, Amparo Garcés de Castro ratificó la anterior división material del aludido predio, para cumplir con la obligación allí pactada, esto es, la ratificación en cuanto cumpliera la mayor edad la dicha interesada.

Según la certificación expedida por el Registrador de Cali, el registro de la partición material llevada a efecto entre los herederos de Mercedes Valencia de Garcés se halla vigente, "pues no ha sido cancelada por ninguno de los medios que indica el artículo 789 del C. C."; y en cuanto a la parcela adjudicada a las actoras, "se halla libre de embargos, demandas, de hipotecas, arrendamientos por escritura pública, anticresis, patrimonio de familia, movilización, condiciones resolutorias expresas, otras limitaciones de dominio, previo el exámen de los libros primero y segundo, sus duplicados, el de causas mortuorias, de anotación de hipotecas, de autos de embargos, de demanda, en un período de treinta (30) años". (fl. 54 vto. C. No. 20), según palabras textuales del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali.

2o. Determinación. Demostrada la propiedad de la respectiva parcela, mediante los títulos exhibidos en un período mayor de treinta años, correspondía a las actoras establecer la identidad de los inmuebles, para lo cual se llevó a efecto una inspección ocular por comisión impartida al juez 4o. civil del circuito de Cali, en la cual, con la asistencia de peritos, se identificó plenamente el predio nominado Hacienda San Luis, luego la parcela adjudicada a las demandantes con una cabida de 224.972.60 M2 y por último la zona ocupada por la Nación con la ampliación de la carretera Palmira-Cali, con un área de 14.170 M2, pues en la dicha acta se lee: "El suscrito juez hace constar que el lote especificado al principio de esta diligencia, o sea el de una extensión de 14.170 metros cuadrados, es el mismo a que se refiere la súplica primera del libelo de demanda; es el mismo que queda comprendido dentro del lote B-2, en que fue dividida la Hacienda San Luis, según la escritura 1064 de 5 de septiembre de 1.951, pasada en la Notaría Cuarta de Cali; y, también es el mismo que queda dentro de la Hacienda de San Luis determinada en esta diligencia. Igualmente se constató que el lote B-2, es el mismo de que trata el certificado de propiedad y libertad presentado por el Dr. César Castro Perdomo. Asimismo, se constató que el lote de los 14.170 metros de extensión, es el mismo lote cuya posesión material tiene actualmente la Nación Colombiana, y el cual lote objeto de esta diligencia está destinado al servicio público de vía de comunicación entre Cali y Palmira y otras ciudades del país". (fl. 60 ib.).

3o. Ocupación de hecho. La expropiación u ocupación de hecho está demostrada, entre otros documentos, con la certificación del Departamento Administrativo de Carreteras de fecha 21 de abril de 1.960, con el visto bueno del Ministro de Obras Públicas, según el cual: "Según Decreto Legislativo número 0116 de enero 19 de 1.951 se fijó el plan de obras en las Carreteras Nacionales para los años 1.951 a 1.954, y en él quedó comprendido los trabajos de reconstrucción, construcción y pavimentación de la carretera Cali-Palmira. Según Decreto Ejecutivo No. 801 de marzo 13 de 1.952, fueron declaradas de utilidad pública las zonas requeridas para la construcción a una anchura de cien metros, de la carretera Cali-Palmira. En el plano adjunto está marcado el lote B como de propiedad de las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, con una superficie de 14.170 metros cuadrados. Copia de este plano reposa en esta Interventoría.

"No existe constancia en los archivos de esta Interventoría de que se hubiera adelantado el respectivo juicio de expropiación del mencionado lote. No se encontró tampoco constancia de haber pagado indemnización alguna por dichos lotes.

"Se contesta con el aparte primero de esta comunicación.

"El Gobierno Nacional adelantó por contrato de Administración Delegada con la Compañía Raymond Concrete Pile, la construcción y pavimentación de la Carretera directa Cali-Palmira, cuya conservación actualmente es efectuada por la Junta de Peaje del Departamento del Valle, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia". (fl. 45 ib.).

Además, con numerosos testimonios se ha probado la posesión material de las actoras en el momento de la ocupación de la zona por la compañía contratista, para la ampliación de la carretera en el sector Palmira-Cali.

4o. Estimación de la zona. Demostrada la propiedad, la identidad, la ocupación y el área de la respectiva zona, queda por determinar el precio o valor que la Nación debe indemnizar a los antiguos propietarios. Con este fin la parte actora solicitó el concepto de peritos, quienes, en lo sustancial, se expresan así:

"La ubicación del lote objeto del avalúo es bastante buena porque está sobre la prolongación de la Avenida 1a. de Cali y sobre las futuras calles 67 a 71 de la misma ciudad. El centro de Cali está a diez minutos en automóvil. A unos 800 metros de distancia hacia Cali, estando una persona sobre el lote indicado, están las instalaciones de establecimientos industriales de primer orden tales como la Fruco Colombiana, Industria de Colgate, Palmolive, Fabrica de Pastas La Muñeca, varias industrias molineras de trigo, y algunas otras fábricas de no menor importancia. El lote, como se pudo constatar en la diligencia de inspección ocular, está bien situado para montar una fábrica o una industria dentro del sector de Cali destinado oficialmente al establecimiento de industrias. Pasando el río Cauca, a unos 1.000 metros de distancia del lote objeto del avalúo existe una parcelación en que el precio del terreno fluctúa de \$5.00 a \$6.00 el metro cuadrado. La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca ha comprado lotes de terreno en los alrededores del que es objeto del avalúo, aproximadamente a razón de \$5.00 el metro cuadrado, sobre todo en las orillas del río Cauca para adelantar la construcción de los carrillones que están defendiendo aquellas tierras de cualquier posible inundación y con el fin de hacer perfectamente urbanizables todas esas tierras cercanas a Cali, dentro de las cuales queda comprendido el lote de terreno objeto de este avalúo. Una vez terminadas aquellas obras de la C. V. C.

es indudable que el lote objeto del dictamen tendrá un precio mucho mayor del que actualmente vamos a darle, pues como el avalúo hay que hacerlo hoy y no para el futuro cuando ya estén terminadas aquellas obras, solamente tendremos en cuenta para fijarlo: la topografía dicha, la situación respecto a Cali y a las fábricas vecinas; y las transacciones realizadas recientemente, en los últimos meses sobre lotes ubicados en aquella zona". (fls. 66 a 66 vto. ib.).

Por estos motivos, los peritos estiman en seis pesos el valor del metro cuadrado del lote ocupado por la Nación; de manera que el precio total lo fijan en la cantidad de \$85.020.00, que el tribunal en la sentencia apelada, no aceptó porque consideró, con toda razón, que la estimación no se debía referir al momento de la diligencia sino a la época en que la zona fue ocupada o destinada a la ampliación de la carretera en el sector Palmira-Cali.

Por otra parte, como el apoderado solicita el pago de los intereses legales a partir de la fecha de la ocupación, en compensación de los frutos dejados de percibir por los demandantes, la estimación de la zona incorporada a la carretera debe referirse a la misma época y no a una posterior.

En consecuencia, como no es admisible el avalúo practicado por los peritos, la indemnización debe fijarse en la forma prevista en el art. 553 del C. J.

Para la determinación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta factores como la estimación dada a la Hacienda San Luis en la partición aritmética de que fué objeto en el acto contenido en la escritura pública No. 2530 del 20 de agosto de 1.949 (fl. 22 C. No. 2o.); también se presentarán los respectivos certificados sobre avalúo catastral del expresado lote B-2 en cada uno de los años de 1.951 a 1.954 y las operaciones comerciales realizadas en zonas aledañas en época coetáneas a la ocupación de hecho con la ampliación de la carretera.

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, confirma la sentencia de fecha 27 de agosto de 1.963 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

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

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García M., Secretario.

ACCIONES DERIVADAS DE LA OCUPACION DE PREDIOS PRIVADOS POR TRABAJOS DE OBRAS PUBLICAS. PRESCRIPCION. ELEMENTOS DE LA ACCION. AVALUO DEL DAÑO.

1 La caducidad del plazo de que trata el artículo 263 del C.C.A. si no se ejercita la acción dentro de los dos años de verificada la ocupación, no es aplicable en estos juicios que se adelantaron ante la justicia ordinaria. 2. Condiciones axiológicas de esta clase de acciones. 3. El resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona.

1. El artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que establece la *caducidad* del plazo -que no la *prescripción* de la acción- si al cabo de dos años de la ocupación no se ha presentado la demanda, no es aplicable en estos juicios que se adelantan ante la justicia ordinaria; y puesto que la prescripción se rige por las normas comunes del Código Civil, no se ha consumado en este caso, y la excepción, consiguientemente, no puede prosperar.

2. La doctrina ha señalado las siguientes condiciones axiológicas a la acción incoada: a) Dominio en el demandante; b) Ocupación de hecho por el demandado; c) Carácter permanente de esta ocupación; d) Un trabajo público como causa de ella; y e) Un daño ocasionado por la misma ocupación. Para que se entienda que hay trabajo público se requiere, además, que se ejecute por una entidad, administrativa con fines de utilidad pública o de interés social. "Son estos -ha dicho esta Sala- los presupuestos que tipifican las acciones procedentes de trabajos públicos, mediante la sustitución del elemento subjetivo propio de las reglamentadas en el Código Civil -la culpa como motivo determinante de la responsabilidad, en la indemnizatoria- por el elemento objetivo de la *ocupación* o el *daño*. (G. J. XCIII, 782).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En grado de consulta subió a esta Corte el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y dos, proferido en el juicio ordinario incoado contra la Nación por la Sociedad que gira bajo la razón social "Gutiérrez Hermanos & Cia. Ltda.", con domicilio en la ciudad de Cali, la cual, por medio de apoderado, pidió las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA. Pertenece en dominio pleno y absoluto a la sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LIMITADA" domiciliada en Cali, un fundo rural si-

tuado en jurisdicción del Municipio de Cali, sobre la carretera directa Cali-Palmira, y singularizado tal inmueble con una cabida aproximada de veintiún mil trescientos setenta metros cuadrados (21.370 mts.) dentro de los siguientes linderos especiales:

“NORTE: En una longitud aproximada de ochocientos metros lineales (800) con el lote (F-2) en que fué dividida materialmente la hacienda de San Luis de Cali por escritura pública 1064, de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali; SUR, en una longitud aproximada (sic) de ochocientos siete metros con veinticinco centímetros (807,25) con la zona cedida por la familia Garcés Valencia a la Nación Colombiana mediante escritura pública 3259 de 26 de octubre de 1.949 de la Notaría Primera de Cali; ORIENTE, en una longitud aproximada (sic) de cuarenta metros, camino al medio, con el lote (E-2) del plano de división material de la hacienda San Luis de Cali, ya citada; y OCCIDENTE, con la Hacienda “La Flora” de Adolfo Bueno, faja esta de terreno destinada actualmente al servicio de vía de comunicación entre Cali y Palmira, con la carretera conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, y que atraviesa de Occidente a Oriente, yendo de Cali hacia Palmira, el costado sur del lote (F-2) en que fué dividida la hacienda San Luis de Cali, de propiedad de la misma sociedad demandante, según el plano de división material que se protocolizó por medio de la escritura pública No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali. Los linderos generales del referido lote (F-2) de la hacienda de San Luis de Cali se especifican en el hecho 1o. de este libelo.

“SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración de dominio, CONDENASE A LA NACION COLOMBIANA, o lo que es lo mismo al ESTADO, a restituir 6 días después de ejecutoriada esta sentencia, en favor de la sociedad “GUTIERREZ HERMANOS & CIA. LTDA.” de Cali, el predio cuya situación, cabida, linderos especiales y destinación se especificaron en la súplica precedente.

“TERCERA. En subsidio de la condena anterior, si no fuere posible la restitución material solicitada por encontrarse el predio objeto de la reivindicación destinado a un servicio público del Estado, como es el de vía de comunicación entre Cali y Palmira, circunstancia que deberá apreciarse por ese H. Tribunal, o si se demostrare dentro del juicio el interés público o social de aquella obra, o si el Gobierno Nacional insiste en conservar la posesión de dicha carretera, CONDENASE A LA NACION COLOMBIANA, o lo que es lo mismo al ESTADO, a pagarle a la sociedad “GUTIERREZ HERMANOS & CIA. LTDA.” domiciliada en Cali, el precio o valor comercial del predio cuya situación, cabida, linderos y destinación se determinaron en la súplica 1a. del presente libelo, incluyendo el precio o valor de las mejoras respectivas. La cuantía de lo uno y de las otras será el que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal, ya sea dentro de este juicio, o con posterioridad al mismo si la condena se hace en abastacto (sic).

“CUARTA. La Nación Colombiana o lo que es lo mismo el Estado, pagará a la sociedad “GUTIERREZ HERMANOS & CIA. LTDA.” domiciliada en Cali, 6 días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos naturales o civiles del inmueble cuya situación, cabida, linderos especiales y destinación, se especificaron en la súplica 1a. de este libelo, y no sólo los percibidos, sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de peritos designados en forma legal, desde el día 20 de noviembre de 1.952, fecha en que comenzó la posesión de la Nación en el fundo objeto de este juicio, hasta el momento de la entrega del referido inmueble o el pago

subsidiario de su precio o valor, incluyendo el valor de los intereses legales de la suma de dinero a que ascienda la condena que se haga si prospera la súplica 3a. de este libelo, desde el día 20 de noviembre de 1.952 hasta el día en que el pago en dinero efectivo se verifique en favor de mi mandante.

“QUINTA. Inscríbese la sentencia en el Libro Primero de Registro de la correspondiente Oficina de Cali, inmediatamente que aquella quede ejecutoriada.

“SEXTA. Es entendido, al prosperar la súplica 3a. de este libelo, que para el pago de la condena respectiva, mi mandante está dispuesto a otorgar en favor de la Nación Colombiana, el correspondiente instrumento público sobre transferencia del dominio del fundo objeto de este juicio, simultáneamente a la realización de dicho pago”.

Son hechos en los cuales la parte actora funda las anteriores pretensiones, los siguientes:

“1o.). Mi mandante es dueña y poseedora inscrita, del predio cuya restitución se solicita, por quedar comprendido éste dentro de otro de mayor extensión, de su propiedad, con una cabida de 189.149.18 metros cuadrados, distinguido con la letra (F-2) en el plano de partición de la hacienda de San Luis, en jurisdicción del municipio de Cali, plano que se protocolizó junto con la escritura de división material de aquella hacienda, la que está distinguida con el número 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali. Los linderos especiales del referido lote (F-2) del cual la Nación ocupó 21.370 metros cuadrados para la ruta Cali-Palmira son los siguientes: Por el NORTE, con la hacienda “La Flora” de Adolfo Bueno; por el SUR, en longitud de 807.25 metros con la zona cedida a la carretera; Recta Cali-Palmira; por el ORIENTE, en longitud de 490 metros, camino al medio, con lote de Alvaro Garcés Valencia, distinguido con la letra (E-2) en el plano de división material de la hacienda de San Luis de Cali; y por el OCCIDENTE, con hacienda “LA FLORA” de Adolfo Bueno”. A su turno los linderos generales de la hacienda de San Luis de Cali, cuya partición se hizo como ha quedado anotado en este mismo hecho, son: Por el NORTE, cerca de alambre de por medio, con el camino público o Carretera que de Cali conduce al Paso del Comercio; por el SUR, cerca de alambre de por medio, con finca o predio que pertenece a los herederos de Abraham Domínguez; por el ORIENTE, el río Cauca; y por el OCCIDENTE, en parte con terrenos de los mismos herederos de Abraham Domínguez y de la extinguida sociedad Hormaza Hermanos”.

“2o.). Mi poderdante adquirió el dominio y posesión del predio objeto de la presente acción, por adquisición de mayor extensión de terreno, esto es, por haber permutado con don Manuel José Garcés Valencia la totalidad del lote (F-2) ya mencionado en el hecho primero de este libelo, del cual se posesionó la Nación en la zona cuya situación, cabida, linderos y destinación se especificaron en la súplica primera de esta demanda, y la tradición correspondiente es como sigue:

“a). Por medio de la escritura pública número 1801 de 1.955 (mayo 21) de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, el 30 de mayo de 1.955 en el Libro Primero, Tomo 108 páginas 425 a 426, Partida 4243, la sociedad “Gutiérrez Hermanos & Cia. Limitada” de Cali adquirió a título de permuta de Don Manuel José Garcés Valencia

el referido lote (F-2) de la Hacienda de San Luis de Cali, con una cabida de 189.149.18 metros cuadrados.

“b). Posteriormente y mediante la escritura pública número 2228 de 1.959 (abril 30) de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Público y Privados de Cali, el 14 de mayo de 1.959 en el libro Primero -Tomo 144- Páginas 437 a 438, Partida 2047, el señor Manuel José Garcés Valencia aclaró, adicionó y ratificó la escritura en que consta la permuta ya citada, en el sentido de que en la enajenación que allí consta quedan comprendidos todos los derechos y acciones que correspondan, o puedan corresponder a dicho exponente Manuel José Garcés Valencia sobre la zona de 21.370 metros cuadrados, ocupados por la Nación Colombiana con motivo de la construcción del trabajo público conocido con el nombre de carretera directa Cali-Palmira dentro del lapso a que en ese mismo instrumento se refiere.

“26. Por su parte, don Manuel José Garcés Valencia, adquirió el dominio y posesión sobre el lote (F-2) en que fue dividida materialmente la hacienda San Luis de Cali, por adjudicación que se le hizo en la partición mencionada, según consta en la escritura pública número 1064 de 1.951 (septiembre 5) de la Notaría Cuarta de Cali; la cual se halla registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, con fecha 17 de octubre de 1.951 en el Libro Primero -Tomo 69- Folios 38 a 43, Partida 11.130/61.

“30. La precedente división material fue ratificada por doña Amparo Garcés de Castro, quien en la época del otorgamiento del instrumento público respectivo era menor de edad, por medio de la escritura pública No. 759 de 16 de junio de 1.952 de la Notaría Cuarta de Cali, la que se halla registrada en la Oficina de Registro de Cali con fecha primero de julio de 1.952 en el libro Primero -Tomo 74- Partidas 7112 a 7115, Folios 482 y 483.

“40. Por otra parte don Manuel José Garcés, Valencia, adquirió el derecho de participar en la división material ya referida, por virtud de la adjudicación que se le hizo, en común y proindiviso, de una cuota parte de la Hacienda San Luis de Cali, en la mortuoria de su madre Doña Mercedes Valencia de Garcés. Su hijuela correspondiente fue Registrada en la Oficina de Registro de Cali el 30 de julio de 1.949, Folios 518 y ss. Partida 629 del Libro de Causas Mortuorias y en el Libro Primero, Partidas 2531 a 2539, Folios 584 a 586. La sentencia aprobatoria de la partición fue Registrada al folio 516, Partida 530 del Libro de Causas Mortuorias. El juicio de sucesión de Doña Mercedes Valencia de Garcés se protocolizó por medio de la escritura pública No. 2530 de 20 de agosto de 1.949 de la Notaría Primera de Cali, la que fue registrada en la Oficina de Registro de Cali el 24 de agosto del mismo año -Folio 1229- Partida 2148 del Libro Segundo, Tomo 44.

“50. A su turno doña MERCEDES VALENCIA DE GARCÉS, adquirió el dominio de la Hacienda de San Luis de Cali, por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de su esposo el General don Fortunato Garcés Patiño. Su hijuela fue registrada en la Oficina de Registro de Cali el 12 de agosto de 1.922, Folios 622 y 623, Partida 586 del Libro Primero y el 21 de agosto de 1.948, folios 259 Partida 615 del Libro de Causas Mortuorias. La cuenta de partición se aprobó por sentencia del Juzgado Primero del Circuito de Cali el 5 de agosto de 1.922, registrada al folio 67, Partida 123 del Libro de Causas Mortuorias.

El juicio de Sucesión se protocolizó según consta en la Escritura Pública No. 526 de 10. de septiembre de 1.923 de la Notaría Tercera de Cali, registrada el 7 de septiembre de 1.923 a folios 420-421, Partida 66 del Libro Segundo.

"6o. El predio cuya restitución se pide es distinto del lote que la familia Garcés Valencia permutó a la Nación Colombiana con destino a la carretera Cali-Palmira por medio de la escritura pública No. 3259 de 26 de octubre de 1.959 de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Cali el 8 de Noviembre de 1.949 en el Libro Primero -Folios 72 a 74- Partidas 3662 a 3666 y a los folios 13 y 14-Partidas 695 a 698 de su duplicado, el cual lote objeto de aquella permuta mide 600 metros de longitud por 42 de anchura, aunque está colindando con el lote F-2 de propiedad de mi mandante, y debidamente singularizado en el plano de partición material de la Hacienda de San Luis, protocolizado por la escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali, debidamente registrada.

"7o. Don Manuel José Garcés Valencia siempre fué respetado en sus derechos de dominio y posesión sobre la zona objeto de este juicio; su posesión material fué ejercida en forma pacífica y tranquila, y a la que ejerció mi mandante se unió la que ejercieron sus antecesores en el dominio.

"8o. Sin embargo, ocurrió que el día 20 de noviembre de 1.952 la Nación Colombiana, por intermedio de su contratista por administración delegada la sociedad RAYMOND CONCRETE PILE CO. OF SOUTH AMERICA" de Estados Unidos y la denominada "CONTRATISTAS Y CONSTRUCTORES LIMITADA" de Colombia, al adelantar los trabajos de la construcción de la carretera nacional conocida con el nombre de Rcta Cali-Palmira, y al avanzar la obra pública hacia los predios de propiedad hoy de mi mandante, conocidos con el nombre de lote F-2 de la Hacienda San Luis de Cali, comenzó a invadir dentro de dicho fundo una zona, que es la misma especificada en la súplica primera de esta demanda, ó lo que es lo mismo con ocasión de aquel trabajo público, y para destinarla a la carretera, la Nación Colombiana se posesionó del predio objeto de este juicio, despojando al señor Manuel José Garcés Valencia del mismo; se procedió a cercar la zona respectiva; entraron las maquinarias pesadas de propiedad del Gobierno Nacional tales como Bulldozeres, tractores, palas mecánicas y otras semejantes, a derribar todo cuanto encontraron a su paso; se fue haciendo la banca central de la carretera, para lo cual se sacaron inmensas cantidades de tierra de cada uno de los dos lados de la banca central que se iba formando.

"9o. En la época del despojo mencionado existían dentro del predio objeto de la presente acción valiosas mejoras consistentes en pastos de pará aptos para apacentar ganados; sin embargo don Manuel José Garcés Valencia fué desposeído de dichas mejoras.

"10o. Posteriormente la Nación Colombiana continuó adelantando la carretera directa Cali-Palmira dentro del referido lote F-2 de la Hacienda San Luis de Cali; más tarde el Gobierno Nacional dió al servicio público esa vía de comunicación; algún tiempo después la Nación con sus propios fondos públicos proveyó a la pavimentación de dicha carretera; y actualmente la Nación mantiene destinada al servicio público de transporte y de vía de comunicación el predio objeto de este juicio.

"11o. En la fecha, la Nación Colombiana está en posesión material de la zona cuya restitución se solicita en este libelo y entre otros actos posesorios

ejerce los siguientes: a) Atiende a la conservación de la carretera en aquel sector; b) Ejerce permanente vigilancia sobre el predio a fin de que nadie invada parte alguna de la carretera; c) Cuida de que por aquella carretera se cumplan las normas legales sobre transporte; d) La tiene incorporada a su red de carreteras troncales; e) Cobra impuestos de peaje a los vehículos automotores por el hecho de atravesar esa vía pública, ya sea de Cali hacia Palmira, o de Palmira hacia Cali; f) Tiene apropiadas cuantiosas sumas de dinero en el Presupuesto Nacional para atender a los gastos de conservación de dicha carretera y en general ejerce sobre aquel predio casi todas las atribuciones de dueño y señor sin limitación alguna.

"12o. El predio cuya restitución se ha pedido es el mismo cuyo dominio y posesión inscrita radica en cabeza de mi mandante, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, y las escrituras públicas que me permito acompañar a esta demanda; es el mismo cuya posesión material ejerce la Nación Colombiana; y es el mismo que está destinado a un servicio público de transporte automotor para unir a importantes ciudades de la República.

"13o. El Gobierno Nacional ordenó destinar la zona objeto de este juicio para la vía pública mencionada, por medio del Decreto Legislativo número 0116 de 1.951 (enero 19) en que se dispuso fijar el PLAN VIAL de las carreteras nacionales en los años de 1.951 a 1.954, y dentro de la TRONCAL OCCIDENTAL allí prevista se dispuso construir la carretera directa Cali-Palmira (Diario Oficial No. 27.521 Página 386).

"14o Más tarde por medio del Decreto Ejecutivo número 0701 de 1.952 (marzo 13) originario del Ministerio de Obras Públicas se declararon de utilidad pública las zonas necesarias para aquella carretera y consecuentemente dentro de tal declaratoria quedó comprendida el predio que es objeto de la presente acción.

"15o. Según el Decreto 0701 de 1.952 el Gobierno dispuso perentoriamente que debería procederse a celebrar los contratos necesarios con los propietarios de zonas requeridas para la carretera Cali-Palmira, y que se adelantarían los arreglos indispensables para tal fin, pero que si todo aquello no era posible entonces deberían adelantarse las expropiaciones correspondientes. Sin embargo, el mismo Gobierno que había previsto proceder en aquel caso por las vías legales, se apartó de sus propios ordenamientos, y autorizó a la Compañía contratista delegataria de aquella vía para entrar a la fuerza en los predios que necesitaba para la obra, entre los cuales se encontró el predio que ahora es de mi mandante. Además, el Gobierno al dictar aquellos decretos sobre la carretera Cali-Palmira, era sabedor de que el Sr. Manuel José Garcés Valencia era el dueño de la zona que necesitaba para dicha carretera, pues la había declarado de utilidad pública, y había previsto hacer los arreglos indispensables para su adquisición. No obstante estas circunstancias, se posesionó materialmente en la forma indicada en otra parte de este libelo del predio cuya restitución se solicita, y despojó a su dueño del mismo. Entonces como el Gobierno Nacional tenía en sus manos todos los poderes para proceder en este caso conforme a la Constitución y a las leyes, y no lo hizo, y a sabiendas de que la declaratoria de utilidad pública no la facultaba para invadir propiedad privada de mi mandante, se posesionó a la fuerza del citado predio, su posesión material es de mala fé, y por consiguiente le deben ser aplicables las normas civiles sobre poseedores de mala fé.

"16o. La Nación construyó por administración delegada la carretera Cali-Palmira con la RAYMOND CONCRETE PILE CO. OF SOUTH AMERICA de

Estados Unidos, y CONTRATISTAS & CONSTRUCTORES (sic) LTDA". de Colombia, según contrato publicado en el Diario Oficial número 27.821 -Página 360- y al hacerlo así obró facultado por el artículo 15 de la ley 88 de 1.931 y el artículo 1o. de la ley 175 de 1.938.

"17. Mi mandante no ha enajenado ni tiene prometido el fundo cuya restitución se ha pedido en este libelo y por consiguiente se encuentra vigente el registro de su título inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, con fecha 30 de mayo de 1.955 en el Libro Primero, Tomo 108, Folios 425 a 426, -Partida 4243 y el de su ratificación en la misma oficina con fecha mayo 14 de 1.959 en el Libro Primero -Tomo 144- Páginas 437/438, Partida 2047.

"18. Los registros anteriores al de las escrituras públicas número 1801 de 21 de mayo de 1.955 de la Notaría Primera de Cali y número 2228 de 30 abril de 1.959 de la misma Notaría por medio de las cuales consta que mi poderdante adquirió el dominio del predio objeto de la presente acción, se han cancelado conforme al artículo 789 del C. C. desde 30 años hacia atrás, hasta llegar al último registro, que es el mencionado en el hecho inmediatamente anterior, por lo que éste está vigente.

"19. Mi poderdante adquirió el dominio del predio objeto de la presente acción por el modo descrito en esta demanda, y de la persona quien era la verdadera dueña, o sea de don Manuel José Garcés Valencia; éste a su turno lo adquirió de quien era dueño absoluto de aquella Hacienda de San Luis, esto es, de doña Mercedes Valencia de Garcés; a su turno doña Mercedes Valencia de Garcés adquirió de igual modo el dominio, de su esposo el General Fortunato Garcés Patiño, pues todos estos tenían el dominio pleno y absoluto del inmueble.

"20. Mi mandante está privado actualmente de la posesión material del predio cuya restitución se ha solicitado por cuanto esa posesión la tiene la Nación Colombiana, adquirida tal posesión, en la forma, términos y demás circunstancias expuestas en esta demanda.

"21. Afirmo expresamente que la Nación Colombiana es poseedora de mala fé, para lo efectos de las prestaciones a que haya lugar.

"22.) La sociedad "Gutiérrez Hermanos & Cia. Limitada" de Cali me ha conferido poder especial para ejercer a su nombre esta acción ordinaria.

"23. El inmueble cuya reivindicación se pide vale más de \$100.000.00".

La demanda fue admitida, y de ella se dio traslado al señor fiscal del Tribunal, en representación de la Nación, quien la contestó oponiéndose a la acción y poniendo en duda los hechos que la sustentan, salvo el relativo a la posesión en que el demandado se encuentra de la zona ocupada, el cual acepta. Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte actora y de prescripción.

Agotado el trámite de primera instancia, ésta concluyó con la sentencia ya mencionada, del siguiente tenor:

"PRIMERO. DECLARASE que pertenece en dominio a la sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA LTDA. Domiciliada en Cali, un fundo rural situado en jurisdicción del Municipio de Cali, sobre la carretera directa Cali-Palmira, singularizado tal inmueble con una cabida aproximada de VEINTIUN MIL TRESCIENTOS

SETENTA METROS CUADRADOS (21,370 mts. 2) dentro de los siguientes linderos especiales: NORTE, en una longitud aproximada de ochocientos metros (800) lineales con el lote "F-2" en que fue dividida materialmente la Hacienda de San Luis de Cali por escritura pública No. 1064 del 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali; SUR, en una longitud aproximada de OCHOCIENTOS SIETE METROS CON VEINTICINCO CENTIMETROS (807,25 mts.) con la zona cedida por la familia Carcés Valencia a la Nación colombiana mediante escritura Pública No. 3259 de 26 de octubre de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali; ORIENTE, en una longitud aproximada de veintinueve (29) metros, camino al medio, con el lote E "2 del plano de división material de la Hacienda San Luis de Cali; y OCCIDENTE, con la hacienda "La Flora" de propiedad del señor Adolfo Bueno.

"SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración (sic) CONDENASE a la Nación Colombiana, o lo que es lo mismo al Estado, a pagarle a la Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LTDA.", domiciliada en Cali, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$256.440,00) m/cte. como valor del predio cuya situación, cabida, linderos y destinación se determinaron en la anterior resolución:

"TERCERO. CONDENASE igualmente a la Nación Colombiana a pagar a la Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LTDA.", seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los intereses legales de la suma de dinero antes determinada, a partir del día 1o. de diciembre de 1.952, hasta que se verifique el pago.

"CUARTO. ORDENASE la inscripción de esta sentencia en el Libro primero de Registro de la correspondiente Oficina de Cali, inmediatamente quede ejecutoriado el fallo.

"QUINTO. La Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LTDA.", con domicilio en Cali, queda en la obligación de otorgar en favor de la Nación Colombiana, el correspondiente instrumento Público sobre transferencia del dominio del fundo objeto de este proceso, simultáneamente a la realización del pago".

El señor fiscal del Tribunal propone, en la contestación de la demanda, la excepción dilatoria por tanto de previo pronunciamiento, pero que pudiera dar lugar a la nulidad de lo actuado por ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandante. Sin embargo, en los autos aparece el poder, legalmente constituido por los señores Roberto Gutiérrez A. y Carlos Gutiérrez A. en nombre de la sociedad "Gutiérrez Hermanos & Cia. Ltda.", con que el apoderado de ésta inició y adelantó el juicio, y la certificación de la Cámara de Comercio de Cali que acredita la existencia de la mencionada compañía y la personería de los socios nombrados para representarla. No hay lugar, consiguientemente, a la aludida nulidad, ya que se encuentra suficientemente acreditada la legitimación procesal del demandante.

Por lo que hace a la excepción de prescripción, alegada por el señor agente del ministerio público con fundamento en "haber expirado el término de que disponía la parte actora para ejercitar la acción de perjuicios", se observa que conforme a lo decidido por esta Sala en sentencia de veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (G. J. XCI, 1278 ss.), el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que establece la caducidad del plazo que no la prescripción de la acción si al cabo de dos años de la ocupación no se ha presentado la demanda, no es aplicable en estos juicios que se adelantan ante la

justicia ordinaria; y puesto que la prescripción se rige por las normas comunes del Código Civil, no se ha consumado en este caso, y la excepción, consiguientemente, no puede prosperar.

Tampoco hay lugar a la nulidad que invoca el señor procurador delegado en lo civil, con fundamento en el carácter interlocutorio del auto que decreta pruebas, porque la Sala, en numerosas decisiones, tiene admitido que la mencionada providencia es de substanciación, aunque otra cosa piensa el magistrado ponente.

La doctrina ha señalado las siguientes condiciones axiológicas a la acción incoada: a) Dominio en el demandante; b) Ocupación de hecho por el demandado; c) Carácter permanente de esta ocupación; d) Un trabajo público como causa de ella; y e) Un daño ocasionado por la misma ocupación. Para que se entienda que hay trabajo público se requiere, además, que se ejecute por una entidad administrativa con fines de utilidad pública o de interés social. "Son éstos -ha dicho esta Sala- los presupuestos que tipifican las acciones procedentes de trabajos públicos, mediante la substitución del elemento subjetivo propio de las reglamentadas en el Código Civil -la culpa como motivo determinante de la responsabilidad, en la indemnizatoria- por el elemento objetivo de la ocupación o el daño" (G. J. XCII, 782).

Nada hay que observar a la sentencia de primer grado en cuanto da por probados aquellos presupuestos, pues que:

A) Está suficientemente acreditada la propiedad actual de la sociedad demandante, así como su legitimación en la causa. El lote F2 aliterado en la demanda, en efecto, al cual pertenece la zona en litigio, fue adquirido por Gutiérrez Hermanos & Cia. Ltda., en permuta con Manuel José Garcés Valencia, concluida por medio de la escritura pública número 1801 de 21 de mayo de 1.955, de la notaría primera de Cali, ratificada en la número 2228 de 30 de abril de 1959, de la misma notaría, y aclarada en ese instrumento en el sentido de que "en la enajenación que consta allí quedan comprendidos todos los derechos y acciones que corresponden, o puedan corresponder al exponente sobre la zona de 21.370 metros cuadrados, ocupados por la Nación Colombiana con motivo de la construcción del trabajo público (sic) conocido con el nombre de carretera directa Cali-Palmira en el lapso comprendido entre el 5 de septiembre de 1.951 y el 21 de mayo de 1.955". A esta manifestación la llama el señor agente del ministerio público en su alegato de primera instancia "cesión de derechos (...) que no fue insinuada judicialmente, ni se pagaron los derechos fiscales que debieron pagarse", por lo cual "no es una cesión que haya tenido validez legal ni sobre la cual pueda prosperar una condenación contra el Estado Colombiano"; cuando en realidad se trata de una aclaración que podría considerarse aún innecesaria, porque la adquisición del predio, sin reserva alguna por parte del enajenante, transfería al adquirente acción suficiente para reclamar cualquier zona que de él formara parte y que se hallase en poder de terceros, o su precio en vez de la restitución del inmueble. Es obvio que quien adquiere un inmueble del cual no está en posesión el dueño que lo enajena, tiene las acciones que a éste correspondería contra el poseedor o detentador.

Manuel José Garcés Valencia, por su parte, halló el inmueble en cuestión en la sucesión de su madre, la señora Mercedes Valencia de Garcés, protocolizada por escritura pública número 2530 de 20 de agosto de 1.949, de la notaría

primera de Cali, habiéndole sido adjudicado en la partición material de la hacienda San Luis efectuada en escritura pública número 1064 de 5 de septiembre de 1.951, de la notaría cuarta del nombrado circuito. La mencionada causante lo hubo por adjudicación que de él se le hizo, en mayor extensión, o sea, de la aludida finca San Luis, en la sucesión de su esposo el señor Fortunato Garcés, protocolizada por instrumento público número 526 de 10. de septiembre de 1.922, de la notaría segunda de Cali.

Es de advertir que la división material de la hacienda San Luis fue ratificada por las señoras Susana Garcés de Alvarez, quien no concurrió al otorgamiento de la escritura 1064 de 1.951, y Amparo Garcés de Castro, que lo hizo siendo menor de edad, lo que efectuaron por medio de las escrituras 958 de 15 de marzo de 1.952, de la notaría primera de Cali, la primera, y 759 de 16 de junio del mismo año, de la notaría cuarta de aquel circuito, la segunda.

Todos los anteriores instrumentos aparecen legalmente registrados, y en los autos obra el certificado del Registro público que los complementa.

B) Los demás extremos o condiciones de la acción aparecen demostrados como lo expresa la sentencia de primer grado, cuyos conceptos acoge la Sala porque los halla ceñidos a la verdad procesal, y porque al través del examen que de la prueba hace el tribunal *a quo* se destaca que la zona en litigio fue ocupada por la Nación con la carretera Cali-Palmira, sin que se llegase a un acuerdo previo con el propietario ni se observaren los requisitos que la ley prescribe para la expropiación, no obstante haber dispuesto hacerlo por decreto 0701 de 1.952 del Gobierno Nacional; lo que quiere decir, que la mencionada zona fue objeto de una vía de hecho de la administración pública nacional, consistente en su ocupación con una obra pública de carácter permanente. Dice así el Tribunal:

“En el año de 1.952 y mediante Decreto 701 el Ejecutivo declaró de utilidad pública las zonas que se requieren para la construcción, a una anchura de cien (100) metros, de la carretera que unirá las ciudades de Cali y Palmira, de acuerdo con los planos que apruebe el Ministerio de Obras Públicas. Y el artículo 2o. del mentado decreto dispuso que ‘El Ministerio de Obras Públicas celebrará los contratos necesarios para la adquisición de dichas zonas, y en caso de que no sea posible llegar a un arreglo con el respectivo interesado, procederá a la expropiación de acuerdo con las normas sobre la materia.’

“Ni el Ministerio de Obras ni los contratistas, hicieron uso de la facultad otorgada por el Art. 2o. del D. 701 de 1.952, y pretermitiendo el juicio correspondiente, ampliaron la zona permutada por medio de la escritura 3256 de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali que tenía 42 metros de ancho, a los cien metros que establecía el Decreto 701. De esta circunstancia dan cuenta el testimonio del Sr. Fortunato Garcés Valencia, quien no tiene ningún impedimento para declarar en este proceso, la certificación del Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, la inspección ocular y el peritazgo.

“La certificación del Secretario General del Ministerio de Obras, expresa que ‘en plano existente en dicha Interventoría (la Troncal de Occidente) figura un lote marcado con la letra “F” como propiedad del señor Manel M. (sic) Garcés con una área de 21.370 m2, no existiendo en dicha Interventoría constancia alguna sobre su propiedad actual’. La misma certificación explica que este lote

fue declarado de utilidad pública como zona requerida para la construcción a una anchura de 100 mtrs. de la carretera Cali-Palmira y que esa Interventoría impartió las órdenes de iniciar la construcción de la vía 'por los predios de propiedad del señor Garcés'.

"Con la prueba de Inspección ocular se establece que le lote de 21.370 M2. contiguo al lote de la Sociedad demandante y que hacía parte integrante de él de conformidad con los títulos estudiados, está incorporado a la zona de la carretera y 'destinado al servicio público', 'o lo que es lo mismo en poder de la Nación.

"Y los señores peritos manifestaron (sic) que 'es un hecho innegable que la Nación Colombiana tiene la posesión material de la zona o lote de terreno materia de este juicio, lo cual se manifiesta en forma palmaria, por existir actualmente trabajos de ampliación de la vía en ese tramo, por existir también huellas de haber sido utilizada para extraer material de relleno para la vía y por hacer parte de la zona de la carretera denominada 'Cali-Palmira', carretera sobre la cual es también innegable que la Nación, por transitar por ella, cobra impuesto de peaje a través de sus dependencias'.

"El conjunto de las pruebas, sumado a la manifestación hecha por el representante de la Nación, según la cual 'es cierto que la Nación Colombiana posee materialmente la carretera denominada Recta Cali-Palmira, y es obvio que ejercita sobre la zona por ésta ocupada, los derechos inherentes a las vías públicas', establecen de modo pleno la segunda condición o presupuesto de la acción relativo a la posesión u ocupación permanente de la propiedad por parte de la Nación demandada.

"La Inspección ocular, el peritazgo, la declaración del Sr. Fortunato Garcés V. los títulos escriturarios y la certificación del Secretario General del Ministerio concurren fehacientemente al establecimiento de la identidad del lote a que se refiere la primera petición y el hecho 10. de la demanda y cuya área es de 21.370 metros 2.

"En la Inspección ocular se dejó constancia 'Que la zona materia de la restitución cuyas dimensiones, longitudes y linderos se especificaron en el cuerpo de esta diligencia y en la súplica primera de la demanda, coincide perfectamente con la ocupada por la Nación con la expresada carretera directa Cali-Palmira'.

"De la misma diligencia pertenece la conducente observación que se transcribe: 'Que la faja de terreno de que se trata se halla ubicada dentro del lote F-2 del plano de división de los terrenos de la Hacienda San Luis que obra en el expediente, precisamente en el sitio en donde se inicia la carretera directa Cali-Palmira, en el paso del Puente del Comercio, cuya extensión superficialía aproximada es de 21.370 metros cuadrados, y comprendida por los siguientes linderos especiales: Norte, en longitud de 800 mts. lineales con el lote F-2 en que fue dividida materialmente la Hacienda San Luis; Sur, en una longitud aproximada de 807 mts. con 25 cms. con la zona cedida por la familia Garcés Valencia a la Nación Colombiana, según escritura pública No. 3259 de octubre 26 de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali; Oriente, en longitud aproximada de 29 mts. camino al medio, con el lote E-2 del plano de división material de la hacienda San Luis; y occidente, con la hacienda La Flora de Adolfo Bueno'.

“Los peritos dictaminaron: ‘En el acto de la diligencia de Inspección ocular se recorrió la zona de terreno cuya singularización y linderos aparecen en la súplica primera del libelo de demanda, o sea la porción de terrenos siguiente: un lote de 21.370 metros cuadrados de cabida, ubicado en este Municipio, en el tramo que va del lote de terreno distinguido con la letra “E 2” del plano de división de la hacienda ‘San Luis’, que obra a folio 41, del cuaderno principal, de propiedad del Sr. Alvaro Garcés Valencia, al cruce con la antigua carretera al paso del Comercio, cuyos linderos y dimensiones son las siguientes: Norte, en una longitud aproximada de 800 metros lineales con el resto del lote “F-2” en que fue dividida materialmente la hacienda San Luis cuya respectiva escritura de división aparece a folios 15 a 20 del cuaderno 1o. y que lleva el No. 1064 de fecha 5 de septiembre de 1.951, de la Notaría 4a. de este Circuito; Sur, en una longitud de 807 metros con 25 centímetros, con la zona de terreno cedida por la familia Garcés Valencia a la Nación Colombiana, por medio de la escritura pública No. 3259 de 26 de octubre de 1.949, de la Notaría 1a. de este circuito y cuya copia respectiva aparece a folios 8 14 del mismo cuaderno 1o. Oriente, en una longitud de 29 metros (no de 40 como se dice en el libelo de demanda, tal como lo dejamos ya explicado), caminos al medio con el lote de terreno distinguido con la letra “E 2” de que antes se habló; y occidente, con la propiedad denominada hacienda “La Flora” que pertenece al Sr. Adolfo Bueno.

“De la confrontación, sobre el terreno, de esta zona con la singularizada en la súplica primera del libelo de demanda, se saca la conclusión de que se trata de una misma porción de terreno, pues son iguales sus linderos, su ubicación y dimensiones longitudinales, con la aclaración que hemos dado en lo referente a la extensión longitudinal del lindero oriental’

‘Los peritos fundamentaron la anterior conclusión con la siguiente consideración de orden técnico: ‘De donde es lógico inferir que la Nación Colombiana está ocupando una zona de terreno de los predios adyacentes a lado y lado de la carretera, en el tramo antes mencionado, pues si los señores Garcés Valencia solamente cedieron una porción de terreno con destino a la carretera, de longitud de 600 metros por 42 de ancho, según ya se dijo, y el tramo de la carretera en este lugar tiene un ancho de 100 metros, es obvio que a lado y lado de ella se está ocupando una porción o zona de terreno equivalente a 29 metros de ancho, en una longitud de 800 metros, más o menos’

“El mérito suficiente que forman las anteriores pruebas, se cimenta aún, más con el certificado expedido por el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, en el cual se admite expresamente que la Nación, en desarrollo del Decreto 701 de 1.952 que fijó la anchura de la carretera en 100 metros, diez por el lote marcado con la letra “F 2 del plano existente en la Interventoría que tiene un área de 21.370 mts-2 y como propietario figura el Sr. Manuel M. (sic) Garcés”.

Habiendo condicionado la parte actora la acción principal a la no destinación del predio a un servicio público, bien está que sea la accesoria la que prospere, puesto que es la demanda la que señala la pauta al fallador y es manifiesta la voluntad del demandante de obtener sólo el resarcimiento de daños en el caso de que el inmueble de que fue despojado tenga la destinación expresada.

Al hacer la valoración del perjuicio dicen los peritos que actuaron en la primera instancia, en dictamen que acoge la sentencia de primer grado: “Hemos

solicitado a la Urbanización Industrial de los señores Bueno Madrid el valor del metro cuadrado de los terrenos que forman esa urbanización, la cual se encuentra ubicada en el costado occidental del lote F-2. El valor del metro cuadrado que esa Urbanización tiene fijado para sus operaciones de compraventa, fluctúa entre los \$ 25 y los \$ 35, según su localización. Así mismo solicitamos cotizaciones sobre el valor del metro cuadrado en la parcelación rural existente en terrenos que quedan ubicados a la margen derecha del río Cauca, hacia el lado norte de la recta Cali Palmira, parcelación que carece de toda clase de servicios públicos y que no tiene ni la demanda ni el porvenir de las tierras situadas hacia la margen izquierda del río Cauca, es decir, hacia el centro de la ciudad. Los precios del metro cuadrado se cotizan allí entre \$ 12 y \$ 18 según su localización. Dadas las circunstancias que anteceden, incluyendo la importancia comercial de la zona, su cercanía a empresas industriales, nuestra experiencia en esta materia, operaciones comerciales que recientemente se han llevado a cabo en ese sector, y todos los demás factores que ordinariamente se tienen en cuenta en estos casos, es nuestro dictamen estimar en la suma de \$ 12 moneda corriente el metro cuadrado de la zona de terreno sobre la cual se nos pide el avalúo, o sea la del litigio. Como igualmente se nos solicita el valor total de esa porción de terreno, en la suma de \$ 256.440 moneda corriente, estimamos el precio o valor total de la zona que ocupa la Nación en el predio de la parte demandante en este litigio. Para hacer la anterior estimación tuvimos también en cuenta las obras de desecación que actualmente adelanta la C. V. C. en terrenos inmediatamente aledaños y las cuales ponen a cubierto de inundaciones el terreno de la referida zona”.

Claramente se expresa en este dictamen que para el avalúo los peritos tuvieron en cuenta factores que, como los precios ahora corrientes para inmuebles aledaños al que es objeto del litigio, y por tanto, a la carretera, los de operaciones de compraventa recientes sobre lotes situados en la misma zona, la importancia comercial de ésta en el momento de la peritación, y otros similares, son idóneos para determinar el precio actual del predio, incluida la valorización causada por la vía pública expresada, cuando ha sido doctrina de la Corte que el resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona, pues que de lo contrario el damnificado no sólo percibiría el monto del daño que sufriera sino que vendría a derivar un provecho adicional, motivado por la misma causa a que atribuye el perjuicio, lo que implicaría un enriquecimiento injusto.

Se desprende, así pues, del informe de los peritos, que en el presente caso la valorización del predio en litigio y de la zona aledaña proviene de un complejo de causas, entre las cuales se cuenta la obra de rectificación y ensanche de la carretera Cali-Palmira, y que esa valorización fue incluida en el cómputo que del precio hicieron los peritos, sin que, por otra parte, la hubiesen calculado por separado en forma de poder deducirla del estimativo total; y como de la petición cuarta in fine del libelo resulta que el actor pretende intereses moratorios desde el día de la ocupación, debe interpretarse que es el precio entonces, y no ahora, el demandado por el actor, ya que si fuera el actual es claro que no habría lugar a exigir intereses sobre ese precio desde época en que el inmueble no lo había alcanzado todavía; por lo cual no puede acogerse el dictamen pericial que comprende la valorización ulterior a la ocupación, pues que ello conduciría a un fallo *ultra petita*. Por eso habrá de reformarse la sentencia de primera instancia, a fin de que la cuantía de la indemnización sea señalada como lo indica el artículo 553 del Código Judicial. Para hacerlo se fijará el precio

del inmueble el día de la ocupación, excluyendo del respectivo cálculo la valorización que la obra pública hubiera podido ocasionar, y se dispondrá el pago de intereses legales sobre ese precio en sustitución de los frutos demandados como lo disponen los artículos 739 y 1617 del Código Civil.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y dos, con la siguiente modificación a su ordinal segundo, que quedará así: Condénase a la Nación Colombiana a pagarle a la sociedad Gutiérrez Hermanos & Cia. Ltda., domiciliada en Cali, a título de indemnización de perjuicios, los que por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial se demuestre que le fueron causados con la ocupación permanente, con un sector de la carretera Cali Palmira, de la zona de terreno descrita en la demanda, debiendo tenerse en cuenta para hacer la estimación del perjuicio lo indicado en la parte motiva in fine de este fallo.

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

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PRUEBAS ACOMPAÑADAS A LA DEMANDA. PERDIDA DE MERCANCIAS EN LAS ADUANAS. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA.

1. No Pueden dejar de estimarse las pruebas acompañadas a la demanda.
2. Responsabilidad objetiva de la Nación por pérdida o deterioro de mercancías almacenadas en bodegas oficiales.

El artículo 2o. del Decreto 630 de 1.942, sustitutivo del artículo 55 del Código de Aduanas, consagra una responsabilidad objetiva en el caso que ella contempla, o sea, que la Nación incurre en ella, con prescindencia de toda idea de culpa, con el solo hecho del extravío o pérdida o del deterioro de la mercancía que se encuentra bajo su custodia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES.
Bogotá, quince de abril de mil noveciento sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de denuncia presentada por agentes del resguardo de aduanas, se inició una investigación por contrabando contra el comerciante señor Carlos Rivas R., en el comando de ese cuerpo adscrito a la Aduana Interior de Bogotá. En el auto en que se dispuso iniciar la referida investigación, se ordenó retener mercancías de varia índole, por valor de diez y siete mil trescientos noventa y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos, según avalúo practicado durante las diligencias sumarias, por lo cual fueron retiradas de los almacenes del señor Rivas y depositadas en el almacén de ventas y remates de la Dirección Nacional de Aduanas. El señor Rivas fue absuelto, sin embargo, por el Tribunal Supremo de Aduanas, en sentencia de diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, en la que se ordenó la devolución de las mercaderías aprehendidas y retenidas por las autoridades aduaneras, conforme a inventario que obra en el proceso; no obstante lo cual, al señor Rivas le fueron devueltas solamente por valor de catorce mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con ocho centavos, habiéndosele dejado de entregar otras por valor de dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos, de las cuales se dice que debieron extraviarse o ser saqueadas mientras permanecieron en las dependencias del resguardo.

Estos hechos dieron lugar a que el señor Rivas, quien es mayor de edad y vecino de Bogotá, demandara ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de apoderado, a la Nación, para que contra ella y con audiencia del respectivo agente del ministerio público se pronunciase sentencia de condena por la suma de dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos, y los intereses legales de dicha cantidad desde el día en que se dispuso

la devolución de las mercancías, que la Nación debería pagar al demandante por concepto de resarcimiento de perjuicios.

De la demanda se dio traslado, una vez admitida, al señor fiscal del Tribunal Superior, quien la contestó oponiéndose a la acción incoada, solicitando la absolución de la Nación y manifestando no constarle los hechos relatados por el actor.

El juicio terminó en primera instancia con la sentencia proferida el diez y seis de agosto de mil novecientos sesenta y uno, cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

"Primero. Condénase a la Nación Colombiana, representada en este juicio por el señor fiscal lo. de la corporación, a pagar al señor Carlos Rivas Romero la suma de dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos (\$2.515.51) moneda corriente, como capital, valor de las mercancías que dejaron de entregarse a dicho señor por el Almacén de ventas y remates de la Dirección Nacional de Aduanas, y los intereses legales de dicha suma desde el día veintisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, hasta la fecha de este fallo".

Contra esta providencia interpuso el señor fiscal primero del Tribunal a quo el recurso de apelación que se procede a decidir.

En los autos aparece debidamente establecido: que por denuncia formulada ante el comando del resguardo de la Aduana Interior de Bogotá por el agente Persival Gutiérrez, tal entidad inició diligencias sumarias en averiguación del delito de fraude o contrabando en que hubiera podido incurrir el señor Carlos Rivas Romero, entre ellas la retención y el depósito en el almacén de ventas y remates de la Dirección General de Aduanas de las respectivas mercaderías; que de éstas se hizo el correspondiente inventario y que fueron valuadas por peritos designados por el expresado comando en la suma de diez y siete mil trescientos noventa y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos; que el juzgado de aduanas de Bogotá, en sentencia de veinticinco de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó al demandante como responsable del delito de fraude a la renta de aduanas y declaró artículos de contrabando los retenidos y depositados en el almacén de ventas y remates de la Dirección de Aduanas, salvo los a que se refiere el punto tercero de la sentencia; que el Tribunal Supremo de Aduanas, en fallo de diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, revocó el de primera instancia, y en su lugar absolvió al sindicado Rivas Romero y dispuso la devolución de las mercancías inventariadas en el proceso; que en obediencia de la aludida sentencia, al señor Rivas le fueron devueltas en los días 3 y 5 de diciembre de 1.957, por el almacén de ventas y remates, con la asistencia de un delegado de la Contraloría General de la República, mercancías por valor de catorce mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con ocho centavos. Siendo de observar que las que el juzgado de aduanas declaró nacionalizadas conforme a las prescripciones vigentes, y dispuso entregar en consecuencia, figuran entre las devueltas en los días referidos.

Estos hechos se hallan suficientemente acreditados con las copias de las providencias del comando del resguardo de la Aduana Interior de Bogotá en que se dispuso iniciar las diligencias sumarias y retener y depositar las mercancías, así como reconocerlas y avaluarlas; con la de inventario y avalúo practicados por los peritos Héctor Mujica y José A. Guzmán el 2 de marzo de 1.955; con la sentencias de primero y segundo grado proferidas, en su orden, por el juez de aduanas de Bogotá y el Tribunal Supremo de Aduanas en las fechas arriba indicadas; y con

las de las actas números 44 y 45 de 3 y 5 de diciembre de 1.957; en las cuales consta la entrega que el jefe del almacén y ventas hizo al actor de mercancías por valor de catorce mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con ocho centavos, es decir, por cuantía inferior en dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos al valor de avalúo. Dadas esta diferencia, y la circunstancia de que las mercancías legalmente nacionalizadas según el fallo de primer grado no lo fueron con anterioridad a las diligencias de entrega de 3 y 5 de diciembre, puesto que aparecen devueltas en las fechas últimamente indicadas, no cabe duda de que la Nación dejó de entregarlas a Rivas Romero no obstante lo dispuesto en el fallo de primera instancia.

Los documentos a que alude fueron acompañados a la demanda, en copias debidamente expedidas por las oficinas donde reposan los respectivos originales. Por eso, a tenor de lo prescrito en el numeral primero del artículo 597 del Código Judicial, no pueden dejar de estimarse por el fallador, como parece pretenderlo el señor fiscal del Tribunal cuando, como único argumento en favor de la no responsabilidad del Estado y con olvido del precepto expreso que acaba de citarse, alega que los hechos fundamentales de la demanda no fueron en forma alguna acreditados porque durante el período probatorio la parte actora no produjo la prueba correspondiente. No la adujo durante ese término, pero lo hizo con el libelo como lo autoriza expresamente la norma mencionada.

Pues bien: el artículo 2o. del decreto 630 de 1.942, sustitutivo del artículo 55 del Código de Aduanas, dispone que "salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje". Esta norma consagra una responsabilidad objetiva en el caso que ella contempla, o sea, que la Nación incurre en ella, con prescindencia de toda idea de culpa, con el sólo hecho del extravío, o pérdida o del deterioro de la mercancía que se encuentra bajo su custodia; y como en este caso se halla comprobada esa pérdida, porque el almacén de ventas dejó de entregarle al interesado parte de las mercancías depositadas en dicho almacén, y el opositor no ha establecido la existencia de ninguna de las causales eximentes de responsabilidad consagradas en la disposición transcrita, es procedente confirmar el fallo que se revisa, hallándose, como se halla, por otra parte, debidamente acreditada la legitimación activa en la causa y siendo la justicia ordinaria la competente para conocer del negocio a tenor de lo establecido en el parágrafo 2o. del artículo 4o. del decreto 188 de 1.958, según lo definió esta Sala en sentencia de 15 de diciembre de 1.960 (G. J. XCIV, 448 ss.).

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez y seis de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

Públiquese, cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS

Requisitos necesarios para la prosperidad de esta clase de acciones. En el caso de autos no aparece plenamente establecido que el predio haya salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES.
Bogotá, veinte de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyeron Helena Vinagre viuda de Ramírez, María Vinagre viuda de Uribe y Guillermo Palacio Rudas, las dos primeras en propio nombre y el último como representante legal de sus menores hijos Guillermo y Fernando Palacio Ramírez, todos vecinos de Bogotá, presentó demanda contra la Nación ante esta Sala para que, previo los trámites de un juicio civil ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

“PRIMERA. Que el globo de terreno, de propiedad de mis representados, descrito y alindado en el hecho primero de esta demanda, salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de varios títulos emanados de la Nación y ésta no lo ha recuperado hasta la fecha”.

“SEGUNDA. Que tanto el suelo como el subsuelo del inmueble denominado “EL NARANJITO”, del Municipio de Guachetá, Departamento de Cundinamarca, descrito y determinado en el primer hecho de esta demanda y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o substancias que se hallen en el subsuelo del referido inmueble, son de propiedad de mis representados señoras HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMIREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE, GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ”.

“TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el suelo y subsuelo del premencionado inmueble y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como propiedad privada de mis representados y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company solicitante, de dichas explotación y exploración, de acuerdo con la propuesta número 936 (Fúquene) (de la cual se hablará más adelante) ni tampoco por persona natural o jurídica distinta de mis representados, señoras HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMIREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE, GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ”.

“CUARTA. Que en el supuesto de que ya hubiese celebrado la Nación con la Texas Petroleum Company o con otra persona natural o jurídica, contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse dentro del perímetro de la propuesta 936 (Fúquene) dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de esta demanda, conforme lo ordena el inciso tercero del Artículo 2o. del Decreto Extraordinario número 3050 de 1.956”.

Como fundamentos de hecho expuse los siguientes:

“PRIMERO: Mis poderdantes HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMIREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE, GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ son actualmente propietarios inscritos y poseedores del predio rural denominado “EL NARANJITO”, ubicado en jurisdicción de Guachetá, Departamento de Cundinamarca, alindado así: “al oeste el río Ubaté, partiendo desde la alameda que lo separa de terrenos de la sucesión de Lucio Barrero S., río abajo a encontrar el Vallado que parte de la Punta de la Peña, lindando con terrenos de Guatancuy; por el norte el mismo Río y Vallado hasta la Punta de la Peña; de aquí en dirección de sesenta y nueve grados (69°) y quince minutos (15') al noroeste hasta la cima de la Peña, donde hay un mojón con la letra A, de aquí a la esquima noroeste de la casa de Simón Moreno, hasta llegar al filo de la Serranía que separan las aguas que van al vallado de Gacha, donde hay un mojón con la letra B; al sur desde la Paila trescientos cincuenta y tres metros (353 mts.) de la cúspide de esta, del mojón B, en dirección ciento cincuenta y siete grados (157°) al noroeste, hasta encontrar otro mojón con la letra C, hacia la base sur del Cerro del Santuario, lindando con terrenos incluidos en la hijuela de José Francisco Acevedo, de la sucesión del señor Antonio Vinagre. Desde el último mojón bajando en línea recta a la zanja que va a la parte de Gacha, hasta encontrar una cerca de piedra, lindando con el resguardo de Gacha y terrenos de los herederos de Lucio Barrero S.; por el sur siguiendo por la cerca hacia el oeste hasta la alameda primer lindero”.

“SEGUNDO: La tradición del dominio del inmueble descrito en el hecho anterior, cuyo suelo y subsuelo es de propiedad de mis poderdantes, mediante una cadena comprobada de títulos se remonta, desde mis poderdantes hasta las personas que los adquirieron antes del día 28 de octubre de 1.873, en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva”.

“TERCERO: El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 1208, del 20 de octubre de 1.958, (Diario Oficial No. 29.881, de febrero 19 de 1.959) admitió la propuesta que le hiciera la Texas Petroleum Company, para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, propuesta registrada bajo el número 936 y que abarca un globo de terreno de 49.998 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Simijaca, Susa, Fúquene, Guachetá, Lenguaque y Ubaté del Departamento de Cundinamarca y Ráquira, Tinjacá, Sutamerchán y Chiquinquirá, en el Departamento de Boyacá, globo comprendido dentro de los siguientes linderos: (.....aquí ellos)”.

“CUARTO: Los terrenos de que trata el hecho primero de esta demanda salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mis mandantes sobre el subsuelo del citado predio, ya que constituyen títulos

originarios emanados del Estado y pruebas de explotación económica de tales terrenos con muchos años de antelación a la reserva del subsuelo por parte del Estado”.

“QUINTO. El inmueble, determinado por sus linderos en el hecho primero de esta demanda, está clara e indudablemente comprendido dentro del área de la propuesta número 936 (Fúquene) que hiciera al Gobierno Nacional la Texas Petroleum Company”.

“SEXTO. El inmueble denominado “El NARANJITO” descrito y alindado en el hecho primero de esta demanda, cuyo suelo y subsuelo pertenecen a mis poderdantes HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMIREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE Y LOS menores GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ está también claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno”.

Respecto a fundamentos de derecho expresó:

“En derecho fundo esta demanda en los artículos 5, 34, 36 y concordantes del Decreto 1056 de 1.953 (Código de Petróleos) 2o. del Decreto Extraordinario No. 3050 de 1.956 y demás disposiciones concordantes de las Leyes 37 de 1.931, 160 de 1.936, 18 de 1.952 y sus decretos reglamentarios; en las legislaciones colonial española, Código de Indias y Reales Cédulas sobre la materia, así como en las Leyes de 11 de octubre de 1.821, 70 de 1.866 y Código Fiscal de 1.873, artículos 669, 673 y concordantes del Código Civil, 1o. de la Ley 50 de 1.936, 734, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

Se trata, pues, de una acción tendiente a excluir del área de una propuesta para explorar y explotar petróleo de la Nación aceptada por el Gobierno, el predio “El Naranjito”, por ser de propiedad actual de los demandantes y haber salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873. Su fundamento jurídico es el art. 5o. del Código de Petróleos.

Como observa el señor Procurador Delegado, para la prosperidad de la acción no bastaría la comprobación de la propiedad actual de los demandantes sobre el predio, ni que éste se encuentra dentro de los linderos de la propuesta, sino que es indispensable también la verificación de que el predio en referencia corresponde al indicado en los documentos aducidos para comprobar su salida del patrimonio nacional en la forma antes indicada, esto es, con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873.

Pero este fundamento esencial no aparece plenamente establecido.

En la inspección ocular ningún intento se hizo por relacionar el predio “El Naranjito” con las tierras a que se relieren algunas mercedes concedidas en la época colonial, aducidas por lo actores. En dicha diligencia se identificó el predio, se comprobó que está en posesión de determinadas personas y se localizó el mojón astronómico de “Lenguazaque”, punto de referencia de la propuesta 936. Pero nada más se hizo. Son los peritos que intervinieron en la “vista de ojos” quienes entraron a estudiar la posibilidad de que el expresado predio “El Naranjito” estuviera comprendido dentro de las tierras sobre que versaron las aludidas; pero sus conclusiones no son satisfactorias

La parte pertinente del dictamen pericial es del siguiente tenor:

“... Hemos estudiado toda la titulación, incluyendo los documentos provenientes del Archivo Nacional, en cumplimiento del pedimento aceptado por la Corte Suprema de Justicia (cuaderno 1o., pág. 4). Al referirnos a ellos lo haremos diciendo, Documentos del Archivo Nacional. El título más antiguo que se encuentra en el expediente es la adjudicación que con fecha 28 de Junio de 1.613 hizo Don JUAN DE BORJA al Capitán D. BERNARDINO DE LASERNA MOJICA. Allí (Cuaderno 2, pág. 35 y reverso) se lee: “Por cuanto vos el capitán D. Bernardino de Laserna Mojica, vecino de la ciudad de Tunja me hiciste relación que en las sobras de las estancias de Guochetó que tenéis y poseéis os podía hacer merced de dos estancias, una de pan y otra de ganado mayor, en lo llano donde sembráis y en las sombras de una estancia de ganado que tenéis, que la tierra se llama Gacha y Nemengua”.

“Este primer título nos sitúa en una región conocida cuyos nombres han subsistido a pesar del paso del tiempo; GUACHETA, GACHA, NEMENGUA, pero NO NOS PERMITE A LOS PERITOS HACER NINGUNA ALINDERACION. Posteriormente (cuaderno 2, pág. 31, vuelto) Bernardino de Laserna Mojica se refiere al título de la Merced anterior, cuando dice: ‘En dos títulos en que me hizo merced de ellas el Presidente Don Juan de Borja, Caballero de la Orden de Santiago y Capitán general de este Reino, su data, el uno a dos de julio del año pasado de 1.610, y el otro, su data en Santafé a 28 de junio del año pasado de 1.613’. Indudablemente, se trata de la misma Merced, PERO ESTE DATO TAMPOCO NOS PERMITE A LOS PERITOS ALINDERARLA. No pudimos encontrar en nuestro estudio ninguna otra referencia a esta merced que la ligue con los demás títulos. Solamente en Documentos del Archivo Nacional (pág. 13) se encuentra una pequeña mención, cuando se dice: ‘Testimonio de los títulos que se hallan a continuación de la permuta que hicieron los indios de Guachetá con don Bernardino Serna constante en autos que siguieron en esta Real Audiencia por el Maestro Don MARCOS NEIRA con José Sánchez del Guijo’. Al estudiar los documentos del Archivo Nacional (pág. 4 vuelto y siguientes) aparece un largo pleito que se inicia el 3 de Junio de 1.783 y en el cual intervienen, don Cayetano Ricaurte, los vecinos de Fúquene, Don ANTONIO NEIRA y Don José Manuel Rojas sobre merced de tierras contiguas a la Laguna de Fúquene, Pantanos de Ticha y Gacha. Allí figuran diligencias de reconocimiento, tanteo y avalúo, auto de deslinde, reconocimiento de los pantanos de Ticha y de la Isla, Vista de Ojo de los Pantanos de Ticha hasta donde desemboca el Pantano de Gacha”, del cerro del Cuvio hasta el paso del Neuque”, medida y avalúo del primer pantano de Ticha y concepto del Fiscal (pág. 11, reverso) por medio del cual se le adjudican a ANTONIO DE NEIRA 3 estancias, una de ganado menor y dos de mayor en el Pantano de Ticha. Esto se hace con fecha 28 de Abril de 1.787. Durante este litigio se citan una gran cantidad de nombres en los linderos: El cerro que llaman Ramada, Nemoga, laguna de Fúquene, Cerro Cuvio, Negua Cerro donde llaman Pueblo Viejo, la Chucua, Susa, Simijaca, Peña de la Tagua, Potrero de Ticha, Pantano de Gacha y La Isla, Laguna de Cucunubá, etc. etc. La mayoría de estos nombres subsisten hoy día y los hemos señalado en el croquis que acompaña nuestro dictamen sobre las Cartas del Instituto Geográfico, con lápiz rojo. Como puede apreciarse mirando las cartas geográficas que acompañan el dictamen, estos puntos abarcan una gran extensión. Y es lógico, pues durante la diligencia de reconocimiento, tanteo y avalúo (Documentos del Archivo Nacional, págs. 4 y 5), se tantearon 4 estancias. La estancia, según los datos sobre medidas agrarias en la época

colonial, del libro del Dr. Luis E. Páez Courval, era de dos clases, grande y pequeña. La primera equivalía a 1.664 hectáreas, con 6.400 metros cuadrados, pues era de 6.000 pasos en cuadro y cada paso valía 68 centímetros. De manera que 4 estancias, en esa época, abarcaban una cabina de algo más de 6.600 hectáreas. Y es de suponer que las estancias mencionadas eran de las grandes no solo por ser de ganado mayor, sino, principalmente por lo distante de los puntos de los linderos.

“SIN EMBARGO, PESE A TANTAS REFERENCIAS TOPOGRAFICAS, LOS PERITOS NO PUDIMOS LOCALIZAR UNA ALINDERACION CERRADA en las cartas del Instituto Geográfico, que acompañan este dictamen, por varias razones: Hay puntos básicos para una alinderación, que han desaparecido, v. gr. “El cerro del Cuvio”, no hay medidas, ni rumbos que orienten una dirección y finalmente hay varios nombres repetidos: La Ramada, Pueblo Viejo, Nemoga. Por este motivo, nos hemos limitado a señalar en la Carta del Instituto Geográfico, en lápiz rojo, como ya dijimos, los puntos arcifinios más notables. A pesar de lo que acabamos de decir, PARECE claro que desde la época del tanta veces citado litigio los terrenos situados en esa región comenzaron a ser propiedad particular y que si se tienen en cuenta algunos de los puntos arcifinios mencionados, se puede ver en el mapa del Instituto Geográfico que la región de Ticha donde hoy se encuentra la finca “El Naranjito” **DEBIA FORMAR PARTE DE LAS MERCEDES QUE FIGURAN EN EL MENCIONADO PLEITO.** Evidentemente, por el Sur hay puntos como la Ramada y los Pantanos de Gasha, por el Occidente está Nemoga, por el Oriente Pueblo Viejo y por el Norte la laguna de Fúcuene. **SIN EMBARGO, NO LO PODEMOS AFIRMAR ROTUNDAMENTE** pues para esto sería necesario que hubiéramos podido localizar una alinderación cerrada, dentro de la cual hubiera estado comprendida la finca materia de la demanda”.

“Decíamos arriba que a Don ANTONIO NEIRA se le adjudicaron 3 estancias en el Pantano de Ticha, el 28 de Abril de 1.787. Al seguir estudiando la titulación se encuentra, (Cuaderno 2, pág. 30) la donación que hace Doña Catalina de Castro y Bolaños a Don Antonio de Neira y Cabrejo” el derecho que tiene a las tierras de Rabanal Ticha”, en el año de 1.788. Siguen, por tanto, figurando las mismas tierras. Posteriormente figura (cuaderno 2, pág. 27) el subarriendo que hacen en el año de 1.812 don José Acevedo Gómez y su esposa Catalina Sánchez de Tejada de las Haciendas de Rabanal Ticha, páramo de Gachanece a Rudecindo Valbuena”.

“El documento que en seguida se encuentra (cuaderno 2, pág. 20) tiene fecha 12 de febrero de 1.886. En él Ricardo Vinagre Neira vende a Alejandro Salcedo los derechos hereditarios que le corresponden en la mortuoria de su madre legítima María Neira de Vinagre. El primero de septiembre de 1.888 (cuaderno 2, pág. 22) ya se menciona específicamente “El Naranjito”, finca materia de la demanda. Allí Alejandro Salcedo vende a Juan Francisco Pardo “una parte del terreno denominado EL NARANJITO, situado en jurisdicción del Municipio de Guachetá, comprendido dentro de los siguientes linderos” Los linderos que en seguida se mencionan en dicha venta son prácticamente los actuales. Ya, con este título los peritos pudimos localizar sobre la carta del Instituto Geográfico la finca “El Naranjito”. De ahí en adelante figuran en el cuaderno 1 del expediente una serie de títulos recientes, a nuestro parecer correctos, hasta llegar a los actuales propietarios”.

“Resumiendo: nuestra contestación a la segunda parte de esta pregunta, “desde cuanto tiempo atrás”, es la siguiente: podemos afirmar con entera seguridad, que desde el año de 1.888, cuando ya figura una alinderación de la finca materia de la demanda, que se pudo localizar y precisar. Y podemos decir también, consecuentes con los razonamientos que arriba hicimos, que muy probablemente las tierras donde hoy se encuentra “El Naranjito”, eran de propiedad particular desde el año de 1.783, cuando se inició el pleito al cual hemos hecho referencia tantas veces”. (Los subrayados en mayúsculas son de la Sala).

Como puede apreciarse, no pudieron los peritos precisar sin la menor duda que “El Naranjito” hizo parte de las tierras a que se refirieron los documentos que examinaron. Como textualmente afirman, no pudieron “localizar una alinderación cerrada”, y lo más que hacen es formular algunas hipótesis.

En cuanto a la ampliación del dictamen ordenada a solicitud del apoderado de la parte actora, tampoco brilla en ella la plena certidumbre, como resulta de su lectura.

Reza lo pertinente de dicha ampliación:

“El abogado de la parte demandante transcribe una parte de nuestro dictamen en la cual decimos “que la región de Ticha donde hoy se encuentra la finca “El Naranjito”, debía formar parte de las mercedes que figuran en el mencionado pleito. Evidentemente por el Sur hay puntos como La Ramada y los Pantanos de Gacha, por el Occidente está Nemoga, por el Oriente Pueblo Viejo y por el Norte la Laguna de Fúquene. Sin embargo no lo podemos afirmar rotundamente pues para esto sería necesario que hubiéramos podido localizar una alinderación cerrada, dentro de la cual hubiera estado comprendida la finca materia de la demanda”. Hasta aquí la parte de nuestro dictamen transcrita por el abogado, quien luego agrega: “si conforme a lo expuesto por los peritos en lo que se deja transcrito aparecen linderos claros y determinados por los 4 puntos cardinales que comprenden la antigua finca y mayor extensión de acuerdo con los títulos que estudiaron y obran en el expediente, deben explicar claramente que la finca “El Naranjito” si está comprendida dentro de la mayor extensión a que aluden aquellos títulos antiguos”.

“Contestamos: No es que aparezcan linderos claros y precisos, como dice la parte demandante, lo que aparece claro y preciso son puntos de los linderos, lo cual no es lo mismo. Si hubiéramos tenido los linderos, los hubiéramos localizado hasta donde hubiere sido posible, pero lo que teníamos y localizamos eran solamente puntos de la alinderación. Vamos a aclarar aún más esta parte de nuestro dictamen con un ejemplo. Supongamos que al estudiar una alinderación en Bogotá, se hubieran encontrado puntos de tal alinderación, como los siguientes: por el Norte, Usaqué; por el Oriente, Monserrate; por el Sur, San Cristóbal y por el Occidente, Fontibón. Cualquiera persona en sana lógica podría decir que el sector que abarca, por ejemplo, la Plaza de Bolívar, Las Nieves, San Diego, Las Cruces y la Sabana, está comprendido dentro de los 4 puntos arriba mencionados. Para un ingeniero, sería necesario conocer el perímetro que encierran los 4 puntos y poderlo trazar exactamente. En otras palabras conocer cómo se va de Usaqué a Monserrate de ahí a San Cristóbal; de este a Fontibón y de Fontibón a Usaqué, es decir conocer la dirección o la longitud de las líneas que encierran o constituyen ese perímetro. En este caso, trazado el perímetro, sí puede un ingeniero, matemáticamente, decir que una figura geométrica cabe dentro de otra”.

“Pese a lo que acabamos de decir, podemos, sin embargo, agregar una razón más, a nuestra creencia de que “la región de Ticha, donde hoy se encuentra El Naranjito, debía formar parte de las mercedes que figuran en el mencionado pleito”. Y esta razón es la siguiente: Como decimos en nuestro dictamen (pág. 2, reverso), “se tantearon 4 estancias”, lo cual indica que abarcaban una extensión sumamente grande: 6.600 hectáreas; y, lo que es más importante, las estancias eran de 6.000 pasos en cuadro, es decir cuadradas, lo cual implica que no se usaban alinderaciones de forma irregular que dejaran por fuera algunas extensiones de terreno. Con estas consideraciones se refuerza nuestra creencia de una manera notabilísima, para considerar que “El Naranjito” estaba comprendido dentro de la merced adjudicada a Don Antonio de Neira en el año de 1.787. Sólomente que como ingenieros, hubiéramos querido poder localizar el perímetro de la Merced, para estar en capacidad de afirmarlo técnicamente, sin siquiera la sombra de una duda”.

La afirmación final de la ampliación es harto elocuente y dispensa de mayores comentarios. En ella afirman lisa y llanamente los peritos que no pueden hacer afirmaciones exentas de la menor duda. No pudo, pues, establecerse en forma indubitable que el predio de los actores salió del patrimonio nacional en virtud de las mercedes de tierras aducidas por ellos.

En cuanto a la prescripción, también alegada en la demanda como modo por el cual se produjo la apropiación particular de “El Naranjito” en fecha anterior al 28 de Octubre de 1.783, cabe anotar, en primer lugar, que no se identificaron las tierras sobre las cuales se habrían ejecutado los actos de explotación económica de que, a juicio de los demandantes, dan cuenta algunos documentos corridos entre particulares que examinaron los peritos. Y en segundo lugar, y es lo más importante, que, como ha tenido oportunidad de afirmar la Sala en varias ocasiones anteriores, cualquiera que haya sido el contenido preciso de la institución de la prescripción de los baldíos durante la Colonia y primeros años de la República, ella sufrió un cambio sustancial por obra del art. 5o. de la Ley de 11 o 13 de Octubre de 1.821, que obligó a los presuntos prescribientes de tierras a sacar los títulos dentro del término de un año, so pena de que las perdieran. Ahora bien, los alegados actos de explotación económica ocurrieron, al decir de los actores, durante el siglo XVIII, y no se ha comprobado, ni siquiera afirmado, que para la época de la vigencia de la referida ley de Octubre de 1.821 los entonces poseedores de “El Naranjito” hubieran cumplido con el mandato de su art. 5o., de la sacada de los títulos, ni de la prórroga que en cuanto a dicho cumplimiento pudiera verse en el art. 9o. del Decreto 2 de Mayo de 1.843.

No puede, pues, reconocerse tampoco que en virtud de la prescripción “El Naranjito” salió del patrimonio nacional antes de 1.873.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Declárase infundada la oposición formulada por los demandantes Helena Vinagre V. de Ramirez, Maria Vinagre Viuda de Uribe y Guillermo Palacio Rudas a la propuesta número 936 con relación al subsuelo del predio “El Naranjito”, y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Caceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

REGIMEN DE LA PROPIEDAD MINERA. COMO SE PRUEBA LA PROPIEDAD PARTICULAR DE LAS MINAS. REAFIRMA LA SALA LAS NUEVAS CONCLUSIONES A QUE HA LLEGADO EN ESTAS MATERIAS. CRITICA DEL TESTIMONIO.

1. El sistema de la accesión del subsuelo en el derecho minero. 2. Condiciones para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba. 3. Es indispensable acreditar que la mina fue conocida con anterioridad a la reserva nacional.

1. Ha entendido la Corte que la norma que establece el sistema de la *accesión*, no da al dueño del suelo el derecho de propiedad sobre el subsuelo minero, sino simplemente el de apropiarse de las minas que se descubran en dicho subsuelo.

2. Pecan los testimonios contra lo preceptuado en el artículo 697 del Código Judicial que exige la enunciación de las circunstancias subjetivas, o sea, relativas a la forma, tiempo y lugar en que el deponente tuvo conocimiento del hecho, como objetivas, esto es, atinentes a las en que él se cumplió, para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, ventidós de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Con fundamento en lo prescrito en el artículo 5o. de la ley 85 de 1.945' la señora Rosa María Montoya v. de Mejía mayor de edad y vecina de Manizales, demandó, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, para que, con audiencia del respectivo agente del ministerio público, se hiciesen contra la parte demandada las siguientes declaraciones:

"Primera. Que a causa de la transferencia de dominio y posesión ejecutada por la República de la Nueva Granada, o Estado COLOMBIANO, a favor de la sociedad denominada "GONZALES SALAZAR I COMPAÑIA", de todos los derechos y acciones que a la República le pudieran corresponder, en el mes de junio de 1.853, sobre propiedad y posesión, de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales, por los linderos generales señalados bajo los numerales 1.- y 6.-, que doy por reproducidos aquí, de conformidad con la contratación ajustada entre las dos partes nombradas, en cumplimiento del Decreto Legislativo Ley de 22 de abril de 1.853, con fecha ocho de junio de idéntico año, aprobado por el excelentísimo ciudadano Presidente de la República de Nueva Granada, el subsi-

guiente diez y ocho (18) del propio mes de junio de 1.853, anterior al 28 de octubre de 1.873, salió del patrimonio del ESTADO COLOMBIANO, y se radicó en cabeza de la nombrada SOCIEDAD, particular, tanto el suelo, como las sustancias contenidas en el subsuelo, comprendidos dentro de los linderos generales, determinados por su situación y linderos, bajo el numeral 10. del presente libelo demandador, que también doy por reproducidos, y encierran, demarcan y puntualizan el lote rural matriculado "EL MANZANILLO" sito en jurisdicción municipal de Aranzazu, en la actualidad; en 1.853, perteneciente a Salamina, provincia de "Córdova" (Antioquia), hoy Departamento de Caldas, por cuanto los linderos de este fundo rural, están dentro de los linderos generales señalados bajo los numerales 1.- y 6.-, que indican el mayor globo de tierra transferido por el ESTADO COLOMBIANO, en propiedad y posesión, a la sociedad "GONZALEZ SALAZAR y COMPAÑIA", varias veces descritos y copiados en la actual demanda, e individualizados ambos.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración PRIMERA, son de propiedad privada, de la señora ROSA MARIA MONTOYA VIUDA DE MEJIA, el suelo enmarcado dentro de los linderos trazados bajo el numeral 10. de la parte expositiva del libelo, reproducidos bajo la declaración PRIMERA, y los yacimientos de cinabrio, mercurio o azogue, y demás sustancias incorporadas a sus vetas, o corridos, que existen, o puedan existir, dentro del sólido formado por el globo de terreno, que se deja descrito; y alindado, como del dominio y posesión de la demandante.

"Tercera. Que, en la totalidad o parcialidad, que exista, o llegue a existir superposición, yuxtaposición, cobijamiento, interferencia, intersección de superficies de la figura geométrica, o zona, concedida en contrato y entregada, por la Nación Colombiana, a la Sociedad Ordinaria de Minas, denominada "Consortio Minero Colombiano", con respecto al globo de tierra rural, denominado y matriculado "EL MANZANILLO", descrito y alindado, de dominio y posesión de mi instituyente, nombrada, muchas veces, el convenio sobre exploración y explotación ajustado el 14 de junio de 1.958 No. 960, s. e. u. o., entregado el 25 de septiembre postrero, por la Nación, al Consorcio, de que da cuenta el Acta de entrega, ya relacionada y de que da cuenta el Diario Oficial No. 28287 de 4 de septiembre de 1.953 -s. e. u. o.-, o el ejemplar que acompaño, por todo lo cual quedan excluidos del contrato, y entrega consiguiente, las sustancias de cinabrio, mercurio, o azogue, y próximas o afines incorporadas a las vetas, o corridos de estas sustancias, y las participaciones que se lleguen a causar durante el trámite de este juicio, con respecto a la zona o sólido de la demandante, a ella le serán reconocidas y satisfechas en efectivo, o, en su defecto, que la demandante, es dueña y poseedora regular del lote de tierra matriculado "El Manzanillo", por los linderos señalados y de los yacimientos de cinabrio, mercurio, o azogue existentes dentro del demarcado globo, y su extensión y profundidad, no pueden ser incluidos dentro del contrato de exploración y explotación de sustancias de esta naturaleza y especie: cinabrio, mercurio, o azogue, celebrado por la Nación y el "Consortio Minero Colombiano", y debe, por lo tanto, excluirse de la zona contratada, respetando de esta suerte, los derechos de la demandante, a quien le serán pagadas las participaciones que lleguen a causarse, en el tiempo mediante del trámite del presente juicio.

"En subsidio, de las anteriores declaraciones, demando las siguientes:

"A) Que los terrenos denominados "El Manzanillo", jurisdicción de Aranzazu, actual Departamento de Caldas, en esta demanda determinados, son del dominio y posesión regular de mi comitente, por su situación y linderos, conjuntamente, con los yacimientos de cinabrio, mercurio, o azogue, contenidos en su correspondiente subsuelo, por cuanto salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873, en virtud de título originario del Estado, expedido en junio de 1.853, a favor de la sociedad particular, que giraba bajo la razón social de "GONZALEZ SALAZAR Y COMPANIA", con fundamento el Decreto Legislativo de abril del mismo año.

"B) Que, como consecuencia de la declaración precedente, dicha extensión de terreno no puede ser incluida dentro del contrato de exploración y explotación, celebrado por la Nación con el 'Consortio Minero Colombiano', de yacimientos de cinabrio, mercurio o azogue, y debe, por lo tanto, ser excluida de la zona contratada, para respetar los derechos de la actora, a quien se satisfarán las participaciones que se lleguen acausar, durante el trámite de este juicio.

"Que, como Primera subsidiaria, para el caso remoto de no hacer las declaraciones impetradas como principales, ni como subsidiarias simples, se demanda hacer las que a continuación puntualizo:

"a) Que los predeterminados terrenos de 'El Manzanillo, señalados por su situación y linderos, conjuntamente, con los yacimientos de cinabrio, azogue, o mercurio, son de propiedad de mi poderdante, por cuanto salieron del dominio de la Nación, a virtud de justo título expedido por ella, en junio (sic) de 1.953 y por justa prescripción, por explotación económica constante y regular, en mucho anterior al expresado año, hasta el punto de poderse calificar de inmemorial

"b) Que, por consiguiente, el subsuelo de esos terrenos, en cuanto contiene sustancias de cinabrio, mercurio o azogue, y similares, es de propiedad y posesión regular, de mi instituyente, muchas veces en este libelo nombrada, y por consiguiente, la Nación, no puede contratar, como si fuese de propiedad nacional -con dominio eminente o radical- el cinabrio, mercurio, o azogue y demás sustancias similares o afines, que se halle en el subsuelo de los expresados terrenos con la Sociedad Ordinaria de Minas, llamada "Consortio Minero Colombiano", según las propuestas Nos. 611 y 960, y contrato celebrado en fecha antes precisada, y entrega hecha el 25 de septiembre último, cuya superficie cubre los terrenos de la demandante, por cuanto tales sustancias son de dominio privado, y posesión privada, también suyos, y las participaciones que se causen durante el recorrido del actual juicio, han de serle reconocidas y solucionadas por pago efectivo a mi citada apoderante".

Los hechos de los cuales la actora entiende derivar su derecho a ejercitar la acción pueden compendiarse así:

La sociedad denominada González Salazar & Cia. ejercía, con anterioridad al año de 1.853, actos de dominio y posesión sobre los terrenos de Salamina (lo que es hoy Aranzazu), Neira y Manizales, por los siguientes linderos: "Desde el punto en donde desemboca el río Poso en el río Cauca, Cauca arriba hasta la confluencia del río Chinchiná; Chinchiná arriba hasta sus nacimientos en el río llamados Lagunetas, 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 su entrada en el Cauca, que es su primer linderero". Al advenimiento de la colonización antioqueña, estos

terrenos fueron invadidos y ocupados por inmigrantes, procedentes del sur de Antioquia, como ocurrió con otros también amparados por "títulos incontrovertibles" de propiedad particular, lo que causó conflictivas situaciones de orden social. Esto dio lugar a que, en relación con los terrenos de propiedad de González Salazar & Cia., el Congreso Nacional expidiera la ley de 22 de abril de 1.853, cuyo artículo 1º dispuso: "Se faculta al Poder Ejecutivo para que pueda transigir con González Salazar & Cia. la cuestión pendiente sobre propiedad, posesión y deslinde de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales de la provincia de Córdoba. Se le faculta igualmente para que pueda 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 su apoderado, o con las personas que se crean con derecho a ellas". En desarrollo de la ley transcrita, el secretario de Estado doctor José María Plata, en representación de la Nación, y el señor Jorge Gutiérrez de Lara, como miembro y apoderado de la sociedad González Salazar & Cia., celebraron el contrato de 8 de junio de 1.853, en el cual se convino que el Gobierno "cede y transfiera a la sociedad González Salazar & Cia. todos los derechos y acciones que en la actualidad puedan corresponderle sobre la propiedad y la posesión de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales", y que la sociedad ratificaría, por su parte, "todas las concesiones y ventajas que ellos o sus predecesores en el dominio, propiedad y posesión de los terrenos mencionados hubieren otorgado a favor de pobladores y poblaciones que se hayan establecido dentro de los límites expresados en el artículo primero", y que, además, daría "la cabida de diez fanegadas de tierra, gratuitas, a cada habitante establecido con casa, o labranza, y diez mil fanegadas de terrenos a cada una de las poblaciones fundadas, a la sazón, colocadas a disponibilidad de los cabildos respectivos". Dentro de los linderos generales del globo mencionado, arriba descritos, le fue adjudicado a la señora Rosa María Montoya v. de Mejía un fundo rural denominado El Manzanillo, en jurisdicción del municipio de Aranzazu, antes de Salamina, adjudicación que se le hizo en el juicio sucesorio de la señora María Teresa Salazar v. de Montoya, quien a su vez lo hubo en la sucesión de su esposo don Fermín Montoya, el cual se halla comprendido dentro de los siguientes linderos particulares: "De una cañada, lindero con Matías Giraldo, de aquí cañada arriba hasta donde se encuentra un volcán, siguiendo el volcán al borde de la manga, por el borde de la manga hasta donde se encuentra una chamba; chamba arriba hasta el alto del Manzanillo de el doce (sic) del camino viejo; camino abajo hasta el frente de una chamba lindero con Julio Hincapié, al lado derecho de el camino, chamba abajo a una cañada, cañada abajo hasta el lindero con Julián Álvarez, de aquí volteando para arriba lindero con el mismo hasta el camino, siguiendo el camino abajo hasta el frente de otra chamba lindero con el mismo, siguiendo hacia la derecha para abajo hasta una cañada; cañada abajo lindero con Julián Hincapié, hasta encontrar lindero con Rafael Gómez, de aquí a una cañada que queda a la izquierda, lindero con Jesús Villa; de aquí cañada arriba al camino hasta una chamba, lindero con Obdulio Duque, siguiendo este para abajo hasta una cañada, cañada abajo hasta el frente de una chamba, lindero con Juan Bautista Arias, siguiendo éste una puerta de trancas; de aquí por el borde de un rastrojo, volteando a la derecha, hasta el lindero con Antonio Granada, siguiendo el lindero con éste de travesía, hasta volver a encontrar el lindero con Matías Giraldo y siguiendo éste hasta una cañada, su primer lindero". Fermín Montoya, por su parte, adquirió este inmueble, de Buena-ventura Arias, por escritura pública número 583 de 29 de octubre de 1.897, de la notaría de Salamina; Buena-ventura Arias de Manuel José Ospina, por escritura número 260 de 14 de septiembre de 1.895, de la mencionada notaría; Manuel

José Ospina por adjudicación en la sucesión de Ramón María Ospina; Ramón María Ospina de Francisco Cardona, por escritura número 20 de 20 de marzo de 1.859, de la misma notaría. El 14 de junio de 1.958 el ministerio de minas y petroleos suscribió con el Consorcio Minero Colombiano el contrato número 960 para la exploración y explotación de los minerales o yacimientos de mercurio o azogue que se encuentren en un globo de tierra de dos mil cuatrocientas hectáreas, comprendido dentro de los linderos descritos en la demanda; y ubicado dentro del globo general que fue cedido a González Salazar & Cia., el cual comprende, a su vez, el lote o fundo de propiedad de la demandante. En desarrollo de ese contrato, el 25 de septiembre de 1.958, y en cumplimiento de la resolución número 931 de 28 de agosto del año que acaba de expresarse, se hizo entrega al Consorcio Minero Colombiano de la zona objeto del contrato, sin oír ninguna oposición, con lo cual se consumó un despojo de tierras que desde 1.853 son de propiedad particular, y que desde la fecha indicada han sido objeto, además, de explotación económica ininterrumpida tanto en el suelo como en el subsuelo.

En derecho, la acción se funda en lo dispuesto en las leyes de 11 de octubre de 1.821, 30 de mayo de 1.843, 22 de abril de 1.853, 70 de 1.876, 38 de 1.887, 85 de 1.945, y en los códigos fiscal de 1.873 y de minas nacional y del Estado Soberano de Antioquia.

De la demanda se dio traslado al señor fiscal del Tribunal Superior de Manizales, quien la contestó manifestando, simplemente, no constarle los hechos y oponiéndose a la acción.

Recibido el negocio a pruebas en la primera instancia, la parte actora produjo las que aparecen en el cuaderno 2o. a más de las que habían sido acompañadas a la demanda. La opositora no las solicitó.

Concluyó la primera instancia con la sentencia de fecha cinco de abril de mil novecientos sesenta y uno, en la cual el tribunal de primer grado falla:

PRIMERA. Que como consecuencia del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Sociedad González Salazar y Compañía, con fecha 8 de junio de 1.853, en desarrollo de la Ley de 22 de abril del mismo año, dictada por el Congreso de la Nueva Granada, el Estado Colombiano se desprendió de la propiedad y posesión de un inmenso globo de terreno ubicado en los Municipios de Salamina, Neira y Manizales y determinado por los siguientes linderos: "Desde el punto donde desemboca el río Pozo 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 Pozo; Pozo abajo hasta su entrada en el Cauca, primer lindero".

"SEGUNDA. Que dentro de esta zona de terreno existe un inmueble de propiedad de la demandante señora Rosa María Montoya vda. de Mejía, en jurisdicción del Municipio de Aranzazu, denominado "El Manzanillo" y determinado por los siguientes linderos: "De una cañada, lindero con Matías Giraldo, de aquí cañada arriba hasta donde se encuentra un volcán, siguiendo el volcán al borde de la manga, por el borde de la manga hasta donde se encuentra una chamba; chamba arriba hasta el alto del Manzanillo al borde del camino viejo; camino abajo hasta el frente de una chamba lindero con Julio Hincapié, al lado derecho del camino; chamba abajo a una cañada, cañada abajo hasta el lindero con Julián Álvarez, de aquí volteando para arriba lindero con el mismo hasta el camino,

siguiendo el camino abajo hasta el frente de otra chamba lindero con el mismo, de aquí siguiendo hacia la derecha para abajo hasta una cañada; cañada abajo lindero con Julián Hincapié, hasta encontrar lindero con Rafael Gómez, de aquí a una cañada que queda a la izquierda, lindero con Jesús Villa; de aquí cañada arriba al camino hasta una chamba, lindero con Obdulio Duque, siguiendo éste para abajo hasta una cañada, cañada abajo hasta el frente de una chamba, lindero con Juan Bautista Arias, siguiendo éste hasta una puerta de trancas; de aquí por el borde de un rastrojo, volteando a la derecha, hasta el lindero con Antonio Granada, siguiendo el lindero con éste de travesía, hasta volver a encontrarse el lindero con Matías Giraldo y siguiendo éste hasta una cañada, su primer lindero.

“TERCERA. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, son de propiedad privada de la señora Rosa María Montoya vda. de Mejía tanto el suelo comprendido dentro de los linderos antes descritos como el subsuelo, y consecuentemente los yacimientos de cinabrio, mercurio o azogue y demás sustancias incorporadas a sus vetas o corridos que existan dentro del sólido formado por el globo de terreno alinderado.

“CUARTA. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el inmueble “El Manzanillo”, de propiedad de la actora en cuanto al suelo y al subsuelo con sus yacimientos de cinabrio, mercurio o azogue allí existentes, no podía ni puede ser incluido, como en efecto se incluyó, dentro del contrato de exploración y explotación de sustancias de esta naturaleza, señalado con el No. 960 y pactado entre el Gobierno Nacional y el Consorcio Minero Colombiano el 14 de junio de 1.958, a que se refiere el acta de entrega a dicho Consorcio de fecha 25 de septiembre del mismo año, contrato que tiene los linderos señalados en el hecho trece de la demanda y que abarcó o comprendió totalmente el aludido inmueble de la actora, razón por la cual éste queda excluido de la concesión.

“QUINTA. Que en consecuencia, la Nación deberá pagar a la actora las cantidades recibidas por ella por concepto de participaciones en la aludida concesión, durante el trámite del presente juicio, las cuales se valorarán por el procedimiento del art. 553 del C. J.”.

La sentencia se funda en que, en concepto del Tribunal, la demandante demostró que los terrenos donde subyacen los yacimientos objeto del contrato salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, y en que “las mismas de hierro, azufre, carbón, asfalto, mercurio o azogue, y otras, que se encuentren en terrenos particulares, aun cuando dichos terrenos hubiesen sido adjudicados como baldíos, siempre que la adjudicación de ellos sea anterior al 28 de octubre de 1.873, (.....) pertenecen tanto como el subsuelo al dueño de éste, sencillamente porque cuando la Nación se reservó la propiedad del subsuelo respetó los derechos adquiridos”.

En sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y tres, dictada en el juicio ordinario de Arcesio Mejía Hoyos contra la Nación, esta Sala estudió nuevamente lo que concierne a la propiedad minera, llegando a conclusiones que no siempre coinciden con las que hasta ahora tenía aceptadas la Corte, que son -estas últimas- las que sirvieron al fallador de primer grado para sustentar su decisión.

En dicho fallo dijo la Sala, en motivación que se reproduce parcialmente por no haber sido publicada aun la providencia en la Gaceta Judicial:

“Con la organización de la Confederación Granadina en este último año, se inició el régimen federal, recayendo en los Estados, por razón de lo prescrito en el artículo 8o. de la Constitución, la potestad de regular todos los objetos o asuntos no atribuidos a la competencia de aquélla. En tal virtud, fue facultad de dichos Estados establecer el régimen minero en sus respectivos territorios, salvo en lo concerniente a las minas pertenecientes a la reserva federal, que lo fueron en un principio, conforme a lo dispuesto en los numerales 3o. y 4o. del artículo 6o. de aquel estatuto, las de esmeraldas y sal gema y las vertientes saladas. El numeral 2o. de la misma disposición dejó en el patrimonio de la Confederación “las tierras baldías no cedidas y las adjudicadas, cuya adjudicación caduque”, por lo que las minas ubicadas en dichos baldíos continuaron sometidas a la legislación nacional.

La Constitución de 22 de mayo de 1.858 no definió, frente a los particulares, el régimen de propiedad sobre las minas, sino que se limitó a establecer a favor de la Confederación la reserva a que se acaba de aludir; pero en cambio, hizo en el citado artículo 6o. una determinación completa del patrimonio nacional, definiendo los bienes que lo componían, con que dejó insubsistente la regulación anterior, e implícitamente defirió a la ley el establecimiento de la a que debía sujetarse el dominio de las minas situadas en territorios sometidos a las leyes de la Confederación, distintas de las comprendidas en la reserva constitucional.

Este régimen perduró con la Constitución de 1.863, que acentuó el sistema federal, y que en su artículo 16 reiteró la norma consagrada en el artículo 8o. de la Carta del 58; y fue así como las leyes posteriores fueron ampliando la reserva federal, como la 13 de 1.868 que llevó a dicha reserva las minas y depósitos de carbón existentes en terrenos baldíos ubicados en los departamentos de Padilla, Valledupar, Tenerife y Banco, en el Estado de Magdalena, a una distancia no mayor de cincuenta kilómetros de las riberas del mar en los costados de ambos océanos o de los ríos navegables, y la 29 de 1.873 comprendió todos los depósitos y minas de la misma substancia, hasta cuando la ley 106 de 1.873 la extendió a todas las minas situadas en tierras baldías de propiedad nacional.

En ejercicio de la autonomía legislativa que a los Estados confería el artículo 16 de la Carta de 1.863, el de Antioquia expidió la ley 127 de 1.867 (Código de Minas) que reconoció la propiedad nacional sobre las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y sal gema, reservó para el Estado las de oro, plata, platino y cobre, y atribuyó las demás al dueño del terreno, con que estableció respecto de los dos primeros grupos el principio de la división del suelo y del subsuelo minero, que rigió bajo el imperio de la legislación castellana, y consagró el de la accesión respecto del último.

Al regresar el país al sistema unitario o centralista, en 1.886, el artículo 202 de la Constitución dispuso: “Pertenecen a la República de Colombia: (.....) 2o. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización. 3o. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”.

Los derechos constituidos de que habla el ordinal 2o. no son otros que los adquiridos conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas in-

individuales creadas a su amparo. Así lo sugieren el común empleo que doctrinantes y juristas hacen de locuciones como **derechos consumados, derechos constituidos, constitución de un derecho, consumación de un derecho, etc.**, para indistintamente denotar el mismo concepto que se expresa con la de **derecho adquirido**, y la conveniencia de distinguir los efectos cumplidos de los actos jurídicos del sistema legal ideado para regularlos. Se arguye, sin embargo, que la ley puede y suele constituir o atribuir derechos sobre bienes materiales indeterminados, los que se consolidan con el sujeto aunque carezcan de la calidad de **adquiridos**; pero esta distinción entre derechos constituidos y derechos adquiridos, si bien ingeniosa, falla en el caso concreto de este pleito en cuanto confunde la relación jurídica constituida con su reglamentación legal: en efecto, cuando la ley atribuye al dueño del suelo las minas ubicadas en fundo que le pertenece, no está confiriendo de inmediato un derecho real sino simplemente regulando la manera de adquirirlo; de lo que se trata no es de crear una relación jurídica particular o concreta entre el dueño del suelo y las materias o substancias en él subyacentes hipotéticamente, sino de establecer un modo general de adquisición de la propiedad minera; la ley en este caso es de carácter abstracto, como es de su naturaleza serlo, y con este criterio constituye, no derechos irrevocables vinculados a ciertos yacimientos, sino un sistema jurídico mediante el cual el dueño del fundo puede hacerse también al dominio de los minerales que se hallen o descubran en él: el de la unidad del suelo y el subsuelo o de la **accesión**.

No obstante, la Corte, en varios fallos, ha compartido con el ministerio de minas y petróleos (Concepto emitido el 26 de agosto de 1942) y con la Comisión Revisora del Código de Minas (Véase Eustorgio Sarria, Código de Minas y Leyes del Petróleo, Bogotá, 1950, pág. 16), el criterio de que, puesto que normas como la del artículo 10. de la ley 127 de 1867, del Estado Soberano de Antioquia, atribuyeron al dueño del terreno la propiedad de las minas distintas de las expresamente reservadas para la Nación y para el Estado, el dominio de todas las demás se consolidó con el del suelo en el dueño de éste, sin consideración a la época en que fueron halladas o descubiertas.

No lo entiende así esta Sala, sin embargo, porque la excepción consagrada en el artículo 202 de la Constitución de 1886 sólo ampara situaciones jurídicas individuales, y la ley 127 -como las demás de los Estados Soberanos que establecieron el sistema de la **accesión**- sólo pudo crear una situación impersonal o abstracta, por los motivos ya expresados, y además, porque no podía ser objetiva o concreta en relación con cosas cuya existencia todavía se ignoraba cuando entró a regir el precepto constitucional, es decir, respecto de las cuales aún no se había consumado el hecho que podía producir la adquisición del dominio, ya que el derecho adquirido es el efecto jurídico de un **hecho cumplido** conforme a una normación legal, por lo cual supone el conocimiento y la determinación del objeto al que ese hecho se refiere. Por eso la propiedad, como todos los derechos reales, no recae sino sobre bienes individualizados o determinados (al punto de que en el lenguaje común el derecho real se confunde e identifica con la cosa: usualmente se dice "mi casa", "mi mina", en vez de "soy dueño de tal casa" o "de tal mina"), y el venero aún no descubierto carece de individualidad definida. La situación de tales minas es análoga a la del tesoro antes del hallazgo, y la condición en que están quienes a éste pueden tener derecho es de simple expectativa, según Lhemann *Tratado de Derecho Civil*, vol. I, Parte 1a, sec. I, cap. III, 12, II, 4); y según Wolff, antes del descubrimiento o hallazgo no se tiene siquiera una expectativa de derecho: "El descubrimiento funda (antes de la toma de posesión) para el propieta-

rio y para el descubridor un derecho de expectativa de propiedad, enajenable y transmisible por herencia. En cambio, semejante derecho no existe todavía antes del descubrimiento del tesoro, y por tanto, al enajenar una finca, no cabe que nadie se reserve derechos sobre tesoros aún no descubiertos" (Henneccerus, Kipp, Woll, Tratado de Derecho Civil, tomo III, cap. III, 83, III, I, b). Los subrayados son del autor.

En lo que atañe a la transferencia de los derechos reales, el sistema legal colombiano desde un comienzo se apartó del francés, para seguir al romano en que el título no es traslativo por sí solo, sino que únicamente genera obligaciones. Consecuencia es que el título, pues que no transmite el derecho *in re*, sólo da ocasión a expectativas o a derechos imperfectos sujetos a las contingencias que afectan la eficacia del acto jurídico.

Una de ellas es que falla el evento al cual se subordina esa eficacia como elemento esencial. Cuando el nacimiento del derecho perfecto depende de un hecho futuro e incierto, que es además esencial a su existencia, el acto jurídico no se integra de una vez sino sucesivamente una pluralidad de actos, entre estos la realización de ese hecho; y mientras no se complete ese proceso de integración, el derecho no pasa de ser eventual, esto es, que aunque protegido por la ley en algunos de sus efectos, no alcanza sin embargo la calidad de derecho adquirido. No se diferencia de la mera expectativa sino en que, en tanto que en el acto condicional la relación de dependencia entre éste y el hecho futuro es puramente accidental, pudiéndose prescindir de ella, en el derecho eventual esa relación es necesaria para que el acto pueda llegar a tener existencia jurídica; de modo que no puede hablarse de derecho real constituido o adquirido mientras esté pendiente una condición suspensiva o el cumplimiento de una eventualidad a la cual se ha subordinado la consolidación de ese derecho.

Conforme a estos principios, dable es reconocer que respecto de las minas ignoradas, y no descubiertas mientras rigió en Antioquia la ley 127 de 1867, este estatuto no pudo constituir a favor del dueño del terreno derecho alguno de propiedad. En la naturaleza de la ley está, como regla general, no crear sino situaciones subjetivas o abstractas; y siendo la que acaba de mencionarse relativa a cosas que podían no ser conocidas, por lo cual la relación objetiva que el derecho real supone se subordinaba a su hallazgo, ella no pudo crear sino un derecho eventual para el dueño del suelo, que para tornarse perfecto requería que el objeto del dominio llegare a ser conocido, o más exactamente, susceptible de apropiación. Así, la ley 127 no podía llegar a surtir efecto respecto de las minas que permanecían ignoradas cuando entró en vigencia el artículo 202 de la Carta, porque reservadas para la Nación y abolidos los Estados Soberanos, se perdieron para estos y para el titular del derecho eventual, y el artículo 1726 del Código Civil de Antioquia, como el 1729 del nacional, consagraban el principio de la ineficacia del acto jurídico por la pérdida de la cosa o del derecho debidos. Si en la época en que el derecho de propiedad particular pudo quedar constituido por el descubrimiento y la consiguiente individualización de la mina, y la certeza de su existencia, ya ésta no pertenecía al Estado Soberano por haber éste dejado de existir y habérsela reservado la Nación, el derecho eventual del dueño del suelo no pudo ya transformarse en dominio, por la frustración del evento al cual estaba subordinado".

En suma, ha entendido la Corte que la norma que establece el sistema de la cesión, no da al dueño del suelo el derecho de propiedad sobre el subsuelo minero sino simplemente el de apropiarse las minas que se descubran en dicho subsuelo

Durante el período probatorio, la parte actora trajo a los autos las declaraciones de Manuel Jiménez Pineda, Roberto Duque Montes, Luis Duque Gómez y Manuel José Arias Aizate, quienes reproducen textualmente en su deposición la pregunta formulada en la solicitud de la prueba, para manifestar, no solo de manera coincidente en cuanto al hecho sino también en la forma de expresión, que de la posesión y explotación económica de la finca El Manzanillo en el siglo pasado dan cuenta “las obras notorias de ejecución centenaria que son notorias en la expresada finca, como chambas, zanjas, labores de minería (....)”.

La identidad formal de la oración en las cuatro declaraciones aludidas denota falta de espontaneidad en los deponentes, lo que obviamente disminuye la eficacia de la prueba en este caso, en que es notoria, además, la imprecisión con que los testigos se refieren a la existencia en la finca El Manzanillo de “labores de minería,” “de ejecución centenaria”, sin expresar, en forma alguna, cuáles son o en qué consisten tales labores, ni los motivos que los llevan a afirmar que son de ejecución centenaria, con lo cual se priva al fallador de los elementos necesarios para, al apreciar los testimonios, llegar a la convicción de que no incurrieron en un error al aceptar como ciertas la destinación que atribuyen a aquellas labores y al época en que en su opinión fueron realizadas. Así, pecan esos testimonios contra lo preceptuado en el artículo 697 del Código Judicial que exige la enunelación de las circunstancias subjetivas, o sea, relativas a la forma, tiempo y lugar en que el deponente tuvo conocimiento del hecho, como objetivas, esto es, atinentes a las en que él se cumplió, para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba. Siendo el caso de agregar, que, habiendo sido materia del reconocimiento judicial y de la peritación verificar la existencia de “labores mineras” en el predio El Manzanillo, para por ellas establecer su explotación económica, tanto el acta de la diligencia como el dictamen pericial callan sobre el particular.

Todo lo cual viene a poner de presente que en los autos no existe prueba alguna de que las minas que han sido objeto del contrato entre la Nación y el Consorcio Minero Colombiano fueran conocidas con anterioridad a la reserva que de ellas hizo la Nación, por lo cual también se carece de prueba de que hubieran realmente salido del dominio público con anterioridad a esa fecha; o sea, que la demanda no puede prosperar, en cuanto a los yacimientos mineros a que ella se refiere por no haberse acreditado hecho tan fundamental como el que se acaba de expresar, y en lo que concierne a la superficie, porque la respectiva petición de la demanda no tiene el carácter de pretensión autónoma, sino que es una premisa de la propiedad del subsuelo, por lo cual no puede ser entendida sino como un simple presupuesto de hecho de la acción que se ejercita.

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, revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el cinco de abril de mil novecientos sesenta y uno, y en su lugar abuelve a la Nación de los cargos formulados en el libelo.

Públíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVOS DE BIENES DEPARTAMENTALES. LA INTERPRETACION DE LA LEY.

El embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa, y en cambio, su aplicación resulta injurídica pues no precave un riesgo, pero sí puede producir la parálisis de los servicios administrativos. Hace tiempo que fue superada la interpretación meramente textualista de la ley, por el método científico.

El embargo y secuestro preventivos son medidas cautelares que tienen por objeto prevenir en el deudor o pretensio obligado una conducta irregular, contraria al interés legítimo del acreedor, y que puede, consiguientemente, hacer ineficaces las acciones que la ley le otorga a éste para la efectividad de un derecho; el fin que la ley persigue con tales medios no es otro que evitar que los efectos del proceso de conocimiento o de ejecución se frustren por maniobras del deudor. Se desprende de este principio, que si la aplicación de la regla jurídica debe tener una finalidad práctica, y conforme con el orden jurídico y con la justicia, la viabilidad de las acciones enunciadas depende de que sea no solamente de temer una conducta tal de parte del deudor, sino que sea también posible, pues de lo contrario ellas carecerían de finalidad práctica y no obedecerían a motivo alguno de equidad. Por eso el ordinal 2º. del artículo 274 del Código Judicial subordina su ejercicio a la condición de que el acreedor, afirme, bajo la responsabilidad que le impone el ordinal 3º. de la misma norma, "que el deudor está en mala situación de negocios, o que se ha ausentado sin dejar representante, o hay temor fundado de que se ausente, o que de algún modo trata de eludir el pago". *Eludir* el pago sería, de atenerse al Diccionario de la Real Academia Española, hacer vano o sin efecto el crédito por medio de algún artificio.

Los Departamentos, en cuanto divisiones políticas del Estado, tienen carácter de permanencia como personas jurídicas de derecho público, y estabilidad económica dada la naturaleza y origen de sus bienes y rentas: no hay lugar a temer siquiera que se hallen en mala situación de negocios, porque su erario en gran parte proviene de impuestos, tasas y contribuciones que establecen y cobran según sus necesidades; ni que se ausenten, porque son desmembraciones orgánicas del Estado de carácter permanente; ni que traten de eludir el pago, porque su propia índole y la naturaleza de su patrimonio les impiden el ocultamiento de bienes y otros artificios sólo posibles para las personas de derecho privado. Quiere esto decir, que el embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta

que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa; y en cambio, su aplicación a ella es injurídica desde luego que no responde a los fines propios de los medios cautelares, pues no precave un riesgo, sino que el único efecto que produce es paralizar los servicios administrativos con evidente perjuicio para el orden y para el bien público.

Pudiera argüirse, sin embargo, que conforme al precepto basta que el acreedor *afirme* cualquiera de los hechos mencionados en él para que sean procedentes las acciones de embargo y secuestro preventivos; o sea, que la ley defiere, en este caso, de modo absoluto, al arbitrio del acreedor. Si tal observación se hiciera, no podría ser sino con olvido de que la interpretación meramente textualista, que conduce a la aplicación mecánica de la norma, hace tiempo que fue ya superada por el método científico de interpretación que investiga las necesidades humanas que aquélla se propone satisfacer, para así darle la aplicación más razonable en relación con esas necesidades. Por ello el intérprete, más que a las palabras como valor absoluto, ha de atender al carácter puramente circunstancial de la regla jurídica, a que ésta casi siempre implica juicios de valor, a que se adapte a los hechos o a la relación que ha de disciplinar en el proceso, a que sean lógicas las consecuencias a que lleva su interpretación; en fin, a su causa, a su efecto, a la función que particularmente le compete. La norma legal no es sino la organización anticipada de una conducta *posible*, por lo cual es inaplicable a situaciones en que esa conducta no tiene manera de manifestarse, esto es, a aquellas que sustancialmente difieren de las reguladas en la ley; mayormente si, como es el caso sometido a la consideración de la Sala, aquella aplicación, en vez de producir su efecto obvio por ser imposibles los actos que se propone precaver, lleva en cambio a soluciones perjudiciales y aún funestas para el interés general, pues entonces por razonamientos de deducción *ad absurdum* se demuestra el error en que con ella se incurre.

También pudiera decirse que el actor señala los actos concretos con que el deudor pretende, en su opinión, eludir el pago. Pero sucede que la conducta elusiva a que se refiere el ordinal 2o. del artículo 274, no es solamente la que se propone diferir el pago o deferir la solución del caso a la autoridad jurisdiccional, sino la que persigue dejar sin efecto las acciones de cognición o de ejecución de que el acreedor puede legítimamente hacer uso. La ley aspira a prevenir la ineficacia de la acción judicial, no a sancionar la mora o el simple retardo o la voluntad del deudor de que judicialmente se defina su obligación. Si la mora o el retardo o el no reconocimiento del crédito pudieran justificar las medidas preventivas, no habría caso en que no hubiera lugar a ellas como secuela anticipada del juicio -si fuere permitido hablar así-, pues la acción judicial siempre obedece a la mora en el pago o falta de acuerdo sobre los derechos u obligaciones de las partes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES.
Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de apelación interpuesta por el señor apoderado judicial del actor, se revisa la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veinticinco de febrero del presente año, en que aquella corporación deniega el embargo y secuestro preventivos de "los saldos de dinero que, en

cuentas corrientes, tenga el Departamento del Tolima, directamente, o en cuentas de los secretarios departamentales de hacienda, obras públicas, agricultura, educación pública, higiene y asistencia social, en cada uno de los bancos y sus sucursales", y de "dos automóviles marca ford, modelos 1.962, colores negro y champaña, respectivamente, distinguidos con placas oficiales cuyas leyendas dicen 'Gobernación del Departamento del Tolima' y 'Secretaría de Obras Públicas del Tolima'; secuestro y embargo solicitados por Alvaro Ricaurte Pardo diciéndose acreedor del Departamento y afirmando hallarse éste en mala situación de negocios y tratar de eludir el pago.

Las aludidas medidas fueron rehusadas por el Tribunal por haber encontrado insuficiente la prueba aducida por el demandante para acreditar la existencia de un crédito en su favor, y a cargo del Departamento, con calidad de exigible como lo pide, para que haya lugar al embargo y secuestro preventivos, el ordinal 1º. del artículo 274 del Código Judicial.

Las razones que en seguida se exponen, exoneran a la Corte, sin embargo, en esta oportunidad, de entrar en el examen de la suficiencia o insuficiencia de la prueba presentada por el actor para establecer la existencia del expresado crédito.

El embargo y secuestro preventivos son medidas cautelares que tienen por objeto prevenir en el deudor o pretense obligado una conducta irregular, contraria al interés legítimo del acreedor, y que puede, consiguientemente, hacer ineficaces las acciones que la ley le otorga a éste para la efectividad de un derecho; el fin que la ley persigue con tales medios no es otro que evitar que los efectos del proceso de conocimiento o de ejecución se frustren por maniobras del deudor. Se desprende de este principio, que si la aplicación de la regla jurídica debe tener una finalidad práctica, y conforme con el orden jurídico y con la justicia, la viabilidad de las acciones enunciadas depende de que sea no solamente de temer una conducta tal de parte del deudor, sino que sea también posible, pues de lo contrario ellas carecerían de finalidad práctica y no obedecerían a motivo alguno de equidad. Por eso el ordinal 2º. del citado artículo 274 del Código Judicial subordina su ejercicio a la condición de que al acreedor afirme, bajo la responsabilidad que le impone el ordinal 3º. de la misma norma, "que el deudor está en mala situación de negocios, o que se ha ausentado sin dejar representante, o haya temor fundado de que se ausente, o que de algún modo trata de eludir el pago". Eludir el pago sería, de atenderse al Diccionario de la Real Academia Española, hacer vano sin efecto, el crédito por medio de algún artificio.

Los departamentos, en cuanto divisiones políticas del Estado, tienen carácter de permanencia como personas jurídicas de derecho público, y estabilidad económica dada la naturaleza y origen de sus bienes y rentas: no hay lugar a temer siquiera que se hallen en mala situación de negocios, porque su erario en gran parte proviene de impuestos, tasas y contribuciones que establecen y cobran según sus necesidades; ni que se ausenten, porque son desmembraciones orgánicas del Estado de carácter permanente; ni que traten de eludir el pago, porque su propia índole y la naturaleza de su patrimonio les impiden el ocultamiento de bienes y otros artificios sólo posibles para las personas de derecho privado. Quiere esto decir que el embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa; y en cambio, su aplicación a ella es injurídica desde luego que no responde a los fines propios de los medios cautelares, pues no precave un riesgo, sino

que el único efecto que puede producir es paralizar los servicios administrativos con evidente perjuicio para el orden y para el bien público.

Pudiera argüirse, sin embargo, que conforme al precepto basta que el acreedor "afirme" cualquiera de los hechos mencionados en él para que sean procedentes las acciones de embargo y secuestro preventivos; o sea, que la ley defiere en este caso, de modo absoluto, al arbitrio del acreedor. Si tal observación se hiciera, no podía ser sino con olvido de que la interpretación meramente textualista, que conduce a la aplicación mecánica de la norma, hace tiempo que fue ya superada por el método científico de interpretación que investiga las necesidades humanas que aquella se propone satisfacer, para así darle la aplicación más razonable en relación con esas necesidades. Por ello el intérprete, más que a las palabras como valor absoluto, ha de atender al carácter puramente circunstancial de la regla jurídica, a que ésta casi siempre implica juicios de valor, a que se adapte a los hechos o a la relación que ha de disciplinar en el proceso, a que sean lógicas las consecuencias a que lleva su interpretación; en fin, a su causa, a su efecto, a la función que particularmente le compete. La norma legal no es sino la organización anticipada de una conducta posible, por lo cual es inaplicable a situaciones en que esa conducta no tiene manera de manifestarse, esto es, a aquellas que substancialmente difieren de las reguladas en la ley; mayormente sí, como es el caso sometido a la consideración de la Sala, aquella aplicación, en vez de producir su efecto obvio por ser imposibles los actos que se propone precaver, lleva en cambio a soluciones perjudiciales y aún funestas para el interés general, pues entonces por razonamiento de reducción ad absurdum se demuestra el error en que con ella se incurre.

También pudiera decirse que el actor señala los actos concretos con que el deudor pretende, en su opinión, eludir el pago. Pero sucede que la conducta elusiva a que se refiere el ordinal 2o. de artículo 274, no es la que solamente se propone diferir el pago o deferir la solución del caso a la autoridad jurisdiccional, sino la que persigue dejar sin efecto las acciones de cognición o de ejecución de que el acreedor puede legítimamente hacer uso. La ley aspira a prevenir la ineficacia de la acción judicial, no a sancionar la mora o el simple retardo o la voluntad del deudor de que judicialmente se defina su obligación. Si la mora o el retardo o el no reconocimiento del crédito pudieran justificar las medidas preventivas, no habría caso en que no hubiera lugar a ellas como secuela anticipada del juicio -si fuese permitido hablar así-, pues la acción judicial siempre obedece a la mora en el pago o falta de acuerdo sobre los derechos u obligaciones de las partes.

Por estos motivos, la Sala confirma el auto proferido en este incidente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el veinticinco de febrero del año en curso, en cuanto deniega las medidas preventivas solicitadas contra el Departamento del Tolima por Alvaro Ricaurte Pardo.

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

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES. DEMANDA EN FORMA. CADUCIDAD. DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A QUIEN COMPETE DECLARAR LA CADUCIDAD. REVISION DE LA DECLARACION DE CADUCIDAD POR LA RAMA JURISDICCIONAL. COMPETENCIA DE LA CORTE. RESOLUCION DE CONTRATOS.

1. Acumulación de acciones contradictorias. Presupuesto procesal de demanda en forma. Caducidad de contratos administrativos. La Resolución de caducidad está sujeta a la posterior revisión de la rama jurisdiccional. Objeto de la sentencia judicial y efectos de la misma, cuando en el juicio se impugna la legalidad de la Resolución de caducidad. 2. Hasta dónde se extiende la competencia de la jurisdicción civil, cuando se trata de decidir sobre la ilegalidad o ilegalidad de la Resolución que declara la caducidad de un contrato. 3. A quién compete hacer la declaración de caducidad según el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo. 4. Resolución de contratos con indemnización de perjuicios. Motivos que en el caso concreto impiden la resolución del contrato administrativo y la condena al pago de los perjuicios.

1. Si la resolución de caducidad de un contrato está sujeta a la posterior revisión de la rama jurisdiccional, en el supuesto de que fuese declarada infundada, el contrato respectivo no ha terminado sino que ha estado en suspenso mientras se decide sobre la legalidad y justicia de la dicha decisión administrativa; y por consiguiente, no existe contradicción alguna si el actor una vez obtenida aquella declaración, demanda que la administración cumpla o continúe cumpliendo el contrato, o bien que se declare resuelto o quizá mejor terminado o la resiliación de él, por tratarse de uno de tracto sucesivo. Si por la sentencia judicial, favorable al actor, no desaparecieran los efectos de la resolución administrativa que declaró la caducidad del contrato, habría que llegar a la conclusión de que el ejercicio de la acción por el contratista afectado carece de objeto, supuesto a todas luces inadmisibles e inaceptables.

En la sentencia de la Corte Plena de fecha 31 de agosto de 1943, por la cual se declaró inexecutable el art. 258 de la Ley 167 de 1941, se lee: "Contra esa resolución de caducidad, que equivale a la terminación de un pacto bilateral, el artículo acusado concede un recurso ante el Consejo de Estado para que ante esa corporación se ventile el asunto de fondo, un asunto contencioso, integrado por varios factores, de derecho y de hecho, cuyo planteamiento, trámite, pruebas y discusión, constituye un asunto de naturaleza contenciosa, atañedora al cumplimiento o no cumplimiento de un contrato, asunto que es de competencia privativa del Organismo Judicial". (G. J. T. LVI. pág. 4).

Aun cuando el art. 148 de la Constitución Nacional fue modificado por el art. 52 del Acto Legislativo No. 10. de 1945 (art. 151 de la actual compilación), la doctrina de la Corte tiene plena aplicabilidad, en cuanto conside-

ra que el juicio promovido, ante el Consejo de Estado y ahora ante la Corte, constituye un recurso contra la decisión administrativa que declaró la caducidad del contrato, o sea, que el litigio posterior tiene por objeto una revisión a fondo de tal providencia administrativa, para dejarla sin efecto en caso de que prosperaran las pretensiones del actor, o confirmarla en caso contrario.

2. La palabra gobierno, tal como está escrita en el art 255, del C. C. A., no puede interpretarse sino en el sentido de que alude a las autoridades competentes de acuerdo con las normas especiales que regulan la materia; y así existen varias Resoluciones sobre caducidad de contratos que han sido dictadas por el respectivo Ministro, como la estudiada por esta Sala en la sentencia de fecha 8 de noviembre del 1955, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo LXXXI, págs. 929 a 954.

3. El contrato de conducción de correos, por ser de tracto sucesivo, no comporta la resolución, porque sería imposible volver las cosas a como estaban antes de su celebración, pues los servicios prestados constituyen hechos irrevocables y consumados; y de ahí que, en estos casos, proceda la terminación o "resiliación" de ellos, que hace cesar los efectos para el futuro, pero no en cuanto concierne con los hechos ya consumados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES.
Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado del Dr. Alfonso Mejía Vásquez, con fundamento en el art. 40 del C. J., ha demandado a la Nación en juicio ordinario de única instancia, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que las Resoluciones Nos. 540 y 961 de febrero 23 y marzo 28 de 1962, originarias del Ministerio de Comunicaciones; y mediante las cuales se declaró la caducidad administrativa del contrato para la conducción de los correos nacionales de la línea Bogotá-Buenaventura-Bogotá (vía terrestre), celebrado el 29 de diciembre de 1959 por el doctor Alfonso Mejía Vásquez y el Ministerio de Comunicaciones, son violatorias del mencionado contrato, bien porque el Ministerio de Comunicaciones carece de facultades para dictarlas; bien porque los funcionarios que las dictaron no son los competentes de acuerdo con la organización del Ministerio de Comunicaciones; bien porque no existía fundamento legal o causal legítima para dictar las resoluciones de caducidad. Los motivos expresados se exponen en su orden y en forma subsidiaria;

"b) Que como consecuencia de lo anterior, se declare resuelto el contrato administrativo para la conducción de los correos nacionales de la línea Bogotá-Buenaventura-Bogotá (vía terrestre), celebrado por mi mandante con el Ministerio de Comunicaciones el día 29 de diciembre de 1959, y se declare además que, mi mandante tiene derecho a la indemnización de los perjuicios de todo orden que le fueron causados, y a ello se condene a la nación;

"c) Subsidiariamente a la petición b), y por cuanto el contrato administrativo mencionado se declaró caducado, y a pesar de la declaración de caducidad fué realmente servido por mi mandante hasta la fecha de expiración del mismo,

se declare que la Nación está obligada a indemnizar a mi mandante los perjuicios de todo orden que le fueron causados por virtud de las resoluciones de caducidad expresadas, y a ello se condene a la Nación" (fls. 2 a 2 vto. C. No. 1o.).

Expone los hechos en 16 largos apartes, así:

"1o.) Alfonso Mejía Vásquez celebró con el Gobierno Nacional, mediante el lleno de todos los requisitos legales, un contrato administrativo para la conducción de los correos nacionales de la línea Bogotá-Buenaventura-Bogotá (vía terrestre), el 29 de diciembre de 1.959. El contrato tenía una duración de dos años, desde el primero (1o.) de enero de 1.960 hasta el 31 de diciembre de 1.961.

"2o.) Mi mandante venía sirviendo el contrato con lujo de competencia. Se demuestra este hecho con el memorandum dirigido al Ministerio de Comunicaciones en agosto 22/61 por el jefe de la División de Servicios Postales, señor Julio C. Castillo; y también con el contenido del Acta de la sesión del 16 de octubre de 1.961 celebrada por la Junta de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Comunicaciones y distinguida con el número 31.

"3o.) En la sesión mencionada de la Junta de Licitaciones y Contratos, conceptúa esa entidad que el contrato debía ser prorrogado por dos años más. Sin embargo el contrato no se prorrogó y el procedimiento posterior adoptado para dictar las resoluciones acusadas demuestra que existía en algún sector del Ministerio la voluntad de eliminar a este contratista y de disponer del contrato que él servía.

"4o.) En los términos del contrato y de conformidad con Oficio 362 de octubre 30 de 1.961, el Ministerio de Comunicaciones hizo uso de su derecho a prorrogar solamente por tres (3) meses el contrato celebrado con mi mandante.

"5o.) El procedimiento seguido por funcionarios del Ministerio para dejar sin efecto la recomendación contenida en el acta No. 31 de la Junta de Licitaciones y Contratos, incluida la nota puesta por el Auditor Fiscal y el informe del Director del Ministerio demuestra desde ese momento un interés adverso a la prórroga del contrato y al contrato mismo, en perjuicio de los intereses del Estado que venían siendo servidos cumplidamente por mi mandante.

"6o.) Mi mandante reaccionó con justicia pero sin timidez contra las maniobras advertidas, en ánimo de corregir el ambiente existente, pero ello simplemente agudizó el conflicto advertido que culminó en las resoluciones acusadas.

"7o.) El 12 de febrero de 1.962 el Administrador de Correos de Buenaventura informó el Ministerio que hay dos mil sacos de correo para su transporte y sólo un camión, debido a un accidente. La comunicación telegráfica dió origen al Oficio 3832 de febrero 13, originario del Ministerio y dirigido a mi mandante. El 14 de febrero de 1.962 el Administrador de Correos de Buenaventura dice telegráficamente que sólo había podido despachar 35 toneladas y solicita que el contratista Mejía envíe camiones. El 19 de febrero de 1.962 el Administrador de Correos de Buenaventura se dirige al Secretario General, planteando el problema de un contratista diferente que es el contrato de transporte del correo a Medellín. El Ministerio dirige a mi mandante el Oficio 4331 de febrero 19/62 que éste responde en carta de febrero 20. Es decir que del 12 al 19 de febrero se configura para el Ministerio el incumplimiento del contrato por parte del contratista,

determinante de la declaración de caducidad que se produjo fulminantemente en resolución de febrero 23 siguiente. En el afán de configurar la falta, el Ministerio llegó hasta entender que el transporte de 35 toneladas de que habla el Administrador de correos de Buenaventura en su telegrama de febrero 14, había sido hecho directamente por el Ministerio, cuando en realidad fué cumplido por mi mandante; además toma como pruebas del incumplimiento, por parte de mi mandante, comunicaciones que se refieren a un contrato distinto. Tampoco tuvo en cuenta el Ministerio que la situación temporal que se presentó a mi mandante y que él corrigió oportunamente, como la veremos después, se presentó en circunstancias en que el Terminal de Buenaventura había sido declarado en estado de emergencia, estado de emergencia que se produce cuando la abundancia de carga determina la escasez de vehículos y hay lugar a una elevación temporal de fletes.

"8o.). El expediente administrativo que se levantó contra mi mandante sólo contiene pocos documentos relativos al contrato servido por mi mandante y que es materia de este juicio; el resto del expediente está constituido por documentos ajenos, completamente extraños, incumplimiento de contratos de otros contratistas, etc. Es decir que con esta acumulación de piezas extrañas se dá la impresión de que quiso crearse un estado de confusión dentro del expediente para forzar la providencia de caducidad.

"9o.). Dictadas las resoluciones de caducidad, el Ministerio no asumió la atención del contrato, y mi mandante, con el beneplácito del Ministerio, continuó transportando en forma eficiente y oportuna el correo Buenaventura-Bogotá-Buenaventura.

"10.). La Resolución 540 de febrero 23/62 no enuncia en su parte motiva un sólo hecho concreto que sirviera de base a la decisión de caducidad; en la resolución 961 de marzo 28/62 se quiso corregir esta grave falla que había sido señalada en el recurso de reposición. Con tan mala suerte, que en la parte más seria de la motivación, contenida en el último párrafo de la hoja No. 4 se afirma una inexactitud mediante la cual se hace aparecer al Ministerio actuando en el transporte, cuando en realidad es el contratista quien ha cumplido en un día con la exigencia que se le formula e inicia el transporte del correo. Tampoco advierte la resolución que el Administrador del Correo de Buenaventura sugiere el envío de camiones desde Bogotá ó Cali por parte del Contratista, lo que demuestra por sí la imposibilidad de obtenerlos en Buenaventura. Este es el exacto contenido de la comunicación No. 144 del Administrador de Correos al Jefe de la División de Servicios Postales del Ministerio, de fecha 19 de febrero. La torcida intención de la providencia se advierte en el contenido del párrafo 4o. a folio 5 de la resolución, en donde se quiere extender a todo el mes de febrero la dificultad habida y se insiste en desfigurar el transporte de 35 toneladas de que se habla en las comunicaciones.

"11). Fué precisamente el contratista Alfonso Mejía Vásquez quien transporto íntegramente no sólo el correo detenido por pocos días y por razones estimables, sino que atendió a todo el movimiento del contrato, de conformidad con la relación de transporte que se presentará como prueba en el juicio.

"12). La demora breve y temporalísima-ocurrída por una sola vez en dos años en el servicio del contrato de que se habla, subsanada exclusivamente por el contratista, no es un incumplimiento del contrato que diera base legal a la declaración de caducidad, sino una simple dificultad transitoria cuya rápida supera-

ción demuestra la buena calidad del servicio prestado por el contratista. Y eso está confirmado por la continuación de los servicios del contratista al Gobierno Nacional, a pesar de la declaración de caducidad.

"13.) La torpeza de la conducta del Ministerio de Comunicaciones y el interesado alán de declarar ilegalmente la caducidad del contrato, se advierte aún en forma más notoria si se considera que no es serio el procedimiento de dictar la caducidad de un contrato el 23 de febrero de 1.962 y confirmarla el 28 de marzo de 1.962, imponiendo una multa de \$20.000.00, cuando la prórroga del contrato expiraba naturalmente el 31 de marzo.

"14.) De conformidad con el artículo 255 de la Ley 167 de 1.941, la declaración de caducidad de un contrato administrativo, debe ser dictada por el Gobierno Nacional. De conformidad con el artículo 57 de la Constitución Nacional, el Gobierno lo constituyen el Presidente de la República y el Ministro respectivo, o el Jefe del Departamento Administrativo, en su caso. Mientras el artículo 255 de la Ley 167 de 1.941 no sea derogado, no existe la facultad de dictar resoluciones de caducidad para ningún Ministerio.

"15.) Las resoluciones de caducidad fueron dictadas por funcionarios no competentes del Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con el artículo 30. de la Resolución 2177 de 1.960 letra a), los artículos 35 y 36 del Decreto 550 de 1.960 y los artículos 40. y 50. del Decreto 1635 del mismo año, si es que llega a pensarse que sí podía el Ministerio de Comunicaciones dictar la Resolución de caducidad.

"16.) El Ministerio de Comunicaciones, con base en la Resolución de caducidad ha tomado una serie de medidas que han causado perjuicios a mi mandante, tales como la retención de dineros a su favor, la demora en el trámite de sus cuentas; etc." (fls. 2 vto. a 4 vto. ib.).

Según el actor, en derecho funda las anteriores súplicas en el art. 255 de la Ley 167 de 1.941, en armonía con el art. 57 de la C. Nal.; y, en forma subsidiaria; según su propio decir, invoca el art. 30. de la Resolución 2177 de 1.960 letra a) del Ministerio de Comunicaciones; en los arts. 35 y 36 del Decreto 550 de 1.960; arts. 40. y 50. del Decreto 1635 de 1.960. También cita los arts. 1546, 1602 y siguientes del C. C., como las disposiciones pertinentes del Libro IV del mismo Código.

El procurador 2o. delegado en lo civil contestó la demanda así: "Manifiesto en nombre de la Nación demandada que me opongo a que se hagan las declaraciones y condenas impetradas, porque no hallo que ellas tengan asidero alguno en derecho; porque resultan contradictorias e incompatibles entre sí las a que se refiere el aparte a) con la a que se refiere el aparte b) del petitum, y asimismo a la subsidiaria del aparte c) del mismo.

Además porque tales declaraciones y condenas no se apoyan en hechos pertinentes debidamente establecidos, y aunque en el curso del juicio se comprobarán plenamente, no darían margen al actor para obtener buen éxito en sus pretensiones." (fl. 8 ib.).

Procede luego el procurador a dar respuesta explicada respecto de cada uno de los hechos invocados por el actor, para expresar, respecto de algunos, que no le consta; en cuanto a otros que no son puntos de hecho sino de derecho y otros los niega en absoluto.

Como se ha surtido en forma regular esta instancia, practicadas las pruebas pedidas por las partes y recibidos los alegatos de conclusión, se procede a dictar sentencia con fundamento en los motivos que se expondrán a continuación.

- I -

PRESUPUESTOS PROCESALES

El procurador delegado, insistiendo en lo insinuado desde la contestación de la demanda, objeta la acumulación de acciones, pues, según él, no llenan los requisitos previstos en el art. 209 del C. J. y al efecto discurre de este modo:

“Que no puedan acumularse acciones contrarias e incompatibles es lógico, pues pugna con la razón que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo.

“En el presente proceso se observa que el señor apoderado del actor en su petición a) solicitó se dejaran sin efecto las resoluciones por las cuales se declaró caducado el contrato de conducción de correos suscrito entre Alfonso Mejía Vásquez y la Nación; en la petición b) pidió se declarara resuelto ese mismo contrato con la respectiva condena en perjuicios.

“La caducidad es un fenómeno propio del Derecho Administrativo y consiste en la terminación que en forma unilateral efectúa la administración pública de un contrato por medio de sus funcionarios competentes. Por razón de la caducidad cesan los efectos futuros del contrato sin que esa declaración produzca efectos retroactivos, es decir, que las obligaciones y derechos anteriores a esa terminación conservan sus efectos, se respetan.

“Terminado un contrato por razón de la declaratoria de caducidad, no puede revivirse el mismo por el sólo hecho de declarar sin fundamento la resolución de caducidad respectiva, pues ‘ipso-facto’ dejaron de tener valor o efecto los derechos y obligaciones que emanaban de ese contrato. Dejó de existir el contrato en mención.

“La resolución en cambio supone la existencia del contrato, por cuanto sólo puede extinguirse lo que está produciendo efecto, y la resolución es uno de los modos de extinguirse un contrato.

“No puede solicitarse, como lo hizo el apoderado del actor en el presente caso, que se declare sin fundamento alguno la resolución de caducidad, para desprender de ese hecho que el contrato revive y puede ser materia de una resolución judicial”. (fls. 25 y 26 ib.).

Como consecuencia de lo expuesto, concluye el procurador que falta el presupuesto de demanda en forma, cuestión que debe resolverse antes de considerar el fondo del negocio.

Realmente, no existe en las peticiones de la demanda, como lo supone el procurador delegado, contradicción alguna, porque si es verdad que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, el actor no suplica que el contrato caducado se declare resuelto, sino que demanda, como antecedente, la declaración de que la resolución de caducidad es infundada, y luego, como consecuente, se declare la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

También supone el procurador que la resolución administrativa, en virtud de la cual se declara la caducidad de un contrato, tiene un efecto irrevocable, o mejor, que la terminación del contrato se opera irremediamente; pero esto no es así, porque la resolución dictada por el Ministerio está sujeta a la revisión de la rama jurisdiccional, mediante el ejercicio de la correspondiente acción por el contratista afectado; y en caso de que prosperara, la administración tendría que seguir cumpliendo el contrato si el plazo no se hubiera vencido o no hubiera terminado por una causal distinta a la de caducidad.

Si la resolución de caducidad de un contrato está sujeta a la posterior revisión de la rama jurisdiccional, en el supuesto de que fuese declarada infundada, el contrato respectivo no ha terminado sino que ha estado en suspenso mientras se decide sobre la legalidad y justicia de la dicha decisión administrativa; y por consiguiente, no existe contradicción alguna si el actor una vez obtenida aquella declaración, demanda que la administración cumpla o continúe cumpliendo el contrato, o bien que se declare resuelto o quizá mejor terminado o la resiliación de él, por tratarse de uno de tracto sucesivo. Si con la sentencia judicial favorable al actor, no desaparecieran los efectos de la resolución administrativa que declaró la caducidad del contrato, habría que llegar a la conclusión de que el ejercicio de la acción por el contratista afectado carece de objeto, supuesto a todas luces inadmisibles e inaceptables.

En la sentencia de la Corte Plena de fecha 31 de agosto de 1.943, por la cual se declaró inexecutable el art. 258 de la Ley 167 de 1.941, se lee:

“Contra esa resolución de caducidad, que equivale a la terminación de un pacto bilateral, el artículo acusado concede un recurso ante el Consejo de Estado para que ante esa corporación se ventile el asunto de fondo, un asunto contencioso, integrado por varios factores, de derecho y de hecho, cuyo planteamiento, trámite, pruebas y discusión, constituye un asunto de naturaleza contenciosa, atañedora al cumplimiento o no cumplimiento de un contrato, asunto que es de competencia privativa del Organismo Judicial”. (G. J. Tomo LVI, pág. 4).

Aun cuando el art. 148 de la C. Nal. fué modificado por el art. 52 del A. L. No. 10. de 1.945 (art. 151 actual compilación), la doctrina de la Corte tiene plena aplicabilidad, en cuanto considera que el juicio promovido, antes ante el Consejo de Estado y ahora ante la Corte, constituye un recurso contra la decisión administrativa que declaró la caducidad del contrato, o sea, que el litigio posterior tiene por objeto una revisión a fondo de tal providencia administrativa, para dejarla sin efecto en caso de que prosperaran las pretensiones del actor, o confirmarla en caso contrario.

Por tanto, no existe acumulación de acciones incompatibles y tampoco la falta del presupuesto procesal invocado por el procurador delegado.

- II -

SUPPLICAS DE LA DEMANDA.

Interpretando las peticiones de la demanda, hechas por el actor, en la primera súplica la declaración de que las resoluciones números 540 de 23 de febrero y 961 de 28 de marzo de 1.961, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato sobre conducción del correo de Bogotá a Buenaventura y viceversa,

carecen de fundamento legal, por estos motivos: ".....bien porque el Ministerio de Comunicaciones carece de facultad para dictarlas; bien porque los funcionarios que las dictaron no son los competentes de acuerdo con la organización del Ministerio de Comunicaciones; bien porque no existía fundamento legal o causal legítima para dictar las resoluciones de caducidad".

Los tres motivos expuestos, realmente, se reducen a dos: los primeros plantean un problema de carácter puramente administrativo, como el de decidir sobre la competencia del Ministerio de Comunicaciones para proferir la resolución de caducidad; y el último que atañe al fondo mismo del negocio, en cuanto pone en tela de juicio los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución protestada, ya que, según el decir del apoderado, el contratista cumplió con las obligaciones contraídas en el contrato celebrado el 29 de diciembre de 1.959.

A primera vista, solamente el último motivo parecería viable ante la jurisdicción civil, mientras que los dos primeros serían del conocimiento de la de lo contencioso administrativo; sin embargo, la Corte Plena en la sentencia antes citada dijo al respecto:

"No puede interpretarse el artículo 258 en el sentido de que el legislador ha querido conceder un recurso administrativo, además del que consagra la regla 3a. del artículo 148 de la Carta, porque si por una parte el texto de tal artículo se opone a esa interpretación, por la otra no es de presumir que el legislador haya querido someter a una situación más gravosa a las partes, sometiéndolas primero a un juicio, con todos los trámites del caso ante lo contencioso para luego someterlas de nuevo a la jurisdicción de la Corte, donde se ventila y decide el mismo asunto que se ventiló y decidió ante el Consejo de Estado. Por eso hay que concluir que el artículo 258 acusado reemplaza el numeral 3o. del artículo 148 de la Carta, lo cual es inconstitucional, como se deja demostrado". (fl. 4 ib.).

Por tanto, si no deben surtirse dos juicios sobre la misma materia, uno ante el Consejo de Estado y otro ante la Corte, en esta sentencia deben tomarse en consideración todos los motivos o causales invocados por el actor, aún los fundados en cuestiones puramente administrativas, como la competencia de los funcionarios de la administración para dictar la recurrida resolución de caducidad; porque si la competencia del Consejo de Estado durante la vigencia del art. 258, fué plena para fallar sobre todas las cuestiones, así de forma como de fondo, adjetivas o sustanciales, también ahora la Corte debe examinar y decidir respecto de todos los motivos alegados.

El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 7 de diciembre de 1.943 (Anales Nos. 329 a 334 pág. 106), declaró que no tenía competencia para conocer de las resoluciones sobre multas, según el inciso final del art. 258 del C. C. A., porque "como es bien sabido, esta última parte del artículo fué declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, y, en tal virtud, no rige como excepción a la regla contenida en el artículo 73 a que atrás se aludió, no siendo, por tanto, tales resoluciones (las que imponen multas a los contratistas) del conocimiento del Consejo de Estado".

- III -

MOTIVOS DE NULIDAD ALEGADOS

a) De acuerdo con la demanda, la nulidad o ineficacia de la resolución sobre caducidad del contrato de conducción de correos, se funda en primer lugar, en

que según el art. 255 de la ley 167 de 1.941 y en armonía con el art. 57 de la C. Nal., la resolución sobre caducidad del contrato debió proferirse por el Gobierno, esto es, por el Presidente y el Ministro de Comunicaciones, pero no solamente por el último como sucedió en la acusada.

En cuanto a este motivo debe observarse que la palabra gobierno, tal como está escrita en el citado art. 255, no puede interpretarse como lo quiere el demandante, sino en el sentido de que alude a las autoridades competentes de acuerdo con las normas especiales que regulan la materia; y así existen varias resoluciones sobre caducidad de contratos que han sido dictadas por el respectivo Ministro, como la estudiada por esta Sala en la sentencia de fecha 8 de noviembre de 1.955 (G. J. Tomo LXXXI, págs. 929 a 954).

b) En segundo lugar, el actor demanda la nulidad de la resolución de caducidad, porque no se autorizó por el funcionario competente, según la Resolución No. 2177 de 3 de septiembre de 1.960, proferida por el Ministro de Comunicaciones de acuerdo con el art. 10 del D. No. 550 de 1.960, que dispuso:

“Los Ministros y los Jefes de Departamento Administrativo dictarán normas para la tramitación y resolución de los asuntos a su cargo. Dentro del límite de estas normas, y en cumplimiento de sus funciones, los Secretarios Generales, los Directores y los Jefes o Sub-Jefes de Rama, División, Sección y Grupo, están facultados para tomar decisiones directamente autorizando con su firma los actos respectivos, sin perjuicio de que dichos actos sean revocados o modificados por los inmediatamente superiores, cuando los intereses del servicio así lo exijan”.

De acuerdo con el literal f) del art. 36 del mismo decreto corresponde al Director del Ministerio: “Tramitar y llevar a la consideración del Ministro los contratos relacionados con los respectivos servicios”.

Por medio del decreto 1635 de 1.960 se reorganizó el Ministerio de Comunicaciones, y en el art. 4o., al señalar las funciones del Secretario General, en el literal g) se dispuso: “Autorizar con su firma los actos que se señalen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 550 de 1.960”.

Según el art. 5o. del mismo decreto, corresponden al Director del Ministerio, entre otras, las siguientes atribuciones:

“f) Llevar a la consideración del Ministro los contratos relacionados con los respectivos servicios;

“g) Revisar los proyectos de decreto o de resolución y demás documentos que deban someterse a la aprobación del Ministro;

“k) Autorizar con su firma los actos que se señalen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 0550 de 1.960”.

En desarrollo de los preceptos transcritos, en especial del último, el Ministerio de Comunicaciones dictó la Resolución No. 2177 de 3 de septiembre de 1.960, por medio de la cual reglamentó más en detalle tanto las funciones del Secretario General del Ministerio como las del Director; y, respecto del último, dispuso en el art. 3o.: “Corresponde al Director del Ministerio firmar conjuntamente con el Ministro los siguientes actos:

“a) Los contratos a que se refiere el literal f) del art. 36 del Decreto 550 de 1.960 relacionados con los respectivos servicios y las resoluciones de caducidad de los mismos”.

Según las disposiciones citadas, se deduce que las resoluciones de caducidad se profieren por el respectivo Ministro; pero deben ser autorizadas, en cuanto concierne al de Comunicaciones, por el Director del Ministerio, pero no por el Secretario General, como sucede con las dos resoluciones acusadas por el actor; de ahí que deba concluirse que las resoluciones Nos. 540 de 23 de febrero y 961 de 28 de marzo de 1.962, por medio de las cuales, en su orden, se declaró caducado el contrato celebrado con el actor y se negó el recurso de reposición, no se dictaron en forma regular y de acuerdo con la competencia señalada por las normas examinadas a los funcionarios del Ministerio de Comunicaciones, las cuales quedaron viciadas de nulidad o ineficacia.

-IV-

RESOLUCION DEL CONTRATO

Como se ha visto, en la segunda petición, como acción consecuente, el actor demanda la declaración de resolución del contrato de conducción de los correos de Bogotá a Buenaventura y viceversa, con la correspondiente indemnización de los perjuicios ocasionados por las dichas resoluciones de caducidad; sin embargo, aun cuando prospera la primera petición, no sucede lo propio con la segunda por los motivos que pasan a exponerse.

a) El contrato de conducción de correos, por ser de tracto sucesivo, no comporta la resolución, porque sería imposible volver las cosas a como estaban antes de su celebración, pues los servicios prestados constituyen hechos irrevocables y consumados; y de ahí que, en estos casos, proceda la terminación o "resiliación" de ellos, que hace cesar los efectos para el futuro, pero no en cuanto concierne con los hechos ya consumados.

b) En el presente caso, no obstante la resolución de caducidad, el contrato de conducción de los correos en la línea Bogotá-Buenaventura terminó, no por efecto de la caducidad, sino por la expiración de los plazos, tanto del pactado en el contrato por dos años, como el de la prórroga impuesta por el Ministerio, según lo estipulado en el contrato y en las disposiciones legales vigentes, por un lapso de tres meses.

En efecto, de acuerdo con el contrato, el plazo principal terminó el 31 de diciembre de 1.961; y aun cuando fué prorrogado por voluntad unilateral del Ministerio, según lo estipulado, la Resolución que negó la reposición se dictó el 28 de marzo de 1.962; de manera que, antes de que operara la caducidad decretada, expiró el plazo de vigencia de la prórroga impuesta.

En consecuencia, tampoco se podría decretar la resolución de un contrato que ya ha terminado por vencimiento del plazo estipulado, esto es, que jurídicamente ya no existe dada la naturaleza del contrato objeto del presente litigio.

c) Por otra parte, si el contrato de transporte del correo entre Bogotá y Buenaventura terminó por la expiración de los plazos, mas no por el decreto de caducidad, prácticamente inoperante, ningún perjuicio se le causó al actor que estuvo en capacidad de seguir prestando el servicio en la forma y por el tiempo pactados, como realmente lo hizo aun cuando en forma deficiente, según concepto del Ministro.

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:

Primero. Son nulas y, por consiguiente, ineficaces las Resoluciones 540 y 961 de 23 de febrero y de 28 de marzo de 1.962, por medio de las cuales, el Ministerio de Comunicaciones, decretó la caducidad del contrato celebrado con el doctor Alfonso Mejía Vásquez el 29 de diciembre de 1.959, para la conducción del correo entre Bogotá y Buenaventura y viceversa.

Segundo. Se absuelve a la Nación de las demás súplicas de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

ACCION SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO.
FUNDAMENTOS DE HECHO DE ESTA CLASE DE ACCIONES. SUSTAN-
CIALES VACIOS PROBATORIOS EN EL CASO DE AUTOS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá,
veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyó JESUS MARIA HENAO DE FRANCISCO, de este vecindario, presentó demanda ante esta Sala contra la Nación, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“PRIMERA. Que los globos de terreno de propiedad de mi mandante, determinados en el hecho “A” de esta demanda, por su ubicación, extensión superficial y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotación económica de la tierra”.

“SEGUNDA. Que, en consecuencia, tanto el suelo como el subsuelo de los globos de terrenos determinados en el hecho “A” de esta demanda por su ubicación, extensión y linderos y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o substancias que se hallen en el subsuelo de dicho globo de terreno, son de propiedad de mi poderdante don Jesús María Henao De Francisco”.

“TERCERA. Que, por consiguiente, el subsuelo de los referidos globos de terreno y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias que se encuentren en dichos subsuelos pueden explotarse como de propiedad privada de don Jesús María Henao De Francisco y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company, solicitante de la Propuesta número 869 (Tablo) de que se habla más adelante, ni por persona ninguna, natural o jurídica, distinta de don Jesús María Henao De Francisco”.

“CUARTA. Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petroleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse estos ubicados dentro del perímetro de la Propuesta número 869 (Tablo), dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero de los globos de terreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el inciso 3o. del artículo 2o. del Decreto 3050 de 1.956”.

Como fundamento de hechos expuso los siguientes:

“PRIMERO. Mi poderdante el señor Jesús María Henao es actual propietario y poseedor inscrito de los siguientes predios rurales:

“La Floresta” ubicada en las veredas de Centro y Juaiuca del municipio de Tabio, Departamento de Cundinamarca, con una extensión aproximada de veintisiete (27) fanegadas y que se compone de las siguientes fincas específicamente enumeradas que forman una sola extensión: “La Floresta”, junto con la casa de habitación construída dentro de ella y marcada en sus puertas según la actual nomenclatura así: por la carrera quinta (5a.) con el número tres cincuenta y uno (3-51); por la calle cuarta (4a.) con los números cinco cero uno (5-01), cinco treinta y cinco (5-35) y cinco cuarenta y cinco (5-45), junto con las edificaciones, ramadas y cobertizos que existen dentro de la finca, y con todos los demás elementos que la integran: finca comprendida en su totalidad dentro de los siguientes linderos generales: Por el Norte, con calle pública, (hoy calle cuarta (4a.)), con el Coso, con finca de propiedad de David Leño, y herederos del doctor Pompilio Martínez, en toda su extensión; por el Occidente, con la finca “Agua caliente” de los herederos del doctor Pompilio Martínez, en toda su extensión; por el Sur, con finca de herederos de David Leño (hoy de la vendedora) en toda su extensión, y por el Oriente, con la calle pública o carrera segunda (2a.) (hoy carrera quinta -5a-) del Municipio de Tabio, en dos (2) partes, y en la otra parte con la casa y solar de la finca denominada “Santa Teresita” de propiedad de la vendedora, numerada hoy en su puerta principal con el número tres setenta y nueve (3-79) de la carrera quinta (5a.), y la cual colinda por sus tres costados así: Por el Norte, en extensión de veinte metros y diez y nueve centímetros (20-19 mts.) y once metros sesenta y dos centímetros (11-62 mts.) por el Sur en extensión de veinticinco metros noventa y siete centímetros (25-97 mts.) y por el Occidente, en extensión de trece metros treinta centímetros (13-30 mts.) y cinco metros treinta y cinco centímetros (5-35 mts.) aproximadamente. La finca “La Floresta” alinderada antes, está formada o integrada por seis (6) pequeños lotes de terreno, tal como se hallan alinderados y detallados en la cartilla de hijuela de Isabel Henao De Francisco, protocolizada por la escritura pública número dos mil quinientos treinta y tres (2.533) del diez y siete (17) de julio de mil novecientos cuarenta y cinco (1.945) de esta misma Notaría Primera de Bogotá, D. E. y la cual se hará referencia en cualquier momento y que son:

Primer lote. Una finca denominada “La Floresta” constituida por un terreno situado hacia el occidente de la población del municipio de Tabio, Departamento de Cundinamarca cercado en parte con paredes y en parte con alambre y vallado, en una cabida aproximada de cuatro fanegadas (4 fgds.) y está comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, o sea el frente donde está la puerta de entrada, con la carrera 2a. hasta la intersección de esta con la calle primera; por el Occidente, con el terreno denominado Agua Caliente, de propiedad del Doctor Pompilio Martínez, quebrada de por medio; por el Sur, con terrenos de Francisco Pallares y David Leano quebrada de por medio; y por el Norte, con terrenos de los herederos de Adolfo Luque y Librada Garzón”.

Segundo lote. La mitad de un lote de terreno situado en el partido de “El Centro” de la población de Tabio, alinderado así: Por el norte, con lote que perteneció al municipio de Tabio, y con propiedad de la señora Clementina Luque de Forero; por el Occidente, con la misma propiedad de la señora Luque G. de Forero, por el sur, con la finca “La Floresta” de propiedad del comprador, paredes al medio; y por el Oriente, con la calle pública o carrera 2a. “La mitad de

otro lote de terreno situado en la vereda de "Juaica" jurisdicción del municipio de Tabio, y alinderado así: Por el Oriente, con terreno de Emiliano de Jesús Luque G. con la misma finca de la Floresta citada, y por el norte y occidente, con la finca "Agua Caliente", del doctor Pompilio Martínez, vallado al medio". Tercer lote: Un lote de terreno denominado "Coso Viejo", ubicado en el centro o área de la población de Tabio, que forma esquina sobre la plaza, en el cruce de la carrera segunda con la calle segunda, y que está comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, con la carrera expresada, por el Norte, con la calle dicha; por el Occidente, con propiedad de Clementina Luque de Forero; y por el Sur, con la casa del señor Víctor Manuel Luque". Este lote lo adquirió el causante, en pleno dominio y propiedad, por compra a Arturo Ranzi y María Antonia Archia de Ranzi". Cuarto lote: Un lote de terreno situado en el centro de la población de Tabio y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, en una extensión de 19 metros, 30 centímetros, con lote que fué de propiedad del municipio, anteriormente llamado Coso Viejo y que hoy pertenece al comprador y con propiedad del señor Víctor Manuel Luque G., y en una pequeña parte; de aquí volviendo hacia el occidente, y en línea recta y en una extensión de once metros setenta centímetros (11.70 mts.) con terrenos del mismo señor Víctor Manuel Luque G.; de aquí volviendo hacia el sur, en línea recta y en una extensión de veinte metros sesenta y ocho centímetros (20.68 mts.) con terreno que perteneció al señor Carlos Eduardo Luque G. y que es hoy del comprador: por el sur, con la finca denominada La Floresta de propiedad del comprador, en paredes al medio y en una extensión de 17 metros 10 centímetros; de aquí en línea recta hacia el Norte y en una extensión de 29 metros 20 centímetros, con la expresada finca La Floresta, paredes al medio; de aquí volviendo en línea recta hacia el oriente, en una extensión de once metros (11 mts.) con el lote del señor Emiliano Luque G., de aquí volviendo en línea recta hacia el Norte, por el centro de un caño de desagüe; en una extensión de 18 metros 40 centímetros, con terrenos del mismo señor Emiliano Luque; y por el Norte, en una extensión de 19 metros, con la calle 2a. de Tabio. "Quinto lote: Un lote de terreno situado en el centro de la población de Tabio y alinderado así: Por el Norte, parte con calle pública y parte con el coso público y terreno de David Leño en zic-zac y con la finca de Agua Caliente, de Pompilio Martínez; por el Occidente, con terrenos hoy de Librada Garzón y con la citada finca "Agua Caliente". "La Floresta" es propiedad del comprador hoy y con propiedad que fué de Clementina Luque G. de Forero, y es hoy del comprador, y por el Oriente, con propiedad que fué de Clementina Luque G. de Forero y que es hoy del comprador". Sexto lote: Un lote conocido con el nombre de Santa Ana, ubicado en la vereda de Juaica, jurisdicción del municipio de Tabio y que está alinderado así: Por el costado o sea por el norte y oriente, toma de agua de por medio, con la finca denominada Agua Caliente, en los herederos del doctor Pompilio Martínez, y en parte del lote que Henao compró al señor Emiliano Luque G. y que hoy forma parte de la finca de Henao denominada "La Floresta" y por otro costado o sea, por el sur y occidente, con la citada finca de Henao".

"Inmueble denominado "El Pantano" (hoy La Floresta) y cuyos linderos generales correspondientes a las siete fanegadas trescientas cuarenta y seis varas cuadradas son los siguientes: Norte, con la finca "La Floresta" de propiedad de la misma compradora Isabel Henao de Francisco, hoy la vendedora); Sur, con terrenos de Próspero Luque, justa de Murcia y Sergio Papagayo, (hoy del comprador); por el Oriente, con terrenos de propiedad del vendedor Luis Eduardo Robayo R. (hoy de Juan Villamil) en parte, y de Luis Sánchez en la otra parte

del mismo sector oriental, y por el Occidente, con terrenos de Próspero Luque en parte y de Emilio Sánchez en la otra parte.

“Inmueble “El Chicú” que linda así: Por el Norte, con terrenos de los herederos de Julio Epaminondas Luque, José Vicente Juliq, Próspero y Luis Sánchez; por el Sur, con terrenos de Alfredo Baptiste y Peregrino Sánchez, camino público de por medio; por el Oriente, con terrenos de Daniel Correá y Segundo Sánchez; y por el Occidente, con terrenos de Verbo Camacho, camino público de por medio”.

“Inmueble conocido con el nombre de Santa Bárbara y comprendido hoy dentro de los siguientes linderos generales así: Por el Norte, con terrenos que fueron de Luis Eduardo Robayo, hoy de Isabel Henao de Francisco; por el Sur, con terrenos de herederos de Epaminondas Luque; por el Oriente, con terrenos de herederos de Epaminondas Luque, hoy de Próspero Luque y Justa Murcia; y por el Occidente, con terrenos de Verbo Camacho, camino público de por medio.

“El Paraiso” ubicado en la vereda de Lourdes, municipio de Tabio, Departamento de Cundinamarca, con una extensión aproximada de veinte (20) fanegadas y comprendido por las siguientes fincas específicamente denominadas así: El primero, o sea Pantanillo, “A partir de un punto que está situado en el lindero de las señoritas Mercedes y Sofía Espinosa Q., y que llamaremos el mojón A., se sigue en línea recta en dirección Sur-Oeste, en una distancia de ciento cuarenta y un metros con setenta centímetros (141-70 mts.) colindando con terreno de Campo Elías Malaver, hasta llegar al mojón B., desde este punto y colindando con el mismo Campo Elías Malaver, se sigue en línea recta en una dirección Sur-Oeste y con una distancia de noventa y tres metros (93 mts.) hasta llegar al mojón C., que está situado, en la orilla del camino de San José, desde este punto por todo el camino en dirección Sur-Oeste y en una distancia de ciento catorce metros con veinte centímetros (114.20 m.) hasta llegar al mojón D. y camino al medio con propiedades del doctor Eugenio Celis; el mojón D. está situado en el empalme del camino de La Aurora, con el camino de San José; desde este punto y por todo el camino de La Aurora en una dirección Norte-Oeste y en una distancia de doscientos cuarenta y seis metros con ochenta centímetros (246-80 mts.) hasta llegar al mojón E.; desde este punto en línea recta y colindando con terrenos de Juan Evangelista Laverde B., se sigue en dirección Norte-Este, en una distancia de doscientos seis metros con ochenta centímetros (206-80 mts.), hasta llegar al mojón F.; desde este punto y colindando también con Juan Evangelista Laverde B., se sigue en dirección Norte-Oeste; en una distancia de cuarenta y seis metros (46 m.) hasta llegar al mojón G; desde este punto, en dirección Norte-Este, colindando con el comprador Andrés Caycedo Henao (hoy el vendedor) en una distancia de setenta y nueve metros con setenta centímetros (79-70 mts.) hasta llegar al mojón H; y desde este punto, también colindando con el comprador Caycedo Henao, (hoy del vendedor) se sigue en dirección Sur-Este, en una distancia de 94,80 metros, hasta llegar al mojón I., desde este punto y colindando con las señoritas Espinosas, se sigue en una dirección Sur-Oeste, en una distancia de 33 metros hasta llegar al mojón J. y desde este punto colindando también con las señoritas Espinosas, se sigue en dirección Sur-Este, en una distancia de 107-40 metros, hasta llegar al mojón A, que es el punto de partida. El segundo o sea “La Violeta” se alindera así: Por el Norte, con propiedad de los herederos del doctor Gonzalo Restrepo Jaramillo cerca de alambre y vallado de por medio; por el Oriente, con propiedad de los mismos

herederos del doctor Gonzalo Restrepo Jaramillo, toma de agua al medio en parte y cerca de alambre; por el Occidente, con tierras del señor Campo Elías Malaver en parte, y con tierras de la señora Rosa Fandiño viuda de Castro, cerca de alambre de por medio; por el Sur, en parte con propiedades de las mismas vendedoras señoritas Espinosa y en parte con la finca "Pantanillo", antes de propiedad del señor Luis Felipe Leño (hoy del vendedor) y en parte con terrenos del señor Juan Evangelista Barragán, toma de agua al medio y cerca de alambre; todo el lote está deslindado con cercas de alambre y vallados. El tercero denominado "San Gabriel" está alinderado así: Por el Sur, con propiedades de las señoritas Mercedes y Sofía Espinosa Q. antes herederos de José María Espinosa y con la finca "San José" del doctor Eugenio Celis, camino al medio; por el Norte, y el Oriente, con terrenos de la finca "Pantanillo" antes de Luis Felipe Leño (hoy del vendedor), y por el Occidente, con propiedades de las señoritas Sofía y Mercedes Espinosa Q."

"SEGUNDO. La tradición del dominio del globo de terreno de que trata el hecho anterior, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi poderdante, mediante una cadena comprobada de títulos, se remonta desde don Jesús María Henao De Francisco, doña Isabel Henao De Francisco y don Andrés Caycedo H. hasta las personas que lo adquirieron, en mayor extensión, antes del 28 de octubre de 1.873, en virtud de títulos emanados del Estado y de la justa prescripción adquisitivas.

C. El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la resolución número 347 de 8 de abril de 1.958, admitió la Propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional registrada bajo el número 869 (Tabio), formulada por la Texas Petroleum Company, sobre un globo de terreno de cuarenta y nueve mil novecientos noventa y seis (49.996) hectáreas con ocho mil (8.000) metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los municipios de Tabio, Tenjo y Chía, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendido dentro de los linderos transcritos en el aviso de admisión de la Propuesta, publicado en el Diario Oficial número 29.776 de 27 de septiembre de 1.958, cuyo ejemplar original no acompaña a la presente demanda por haberse agotado pero que asevero existir un ejemplar de tal periódico oficial en la biblioteca de la H. Corte Suprema de Justicia y cuyos linderos doy por reproducidos.

Suplo tal falta con la certificación expedida por el mencionado Ministerio sobre registro, vigencia y aceptación de la propuesta número 869 (Tabio)".

TERCERO. Los terrenos de que trata el hecho "A" de esta demanda salieron legalmente del patrimonio del estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, por virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mi mandante sobre el subsuelo petrolífero del citado predio, ya que constituyen títulos originarios o emanados del Estado, y pruebas de explotación económica de tales terrenos con muchos años de anterioridad a la reserva del subsuelo por parte del Estado".

"CUARTO. El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi mandante, está comprendido dentro del área de la Propuesta número 869 (Tabio) de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a él".

"QUINTO. El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de don Jesús María Henao De Francisco, está claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

En cuanto a fundamentos de derecho expresó:

“En derecho fundo esta demanda en los artículos 50., 34, 36 y concordantes del Decreto número 1056 de 1.953; artículo 20. del Decreto Extraordinario número 3050 de 1.956 y demás disposiciones concordantes de las Leyes 37 de 1.931, 160 de 1.936, Ley 11 de 1.953 y sus Decretos reglamentarios, así como en las Leyes de 11 de octubre de 1.821, 70 de 1.866 y Código Fiscal de 1.873. En los artículos 669, 673 y concordantes del Código Civil; artículo 10. de la Ley 50 de 1.936; artículo 734, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes”.

“No obstante que en las peticiones se habla del petróleo y “demás minerales o substancias que se hallen en el subsuelo” de los terrenos del demandante, del contexto de la demanda aparece claro que la acción incoada persigue la declaración de ser de propiedad particular el petróleo que se encuentre en el subsuelo de dichos terrenos y su exclusión del área de la propuesta 869, formulada por la Texas Petroleum Company para explorar y explotar petróleo de propiedad Nacional.

Los fundamentos de hecho de tal acción, de conformidad con los arts. 40. y 34 del Código de Petróleos, se reducen, en síntesis, a los siguientes: a) propiedad actual del demandante respecto a los predios indicados en el primer fundamento de hecho del libelo; b) salida de dichos predios del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873; c) superposición a ellos del área de la propuesta 869.

De conformidad con el principio jurídico recogido en el art. 593 del C. J., “toda decisión judicial en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas”.

Para la prosperidad de la acción instaurada deben, pues, aparecer plenamente establecidos todos y cada uno de los fundamentos antes indicados. Para los fines de esta providencia es suficiente señalar que no están comprobados los dos últimos.

La salida del patrimonio nacional de unos terrenos con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, implica la verificación de que el título idóneo que al respecto se presente se refiere a ellos, en todo o en partes. Durante la inspección ocular que se practicó a petición del demandante, en juez comisionado que la llevó a cabo, se limitó a la identificación de los inmuebles del actor, y dejó a los peritos la labor de comprobar si esos predios corresponden a los contemplados en documentos en cuya virtud hubieran salido del patrimonio nacional. Igualmente quedó a cargo de los expertos la verificación del hecho de que la propuesta 869 se superpone a las tierras en referencia. Ahora bien, los peritos que fueron nombrados y que intervinieron en la inspección ocular no rindieron dictamen alguno sobre tales materias.

Durante el curso del juicio el señor apoderado del actor presentó memorial de desistimiento de la acción; pero no pudo ser acogido por no haber tenido expresa facultad para desistir.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Déclárase infundada la oposición formulada por el demandante JESUS MARÍA HENAO DE FRANCISCO a la propuesta número 869 (Tabio) con relación al subsuelo de los predios "La Floresta" y "El Paraiso", en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase la actuación al Ministerio de Minas y Petróleos.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETRÓLEOS. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE REMATE Y DE LAS
DILIGENCIAS DE POSESION, COMO MEDIOS DE ACREDITAR LA SALIDA
DE LAS TIERRAS DEL DOMINIO DEL ESTADO.

La mejor fuente de interpretación de las normas jurídicas que rigieron en la época colonial se halla en la manera como las autoridades de entonces las aplicaron. El verdadero título de enajenación de los bienes de Temporalidades no era el acta de remate, sino la escritura pública de traspaso de la propiedad. El solo remate no hacía propietario de las tierras al que triunfaba en la almoneda. La diligencia de posesión precedía a la expedición de la escritura, y por sí sola no constituye indicio necesario de que al rematante se le hubiera transferido en forma legal el predio rematado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES.
Bogotá, dos de Junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado judicial que constituyó Carlos Maldonado B., de este vecindario, en su propio nombre y como apoderado general de Alejo Maldonado R., vecino de Barranquilla, ambos comuneros del globo de tierras denominado "Tapias y Pajara", presentó ante esta Sala demanda ordinaria de única instancia contra la Nación, impetrando las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que no son del Estado los petróleos, los hidrocarburos, los gases naturales y sustancias similares que se encuentren en el suelo y subsuelo del globo de tierra poseído en común y proindiviso denominado "Tapias y Pajara", de la jurisdicción de los municipios de Tamalameque de la Gloria, del Departamento del Magdalena, así aliterado: "Desde el punto de Angostura en línea recta hacia la izquierda de norte a sur, pasando por "Alonso" hasta llegar al caño de "La Honda", colindando con terrenos antes de los señores Leopoldo Chinchilla y Juan B. Gutiérrez; de este punto aguas arriba de "La Honda" hacia la izquierda hasta sus cabeceras, de este punto al sesgo hacia la izquierda hasta la cabeceras de "Alonso", de este punto en línea recta a la "Mata" y camino de "San Lorenzo", de este punto en línea recta hacia la izquierda hasta la "Mata de Gallinazo", de este punto en línea recta a la ciénaga de "Sahalla", y de este punto orillando la ciénaga hasta llegar a "Angostura", primer lindero".

"SEGUNDA. Que la Nación colombiana no tiene derecho a ejecutar por sí ni por interpuesta persona, ni a contratar con ninguna persona natural ni jurídica nacional ni extranjera, la exploración con taladro ni la explotación de los pe-

tróleos, los hidrocarburos, los gases naturales y sustancias similares que se encuentren en el suelo y el subsuelo del mentado globo de tierra, de la ubicación y linderos anotados, poseidos en común y proindiviso por los opositores demandantes con otros”.

“TÉRCERA. Que debe suspenderse inmediatamente la tramitación y ejecución de la propuesta de exploración y explotación de los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y sustancias similares que se encuentren en el suelo y el subsuelo del mentado globo de tierra poseído en común y proindiviso, propuesta que está distinguida con el número 601, aparece publicada en el número 28.062 del Diario Oficial, correspondiente al 26 de noviembre de 1.952 y fué presentada por la Compañía de Petróleos del Vichada”.

“CUARTA. Que, en consecuencia, son del dominio privado de los copropietarios proindiviso del mentado fundo de “Tapias y PajaraI” de la ubicación y alindera- miento precitados, los petróleos, los hidrocarburos; los gases naturales y las sustan- cias similares que allí se hallen, copropiedad que no está sujeta a ulteriores tramita- ciones judiciales ni administrativas caso de presentarse nuevas propuestas sobre su exploración y explotación”.

Como fundamentos de hecho expuso, en síntesis, los siguientes:

Que las tierras de “Tapias y PajaraI” salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, en virtud del remate público realizado en Mompós el 10 de Mayo de 1.791, en el cual el Alférez Real don Vicente de Pieschacón adquirió las tierras de la sabana y playones de las Temporalidades de los expatriados Jesuitas, denominadas “Santa Cruz de Alonso y PajaraI”, por los siguientes linderos:

“Del camino Real de San Lorenzo, primer lindero se siguen las cabeceras del caño nombrado “Alonso” y al sesgo a las de La Honda, aguas abajo de ambos y seguidamente por la sabana hasta el paraje llamado “Salobre”, correspondiendo su cola hasta dicha “Honda”. Y prosiguiendo, salvando o dejando en el medio las tierras de la estancia nombrada “Alonsito”, propias de Doña María Feliciano Mo- raña, viuda en segundas nupcias de José Antonio Ortiz, se continuó desde el pa- raje nombrado el “Rincón de San Matías”, aguas abajo las dichas quebradas de “Alonso” y “Honda” a “Potrero Nuevo”, paso de “El puerto de la Miel” de di- cho caño de “Alonso” y ciénaga de “Las Yeguas”, dando la vuelta por el paraje nombrado “Mantquera” a la ciénaga de “TortugaI”, siguiendo hacia arriba por los parajes nombrados “Las Varas” y “Constanza”, orillando la ciénaga de “Sa- halla” hasta la punta nombrada “Gallinazo” y en sus medios las sabanas de “Pa- jaraI”, último lindero”.

Que de tales tierras hacen parte las de “Tapias y PajaraI” descritas en la demanda;

Que los demandantes son propietarios, en comunidad con muchas otras perso- nas, de las aludidas tierras de “Tapias y PajaraI”; y

Que el área de la propuesta 601, formulada por la Compañía de Petróleos de Vichada para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, publicada en el Diario Oficial No. 28.062, de 26 de Noviembre de 1.952, se superpone a las citadas tierras de “Tapias y PajaraI”.

Aparecen, pues, indicados los fundamentos fácticos de las acciones tendientes a obtener la declaración de propiedad privada del subsuelo petrolífero de un predio y su exclusión de la propuesta que lo afecte, de conformidad con el art. 5o. del Código de Petróleos.

El apoderado de los demandantes retuvo el negocio en su poder, al recibirlo en traslado para alegar de conclusión, durante varios años, y sólo lo devolvió en virtud del requerimiento que se le hiciera a solicitud del señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación; solicitud sin la cual, a tenor del art. 380 del C.J., no se habría podido hacer el requerimiento.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Como bien es sabido, la salida de un predio del patrimonio estatal debe estar necesariamente vinculada a un título o causa jurídica emanada del Estado capaz de producir dicha salida, aunque no es necesaria la presentación del documento original, pues, de conformidad con la doctrina del art. 36 del C. de Petróleos, puede ser suplido por un documento público de origen oficial emanado de autoridad competente que acredite su existencia.

Como se indicó arriba, los demandantes alegan que las tierras de "Tapias y Pajalar" salieron del patrimonio estatal en virtud del remate efectuado en Mompos el 10 de Mayo de 1791, pero con relación a tal acto no aducen sino la diligencia de posesión de los terrenos objeto del remate, llevada a cabo por el Alcalde de Tamalameque, don Eleuterio Jiménez, el 24 de Septiembre de 1791, por orden de "los señores Tesorero y Contador oficiales de la Real Hacienda de la Villa de Mompos comisionados de los asuntos de Temporalidades don Matías Ruiz y don José Feliciano Casal", impartida mediante "despacho de ruego y encargo", diligencias que quedaron insertadas en la escritura del 15 de Noviembre de 1843, corrida ante el Escribano Público de Bogotá.

Ha dicho la Sala, que "la mejor fuente de interpretación de las leyes, disposiciones y ordenamientos de la época colonial está, sin duda, en la manera como aquéllas se aplicaron por las autoridades de entonces", y en relación con la venta de los bienes que pertenecieron a la Compañía de Jesús, incorporados al patrimonio de la Corona "ha tenido oportunidad la Corte de examinar diversas documentaciones, y ha anotado que en todos los casos en que el rematador pagaba de contado el precio de los bienes adjudicados, o aseguraba el pago con el otorgamiento de fianzas o hipotecas previamente calificadas y aceptadas por la Real Junta de Temporalidades, ésta ordenaba la entrega material de los bienes adjudicados y otorgaba o mandaba otorgar la escritura de venta correspondiente". Y con relación a si los remates constituían el título de adjudicación, expresó, a continuación de lo acabado de transcribir: "Por eso ha considerado hasta ahora que el verdadero título de enajenación de los bienes de Temporalidades no es el acta del remate, sino la escritura pública de traspaso de la propiedad. Y en efecto, el acta de remate sólo puede acreditar que el mejor postor, o sea, aquél que mejor precio ofreció, resultó favorecido en la adjudicación; pero esto, como es obvio, no constituye la prueba del acto jurídico de la compraventa, sino un principio de ejecución de ese contrato, pues el adjudicatorio debía cumplir muchas otras formalidades en orden a obtener la aprobación definitiva del remate, la entrega de los bienes y el otorgamiento de la escritura de venta" (G. J. T. LXXXIV, No. 2179, pág. 609).

De los diversos casos que tuvo oportunidad de examinar la Corte, resulta bien claro que tanto para la Real Junta de Temporalidades de Santa Fe como para las Juntas Provinciales o Municipales, el sólo remate no hacía propietario de las tierras al que triunfaba en la almoneda. En el presente juicio los demandantes no han aducido el remate como prueba principal o supletoria de la salida del patrimonio de la Corona de las tierras sobre que versa la demanda, sino que han presentado, como probanza supletoria a que alude el art. 36 del Código de Petróleos, el acta de la diligencia de posesión, llevada a cabo como ya se dijo por el Alcalde de Tamalameque el 24 de Septiembre de 1791 por orden de los "señores Tesorero y Contador oficiales de la Real Hacienda de la Villa de Mompós comisionados de los asuntos de Temporalidades don Matias Ruiz y don Feliciano Casal". Con todo, también resulta del examen de los supradichos casos que la diligencia de posesión precedía a la expedición de la escritura de traspaso, que era la última de las formalidades, y desde luego, la más importante, que debían cumplirse para que las tierras rematadas quedaran transferidas al patrimonio del rematante.

De suerte, que la sola diligencia de posesión no es un indicio necesario de que al rematante se le hubiera transferido en forma legal el predio rematado, como quiera que de suyo no revela que se le hubiera corrido la escritura de venta, requisito sin el cual, como es obvio no adquiría el dominio de las tierras.

Se tiene, pues, que el documento presentado por los demandantes carece de virtualidad jurídica para haber operado la salida de las tierras de "Tapias y Pajaral" del patrimonio del Estado, por lo cual huelga la dilucidación de si dichas tierras corresponden en todo o en parte a las contempladas en dicho documento. Lo que equivale a decir que no se ha acreditado uno de los fundamentos fácticos esenciales de la acción incoada, por lo cual debe ser rechazada, sin que sea necesario investigar nada respecto a los otros.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Declárase infundada la oposición formulada por los demandantes CARLOS MALDONADO B. y ALEJO MALDONADO R. a la propuesta número 601 con-relación al subsuelo de los predios "Tapias y Pajaral", y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase la actuación al Ministerio de Minas y Petróleos.

Eftén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Luis Carlos Zambrano.- Carlos Peláez, Trujillo.- Jorge García Melano, Secretario,

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. PRESUNCION DE CULPA EN ACTIVIDADES PELIGROSAS. PRESCRIPCION DE ESTA CLASE DE ACCIONES.

1. Presunción consagrada en el artículo 2356 del Código Civil cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su peligrosidad. Responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, públicas y privadas. 2. La tesis de las fallas del servicio, y la responsabilidad del Estado. 3. Término de prescripción en estas acciones según sus especies.

1. El artículo 2356 del Código Civil, según doctrina mantenida por la Corte en reiteradas jurisprudencias de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, consagra una presunción de culpabilidad contra quien ocasiona un daño cuando éste provenga de actividades caracterizadas por su peligrosidad, como la que se desarrolla por vehículos automotores, caso en el cual le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de esa actividad y el perjuicio sufrido, y será el demandado quien para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño.

Más concretando la cuestión a la forma como se compromete la responsabilidad de las personas jurídicas, públicas y privadas, debe anotarse que las mencionadas Salas de la Corte en sentencias de 30 de Junio de 1.962 se apartaron de doctrinas antes sostenidas al respecto, particularmente en lo que atañe a la distinción entre la responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas morales, según que el acto culposo se hubiera realizado por sus órganos o por un simple dependiente.

Las consideraciones expuestas con todo detenimiento en dichos fallos, llevaron a la Corte a reevaluar esas 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. 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".

2. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las fallas del servicio público según la cual la noción de culpa subsiste pero desplazada de un sujeto individual a la Administración, se caracteriza en lo general así: "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".

3. Y en cuanto a la prescripción de estas acciones, la Corte precisa la materia así: "a) La acción por el daño, contra la Administración, trátese de fallos imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe conforme 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 C. C., fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio exceptivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las reglas 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 los causantes del daño proveniente del ilícito penal". (Casación Civil de 30 de Junio de 1.962, juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES.
Bogotá, diez y siete de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

La señora Benigna Rodríguez viuda de Machado, por medio de apoderado, formuló demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior de Popayán, a fin de que mediante las ritualidades procedimentales de rigor se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. El Estado Colombiano es responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales sufridos por la señora Benigna Rodríguez v. de Machado.

por causa de la muerte violenta de su hijo legítimo Jorge Antonio Machado Rodríguez, que le causó el señor Alfredo Benavides García, funcionario dependiente del Gobierno Nacional en el ramo de Salud Pública, el día 24 de agosto de 1.957, en las circunstancias determinadas en la sentencia condenatoria proferida por el señor Juez Segundo Superior de este Distrito Judicial, debidamente confirmada por el Honorable Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial en providencia de 17 de agosto del año de 1.959, la cual se halla ejecutoriada.

“SEGUNDA. Por consiguiente, la Nación colombiana está obligada a indemnizar en dinero, a favor de mi mandante y a cargo del Tesoro Nacional, los perjuicios materiales y morales que ha sufrido mi mandante por el hecho doloso imputable a su agente Alfredo Benavides García, autor de la muerte de Jorge Antonio Machado Rodríguez.

“TERCERA. Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, condénase al Estado Colombiano a pagar a la señora Benigna Rodríguez v. de Machado la suma de cuarenta mil pesos (\$40.000.00) moneda legal, por concepto de los perjuicios de orden material. En subsidio, reclamo la suma de dinero que por el mismo concepto se fije a justa tasación de peritos.

“CUARTA. Igualmente condénase al Estado Colombiano a pagar a la misma señora Benigna Rodríguez de Machado la suma de diez mil pesos (\$10.000.00) moneda legal, por concepto de indemnización de perjuicios morales sufridos por la actora, como consecuencia de los hechos materia de esta demanda. Subsidiariamente, la suma que se determine pericialmente”.

Los fundamentos fácticos de la demanda pueden resumirse así:

Jorge Machado Rodríguez, hijo legítimo de Gonzalo Machado -quien falleció en Popayán el 20 de abril de 1.924- y de Benigna Rodríguez, nació en dicha ciudad el 14 de septiembre de 1.920 y perdió la vida el 24 de agosto de 1.957, al ser violentamente atropellado en las primeras horas de la noche de aquella fecha por el vehículo automotor distinguido con la placa número 00621 de Buenaventura, manejado por el conductor y empleado del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria (Sem) de nombre Alfredo Benavides García, infortunio ocurrido en las cercanías de la ciudad de Popayán, en el lugar denominado La Florida, sita en la carretera que conduce de aquella población a Cali.

Alfredo Benavides García, autor del hecho, fué llamado a juicio por homicidio culposo en la persona de Jorge Machado Rodríguez y condenado a la pena de siete meses de prisión y al pago en abstracto de los perjuicios resultantes de su acto, como aparece de sentencia proferida por el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Popayán el 30 de mayo de 1.958, que el Tribunal Superior respectivo confirmó en providencia de 17 de agosto de 1.959.

En el hecho undécimo dice literalmente el actor: “Para efectos de la indemnización suministro los siguientes datos: a) El señor Jorge Antonio Machado Rodríguez, en el momento de su muerte, había cumplido 36 años, 11 meses y 10 días, como se constata al comparar las respectivas partidas de nacimiento y defunción del señor Machado. b) El señor Machado, en el momento de su muerte, desempeñaba el cargo de Oficial 4º de la Sección Tercera de la Administración de Hacienda Nacional del Cauca, con un sueldo mensual de \$500.00 y con posibilidades de ascenso, habida cuenta de sus capacidades morales e intelectuales. c) Jorge Antonio Machado Rodríguez fué el único hijo varón nacido del matri-

monio de Gonzalo Machado con la señora Benigna Rodríguez de Machado y, por serlo, más el hecho de ser viuda, anciana y sin rentas ni bienes de fortuna, correspondió a Jorge Antonio Machado Rodríguez proporcionarle a su madre la congrua subsistencia. De consiguiente, la muerte del alimentante causó y sigue causando graves perjuicios, de orden material y de orden moral, a la señora Benigna Rodríguez v. de Machado. d) El occiso Machado Rodríguez fué una persona que vivió en condiciones físicas normales, gozaba de buena salud, y por ello es presumible hubiera alcanzado una prolongada existencia, habida consideración del medio físico y humano en que le tocó vivir”.

Se afirma, además, que el accidente causó a la señora prenombrada perjuicios morales, cuya tasación deben hacerse por peritos o por el Juez, en consideración al intenso sufrimiento que aquélla sufrió por la pérdida irreparable de su hijo y a la depresión moral consiguiente, y perjuicios materiales que se estiman en \$ 40.000.00 (hechos 12º. y 13º.).

El actor dice que fundamenta principalmente el derecho alegado en los artículos 2341 a 2360 del C. Civil.

Durante el término respectivo del juicio se produjeron estos elementos probatorios: copias de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en la causa seguida contra Alfredo Benavides García, por el delito de homicidio, con sus autos de ejecutoria, de que se da cuenta en los hechos de la demanda; copias de las siguientes partidas: de matrimonio de Gonzalo Machado y Benigna Rodríguez, defunción y nacimiento de Jorge Antonio Machado, de defunción de Gonzalo Machado; certificación del Administrador de Impuestos Nacionales del Cauca sobre el sueldo devengado por Jorge Antonio Machado en el lapso comprendido entre el 3 de abril de 1.957 y el 24 de agosto de 1.957, como empleado de dicha dependencia; avalúo pericial de los perjuicios materiales y morales sufridos por la demandante por razón de este infortunio.

El Fiscal del Tribunal de Popayán, en su calidad de representante legal de la Nación, al contestar la demanda aceptó algunos hechos de ésta, como los relativos a las relaciones de parentesco existentes entre la actora y Jorge Antonio Machado, negó las otros por falta de comprobación procesal y el derecho para promover la acción. Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción, inexistencia de la obligación y petición de modo indebido.

El Tribunal Superior de Popayán, al desatar el negocio en fallo de primera instancia, “se declara inhibido para proferir fallo de fondo en este litigio”, decisión que fundamenta substancialmente en la consideración de que en el evento sub-judice “el nexo o vínculo que según se dice en el libelo, une o ata a este (el autor del hecho culposo) con la entidad demandada no se ha demostrado en el proceso, y en razón de ello la Nación Colombiana carece de ‘capacidad para comparecer en juicio’, como Entidad de Derecho Público por el hecho culposo de un subordinado o dependiente de ella, como elemento o presupuesto procesal que, según reiterada doctrina, apenas significa sentencia formal y no de fondo: inhibición para decidir el problema jurídico mismo por cuanto que en el proceso no está suficiente y fundamentalmente estructurado”.

Del anterior fallo apeló la parte actora y el recurso se ha surtido en esta Corporación conforme a los trámites de rigor legal. Durante la segunda instancia se agregó a los autos la certificación expedida por el Jefe de Personal del Servi-

cio Nacional de Erradicación de la Malaria (Sem), Campaña Directa del Ministerio de Salud Pública, de la que aparece que Alfredo Benavides García ingresó a esa dependencia oficial en su calidad de chofer el 14 de febrero de 1.957, cargo que desempeñó hasta el 31 de agosto del mismo año. Dicha prueba se había ordenado por el juzgador de primer grado durante el respectivo término, pero sólo en esta otra oportunidad llegó al proceso por la demora en su diligenciamiento.

En el alegato de fondo presentado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, expresa que en el evento sub lite se ha acreditado, ciertamente, el carácter de trabajador oficial de Benavides Guerrero el día de la ocurrencia del infortunio -el sábado 26 de agosto de 1.957-, mas agrega al respecto: "Pero ello no demuestra que el mencionado empleado estuviera en ejercicio de sus funciones en la tarde de ese sábado o cumpliendo una actuación ligada con sus deberes reglamentarios y al servicio de la Nación. Antes, por el contrario, de acuerdo con los testimonios recogidos en el proceso penal y reproducidos en las sentencias, se sabe que Alfredo Benavides García, Gerardo Gómez Tello y Arturo Andrade salieron de la población de El Bordo con destino a la ciudad de Cali en uso de permiso, es decir, que no cumplían ninguna función oficial en la tarde del 24 de agosto de 1.957. Y, en consecuencia, el acto dañoso de Benavides García se cumplió por fuera de los servicios públicos; fué un hecho personal, generador, por tanto, de su exclusiva responsabilidad".

De acuerdo con la demanda se hace civilmente responsable a la Nación por la muerte del señor Machado Rodríguez a causa de haber sufrido un atropellamiento en las circunstancias de modo, lugar y tiempo de que dan cuenta los fallos proferidos en el proceso penal adelantado contra Benavides García, los cuales se allegaron al juicio.

El artículo 2356 del Código Civil, según doctrina mantenida por la Corte en reiteradas jurisprudencias de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, consagra una presunción de culpabilidad contra quien ocasiona un daño cuando éste provenga de actividades caracterizadas por su peligrosidad, como la que se desarrolla por vehículos automotores, caso en el cual le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de esa actividad y el perjuicio sufrido, y será el demandado quien para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño.

Mas concretando la cuestión a la forma como se compromete la responsabilidad de las personas jurídicas públicas y privadas, debe anotarse que las mencionadas Salas de la Corte en sentencias de 30 de junio de 1.962 se apartaron de doctrinas antes sostenidas al respecto, particularmente en lo que atañe a la distinción entre la responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas morales, según que el acto culposo se hubiera realizado por sus órganos o por un simple dependiente.

Las consideraciones expuestas con todo detenimiento en dichos fallos, llevaron a la Corte a reevaluar esas 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 ser vicio, caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación so-

cial más adecuada a estos tiempos. 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”.

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las fallas del servicio público que acogen dichas sentencias, tesis según la cual la noción de culpa subsiste pero desplazada de un sujeto individual a la Administración, se caracteriza en lo general así: “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 aquella; f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo”.

Y en cuanto a la prescripción de estas acciones, la Corte precisa la materia así: “a) La acción por el daño, contra la Administración, trátese de fallos imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe conforme 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 C. C., fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio exceptivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las reglas 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 los causantes del daño proveniente del ilícito penal”. (Casación Civil de 30 de junio de 1.962, juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá).

Al expediente se trajeron las copias de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Segundo Superior de Popayán

y por el Tribunal de dicho Distrito Judicial, que tienen como base el veredicto del jurado, que contestó afirmativamente el siguiente cuestionario propuesto a su consideración: "El acusado Alfredo Benavides Garcia es responsable, conforme al auto de proceder, de haber, causado, por culpa, la muerte de Jorge Machado Rodríguez, cuando la camioneta que manejaba Benavides Garcia, lo atropelló violentamente arrojándolo a tierra donde quedó exánime, debido al golpe que recibió y que le produjo la fractura de la base izquierda del cráneo, causándole inmediatamente la muerte, por intenso traumatismo y gravísima conmoción cerebral, siendo considerada la lesión como de carácter necesariamente mortal, hecho que cometió el procesado por no haber previsto los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o confió temerariamente en poder evitarlos, como a eso de las siete de la noche del veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, en el sitio de La Florida, municipio y distrito judicial de Popayán?".

El precitado fallo penal del Tribunal fué dictado el 17 de agosto de 1.959, en virtud de consulta de la sentencia de primer grado ya referida, la cual condenó al procesado Benavides Garcia a la pena principal de siete meses de prisión y a las accesorias correspondientes, entre las cuales figura la condenación en concreto de los perjuicios civiles ocasionados con la infracción. El Tribunal revocó el fallo consultado en este último punto, "a fin de disponer que éstos (los perjuicios) sean tasados según los mandatos del art. 553 del C. de P. Civil", y lo confirmó en los demás.

En la sentencia definitiva de anterior mención, con base en los hechos y probanzas sumariales, se relata el suceso así: "Cuenta la historia procesal que el domingo 24 de agosto de 1.957, el distinguido payanés señor Jorge Rodríguez Machado estuvo de paseo con varias damas por los lados de Cauca, paraje situado hacia el norte de esta ciudad, en el Municipio de Popayán. A eso de las siete de la noche, más o menos, sobre la carretera que conduce a Cali, en el punto llamado La Florida, don Jorge se dispuso a conseguir un vehículo para regresar a la ciudad. Entonces hizo detener un jeep manejado por Carlos Zacour a, quien le hacía recomendaciones para que le despachara una berlina desde esta ciudad, cuando pasó otro vehículo que viajaba de sur a norte, sin observar las reglas de tránsito, muy arrimado al jeep que estaba bien colocado hacia su derecha, y atropelló violentamente a don Jorge Machado, arrojándolo por tierra donde quedó exánime. Prontamente fué traído el ofendido al hospital, donde falleció al llegar. Se comprobó que el motorista causante de la tragedia, Alfredo Benavides Garcia, viajaba trasnochado, oloroso a bebidas embriagantes y violando las leyes de tránsito, que obligan a los conductores a guiar por las carreteras conservando su derecha. Allí donde ocurrió la infracción la vía está pavimentada, es una recta, tiene gran amplitud y nada obstaculiza la más perfecta visibilidad".

El Tribunal, en cuanto a la comprobación subjetiva del delito culposo, la encuentra establecida con el testimonio de Ramón Antonio Betancourt y los dichos de otros declarantes presenciales del suceso, testimonios que, según el juzgador del proceso penal, relatan el accidente como ocurrido en las circunstancias de modo, lugar y tiempo que el fallo anota en términos ya transcritos; también en el dictamen pericial rendido en la diligencia de inspección ocular que la Dirección de Circulación y Tránsito de Popayán practicó a este respecto, informe en el cual aquellos peritos oficiales, después de detallar los hechos fundamentales del accidente, expresan que el vehículo causante del infortunio "es una camioneta Willys color verde oscuro carpada con placas No. V00621 de Colombia, manejada por

el motorista Alfredo Benavides con pase nacional nuevo No. 915318 en Buena-ventura vigente hasta el 15 de junio de mil novecientos cincuenta y nueve”.

Las probanzas que se dejan relacionadas anteriormente con amplitud, fueron traídas al juicio civil con el fin de acreditar los fundamentos fácticos de la demanda, pues a éste no se aportaron al respecto elementos de convicción distintos de los llevados al proceso penal, excepción hecha de la certificación del Jefe de Personal del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria sobre el carácter de trabajador oficial de Benavides Guerrero el día de la ocurrencia del infortunio.

Ahora bien: del testimonio singular de Ramón Antonio Betancourt trasladado del proceso penal y único que se inserta en las precitadas providencias (fl. 18, C. No. 2), se desprende que el día del accidente habían salido “de la población de El Bordo, los doctores Gerardo Gómez Tello, Arturo Andrade, el motorista de nombre Alfredo y mi persona (el declarante), con rumbo a Cali, en uso de un permiso concedido por el médico de la zona.... ..”. Más adelante agrega: “Cuando íbamos por allá en un sitio que como que le dicen Cauca y siendo aproximadamente las siete de la noche, ví un jeep parado en la carretera a su derecha y con dirección a Popayán, y al pasar frente al jeep, sentí un golpe en el costado izquierdo de la camioneta, ante lo cual le ordené que detuviera la marcha (al chofer) sin que fué posible conseguir, que dicho chofer detuviera la camioneta hasta Piendamó donde logré que parara.... ..en Piendamó nos alcanzó una camioneta de la empresa Itandina, en la cual viajaba un agente de Policía, el cual nos preguntó si no había pasado una camioneta tipo panel, que había atropellado a un señor en Popayán a la salida, ante lo cual y en vista de que el agente ordenó la devuelta de la camioneta, le ordené al chofer que regresara con el agente.... ..”.

El examen del precedente haz probatorio del juicio permite concluir: la declaración de Ramón Antonio Betancourt, única trasladada del negocio penal, es un testimonio en extremo deficiente y vago en cuanto a la demostración de que el infortunio lo hubiera causado una camioneta perteneciente a la Nación, pues no indica dato alguno sobre identificación del vehículo, ni sobre la circunstancia de que fuera un carro oficial el que atropelló a Jorge Antonio Machado, conducido por Benavides, quien, al decir del testigo, estaba ese día en uso de permiso. De otra parte, los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada por la Dirección de Circulación y Tránsito de Popayán, si bien averiguaron algunas modalidades determinantes del siniestro, omitieron en su informe las indicaciones del caso que permitan deducir que la volqueta que lo causó estuviera al servicio de la entidad de derecho público demandada, pues sólo indican el número de su placa (V.00621 de Colombia) y el tipo Willys. Y aunque se trajo al expediente la certificación del Jefe de Personal del Sem, ya antes indicado, de la cual aparece que Benavides era chofer de esa dependencia el día del infortunio, debe observarse que tal certificado no contiene alusión alguna a que el vehículo en cuestión fuera oficial o perteneciente a la Nación, ni que estuviera manejado por aquel conductor el día del accidente.

Los medios probatorios antes examinados, no tienen eficacia suficiente para la demostración legal de los hechos fundamentales de la acción propuesta, puesto que no se ha establecido el vínculo necesario entre el daño y el hecho culposo de un determinado agente de la Nación que, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, lo hubiera causado en desarrollo de una acti-

vidad peligrosa de que la entidad demandada debiera responder, por lo cual debe concluirse que no se ha establecido dicho elemento fundamental de la acción, que mira a la legitimación pasiva en la causa.

Pero como el juzgador de primera instancia, partiendo de consideraciones distintas a las que se dejan expuestas, declaró en el fallo apelado su inhibición para desatar el negocio en el fondo por la falta del presupuesto procesal que allí enuncia, decisión que no cierra la oportunidad al demandante de entablar nuevo pleito y de discutir en él las cuestiones propuestas en la litis, debe entenderse que la competencia de la Sala, por razón misma de la apelación única del actor, quedó limitada a la parte que le fue desfavorable al recurrente, sin que pueda tenerla sobre aquello que no fué objeto de la apelación, por así establecerlo el artículo 494 del C. Judicial.

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, CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha 13 de marzo de 1962, que es materia del recurso.

Sin costas.

Publíquese, Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y EN ESPECIAL DE LAS DE DERECHO PUBLICO. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA.

Responsabilidad directa de las personas morales por el hecho culposo de sus funcionarios o empleados. Puede haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase la esfera jurídica personal. No siempre es forzoso identificar al funcionario causante del daño.

Como lo ha venido sosteniendo la Corte a partir de las sentencias de 30 de Junio de 1.962 de esta Sala (Aníbal Gómez y otros contra la Nación) y de la Casación Civil (Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá), en casos como el de autos la responsabilidad de la persona moral a que pertenece la persona natural que con su hecho culposo causa un daño queda comprometida directamente, por obra del artículo 2341 del Código Civil, que no distingue entre personas naturales y morales, y prescindiendo de toda consideración sobre si el funcionario es simple empleado u órgano. Lo cual no obsta, desde luego, a que pueda haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase su esfera jurídica personal (culpa personal), y a que, de otro lado, no sea siempre necesario identificar al funcionario o funcionarios determinados causantes del daño, como cuando las circunstancias revelan que éste fue producido como consecuencia del mal funcionamiento de un servicio, necesariamente manejado por funcionarios públicos (culpa o falta del servicio).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diecinueve de Junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Agotada la tramitación de ley, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales respecto a la sentencia de dicha corporación de fecha 26 de Agosto de 1.963, que puso fin a la primera instancia del juicio promovido por Julio Aristizábal Gallo, vecino de aquella ciudad, por medio de apoderado, contra la Nación y el Departamento de Caldas.

Los fundamentos de hecho de la demanda que dio lugar a dicho juicio son los siguientes, según la síntesis que hizo el Tribunal:

“El 29 de enero de 1.959, a eso de las 10 de la mañana, cuando se desarrollaba la quinta Feria de Manizales, se encontraba el señor Julio Aristizábal Gallo en un sector de las antiguas Galerías, cerca del Palacio Municipal, en la carrera 18 con calles 19 y 20 de esta ciudad, sector en donde había en esos

momentos bastante aglomeración de gentes; en tales circunstancias pasaba por allí, conduciendo al señor Rodrigo García, el Agente de la Policía Nacional -División Caldas-, Samuel Valencia Raigosa; de un momento a otro el preso se retiró por la acera, marchando a paso normal y entonces, sin que fuera necesario, toda vez que el aludido individuo no había emprendido la huida precipitadamente, el Agente de Policía hizo tres disparos con los cuales causó la muerte de García e hirió de gravedad a Julio Aristizábal Gallo. Este fue llevado inmediatamente a la Clínica de Urgencia, en donde lo atendió el Dr. César Arango, pasando luego a su casa para ser llevado posteriormente al Hospital Municipal en donde estuvo varias veces. El recorrido de la bala que hirió a Aristizábal Gallo fue el siguiente: entró por el pié del cuello, lado derecho, regresó a la parte superior del antebrazo, le fracturó la costilla superior y luego continuó por dentro de la caja torácica hasta localizarse en el costado derecho de la misma".

"En la época del accidente sufrido Julio Aristizábal Gallo se dedicaba a actividades comerciales, ya que tenía dos abundancias en esta ciudad de Manizales. Con el producto de su trabajo atendía a su subsistencia y a la de su familia, compuesta de su esposa, once hijos, su suegra y el personal de servicio doméstico. Por razón del insuceso el citado señor sufrió considerable disminución en su capacidad de trabajo e incalculables perjuicios de orden moral y material, los cuales se calculan en la suma de ciento veinte mil pesos (\$120.000.00)".

En el "petitum" se impetraron las siguiente declaraciones:

"PRIMERA. A Que la Nación y el Departamento de Caldas, conjunta y solidariamente; son responsables de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante, señor Julio Aristizábal Gallo, a consecuencia del accidente ocasionado con arma de fuego, revólver, el día 29 de enero de 1.959, del cual es autor el Agente de la Policía Nacional -División Caldas-, señor Samuel Valencia Raigosa, tal como queda relatado en los hechos de esta demanda".

"B. Subsidiariamente, en el caso de que a ello se llegare como consecuencia del examen de normas sustantivas, que la declaración de responsabilidad pedida se haga únicamente contra la Nación;

"C. Subsidiariamente, en el caso de que a ello se llegare como consecuencia del examen de normas sustantivas, que la declaración de responsabilidad pedida se haga únicamente contra el Departamento de Caldas".

"SEGUNDA. Que la Nación y el Departamento de Caldas, conjunta y solidariamente, o la Entidad de estas dos que fuere declarada responsable, según las peticiones subsidiarias, están o está en la obligación de pagar al demandante, señor Julio Aristizábal Gallo, de las condiciones civiles anotadas, los perjuicios materiales y morales que se le han ocasionado como consecuencia de las lesiones por él sufridas en el accidente ocasionado con arma de fuego, revólver, el día 29 de enero de 1.959, del cual es autor el agente de la Policía Nacional -División Caldas-, señor Samuel Valencia Raigosa, tal como queda relatado en los hechos de esta demanda.

"TERCERA. Que el valor de los perjuicios materiales y morales que al demandante deben pagar conjunta y solidariamente la Nación y el Departamento, o le debe pagar la entidad de estas dos que fuere declarada responsable y obligada, es la suma de ciento veinte mil pesos (\$120.000.00) moneda corriente, en que son estimados por el actor, según la discriminación verificada en el hecho séptimo (7o.).

o la que se fije por peritos en este juicio o la que se establezca de conformidad con el artículo 553 del C. Judicial”.

“CUARTA. Que el pago a que se refiere la declaratoria anterior debe hacerse conjunta y solidariamente por los demandados o por la Entidad que resultare responsable, en esta ciudad de Manizales, dentro de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, o dentro del plazo que ese H. Tribunal tenga a bien señalar”.

En cuanto al derecho se dijo: “Son aplicables las normas contenidas en el Título 34, Libro 4o. del C. Civil, especialmente los artículos 2344, 2347, 2356 y demás artículos concordantes de este Título, fuera de las otras disposiciones aplicables sobre la materia”.

La parte resolutive de la sentencia del Tribunal es del siguiente tenor:

“PRIMERO. Se declara probada respecto del Departamento de Caldas la excepción de falta de legitimatio ad causam pasiva y en consecuencia: SE ABSUELVE a dicha Entidad de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda”.

“SEGUNDO. SE DECLARA A LA NACION COLOMBIANA, representada por el señor Fiscal Primero de este Tribunal, responsable de los perjuicios morales y materiales sufridos por el señor JULIO ARISTIZABAL GALLO, a consecuencia del accidente ocurrido el 29 de enero de 1959, por disparo de arma de fuego, del cual fue autor el agente de la Policía Nacional -División Caldas- señor Samuel Valencia Raigosa”.

“TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaratoria, CONDENSE A LA NACION COLOMBIANA a pagar al señor JULIO ARISTIZABAL GALLO, mayor de edad y vecino de este Municipio, los perjuicios morales ocasionados por el accidente a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia, los cuales se estiman en la suma de DOS MIL PESOS (\$2.000.00) M/cte., dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia”.

“CUARTO. Igualmente se CONDENA A LA NACION COLOMBIANA a pagar al citado JULIO ARISTIZABAL GALLO los perjuicios materiales que se le ocasionaron por razón del accidente, los cuales se avaluarán por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. Judicial”.

En su vista de fondo el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en esta instancia, pide la confirmación de la providencia recurrida, después de puntualizar que en el expediente figuran plenamente establecidos los diversos elementos configuradores de la responsabilidad extracontractual que a cargo de la Nación dedujo el Tribunal.

Y en efecto:

De las declaraciones de Pedro Pablo Cardona y Jorge Pinilla, y del informe oficial del suceso resulta plenamente comprobada la conducta culposa del agente de la Policía Nacional Samuel Anibal Valencia Raigosa, al haber hecho tres disparos desde lejos en plena vía pública llena de transeúntes, a un presunto delincuente que parece intentaba fuga; proceder evidentemente imprudente, que no habría adoptado una persona diligente y prudente que se hubiera encontrado en esas mismas circunstancias.

Del dictamen pericial rendido por dos médicos, de la copia de la historia clínica que suministró el Hospital Universitario, y de diversos testimonios resulta la plena prueba de que el demandante sufrió diversas lesiones como consecuencia del balazo, que le produjeron una disminución notoria de su capacidad de trabajo, y que a consecuencia de ella hubo de vender con apreciable pérdida dos "abundancias" o tiendas que venía explotando de tiempo atrás en Manizales. Las aludidas lesiones, por otra parte, son de naturaleza tal que debieron producirle grave daño moral.

Igualmente aparecen en los autos las constancias oficiales de la calidad de agente de la Policía Nacional -en cuya dirección no tiene intervención el Departamento de Caldas, que tenía Samuel Anibal Valencia Raigoza cuando hizo los disparos imprudentes que lesionaron al demandante, así como de que estaba en ejercicio de sus funciones.

Como ha venido sosteniendo la Corte a partir de las sentencias de 30 de Junio de 1.962 de esta Sala y de la de Casación Civil, aún no publicadas en la Gaceta (Anibal Gómez y otros contra la Nación; Reinaldo Tinjacá y otro contra el municipio de Bogotá), en casos como el de autos la responsabilidad de la persona moral a que pertenece la persona natural que con su hecho culposo causa un daño queda comprometida directamente, por obra del art. 2341 del C. C., que no distingue entre personas naturales y morales, y prescindiendo de toda consideración sobre si el funcionario es simple empleado u órgano. Lo cual no obsta, desde luego, a que pueda haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase su esfera jurídica personal (culpa personal), y a que, de otro lado, no sea siempre necesario identificar al funcionario o funcionarios determinados causantes del daño, como cuando las circunstancias revelan que éste fue producido como consecuencia del mal funcionamiento de un servicio, necesariamente manejado por funcionarios públicos (culpa o falta del servicio).

Hizo, pues, bien el Tribunal en absolver al Departamento de Caldas y en condenar a la Nación a pagar los perjuicios que al demandante causó el agente de la Policía Nacional Valencia Raigoza. La condena la hizo en abstracto en cuanto a los perjuicios materiales, y, en ello también obró correctamente, ya que no hay elementos para concretar esos perjuicios en una cantidad precisa. Por lo demás, no habiendo apelado el demandante no habría sido posible revisar esa determinación del Tribunal. Las bases para la liquidación serán las mismas indicadas en la sentencia del Tribunal.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada.

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

Efrén Osejo Peña.- Rámiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCIONES PERENTORIAS EN JUICIO EJECUTIVO. INEXISTENCIA
DE LA OBLIGACION CONTENIDA EN UN PAGARE.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá,
diecinueve de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado del Departamento del Chocó, dentro del juicio ejecutivo que le adelanta el doctor Alejandro Burgaleta García con fundamento en el pagaré de fecha 6 de mayo de 1.961 por la cantidad de ciento cincuenta mil pesos, propuso las siguientes excepciones perentorias:

- 1 -

EXCEPCIONES

1o. Respecto del instrumento presentado como recaudo ejecutivo, afirma que no llena los requisitos legales para que se lo considere como negociable; y que, por tanto, no pueden considerarse como auténticas las firmas de los funcionarios que lo suscribieron;

2o. Considera el excepcionante que el beneficiario del supuesto instrumento negociable no es tenedor en debida forma, "porque al tiempo de la firma de ese pagaré, ninguno de los firmantes tuvo la intención de reconocer deuda alguna a cargo del Departamento, sino que lo hicieron para facilitar al Dr. Burgaleta García, operaciones crediticias con entidades bancarias u otras." (fl. 30 C. No. 4).

3o. La tercera excepción la denomina "inexistencia de toda obligación contenida en el pagaré"; sin embargo, por los hechos o razones que aduce más bien se trataría de la excepción de pago, porque de "mayo 6 de 1.961, al 5 de agosto del mismo, a favor del contratista se giraron diversas cantidades de Fondo Rotatorio, creado para tal efecto por Decretos 457 de noviembre 21 de 1.960 y 503 de diciembre 27 de 1.960, a favor del Dr. Burgaleta García, o sus recomendados o Administradores en Quibdó, un total de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000,00)".

Luego dice el excepcionante: "que para el 13 de marzo de 1.963, cuando se declaró la caducidad del contrato, a cargo del Departamento del Chocó había una deuda de ciento cincuenta mil pesos; pero no era la obligación que podía contener el pagaré con el cual se ejecutó, sino que en verdad dicho valor o deuda aproximada a los \$150.000,00 estaba representada en cuenta tramitada administrativamente, como cumple hacerlo, presentada por don Fabio de la Torre Guerrero.

Administrador de la Fábrica, en todo caso representante en Quibdó, y ante el Departamento del Chocó, el Dr. Alejandro Burgaleta García. La cuenta tiene un valor de \$149.651. 50”.

“Por lo anterior se ve que el pagaré, sin valor alguno, porque no lo tuvo desde el principio como está analizado, o porque se descargó como ya también se examinó, fue retenido como instrumento de presión contra los funcionarios departamentales, para que accedieran a las pretensiones del Dr. Burgaleta García, para que no declararan la caducidad del contrato, o para que no le descontaran valores a su cargo, por Impuestos y Multa, a favor del Departamento. El Dr. Burgaleta García, amenazó con la ejecución con el pagaré, al cumplimiento de uno de dichos eventos, y así lo hizo.” (fl. 31 ib.).

4o. El último aparte tiene por objeto alegar la excepción de compensación parcial con fundamento en las multas e impuestos debidos por Burgaleta al Departamento del Chocó, según las resoluciones administrativas presentadas con el escrito de excepciones, entre otras, por la indebida disposición de 228 botellas de “aguardiente Platino” obsequiadas por el contratista a ciertos funcionarios, según se lee en los considerandos de la resolución de fecha 8 de noviembre de 1.962 de la Tesorería General del dicho Departamento (fl. 19 ib.).

Con el memorial de excepciones se presentó una relación de los valores entregados al contratista Burgaleta por concepto de los licores suministrados al Departamento, desde el 7 de diciembre de 1.960 al 28 de febrero de 1.963, por un valor de \$1.863.012.10.

Un extracto de la cuenta corriente entre el Departamento y el contratista, según el cual, el 27 de marzo de 1.963, acusaba un saldo a cargo del Departamento por la cantidad de \$ 149. 651. 50.

Además, las copias sobre la investigación por la indebida disposición de licores por el contratista de que antes se hizo mención,

- II -

CONTESTACION DEL EJECUTANTE

El apoderado del ejecutante, al contestar el traslado, solicitó que se declararan no probadas las excepciones propuestas, porque el pagaré reúne todos los requisitos determinados por la ley 46 de 1.923, para considerarlo como negociable y en especial, si se tiene en cuenta el art. 14 de la citada ley.

Sobre la inexistencia de la obligación, por pago, dice el citado apoderado: “En cuanto al tercer punto, sobre inexistencia de la obligación, no tiene fundamento alguno, por cuanto que no es cierto que el Departamento al cancelar la obligación a que se refiere el pagaré no iba a exigir la cancelación del mencionado pagaré o hacerlo constar así, al ser descargado, ni el Dr. Burgaleta es incapaz de tratar de cobrar una suma que se le haya pagado”. (fl. 34 vto. ib.).

Desecha también la compensación parcial, porque el tribunal administrativo del Chocó declaró la nulidad del Decreto 408 de 11 de diciembre de 1.962, por el cual se eleva el impuesto a la introducción de alcohol potable y, en consecuencia, las multas impuestas con fundamento en el citado decreto quedaron insubsistentes a su turno o en forma implícita e indirecta.

- III -

SENTENCIA APELADA

Practicadas las pruebas pedidas por las partes dentro del respectivo incidente, el tribunal a quo declaró probada la excepción de pago parcial por la suma de \$ 348.50 y ordenó, por tanto, adelantar la ejecución por la cantidad de \$ 149.651,50, según el fallo de fecha 25 de octubre de 1.963 (apelado por el apoderado del Departamento) el cual funda en los siguientes conceptos o argumentos:

"Se trata, en efecto, de una extinción de la obligación por pago, que a su turno carece de fundamento, pues, ya se ha visto que los suministros continuos de licores por parte del ejecutante, sostenían el saldo en contra del Departamento en sumas que no bajaron de los \$220.757,50; que el saldo para la fecha del compromiso debió oscilar entre la suma últimamente citada y \$270.757,50, como aparece de la inspección ocular; y, como si fuese poco, según el dictamen de los peritos (fl. 15 del cuaderno de pruebas del ejecutado) el Departamento del Chocó adeudaba al Dr. Alejandro Burgaleta García la suma de quinientos setenta y cinco mil cuatrocientos treinta y nueve pesos (\$575.439,00) por concepto de suministro de licores; que el Departamento del Chocó, del 6 de mayo de 1.961 al 5 de agosto del mismo año, según ese peritaje, pagó la suma de \$162.000,00 quedando consecuentemente un saldo en contra del Departamento de \$413.439,00, de los que deducidos aún el valor del pagaré, dejaba todavía una deuda en contra del Departamento de \$263.439,00, saldo que únicamente descendió a \$149.651,50 M. cte. el 5 de febrero de 1.963, como aparece de la diligencia de inspección ocular y de la declaración de los peritos, a folios 24 del cuaderno en referencia.

"De lo hasta aquí expuesto, de no resultar probados los hechos aducidos en la restante excepción, resulta inequívoco que el Departamento del Chocó adeuda al Dr. Burgaleta García su ejecutante, por razón de suministro de licores la cantidad últimamente mencionada que es casi igual a la de \$150.000,00 reconocidos a deber en el pagaré; que aceptándose como causa única del pagaré ese suministro de licores, la excepción de pago sólo prospera por la suma de \$348,50; quedando a deber la entidad demandada \$149.651,50; más los intereses legales de \$150.000,00, desde cuando se hicieron exigibles hasta el 5 de febrero del año en curso y los correspondientes a la de \$149.651,50, desde esta fecha hasta cuando se verifique el pago" (fls. 47 a 49 ib.).

- IV -

PREMISAS DEL FALLO DE SEGUNDO GRADO.

Como puede apreciarse, el tribunal no considera el valor del pagaré, sino que el presunto saldo a cargo del Departamento lo deduce de la liquidación practicada en la inspección ocular, en vista de los suministros de licores hechos por el contratista y los abonos efectuados a su turno por el Departamento y, verificadas las operaciones aritméticas necesarias, corta la cuenta corriente y deduce el saldo antes aludido; en otras palabras, en virtud de esta liquidación de la cuenta corriente sobre suministro de licores, da oportunidad al ejecutante para cobrar el posible saldo de \$ 149.651,50 sin necesidad del respectivo corte de cuentas o liquidación entre las partes y llenar los demás requisitos administrativos, como el de adjuntar a la respectiva cuenta de cobro "el acta de entrega de los licores", a que se refiere la copia del oficio No. 0072 de 23 de abril de 1.963 visible al folio 13 del cuaderno No. 50.

Por otra parte, el pagaré por la suma de \$ 150.000.00 de fecha 6 de mayo de 1.961, suscrito por el Departamento, no tiene una causa distinta al suministro o entrega de licores al Departamento por el contratista Burgaleta; por tanto, los abonos o pagos parciales, hechos por la entidad oficial con posterioridad a la fecha de vencimiento de aquel, a la vez que deben imputarse al precio de los licores suministrados, también cancelan o amortizan, por identidad de causa, el valor de dicho pagaré. En caso contrario, si se debita la cuenta del Departamento con el valor del instrumento mencionado y con el de los distintos suministros de licores, resultaría duplicado el pasivo del Departamento en la cuantía del instrumento, es decir, en la suma de ciento cincuenta mil pesos; y en esta forma se llega a este inevitable dilema: o el pagaré está cancelado por los pagos hechos por el Departamento con posterioridad a su vencimiento, o la obligación contenida en el dicho instrumento resulta inexistente por carecer de causa real, como que fué emitido con el fin de que el contratista pudiera negociarlo o descontarlo antes de su vencimiento, operación que no se llevó a efecto.

- V -

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

Para establecer la identidad de causa y para una mejor inteligencia de lo que se dirá más adelante, conviene transcribir el texto del pagaré y darle adecuada interpretación a la última estipulación allí contenida:

“Quibdó mayo 6 de 1.961.

“Por \$ 150.000.00 M/cte.

“El Gobierno del Departamento del Chocó

“Pagará al doctor Alejandro Burgaleta García por conducto de la Tesorería General del Departamento el día cinco de agosto de 1.961 la suma de ciento cincuenta mil pesos moneda corriente.

“El Departamento del Chocó declara expresamente excusado el protesto de este pagaré para los efectos del artículo 113 de la Ley 46 de 1.923 y renuncia a favor del acreedor el derecho de nombrar depositario de bienes.

“Esta obligación procede del compromiso adquirido por el Departamento del Chocó con el doctor Burgaleta García por el suministro de licores por la su (sic) antes dicha”. (fl. 1 C. No. 1o.).

Respecto de la última cláusula, en providencia de fecha 25 de agosto de 1.963, esta Sala dijo al confirmar el mandamiento de pago:

“Tal como está redactada la cláusula resulta equívoca, porque podría significar o bien un anticipo para entregar posteriormente los licores negociados, o bien en pago de los suministros ya efectuados por el contratista, con resultados jurídicos opuestos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7o de la ley 46 de 1.923, pues, en la primera interpretación, la promesa dejaría de ser incondicional para quedar sujeta, en cuanto atañe a su exigibilidad, al cumplimiento de la obligación recíproca del ejecutante de entregar las especies vendidas, pues, en el fondo, el pagaré alude claramente a un contrato de compraventa de licores, el cual, por su naturaleza, queda sujeto a las disposiciones que regulan los contratos bilaterales, como los arts. 1546, 1609, 1930 etc. del C. C. como los concordantes del C. de Co.

“Sin embargo, como la interpretación del pagaré está sujeta a la demostración de un hecho, no puede ser ahora objeto de juzgamiento de fondo, sino en el incidente de excepciones con fundamento en las pruebas que se presenten, para determinar la verdadera causa de la obligación contenida en el documento presentado como recaudo ejecutivo, máxime si como lo sugiere la palabra suministro, no se trataba de un acto único sino de varias entregas sucesivas, que tendrían incidencia en la liquidez y exigibilidad del crédito o saldo que pudiera existir a favor de alguna de las partes contratantes”. (fls. 12 vto. a 13 C. No. 3o.).

Antes de examinar las pruebas presentadas en este incidente de excepciones, se inserta el siguiente concepto del apoderado del ejecutante, expresado en el memorial de fecha 29 de julio de 1.963:

“La deuda que se cobra en esta acción se origina en el contrato celebrado entre el Departamento del Chocó y el ejecutante Burgaleta para la producción de los licores nacionales monopolizados. El contratista Burgaleta ha ejecutado el contrato y el Departamento le debe esa suma de dinero porque el contrato se ha referido a una actividad esencialmente importante para la entidad pública como es la producción de una renta que le da base para atender las exigencias de los otros servicios. Y como la obligación tiene este origen ha de ser exigible embargando cualquier bien susceptible de tal medida de propiedad del Departamento”. (fl. 16 vto. C. No. 1o.).

Las pruebas practicadas confirman la anterior afirmación, como pasa a verse:

a) Con el memorial de excepciones se presentó una relación de los valores pagados por el Departamento al contratista que ascienden, desde el 7 de diciembre de 1.960 hasta el 28 de febrero de 1.963 a la cantidad de \$1.863.012.10.

En el lapso del 7 de diciembre de 1.960 al 28 de abril de 1.961, el Departamento pagó al contratista la suma de \$295.537.00.

Con posterioridad al cinco de agosto de 1.961, fecha de vencimiento del pagaré, el Departamento abonó hasta el 20 de septiembre del mismo año la cantidad de \$153.257.50, suficiente para cancelar el dicho instrumento;

b) De acuerdo con el extracto de la cuenta corriente del Departamento con el contratista, cortada o liquidada hasta el 27 de marzo de 1.963, el saldo a favor del último asciende a la cantidad de \$149.651.50;

c) En la resolución No. 22 de 12 de marzo de 1.963 se lee, en el primer considerando: “Que con fecha 11 de mayo de 1.960 el Departamento del Chocó suscribió un contrato con el Dr. Alejandro Burgaleta García para la producción y suministro de licores a la dicha entidad”;

d) En la inspección ocular llevada a efecto con la asistencia de peritos, en la Superintendencia de Rentas Departamentales, se establecieron estos hechos: del 13 de agosto de 1.960 hasta febrero de 1.963, el contratista había entregado al Departamento un total de 793.108 botellas de licores; el saldo a cargo del Departamento y a favor de Burgaleta el 20 de abril de 1.961 era de \$ 270.757.50, que el 28 de abril del mismo año se redujo a \$ 230.757.50 y el 16 de mayo del propio año a la cantidad de \$ 220.757.50. “Se pasó luego -dice el acta- a examinar el tomo segundo de ese libro y se constató que según él, para el cinco -5- de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1.963), ese saldo a favor del señor Burgaleta por concepto de entrega de licores al Departamento del Chocó, era, según la

última anotación sobre el particular, de ciento cuarenta y nueve mil secientos (sic) cincuenta y uno con cincuenta (\$149.651.50) moneda corriente". (fl. 9 C. No. 5o.).

La diligencia continuó en la Tesorería General del Departamento con el objeto de verificar el movimiento de la cuenta del "Fondo Rotatorio", con el resultado de que del 6 de mayo de 1.961 al 29 de julio del mismo año el Departamento abonó al contratista la suma de \$ 150.000.00, de acuerdo con la relación de los cheques girados en tal lapso con indicación de su fecha y serie;

e) No se encontró ni en la Tesorería General ni en la Contraloría la cuenta de cobro presentada por el contratista o su representante, para que el departamento le pagara el saldo de \$ 149.651.50; sin embargo, se estableció que fué devuelta por algunas omisiones detalladas en el oficio No. 0072 de 23 de abril de 1.963 del Tesorero General del Departamento al Secretario de Hacienda, en el cual se lee: "Por haber sido devuelta por el señor Contralor General del Departamento con oficio número 68 de la fecha, la cuenta a que alude la referencia, me permito devolver a esa superioridad dicha cuenta por las siguientes razones, según el oficio del señor Contralor:

"1o. Falta el acta de entrega de los licores.

"2o. Faltan estampillas a la cuenta.

"Además de las razones anotadas por la Contraloría Departamental, se suman:

"La firma en el recibí en la cuenta y el sello de la empresa licorera del Chocó, en la firma del Gerente encargado, que la cobra.

"Debo aclarar al señor Secretario de Hacienda, que esta cuenta fué girada por esta Tesorería desde el día veinte (20) del mes de marzo pasado con los cheques números 78, 79 y 80, a favor del interesado, señor Burgaleta García, y que sólo en el día de hoy fue devuelta por la citada entidad fiscalizadora, ignorando las razones para la demora". (fl. 13 C. No. 5o.);

f) En el punto primero del dictamen, los peritos afirman que el 6 de mayo de 1.961 el Departamento debía al contratista la suma de \$575.439.00, pero no fundan su concepto ni lo demuestran mediante el movimiento de la respectiva cuenta, ni dicen si los elementos para deducir tal saldo los tomaron de la contabilidad del propio contratista o de la llevada por el Departamento; en el segundo dicen que del 6 de mayo de 1.961 al 5 de agosto del mismo año, el Departamento pagó a Burgaleta por concepto de licores suministrados, la suma de \$ 162.000.00, según resulta de la relación de los cheques girados en el lapso de las fechas antes citadas; y en el tercero anotan que el saldo en febrero de 1.963 a cargo del Departamento por la entrega de 40.138 botellas de aguardiente Platino ascendía a la cantidad de \$100.345.00; sin embargo, con ocasión de la ampliación o aclaración del concepto pedida por las partes, los expertos rectifican la anterior conclusión en el sentido de fijar en la suma de \$149.651.50 el saldo a cargo del Departamento el día cinco de febrero de 1.963;

g) Al doctor Antonio Bonilla Gómez, en su calidad de Gobernador del Chocó, le correspondió firmar el pagaré de fecha seis de mayo de 1.961 por la suma de \$150.000.00, que se emitió en vista de que no había fondos para pagarle al contratista Burgaleta el valor de los licores suministrados; y al efecto, en la declaración rendida sobre este punto explica: "Como al firmarle el pagaré el Go-

bierno no hacia otra cosa que reconocer, como era su deber, una deuda que estaba a su cargo, en mi carácter de Gobernador autoricé para que se expidiera el mencionado documento de crédito. Es muy natural que si el señor Burgaleta necesitaba fondos para atender su contrato y el Departamento no podía satisfacerle la deuda en moneda legal, el Sr. Burgaleta tratara de conseguir los fondos que decía necesitar respaldándose en el mencionado documento de crédito". (fl. 23 C. No. 5o.).

h) El actual Gobernador, doctor Víctor D. Ariza Prada, en la certificación jurada de 23 de octubre de 1.963, después de manifestar que solo el 8 de febrero de ese año tuvo noticia de la existencia del pagaré de 6 de mayo de 1.961 y de referirse a la conversación sostenida con el contratista Burgaleta, dice: "Preguntado el Superintendente de Rentas sobre si tenía conocimiento de la existencia de tal documento, expresó que para esa época era Superintendente don Carlos Cuatliby y que, según informaciones que tenía, el Gobierno Departamental de entonces firmó ese pagaré como una garantía a la deuda pendiente del Departamento, para que el doctor Burgaleta lo negociara. En los libros de la Superintendencia no figura el tal pagaré". (fl. 28 ib.).

El mismo funcionario manifiesta que, hechas las operaciones necesarias para la liquidación de la cuenta con el contratista, el saldo a cargo del Departamento el 13 de marzo de 1.963 ascendía a \$149.651.50, luego agrega:

"Después del 13 de marzo, el doctor Burgaleta demandó al Departamento en juicio ejecutivo ante ese Tribunal, habiendo cogido previamente la acción de Embargo Preventivo de sus fondos en los bancos de la localidad, con base en el aludido pagaré. Como quiera que el Departamento sólo adeudaba al doctor Burgaleta la suma de \$149.651.50 y no hay constancia de que hubiera presentado cuentas por el valor del pagaré, deduzco que el doctor Burgaleta García aspiraba a cobrar al Departamento el valor de la aludida cuenta y, además, el del pagaré.

"Además, reafirmo que al tiempo que el doctor Burgaleta García amenazaba con ejecutar al Departamento, su recomendado en esta ciudad, don Fabio de la Torre Guerrero, presentaba para su cobro administrativo cuenta por \$149.651.50 que se encuentra actualmente tramitada ante la Secretaría de Hacienda y la Contraloría del Departamento". (fl. 29 ib.).

i) En la certificación jurada del Secretario de Hacienda, además de confirmar que sólo el 8 de febrero de 1.963 tuvieron noticia de la existencia del pagaré de 6 de mayo de 1.961 los nuevos funcionarios del Departamento, se refiere a la información del ex-Contralor Antonio J. Murillo, quien "expresó claramente que el citado pagaré se había suscrito a fin de facilitarle al doctor Burgaleta García lo negociara por cuanto en 1.961 el Departamento del Chocó le adeudaba una apreciable suma por concepto de suministro de licores. Cuando lo hice saber así al doctor Burgaleta García ofreció confrontar en su contabilidad si el pagaré había sido o no pagado". (fl. 33 ib.).

El mismo funcionario hace la relación de los cheques entregados al contratista desde el 16 de mayo de 1.961 hasta el 29 de julio del mismo año por un valor total de \$ 150.000.00, "con lo cual -dice- se demuestra que el Departamento cubrió oportunamente el citado pagaré.....".

En el aparte final de esta certificación juramentada, se lee:

"Mas, al tiempo que la cuenta de cobro por valor de \$ 149.651.50 se tramitaba y se giraron los cheques números 78, 79 y 80 para cancelarla, el doctor Burgaleta García demandaba al Departamento del Chocó en juicio ejecutivo ante ese H. Tribunal con base en el pagaré citado, que ya estaba cancelado, como se ha dicho, y que no servía para garantizar obligaciones posteriores a la que garantizó y cuyo pago se efectuó dentro de los términos estipulados. Semejante actitud permite deducir que el doctor Burgaleta aspira a cobrar al Departamento el valor de la deuda real, según los libros de la Superintendencia de Rentas y, también el del pagaré cancelado". (fl 34 ib.).

- VI -

CONCLUSIONES

De acuerdo con las pruebas examinadas se llega sin la menor duda a las siguientes conclusiones:

1o. El pagaré de 6 de mayo de 1.961 por la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000.00), suscrito por el Gobernador del Departamento del Chocó, se emitió en el desarrollo de una cuenta corriente sobre suministro de licores por el contratista Alejandro Burgaleta García, con el fin de que llevara a efecto una operación de crédito negociándolo con alguna persona, la cual no se realizó en ninguna forma;

2o. Respecto del valor del dicho pagaré emitido por la suma de \$150.000.00, no se hicieron los correspondientes asientos ni en la contabilidad del Departamento ni en la del contratista, el cual, por tanto, quedó como una simple cuenta de "orden", para convertirse en un valor real en cuanto fuera negociado, lo cual no sucedió como ya se dijo;

3o. Si se acepta que el instrumento se emitió con imputación al valor de los licores entregados hasta el 6 de mayo de 1.961, debe considerarse descargado o cancelado con los abonos hechos por el Departamento al contratista con posterioridad a la fecha de su vencimiento;

4o. En ningún caso el pagaré en mención puede reputarse emitido en consideración al saldo de \$149.651.50 que pudiera haber existido a favor del contratista el 13 de marzo de 1.963, porque en tal evento no sería un instrumento negociable por referirse a una cantidad ilíquida e incierta en la fecha de la emisión (6 de mayo de 1.961), aun cuando se ocurra ahora al expediente, para cuadrar la cuenta, de declarar probada la excepción de pago parcial por la suma de \$348.50, como lo hace el tribunal en el fallo apelado; y además, porque la emisión de un instrumento negociable, en especial de un pagaré, presupone una obligación originaria o preexistente o coetánea.

5o. Finalmente, ni el juicio ejecutivo ni el incidente de excepciones propuesto dentro de él, son procedimientos aptos o adecuados para llevar a efecto la liquidación de una cuenta corriente con fundamento en un contrato sobre suministro de licores celebrado por el Departamento del Chocó con el contratista Alejandro Burgaleta García; y, en consecuencia, tampoco el pagaré puede servir de fundamento para pretermitir las formalidades y requisitos necesarios de carácter administrativo, para hacer efectiva la respectiva cuenta de cobro, como la de presentar los documentos necesarios para establecer la entrega de licores llevada a cabo con posterioridad al 6 de mayo de 1.961, fecha de la emisión del pagaré.

Como el instrumento no ha sido negociado y ha permanecido en poder del tenedor, las excepciones analizadas, aun cuando no tengan la calidad de reales, son oponibles al beneficiario que conocia la verdadera naturaleza de él y los motivos y los fines por los cuales fué emitido por los funcionarios del Departamento.

No puede, pues, remitirse a duda que está probada la excepción de inexistencia actual de la obligación contenida en el pagaré de 6 de mayo de 1.961, objeto de la ejecución, sea que se lo considere cancelado por los abonos hechos por el Departamento con posterioridad a su vencimiento, o porque se emitió sin consideración a un valor real y con destino a operaciones de crédito que no se consumaron.

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, revoca la sentencia de fecha 25 de octubre de 1.963 proferida por el Tribunal Superior de Quibdó y apelada por el apoderado del Departamento y, en su lugar, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación contenida en el pagaré de fecha 6 de mayo de 1.961 que ha servido de título ejecutivo en el presente juicio; en consecuencia, se lo declara terminado y se dispone el desembargo de los bienes trabados.

Costas a cargo del ejecutante.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Para notificar al Sr. Gobernador del Chocó de esta providencia se comisiona, con cinco (5) días de término, al Tribunal Superior de Quibdó (sala civil), para lo cual se libraré el correspondiente despacho con los insertos necesarios.

Efrén Osejo Peña. Ramiro Araújo Grau, (Salvando voto).- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García M., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

DR. RAMIRO ARAUJO GRAU

Para sustentar mi salvamento de voto con relación a la sentencia de la Sala que revocó la dictada el 25 de Octubre de 1.963 por el Tribunal Superior de Quibdó, que puso fin al incidente de excepciones promovido por el Departamento del Chocó en el ejecutivo que le sigue el señor Alejandro Burgaleta García, me bastan las consideraciones que a continuación expreso.

PRIMERA. Aunque en el párrafo último de la parte considerativa del fallo se habla de que el reconocimiento que se hace de "la excepción inexistencia actual de la obligación contenida en el pagaré de 6 de mayo de 1.961, objeto de la ejecución" resulta de que el pagaré fue cancelado o de "que se emitió sin consideración a un valor", razones que no dejan de ser un tanto contradictorias, es lo cierto que el fundamento más destacado del fallo radica en la estimación de que ocurrió el primer fenómeno anotado, o sea, que el instrumento fue cancelado, como se destaca en la "conclusión" tercera. Esa cancelación se deduce en el fallo, en definitiva de estas probanzas: a) "la relación de los valores pagados por el Departamento al Contratista", entre el 7 de Diciembre de 1.960 y el 28 de Febrero de 1.963, relación que fue acompañada al memorial de excepciones; b) la inspección ocular practicada con asistencia de peritos en la "Superintendencia de Rentas Departamentales", en asocio de peritos; c) en el dictamen de estos peritos.

Ahora bien:

La "relación", que es "de los cheques pagados a la Industria Licorera, por el Departamento del Chocó", aparece firmada por Dolores M. de Botero, secretaria Contadora de la Tesorería Departamental; o sea, que es una prueba emanada de la propia parte excepcionante.

La inspección ocular se hizo sobre los libros llevados por el señor Superintendente de Rentas y por el Tesorero Departamentales, o sea, sobre libros de la parte ejecutada y excepcionante. Todo indica en el expediente que el aludido Superintendente es un funcionario departamental.

El dictamen de peritos se basó en los datos suministrados por los libros antes indicados. Aunque en el punto f) del capítulo IV del fallo se alude a la posibilidad de que los peritos hubieran examinado la contabilidad del ejecutante, para hacerles el cargo de que no expresan si basan su concepto en dicha contabilidad o en la del Departamento, es lo cierto que no aparece en el expediente que la inspección hubiera sido sobre libros del ejecutante o que a los peritos se les hubiera indicado que consultaran estos últimos libros. Examinados los autos que ordenaron pruebas resulta claro que la inspección ocular acompañada de peritos se decretó exclusivamente sobre los libros de la Superintendencia y la Tesorería, y en el acta de la

diligencia está expresado que fueron tales libros los que se pusieron a disposición de los peritos.

Según el Código de Comercio los libros de los comerciantes sólo hacen fe en su favor en determinadas y especiales circunstancias, que, evidentemente, no se dan en el presente pleito.

Así, pues, el pago del pagaré se ha basado en pruebas suministradas por la propia parte excepcionante, el Departamento del Chocó, con lo que indudablemente se viola elemental principio básico de derecho probatorio.

También se relacionan en el fallo como pruebas contra el ejecutante las declaraciones del Dr. Antonio Bonilla Gómez, quien como Gobernador firmó el pagaré base de la ejecución, y dé los actuales Gobernador y Secretario de Hacienda del Departamento del Chocó, personas todas respecto a las cuales obviamente no podían estimarse deposiciones contrarias al ejecutante.

SEGUNDA. Es inaceptable la tesis que se esboza en el fallo, de que el pagaré carece de causa porque se expidió para facilitar al ejecutante Burgaleta el realizar una operación de crédito que a la postre no se llevó a cabo.

Según la ley sobre instrumentos negociables, todo instrumento de esta clase se presume haber sido expedido "en consideración a un valor" (art. 26), y por valor se entiende "cualquier causa suficiente para la validez de un contrato", y "una deuda anterior o preexistente constituye valor" (art. 27). Constando en el mismo pagaré que se expidió en desarrollo del contrato de suministro de licores, quedaba totalmente descartada la posibilidad de alegar la falta de causa, ya que era lógico suponer que la expedición del instrumento obedeció a una deuda a cargo del Departamento existente al momento de su otorgamiento.

Además tanto el Gobernador que lo firmó, como el actual y su Secretario de Hacienda reconocen de manera explícita que esa fue precisamente la causa de la expedición del pagaré. No sólo pues, no se ha desvirtuado la presunción sobre tener causa el pagaré, sino que, antes bien, aparece plenamente establecido que la tuvo. Parece que en el fallo se confunde la causa, tal como la configura el art. 27 de la Ley 46 de 1.923, y la finalidad especial que eventualmente se le quiso dar al otorgamiento del pagaré. Pero son cosas bien distintas.

Por lo demás, un instrumento es negociable o no "ad initio" si llena o no los requisitos que al efecto exige la ley. Y la negociabilidad es, desde luego, una posibilidad, que puede o no pasar al acto. El problema de si un determinado tenedor lo es o no en debida forma es bien distinto, y tiene importancia para los efectos de las excepciones que se le puedan oponer, pero supone que el instrumento es negociable.

TERCERA. Por lo antes expuesto no podían prosperar ni la excepción de pago ni la de falta de causa. La de no ser negociable el instrumento tampoco, pues reunía los requisitos legales correspondientes, por lo cual la Sala hubo de confirmar el mandamiento de pago proferido por el Tribunal. Esa calidad la tuvo el instrumento desde su otorgamiento, por lo que debo rectificar ahora las consideraciones que se hicieron en el auto confirmatorio del auto ejecutivo y que se reproducen en la sentencia a que este salvamento se refiere. Es que, se repite, la calidad de negociable de un instrumento se tiene o no se tiene desde un principio, según que responda o no a las exigencias que para serlo contempla la Ley 46 de 1.923 (arts. 5o. y ss.)

CUARTA. Ha debido indagarse entonces si estaba configurada la excepción de compensación parcial, alegada también por el Departamento, pero nada se hizo en este sentido.

Fecha: ut supra.

Ramiro Aralijo Grau.

JURISDICCION COACTIVA. A QUIEN CORRESPONDE CONOCER DE LAS APELACIONES, EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN ESTA CLASE DE JUICIOS.

Estudio de las disposiciones legales que atañen a la competencia de la Corte y del Consejo de Estado en estos procesos. Incorporación por remisión de un texto legal en otro. Vigencia actual de las disposiciones contenidas en los artículos 30. y 40. de la ley 67 de 1943. Resolución de objeciones.

El conocimiento de las apelaciones de toda clase de autos y de los incidentes de excepciones y de tercerías, interpuestas o promovidas en los juicios ejecutivos adelantados por jurisdicción coactiva, cualquiera que sea la naturaleza del recaudo ejecutivo, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía lo permite, o a los respectivos Tribunales Administrativos, conforme a los artículos 30. y 40. de la Ley 67 de 1943, ahora íntegramente vigentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

En el juicio ejecutivo que, por jurisdicción coactiva adelanta el Estado contra Víctor Ramón Hernández Gaitán, el procurador 20. delegado en lo civil, antes de descorrer el traslado, ha solicitado que se provoque competencia negativa al Consejo de Estado, con el fin de que avoque el conocimiento de este juicio.

Prescindiendo por ahora de examinar, por innecesario, la naturaleza de los actos cumplidos por los bancos prestamistas, el ejecutado y la Nación, para resolver si se trata de los llamados de gestión o de imperio, conviene estudiar las disposiciones legales que atañen a la competencia funcional de esta Sala de la Corte y del Consejo de Estado, en relación con esta clase de procesos.

El numeral 50. del art. 36 del C. J. adscribió a la Sala de Negocios Generales de la Corte el conocimiento "del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios" que se adelanten por jurisdicción coactiva; sin embargo, en el año de 1943, mediante el art. 30. de la Ley 67 se dispuso que "el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales corresponden al Consejo de Estado.....", es decir, la primitiva disposición del C. J. fué derogada y sustituida por la nueva norma.

Acusados ante la Corte Suprema, por inconstitucionales, los art. 30. y 40. de la citada ley 67 de 1943, mediante sentencia de 26 de junio de 1944 resolvió:

“Primero. Es exequible el artículo 5o. de la Ley 67 de 1.943;

“Segundo. Los artículos 3o. y 4o. de la mencionada ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieren: 1o. A incidentes de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2o. A Tercerías, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares”.

Para llegar a esta conclusión, la Corte consideró que el numeral 3o. del art. 148 de la C. Nal., según la codificación vigente en el dicho año de 1.944, confería competencia privativa a la Corte para conocer de los litigios de carácter civil entre el Estado y los particulares; de ahí que, para indicar un criterio, ocurriría a la distinción de actos de gestión y de actos de imperio, con el fin de atribuir, como se ha visto antes, el conocimiento de los juicios fundados en los primeros a la justicia civil, mientras que los segundos continuaron bajo la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo.

Como las sentencias de inexecutableidad solamente tienen efecto para lo futuro, se asimilan a una abrogación de la norma declarada inconstitucional, pero en el caso de los artículos 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, tal derogatoria fué parcial, respecto de los procesos fundados en actos de gestión; y en esta forma, la antigua norma del C. J., o sea, el ordinal 5o. del art. 36, volvió a regir también parcialmente, por tácita remisión del fallo.

El art. 52 del A. L. No. 1o. de 1.945, reformó el 148 antes mencionado, en el sentido de suprimir el ordinal 3o; por tanto, desapareció el fundamento invocado en la sentencia de la Corte, para la declaración parcial de inexecutableidad de los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, cuyas normas podrían ser objeto de reproducción directa o por remisión.

En efecto, tal remisión se llevó a efecto mediante el Decreto Legislativo No. 4120 de 29 de diciembre de 1.949, pues en los considerandos se dijo en forma clara e inequívoca:

“Que en las sesiones ordinarias del Congreso de 1.945, el gobierno, por conducto del ministro del ramo, doctor Absalón Fernández de Soto, presentó a la consideración de la cámara de representantes el proyecto de ley, elaborado por los consejeros de Estado doctores Ramón Miranda y Carlos Rivadeneira, para “darles desarrollo a los preceptos del acto legislativo número 1o. de 1.945 (artículo 137 de la codificación), orgánica del Consejo de Estado y de la jurisdicción contencioso administrativa, con la mira de que estas instituciones realicen su misión en forma ordenada y más eficaz”, como lo dice el señor ministro de gobierno en la correspondiente exposición de motivos (Anales del Congreso número 12, de 28 de agosto de 1.945, página 278), proyecto que el gobierno en las actuales circunstancias toma como base para suplir la deficiencia anotada”;

Como una secuela del anterior considerando se halla el art. 10 del decreto, en el cual, refiriéndose al Consejo de Estado, se dijo:

“Son atribuciones de la Sala de Negocios Generales:

“2o. Las que fueron adscritas a la Corporación por la Ley 67 de 1.943”.

No se hizo salvedad alguna respecto a las funciones señaladas antes al Consejo de Estado y adscritas, mediante el decreto, a la Sala de Negocios Generales de

la misma entidad; y en esta forma, por remisión, entraron a regir nuevamente los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943 en toda su integridad, sin excepción alguna, ya que el fundamento de la inexecutableidad había desaparecido con la supresión del numeral 3o. del antiguo art. 148 de la carta.

No se puede invocar con el fin de hacer inoperante la vigencia de los citados artículos, lo dispuesto en el 14 de la ley 153 de 1.887, por estas razones:

1a. No se trata en puridad de verdad de que los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943 hubiesen sido derogados, sino que fueron declarados inexecutableos en forma parcial, fenómeno jurídico que si bien se asimila a la abrogación, no puede identificarse en forma absoluta, en particular respecto de normas de excepción, como la contenida en el citado art. 14 de la ley 153 de 1.887.

En efecto, cuando se declara inexecutable una ley, total o parcialmente, como en el caso de los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, por una especie de remisión tácita del fallo, entran a regir las normas sustituidas por las declaradas inconstitucionales, como sucedió con el numeral 5o. del art. 36 del C. J.; por tanto, si ha desaparecido el fundamento constitucional de la inexecutableidad, no existe razón alguna para que una posterior ley, por remisión, los ponga en vigencia sin necesidad de reproducirlos en otra nueva.

2a. En la sentencia de fecha 11 de agosto de 1.959 de la Sala Plena, por medio de la cual se declaró executable la ley 2a. de 1.958, expresamente se refirió al fenómeno de la remisión, en estos términos:

“Así las cosas, debe llegarse a la conclusión de que el texto de los Decretos quedó incorporado por remisión de ella en la ley 2a. de 1.958. Para la Corte, en consideración a la necesidad superior del restablecimiento del orden público sin que se ocasionaran trastornos jurídicos, el Congreso recogió en la ley aludida antes de la terminación del estado de sitio en la mayor parte del país, el contexto de los Decretos Legislativos, y siendo difícil reproducirlos por razones de notorio conocimiento remitió su contenido al original, así como el Legislador de 1.887 remitió al contenido de los Códigos y como el de 1.945 remitió al contenido de los Reglamentos del Congreso. En suma, se produjo una nueva emisión de la voluntad legislativa con igual contenido al de los decretos correspondientes, es decir, que no se prolongaron éstos como tales, sino que ante la dificultad de incorporar su texto, la ley hizo referencia al que aparece en cada uno de ellos, por lo cual no viola el precepto acusado el artículo 121 inciso 4o., de la Constitución”. (G. J. Tomo XCI, pág. 356).

3a. Finalmente, el art. 14 de la ley 153 de 1.887 no es norma constitucional sino meramente legal, que puede no tener efecto por voluntad expresa del legislador, en este caso en virtud del decreto legislativo No. 4120 de 1.949, elevado a la categoría de ley, primero, por la citada 2a. de 1.958, luego por la número 105 de 1.959, 79 de 1.960 y finalmente por la 141 de 1.961.

En consecuencia, el conocimiento de las apelaciones de toda clase de autos y de los incidentes de excepciones y de tercerías, interpuestas o promovidas en los juicios ejecutivos adelantados por jurisdicción coactiva, cualquiera que sea a naturaleza del recaudo ejecutivo, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía lo permite, o a los respectivos tribunales administrativos, conforme a los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, ahora íntegramente vigentes.

Por lo expuesto, se dispone enviar el expediente al Consejo de Estado, previa citación de las partes, para los fines previstos en el art. 424 del C. J.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Negocios Generales de la Corte, dictó también durante los meses de abril, mayo y junio de 1.964, las sentencias que se enumeran a continuación, en las cuales se absolvió a la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas y que no se publican en la GACETA en consideración a su falta de interés doctrinario:

Demandante	Demandado	Fecha	Magistrado
1. Malterías Unidas S. A.	La Nación	Abril 7	Dr. Araújo G.
2. Emma Wills Ferro y otros	"	" 9	" Peláez
3. José de J. Pulecio y otros	"	" 10	" Araújo G.
4. Alvaro Fajardo Pinzón y otro	"	" 14	" Araújo G.
5. Helena Vinagre de De Ramírez	"	" 20	" Araújo G.
6. Hortensia Díaz de Nieto	"	" 21	" Peláez
7. Municipio de Turbaná	"	" 21	" Zambrano
8. Hijos de Alejandro García y otros	"	" 23	" Zambrano
9. José Ignacio Hernández y Mariano Ospina Pérez	"	" 27	" Araújo G.
10. Ignacio Ramírez	"	" 29	" Peláez
11. Martín Vargas Cualla	"	Mayo 6	" Peláez
12. Guillermo Umaña Gutiérrez y otro	"	" 12	" Peláez
13. Roberto Urdaneta Arbeláez	"	" 19	" peláez
14. José M. Gómez Campuzano	"	" 27	" Peláez
15. José M. Henao Deirancisco	"	" 27	" Araújo G.
16. Leonardo Izquierdo	"	Junio 2	" Peláez
17. Carlos Maldonado B. y otros	"	" 2	" Araújo G.
18. José Agustín Castillo y otro	"	" 10	" Peláez
19. María Elisa Fajardo de Casas	"	" 23	" Peláez
20. Reinhard Kling y otros	"	" 24	" Peláez

INDICE

SALA DE CASACION PENAL

	Página
DELITO DE HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO. Tacha de nulidad constitucional por supuesta violación del derecho de defensa. Eventos en que la Sala admite la nulidad supralegal. Con fecha 10. de abril de 1.964 se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso adelantado a Toribio o Lázaro Cometa Avendaño y otro por el delito de homicidio (asesinato), y se declara desierto con relación a éste último. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.	395
EL RECURSO DE CASACION POR PERJUICIOS TIENE QUE SER RESPECTO A SENTENCIA CONDENATORIA Y NO ABSOLUTORIA. LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA SINO UNA VIA EXTRAORDINARIA PARA CASOS TAXATIVAMENTE PREVISTOS EN LA LEY. INTERVENCION DE LA PARTE CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL. Con fecha 2 de abril de 1.964 se declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, por la cual fue absuelto el señor Rafael Ospiná Buendía, sindicado del delito de abuso de confianza. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.	402
RECURSO DE REVISION. Causales 3a. y 5a. del art. 571 del C. de P. P. Obligación del recurrente de demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado. La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos debidamente apreciados. Hecho nuevo traído al debate. Con fecha 10 de abril de 1.964 la Corte no ordena la revisión del proceso adelantado a Darío Garzón Plazas, quien fue condenado por homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo.	405
HOMICIDIO. CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL HECHO DELICTUOSO. RIÑA Y GRAVE E INJUSTA PROVOCACION. DIFERENCIA ENTRE UNA Y OTRA. LA IRA ORIGINADA EN GRAVE E INJUSTA PROVOCACION Y LA RIÑA IMPREVISTA COMO AMINORANTES DE LA SANCION. Con fecha 13 de abril de 1.964 la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el proceso adelantado a Eustasio Higuera Mayorga como responsable de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.	417
HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO. Causales cuarta y primera del art. 567 del C. de P. P. La recepción de la indagatoria no es diligencia esen-	

cial del proceso. Su omisión no constituye nulidad. Toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena, tiene en casación que hacerse valer con invocación de la causal segunda. Técnica del recurso de casación. Con fecha 13 de abril de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado José Rosario Rivera Tarazona contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que lo condenó por el delito de homicidio, calificado de asesinato. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 423

HOMICIDIO IMPERFECTO, EN LA MODALIDAD DE FRUSTRADO. El homicidio imperfecto como delito de peligro. La indagatoria significa para el procesado un medio de defensa. Los careos son facultativos y no obligatorios. Objeto de la inspección ocular. La pretermisión de los interrogatorios no configura nulidad. Con fecha 20 de abril de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a Samuel Muñoz Amaya por homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres. 435

LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO NO DAN LUGAR A REVISION DE PROCESOS. A la Corte le está vedado ampliar las causales de revisión taxativamente señaladas en el art. 571 del C. de P. P. El recurso de revisión es una acción tendiente a desvirtuar la presunción de la cosa juzgada. El fundamento de que se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio según lo dispone el art. 26 de la Carta, no puede ser motivo de revisión del proceso. Carácter extraordinario de los recursos de casación y revisión. Cuándo proceden. Con fecha 21 de abril de 1.964, la Corte niega la revisión del proceso seguido a Enrique Sánchez León, por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez. 440

SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY PROCEDIMENTAL POR HABERSE PRONUNCIADO EN UN JUICIO VICIADO DE NULIDAD. Causal 4a. de casación. La Corte reitera su doctrina relativa al alcance del Decreto 1705 de 1.960, en virtud del cual la Policía Nacional recobró su carácter de institución civil y sus miembros y agentes dejaron de estar amparados por el fuero penal castrense. Con fecha 22 de abril de 1.964 se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado a José Leonidas Daza y otro por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres. 451

ROBO. ACUSACION CONTRA EL FALLO DEL AD QUEM CON APOYO EN LAS CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DEL ART. 567 DEL C. DE P. P. JUICIO PENAL RITUADO CONFORME AL DECRETO 0014 DE 1.955. Con fecha 23 de abril de 1.964 la Corte desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alfonso Castro Acosta o Alberto Castaño, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable del delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 455

ALCANCE DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL FUERO PENAL CASTRENSE. la Corte reitera su doctrina relativa a que el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional por delitos comunes u oficiales, corres-

ponde a la justicia ordinaria. Sentencia del ad quem recaída en juicio viciado de nulidad. Con fecha 24 de abril de 1964 la Corte invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual condenó como responsable del delito de homicidio a José Cenón Gutiérrez Guevara. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria. 461

COLISION DE COMPETENCIAS. ALCANCE DEL FUERO PENAL CASTRENSE. La Corte reitera la doctrina expuesta en providencia del 27 de julio de 1961, relacionada con el juzgamiento de miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares. Infracciones penales consumadas antes de la vigencia del Decreto No. 1705 de 1960. Con fecha 27 de abril de 1964 la Corte dispone que el proceso que cursa ante el Comando del Departamento de Policía del Valle seguido contra Eduardo Jesús Saldarriaga y otros, por los delitos de "robo común, hurto militar, hurto común y abuso de confianza", corresponde a la jurisdicción penal ordinaria y no a la castrense. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez. 467

DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO DE ASESINATO. En tratándose de juicios con intervención del Jurado no es admisible la causal segunda, en orden a debatir los elementos probatorios sobre la responsabilidad del encausado. Diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. Causales 2a., 1a. y 7a. de casación penal. Con fecha 27 de abril de 1964 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el proceso adelantado a Severo Antonio Jiménez Aguirre (a. "el Pollo"), como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.. 470

SENTENCIA EN DESACUERDO CON LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO. Necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el auto de proceder, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo. Alcance de la causal 3a. de casación en los juicios en que interviene el Jurado. Con fecha 30 de abril de 1964 la Corte invalida parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso seguido a Manuel Tiberio Marín por homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 475

PROCESO POR HOMICIDIO. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA NULIDAD CONSTITUCIONAL. Mérito de las pruebas aducidas por el impugnador en la estimación jurídica de la responsabilidad del acusado. Error del acusador en la formulación de la demanda. La nulidad constitucional referida a las garantías del proceso, incide de modo particular en el juicio y no en la averiguación sumaria. Con fecha 5 de mayo de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Braulio Valencia, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta..... 490

LA REVISION, TAL COMO LA CONCIBEN LA LEY Y LA DOCTRINA, NO PUEDE APOYARSE EN ERRORES DE ORDEN JURIDICO. Eficacia, coercitiva y proclusiva de la sentencia. Finalidad de los juicios en

cuanto a la certeza y la inmutabilidad de los mismos. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial se ha creado la revisión. Paralelos entre los recursos extraordinarios de casación y de revisión. Cuando es posible la revisión de procesos concluidos con sentencia ejecutoriada. Concepto de Manzini sobre la autoridad de la cosa juzgada. La facultad de crear nuevas causales de revisión, compete exclusivamente al legislador. Nulidades de orden suprallegal. Con fecha 15 de mayo de 1.964 la Corte niega la revisión del proceso que se siguió contra Alfonso Rodríguez Jiménez por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 496

HOMICIDIO. PRETENDIDA NULIDAD LEGAL (ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO). INTEPRETACION DEL VEREDICTO. Motivos de impugnación sin asidero legal. No es propio promover un debate de indole probatorio a través de la causal 4a., atinente a cuestiones de hecho. Términos del veredicto. Circunstancia específica de atenuación señalada en el art. 23 del C. de P.P. Los Jueces populares deben ser claros al calificar una conducta penal sometida a su juicio. Con fecha 20 de mayo de 1.964 se desecha el recurso de casación interpuesto por el acusado Sérvulo Caviedes Esquivel contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual se le condenó, como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 510

HOMICIDIO. INTERPRETACION CORRECTA DEL VEREDICTO. El auto de proceder, el veredicto y la sentencia forman un todo, en el cual ésta no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Motivos de exención de la responsabilidad, de justificación o de atenuación que el Jurado afirme y que el Juez debe aceptar o rechazar. Necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes. Veredictos que en apariencia son contradictorios. Existencia jurídica del delito en la legislación colombiana. Reconocimiento de la realidad procesal por el Tribunal popular. No siendo contradictorio el veredicto al Juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo. Causales 7ª. y 3ª. de casación. Por sentencia de 12 de Junio de 1.964, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta que absolvió a José Orozco o José de la Cruz López por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo 517

RECUSACION EN MATERIA PENAL. HIPOTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE AL RESOLVERLA. MOTIVO A QUE SE REFIERE LA CAUSAL 1ª. DEL ART. 73 DEL C. DE P. P. LIBERTAD PROVISIONAL. CUANDO COMPETE A LA CORTE DECRETLARLA. La Corte con fecha 12 de junio de 1.964, resuelve que es infundada la recusación propuesta contra el Dr. Demófilo Candela Moriones en su condición de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 526

HOMICIDIO COMETIDO EN RIÑA. ANALISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL. Tacha a la sentencia del ad quem con fundamento en que el ilícito se cometió en riña imprevista. Cuando pueden ser viable la circunstancia prevista en el Art. 28 del C. P. y la aminorante del Art. 384 do

la misma obra. Causales 2ª. y 1ª. de casación. Por sentencia de fecha 13 de junio de 1.964, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibaguè que condenó a Sofía Sánchez Díaz por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 532

PROCESO POR FALSIFICACION DE MONEDAS. Error manifiesto del ad quem en la estimación de las pruebas traídas al proceso. El elemento "a sabiendas" a que se refiere el ord. 4o., del art. 214 del C. P. Comprobación del cuerpo del delito. Cuando se configura la infracción que define el Art. 217 del C. P. Por sentencia de 16 de junio de 1.964, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Neiva por medio de la cual condenó a Leonel Londoño Dávila como responsable del delito de falsificación de monedas. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 538

DELITOS DE HOMICIDIO (ASESINATOS) COMETIDOS EN COMPLICIDAD CORRELATIVA. Sevicia y alevosía. La indigencia y la falta de ilustración sólo pueden obrar como circunstancias de menor peligrosidad cuando hayan influido en la consumación del delito. Homicidios llamados "ad-lasciviam". La sevicia no repugna a la complicidad correlativa, ni ésta a la alevosía. La figura del delito continuado no es procedente en tratándose del homicidio. Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Interpretación y aplicación de los Arts. 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del C. P. Causales 2ª. y 1ª. de casación penal. Con fecha 16 de junio de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Luis Alberto Vergara Castro y a Jesús Alcides Rendón Camacho por los delitos de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 545

DELITO DE ROBO. ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS. INIDONEIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS ALLEGADOS AL PROCESO. ANALISIS DE LOS FUNDAMENTOS LEGALES Y JURIDICOS DE LA CAUSAL 2ª. CAUSAL 5ª. Con fecha 18 de junio de 1.964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por medio de la cual condenó a Néstor Trejos Marín y Luis Alfonso Grajales Vanegas como responsables del delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 554

DELITO DE ESTAFA. Proceso rituado conforme a las normas del Decreto 0014 de 1.955. Maniobras engañosas para inducir en error a la víctima. Causales 4ª., 1ª. y 2ª. de casación. Supuestos vicios de nulidad procesal de orden constitucional y legal. Con fecha 23 de junio de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa que condenó a Armando Amaya Blanco o Benjamín Amaya Blanco o Pedro Castiblanco o Pedro Blanco (A. "El Llanero") como responsable del delito de estafa. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 568

HOMICIDIO. CAUSALES 3ª. y 4ª. DE CASACION PENAL. Acusación de la sentencia por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, por violación de la ley procedimental y por presunta nulidad supralegal. Técnica deficiente de la demanda. Motivos a que

se refiere el ord. 3o. del art. 567 del C. de P. P. Interpretación del ord. 5o. del art. 363 del Código Penal. Con fecha 24 de junio de 1.964 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Luis Antonio Reyes Rodríguez como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo 575

DELITOS DE HOMICIDIO AGRAVADO Y LESIONES PERSONALES. Ordinales 4o., 2o. y 1o. del Art. 567 del C. de P. P. Observaciones sobre la técnica de casación. Tacha de nulidad constitucional. Alcances jurídicos de la inexecutable. Cuando la Corte actúa como tribunal de casación hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque este recurso extraordinario no es una tercera instancia. No es lo mismo esbozar un cargo que demostrarlo. Con fecha 24 de junio de 1.964 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que condenó a Julián Galeano, Ernesto Pérez Cerón, Marcelino Trochez Vitonás y Manuel Zapata Ruiz (a. "Capitán Metralla") por los delitos de homicidio agravado y lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 581

HOMICIDIO. LA CORTE REITERA SU DOCTRINA ACERCA DEL ALCANCE DE LA CAUSAL TERCERA DE CASACION PENAL EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. NECESARIA CORRESPONDENCIA ENTRE EL AUTO DE VOCACION A JUICIO, EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA. Con fecha 30 de junio de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín por medio de la cual condenó a José de Jesús López Marín como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 589

SALA DE CASACION LABORAL

REMUNERACION DE DESCANSOS LEGALES. TECNICA DE CASACION: Cuando el salario pactado es variable, la determinación en juicio de lo debido al trabajador, por concepto de descansos legales, reposa en el presupuesto de que se acredite el salario de todas las semanas durante el periodo de servicio. 2. Técnica del recurso de casación referida a la prueba del error de hecho. Por sentencia de fecha 8 de abril de 1.964 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, recaída en el juicio adelantado por Mario Galvis contra "Enciclopedia Británica Limitada". Magistrado Ponente: D. José Joaquín Rodríguez. 599

SALARIO VARIABLE Y LIQUIDACION DEL DESCANSO EN DOMINGOS Y DIAS FESTIVOS. SALARIO A BASE DE SUELDO Y SALARIO VARIABLE. LA SALA REAFIRMA SUS ANTERIORES DOCTRINAS. Por sentencia de fecha 9 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Octavio Valencia Rivas

	Página
contra Sears Roebuck de Bogotá S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.	604
REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. Diferente régimen para determinar lo debido por descansos legales según que se haya pactado sueldo u otra forma distinta de pago. Cómputo de los descansos cuando la remuneración del trabajo no es fija sino variable. Reafirma la Sala sus doctrinas sobre estas materias. Por sentencia de fecha 9 de abril de 1.964 la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio promovido por Fernando Abondano F. contra "Sears Roebuck de Colombia, S. A". Magistrado Ponente Dr. Luis Fernando Paredes A.....	612
DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. COMO SE LIQUIDAN CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. REAJUSTE DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. INDEMNIZACION MORATORIA. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA. Por sentencia de 13 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio promovido por Oscar Botero contra Sears Roebuck de Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.	619
TECNICA DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA Y LUCRO CESANTE. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. EL JUEZ DE INSTANCIA Y LA ESTIMACION DE LA PRUEBA. VIOLACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTE DEL PATRONO. 1. Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como la exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, la acusación es inestimable. 2. La consignación de que habla el artículo 65 del CST. debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda. La violación directa de la ley sustantiva y la indebida aplicación de la misma. 3. La condena a título de perjuicios por el lucro cesante (art. 64 CST.), no es incompatible con la condena por concepto de indemnización moratoria (art. 65. 4). La demanda es susceptible de interpretación. 5 Técnica de casación referida a la violación de la ley por error de hecho. 6. Facultades del fallador de instancia en la estimación de los elementos de juicio. Por sentencia de 14 de abril de 1.964 la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en juicio ordinario laboral promovido por Gerardo Ospina L. contra Lázaro Gómez Jiménez. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..	629
SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. LIQUIDACION DEL DESCANSO LEGAL CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA. Por sentencia de 16 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en juicio de Clímaco Conde Herrera contra Sears Roebuck del Caribe S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.....	641

SANCION MORATORIA Y EXONERACION DE LA MISMA. CESANTIA DESTINADA A COMPRA DE INMUEBLES. TERMINACION UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO. COMPUTO DEL PLAZO PRESUNTIVO. 1 Cuando es aplicable la sanción moratoria y cuándo el patrono queda exonerado de la misma. Condiciones para que sea válido el pago de la cesantía destinada a compra de inmuebles. Por sentencia de fecha 17 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en juicio ordinario laboral promovido por Jaime Cuenca Lara contra la Sociedad de responsabilidad limitada denominada "Leonidas Lara e Hijos". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... .. 648

HOMOLOGACION PARCIAL DE UN LAUDO ARBITRAL. FACULTADES Y LIMITACIONES DE LOS ARBITROS. NUEVA DOCTRINA DE LA SALA SOBRE EL EFECTO RETROSPECTIVO DE LOS LAUDOS ARBITRALES. 1 El laudo arbitral debe conformarse, entre otras cosas, al pliego de peticiones. 2 No ofrece reparo el laudo por cuanto establece indemnizaciones a favor de los trabajadores despedidos en virtud de la cláusula de reserva o del plazo presuntivo. 3 El artículo séptimo, aparte de que excede lo pedido, coarta de manera inaceptable la libertad contractual de las partes en cuanto fija por anticipado el término de vigencia de las futuras convenciones. 4 Si las partes que celebran una convención colectiva pueden libremente determinar que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a su firma, sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, lógicamente debe deducirse que el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, también puede hacerlo. Razones de diversa naturaleza que refuerzan este nuevo criterio de la Sala. Por sentencia de 21 de abril de 1.964, la Corte decide el recurso de homologación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 26 de junio de 1.963, recaído en el conflicto colectivo del Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia 'Cidelco' y la Empresa mencionada. Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiria C..... 661

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ROBERTO DE ZUBIRIA C. Y JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ CON RELACION AL FALLO ANTERIOR. Sostienen los Magistrados disidentes que si bien las partes pueden acordar en convención colectiva que la vigencia de la misma empiece antes de su firma, los árbitros no gozan de facultades suficientes para hacer una declaración semejante..... .. 678

TECNICA DE CASACION. CARGA DE LA PRUEBA. RECLAMACION DE DIVERSAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. 1 En casación sólo influyen los preceptos legales que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. 2 No basta, en casación, que la sentencia acusada se haya equivocado en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o derecho. No es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas disposiciones legales, la errónea interpretación de la ley y su violación indirecta por errónea estimación de pruebas. 3 En el supuesto de que trata el artículo 267 del C.S.T., incumbe al empleado probar el despido sin justa causa. 4 La violación de un cánón legal por errónea interpretación, es

motivo extraño al análisis probatorio. Por sentencia de fecha 30 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario de Antonio José Valencia contra Bernardo Mejía Marulanda. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 684

RECURSO DE HOMOLOGACION. INCONSONANCIA ENTRE LA SUPPLICA Y LA DECISION. FACULTADES DEL ARBITRO. RECLAMACION CONTRA VARIAS DISPOSICIONES DEL LAUDO SOBRE AUMENTO DE SALARIOS, ESTABILIDAD DEL EMPLEO, CALIDAD DE LA ALIMENTACION, REMUNERACION DE DIAS FESTIVOS Y ESTABLECIMIENTO DE CIERTAS PRIMAS ESPECIALES. 1 Falta de consonancia entre lo resuelto y lo pedido. Cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretensión del pliego, la inconsonancia basta para declararla inexecutable. Que el árbitro tenga potestad en materias de índole económica para decidir discrecionalmente, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del petitum. 2 Examen del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral. Su alcance no es de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la resolución justa del conflicto si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del sindicato. Por sentencia de 5 de mayo de 1.964 la Sala decide el recurso de homologación interpuesto contra el laudo arbitral de fecha 31 de marzo del mismo año recaído en el conflicto colectivo entre el sindicato de Trabajadores de la Clínica de Marly y la referida empresa. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 691

LIQUIDACION DE LO DEBIDO POR DESCANSOS LEGALES CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. RECARGO POR TRABAJO NOCTURNO. PRIMAS DE SERVICIO. SANCION MORATORIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1 La violación directa y la violación indirecta de la ley. Indebida confusión de distintos conceptos de violación legal. 2 Equivocada manera de atacar en casación un juicio de contenido eminentemente jurídico. 3 Cual es la base para computar la remuneración de los descansos dominicales cuando el salario es variable. Examen del artículo 176 del C.S.T. 4 Remuneración del descanso en los días de fiesta, según el artículo 177 del C.S.T. Por sentencia de fecha 6 de mayo de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en el juicio de Julio Alberto Molina contra Sears Roebuck de Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.. 703

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. Prosperan varias de las acciones acumuladas. Elementos requeridos para el éxito de esta clase de acciones. Condiciones para que pueda alegarse con fortuna la justa prescripción. Estudio de los elementos probatorios allegados al proceso. Por sentencia de fecha 10 de abril de 1.964 la Corte decide las acciones acumuladas, sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero, en que figuran como actores Evangelina Palecio de Gálvez, Alfonso Pu-

	Página
lecio Leiva, José de Jesús Pulecio Leiva, Emma Lozano Pulecio de Melendro, José Lozano Arciniegas, Elías Quimbayo, Miguel Ortiz, María Francisca Rivas de Medina y varios otros. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau.	717
OCUPACION DE HECHO O EXPROPIACION INDIRECTA. Acción de dominio y de restitución de un predio ocupado por la Nación para trabajos públicos. Subsidiaria de pago del valor del inmueble junto con los intereses respectivos. Elementos de la acción y su prueba. Por sentencia de fecha 14 de abril de 1.964, La Corte CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá dentro del juicio adelantado por Miryan Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro y Elisa Garcés de Tamaayo contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osojo Peña.	738
ACCIONES DERIVADAS DE LA OCUPACION DE PREDIOS PRIVADOS POR TRABAJOS DE OBRAS PUBLICAS. PRESCRIPCION. ELEMENTOS DE LA ACCION. AVALUO DEL DAÑO. 1. La caducidad del plazo de que trata el artículo 263 del CCA, si no se ejercita la acción dentro de los dos años de verificada la ocupación, no es aplicable en estos juicios que se adelantan ante la justicia ordinaria. 2. Condiciones axiológicas de esta clase de acciones. 3. El resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona. Por sentencia de fecha 14 de abril de 1.964, la Corte CONFIRMA, con una modificación, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali recaída en el juicio ordinario incoado contra la Nación por la Sociedad "Gutiérrez Hermanos & Cia. Ltda.". Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo.	745
PRUEBAS ACOMPAÑADAS A LA DEMANDA. PERDIDA DE MERCANCIAS EN LAS ADUANAS. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA. 1. No pueden dejar de estimarse las pruebas acompañadas a la demanda. 2. Responsabilidad objetiva de la Nación por pérdida o deterioro de mercancías almacenadas en bodegas oficiales. Por sentencia de fecha 15 de abril de 1.964, la Corte CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio ordinario de Carlos Rivas Romero contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo.	759
PETROLEOS. Requisitos necesarios para la prosperidad de esta clase de acciones. En el caso de autos no aparece plenamente establecido que el predio haya salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873. Por sentencia de fecha 20 de abril de 1.964, la Corte ABSUELVE a la Nación dentro del juicio civil ordinario de única instancia promovido por Helena Vinagre viuda de Ramírez, María Vinagre viuda de Uribe y Guillermo Palacio Rudas. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau.	762
REGIMEN DE LA PROPIEDAD MINERA. COMO SE PRUEBA LA PROPIEDAD PARTICULAR DE LAS MINAS. REAFIRMA LA SALA LAS NUEVAS CONCLUSIONES A QUE HA LLEGADO EN ESTAS MATERIAS. CRITICA DEL TESTIMONIO. 1. El sistema de la accesión del suelo en el derecho minero. 2. Condiciones para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba. 3. Es indispensable acreditar que la mina fue conocida con anterioridad a la reserva nacional.	

Por sentencia de fecha 22 de abril de 1.964, la Corte REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y en su lugar absuelve a la Nación de los cargos formulados contra ella por Rosa Maria Montoya viuda de Mejía, en juicio ordinario de minas. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 770

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVO DE BIENES, DEPARTAMENTALES. LA INTERPRETACION DE LA LEY. El embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un Departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa, y en cambio, su aplicación resulta injurídica pues no precabe un riesgo, pero si puede producir la parálisis de los servicios administrativos. Hace tiempo que fue superada la interpretación meramente textualista de la ley, por el método científico. Por providencia de fecha 29 de abril de 1.964 se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que negó las medidas preventivas solicitadas contra el Departamento del Tolima por Alvaro Ricaurte Pardo. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo..... 780

ACUMULACION DE ACCIONES. DEMANDA EN FORMA. CADUCIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A QUIEN COMPETE DECLARAR LA CADUCIDAD. REVISION DE LA DECLARACION DE CADUCIDAD POR LA RAMA JURISDICCIONAL. COMPETENCIA DE LA CORTE. RESOLUCION DE CONTRATOS. 1. Acumulación de acciones contradictorias. Presupuesto procesal de demanda en forma. Caducidad de contratos administrativos. La Resolución de caducidad está sujeta a la posterior revisión, de la rama jurisdiccional. Objeto de la sentencia judicial y efectos de la misma, cuando en el juicio se impugna la legalidad de la Resolución de caducidad. 2. Hasta dónde se extiende la competencia de la jurisdicción civil, cuando se trata de decidir sobre la legalidad o la ilegalidad de la Resolución que declara la caducidad de un contrato 3. A quien compete hacer la declaración de caducidad según el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo. 4. Resolución de contratos con indemnización de perjuicios. Motivos que en el caso contemplado impiden la resolución del contrato administrativo y la condena al pago de los perjuicios. Por sentencia de fecha 21 de mayo de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, decide sobre la demanda formulada, en juicio ordinario de única instancia, por el Dr. Alfonso Mejía Vásquez contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 785

ACCION SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. FUNDAMENTOS DE HECHO DE ESTA CLASE DE ACCIONES. SUSTANCIALES VACIOS PROBATORIOS EN EL CASO DE AUTOS. Por sentencia de fecha 27 de mayo de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, decide el juicio ordinario de única instancia, sobre propiedad del subsuelo petrolífero, adelantado contra la Nación por Jesús María Henao De Francisco. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araujo Grau 796

PETROLEOS. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE REMATES Y DE LAS DILIGENCIAS DE POSESION, COMO MEDIOS DE

ACREDITAR LA SALIDA DE TIERRAS DEL DOMINIO DEL ESTADO. La mejor fuente de interpretación de las normas jurídicas que rigieron en la época colonial se halla en la manera como las autoridades de entonces las aplicaron. El verdadero título de enajenación de los bienes de Temporalidades no era el acta de remate, sino la escritura pública de traspaso de la propiedad. El solo remate no hacía propietario de las tierras al que triunfaba en la almoneda. La diligencia de posesión precedía a la expedición de la escritura, y por sí sola no constituye indicio necesario de que al remate se le hubiera transferido en forma legal el predio rematado. Por sentencia de fecha 2 de junio de 1.964, la Corte declara infundada la oposición formulada por antes los demandantes Carlos Maldonado B. y Alejo Maldonado R. y en consecuencia absuelve a la Nación de los cargos formulados contra ella en juicio sobre propiedad privada del petróleo. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau

803

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. PRESUNCIÓN DE CULPA EN ACTIVIDADES PELIGROSAS. PRESCRIPCIÓN DE ESTA CLASE DE ACCIONES. 1. Presunción consagrada en el artículo 2356 del Código Civil cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su peligrosidad. Responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, públicas y privadas. 2. La tesis de las fallas del servicio y la responsabilidad del Estado. 3. Término de prescripción en estas acciones según sus especies. Por sentencia de fecha 17 de junio de 1.964, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, dentro del juicio ordinario adelantado por Benigna Rodríguez viuda de Machado contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano

807

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EN ESPECIAL DE LAS DE DERECHO PÚBLICO. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA. Responsabilidad directa de las personas morales por el hecho culposo de sus funcionarios o empleados. Puede haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase la esfera jurídica personal. No siempre es forzoso identificar al funcionario causante del daño. Por sentencia de fecha 19 de junio de 1.964, la Corte confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Manizales dentro del juicio ordinario promovido por Julio Aristizábal Gallo contra la Nación y el Departamento de Caldas. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau

816

EXCEPCIONES PERENTORIAS EN JUICIO EJECUTIVO. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CONTENIDA EN UN PAGARE. Por sentencia de fecha 19 de junio de 1.964 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca la del Tribunal Superior de Quibdó, recaída en juicio ejecutivo adelantado contra el Departamento del Chocó por el Dr. Alejandro Burgaleta Garcia. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña

820

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU

829

JURISDICCION COACTIVA. A QUIEN CORRESPONDE CONOCER DE LAS APELACIONES, EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN ESTA CLASE DE JUICIOS. Estudio de las disposiciones legales que atañen a la competencia de la Corte y del Consejo de Estado en estos procesos. Incorporación por remisión de un texto legal en otro. Vigencia actual de las disposiciones contenidas en los artículos 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943. Resolución de objeciones. Por auto de fecha 19 de Junio de 1.964, la Corte dispone enviar al Consejo de Estado el expediente que contiene el juicio ejecutivo que, por jurisdicción coactiva, adelanta el Estado contra Victor Ramón Hernández Gaitán. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña...

1832

* * *

NOTA:

Con fecha 1o. de julio de 1.966 tomó posesión del cargo de Relator Judicial de la Corte Suprema de Justicia el Dr. Eusebio Cabrales Pineda.